

A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS¹

Emmanuel Roberto Girão de Castro Pinto

*Especialista em Direito Constitucional e Direito Processual Constitucional pela Universidade Estadual do Ceará
Professor da Universidade de Fortaleza e da Esmec
Promotor de Justiça no Estado do Ceará*

1 Introdução. 2 Argumentos Históricos. 3 A Discussão Terminológica. 4 A Constitucionalização do Direito Privado. 5 A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais. 6 As Teorias sobre a Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações privadas. 6.1 As Teorias no Direito Comparado. 6.2 As Teorias Desenvolvidas no Brasil 7 A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais nos Tribunais Brasileiros 8 Considerações conclusivas.

Resumo: Os direitos fundamentais, em dado momento histórico, visaram limitar a atuação do Estado, no entanto se desenvolveram para reclamar prestações positivas em favor dos cidadãos, englobando também as relações entre os particulares. A constitucionalização do Direito acarretou a irradiação dos efeitos dos direitos fundamentais por toda a ordem jurídica, inclusive nas relações típicas de Direito Privado. Os direitos fundamentais consagram os valores mais importantes de uma comunidade política, que servem de elemento norteador para a interpretação e aplicação das normas nos seus diversos ramos, autorizando o reconhecimento de sua eficácia no domínio das relações entre particulares. As teorias sobre a matéria desenvolvidas em outros países, notadamente Alemanha e Estados Unidos, não podem ser transpostas para o Brasil, em face das peculiaridades do nosso texto constitucional e de nossa realidade social. No Brasil, prevalece a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, o que vem sendo feito pelos Tribunais, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, mas sem se

basear ainda em uma construção dogmática sistematizada.

1 - INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais, dada a sua importância, têm sido objeto de grande número de estudos tanto no Brasil, quanto na comunidade internacional. Sua relevância se acentua em face do acelerado processo de globalização que vem ocorrendo, ainda que em um cenário de guerras, terrorismo, espionagem, insegurança e avançadas tecnologias, em que não é raro observar, mesmo em nações tidas como desenvolvidas, o desrespeito aos direitos humanos e à soberania dos países.

Nesse ambiente, pode-se constatar que os principais temas relacionados à teoria dos direitos fundamentais como os seus conceitos básicos, definição, características, fase de evolução, classificação, natureza jurídica, fundamentação e eficácia, têm sido elaborados satisfatoriamente pela doutrina e pela jurisprudência, contudo, alguns aspectos ainda carecem de maiores estudos. Um destes pontos ainda não explorados amiúde diz respeito à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais regulam somente as relações verticais de poder que se estabelecem entre o Estado e o cidadão ou vinculam também as relações entre particulares? Historicamente, existem razões para sustentar a dicotomia Direito Público *versus* Direito Privado, com o conseqüente afastamento dos direitos fundamentais do âmbito deste último? Reconhecendo-se a incidência dos direitos fundamentais no domínio das relações privadas, de que forma e em que intensidade esta deve ocorrer? É possível realizar a compatibilização dos direitos fundamentais com a autonomia privada? São questões de tal jaez que se pretende enfrentar no presente trabalho.

Por se tratar de um artigo, as questões enfocadas não receberão abordagem exaustivamente aprofundada, mas buscar-se-á principalmente apresentar argumentos para melhor compreensão do assunto, considerando a experiência dos países

que já vêm se debruçando sobre o tema há mais tempo. Assim, conquanto se saiba que a Alemanha desenvolveu as teorias da eficácia direta e da eficácia indireta dos direitos fundamentais, bem como a teoria dos deveres de proteção, e também que nos Estados Unidos floresceu a teoria da ação estatal (*state action*), cumpre advertir que tais soluções estrangeiras que não podem ser simplesmente transpostas para o Brasil, em face das marcantes diferenças do nosso texto constitucional e de nossa realidade social.

2 - ARGUMENTOS HISTÓRICOS

Os direitos fundamentais, como vistos atualmente, constituem realidades históricas, resultantes de lutas e batalhas travadas ao longo do tempo, na busca pela afirmação da dignidade humana.² É necessário, portanto, examinar o contexto histórico no qual se desenvolveram as teorias dos direitos fundamentais e como se chegou à dicotomia entre Direito Público e Direito Privado, para que melhor se possa analisar se estes efetivamente vinculam as relações entre particulares.

Partindo-se da origem contratualista da maioria das teorias sobre os Direitos, forjadas na passagem para a modernidade, e da distinção entre estado de natureza e estado de sociedade, os direitos naturais eram originalmente aplicados nas relações entre particulares, já que no estado de natureza ainda não existia o poder estatal. O pacto que justificou a origem da sociedade e do Estado não alterou essa situação, ao contrário, teve como objetivo salvaguardar e tornar mais eficazes os direitos naturais.

Desse modo, para o jusnaturalismo contratualista, os direitos humanos eram realidades pré-políticas, anteriores à criação do Estado, direitos naturais que valiam também no âmbito das relações privadas. Da mesma forma, os primeiros escritos jurídicos da revolução liberal, que materializaram essas concepções contratualistas, reconheciam os direitos naturais como direitos de todos. O destaque conferido à propriedade como direito fundamental foi concebido também para as relações

particulares. O poder estatal foi instaurado precisamente, como núcleo do pacto, para permitir uma melhor realização dos direitos.

Para Gregório Peces-Barba Martínez³, a Declaração de Independência dos Estados Unidos, de 04 de julho de 1776, revela tais efeitos, ao declarar:

Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens foram criados iguais, foram dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade. Que a fim de assegurar esses direitos, governos são instituídos entre os homens, derivando seus justos poderes do consentimento dos governados; que, sempre que qualquer forma de governo se torne destrutiva de tais fins, cabe ao povo o direito de alterá-la ou aboli-la e instituir novo governo, baseando-o em tais princípios e organizando-lhe os poderes pela forma que lhe pareça mais conveniente para realizar-lhe a segurança e a felicidade.

Do mesmo modo, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 expressou a mesma idéia no seu artigo II: “O objetivo de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem; esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”. Então, na origem histórica dos direitos fundamentais não havia razão para excluir sua incidência das relações privadas. Pelo contrário, os direitos naturais, posteriormente convertidos em individuais e civis, seriam oponíveis aos terceiros particulares.

O liberalismo-burguês, todavia, não manteve inteiramente esta idéia do jusnaturalismo racionalista, passando a conceber os direitos fundamentais como limites ao poder do Estado, afastando-os das relações entre os particulares. Na esfera das relações privadas, existiriam relações entre partes iguais que, por isso, gozariam de plena autonomia para regular seus próprios interesses. Nessa época, surge,

concomitantemente, a doutrina econômica de Adam Smith, pregando a auto-regulação do mercado e da mão invisível como forças autônomas e independentes, suficientes para equacionar os problemas sociais e promover o bem comum. Assim, qualquer intervenção do Estado nas relações econômicas e privadas seria considerada uma intrusão indevida.

Por conseguinte, naquele período prevaleceu a idéia de que o Código Civil representava o centro do sistema privado, expressando normas racionais e imutáveis, assentadas principalmente na garantia da propriedade e da liberdade contratual, protegendo os interesses liberais e individualistas da burguesia ascendente, como observou Cristiano Tutkian:

Sob essa inspiração surgiu o *Code Napoléon* em 1804, tendo como princípios fundamentais a propriedade individual e a autonomia da vontade, onde o indivíduo era livre para agir conforme sua vontade. Estavam representados na lei os valores liberais de uma sociedade extremamente individualista, sendo a propriedade um direito absoluto e quase ilimitado.⁴

A dicotomia entre Direito Público e Direito Privado, portanto, foi o traço marcante da época liberal-individualista-patrimonialista. O primeiro disciplinava o Estado seu modo de estruturação e funcionamento, já ao segundo cabia regular as relações entre as pessoas privadas, sua capacidade, estado, família, propriedade, tudo sob o manto da liberdade individual. Assim, Constituição e Código Civil caminhavam paralelamente, conformando duas realidades distintas, aquela dirigida ao Estado e ao espaço político, enquanto este tratava do espaço social e da sociedade, configurando um ordenamento jurídico composto por campos diversos, estanques e separados, cada um governado por uma lógica própria de interesses.

A partir do século XVIII, a Revolução Industrial operou

profundas mudanças sociais, deflagradora de alterações no Direito. Houve um incremento das relações de trabalho (empregado e empregador) e das relações comerciais, gerando uma cultura massificada, com grande circulação de bens, muitos deles dissociados da propriedade clássica regulada nas codificações, de cunho marcadamente imobiliário.

A igualdade e a liberdade meramente formais presentes nos Códigos, mostraram-se terreno fértil para a exploração do homem, surgindo a necessidade de uma intervenção maior do Estado nas relações privadas, a fim de garantir condições mínimas de existência para cada ser humano. É nesse contexto histórico que começa a surgir o Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*).

O advento do Estado Social mostrou que a igualdade formal entre particulares materialmente desiguais ensejava a opressão do economicamente mais fraco pelo mais forte. O Estado e o Direito ganharam novo enfoque, consolidando-se o entendimento de que os direitos fundamentais não são voltados somente para as relações entre o Estado e os cidadãos, incidindo também na seara privada, no mercado, nas relações de trabalho e na família. A valorização de princípios como o da dignidade da pessoa humana e da igualdade material fez com que desaparecesse a dicotomia existente entre Direito Público e Direito Privado. Com o incremento da atividade governamental, a área dominada pela autonomia privada foi reduzida e, como corolário, houve a modificação dos conceitos fundamentais do Direito privado, que passaram a ser influenciados pela incorporação de elementos sociais ou públicos.

Dentro desse cenário, as Constituições passaram a disciplinar também as relações econômicas e privadas, rompendo o monopólio quase absoluto do Código Civil neste campo. Ademais, a expansão e o fortalecimento da jurisdição constitucional sedimentaram a idéia de que a Constituição é norma jurídica, dotada de força vinculante, e não somente uma diretriz política para o legislador. A Constituição alcança o centro da ordem jurídica, impondo uma releitura de todos os institutos e conceitos de todos os ramos do Direito, inclusive aqueles que

tratam das relações entre particulares, típicas do Direito Privado.

Desta forma, podemos concluir que, não obstante em dado momento histórico tenham tido o intuito de limitar a atuação do Estado, os direitos fundamentais se desenvolveram para reclamar prestações positivas em favor dos cidadãos, abarcando também as relações entre os particulares.

3 - A DISCUSSÃO TERMINOLÓGICA

A doutrina tem utilizado diversas designações quando trata da aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, tais como: eficácia privada, eficácia entre terceiros (*Drittwirkung*), eficácia externa, eficácia horizontal (*horizontalwirkung*), eficácia frente a particulares e eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas, privatização dos direitos humanos, dentre outras. Há autores que evitam o termo eficácia, optando pela denominação de validade (ou validez) dos direitos fundamentais nas relações entre particulares ou ainda vinculação dos particulares ou das entidades privadas aos direitos fundamentais.

Na Alemanha, foram criadas as expressões eficácia entre terceiros e eficácia horizontal dos direitos fundamentais. A primeira, cunhada com base na ultrapassada teoria liberal dos direitos fundamentais, que os restringia às relações entre o Estado e o cidadão, considerando o particular como um terceiro estranho a esta. Já a segunda, refere-se à circunstância de que os direitos fundamentais não incidem somente nas relações verticais de poder, mantidas entre órgãos estatais e cidadãos, mas também alcançam as relações entre particulares, que se encontram num mesmo patamar de igualdade jurídica. Contudo, tal igualdade ou horizontalidade não existe de fato, porquanto na esfera privada existem situações de manifesta desigualdade de poder social entre particulares que denotam manifesta verticalização.

O termo eficácia externa é também criticado por partir da premissa de que, em princípio, os particulares estariam excluídos do pólo passivo das relações jurídicas referentes aos

direitos fundamentais, posicionando-se assim externamente às mesmas, o que contraria a teoria constitucional contemporânea.

Sobre o assunto, Daniel Sarmiento reputa a polêmica irrelevante, utilizando em sua obra várias das denominações acima referidas, não obstante reconheça a procedência das críticas⁵, mas Ingo Sarlet se posiciona nos seguintes termos:

Verifica-se um dissenso no que diz com a terminologia apropriada, sendo cada vez maiores as críticas em relação às expressões mais conhecidas, como é o caso da *Drittwirkung* (eficácia em relação a terceiros ou eficácia externa) dos alemães, mas também da expressão eficácia horizontal, já que, relativamente ao primeiro termo, não estaria em causa verdadeiramente um terceiro nível eficaz (tendo em conta que os direitos ou operam nas relações indivíduo-Estado ou na esfera das relações das pessoas privadas entre si), ao passo que a expressão eficácia horizontal não dá conta das situações de manifesta desigualdade de poder entre indivíduos e portadores de poder social, que, no que diz com o exercício de poder e imposição da vontade em detrimento da outra parte da relação jurídico-privada, assumem feições manifestamente verticalizadas, no sentido de similares às relações entre os particulares e o poder público. Por tais razões, o mais apropriado é, de fato, falarmos de uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais ou mesmo da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.⁶

De todo modo, são procedentes as críticas formuladas às denominações equivocadas, devendo o tema ser tratado como vinculação dos particulares aos direitos fundamentais ou eficácia dos direitos fundamentais nas relações interparticulares, como bem pontificou o Professor gaúcho.

4 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

A partir da segunda metade do século XX, no cenário do pós-guerra, o Direito Constitucional sofreu profundas alterações, dando ensejo ao surgimento do chamado Neoconstitucionalismo, no ambiente filosófico do pós-positivismo. No plano teórico, as principais mudanças de paradigma consistiram no reconhecimento da força normativa da Constituição, na expansão da jurisdição constitucional e na elaboração das diferentes categorias da nova hermenêutica constitucional.

Como corolário, ocorreu a chamada constitucionalização do Direito que consistiu na irradiação dos valores albergados nos princípios e regras da Constituição para todo o ordenamento jurídico, principalmente através da jurisdição constitucional em seus diferentes níveis. As principais conseqüências dela resultantes foram a aplicação direta da Constituição a diversas situações, a inconstitucionalidade das normas incompatíveis com a Carta Magna e a interpretação das normas infraconstitucionalis conforme o disposto na Constituição, que irá determinar-lhes o sentido e o alcance.

Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos preceitos constitucionais passaram a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. A constitucionalização influencia a atividade dos três Poderes do Estado, inclusive e precipuamente em suas relações com o setor privado. Outrossim, repercute igualmente nas relações entre particulares, que obviamente não podem constituir uma casta inalcançável pelas normas supremas da Constituição.

No âmbito do Poder Legislativo, a constitucionalização limita a sua liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e impõe-lhe determinados deveres de atuação para concretizar direitos e programas constitucionais. Na Administração Pública, a constitucionalização limita a sua discricionariedade, lhe impõe deveres de atuação e fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta

e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário. No Judiciário, serve de parâmetro para o controle da constitucionalidade (direto ou incidental) e condiciona a interpretação de todas as normas do sistema. Em relação aos particulares, estabelece limitações à sua autonomia, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito aos direitos fundamentais.⁷

O principal efeito da constitucionalização do direito, portanto, é a irradiação dos efeitos dos direitos fundamentais, por serem mandados de otimização - normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes⁸ - com assento constitucional, por toda a ordem jurídica, inclusive nos domínios do Direito Privado.

5 - A DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

As declarações de direitos fundamentais expressas nas Constituições não são meras “declarações de princípios” ou “diretrizes”, mas contêm verdadeiras normas jurídicas, notadamente no tocante às liberdades públicas, asseguradoras de direitos subjetivos aos indivíduos. A sedimentação desta idéia foi sem dúvida um dos grandes avanços na teoria dos direitos fundamentais na segunda metade do século XX. Nessa perspectiva, os direitos fundamentais correspondem à exigência de uma ação negativa – espécie de abstenção em respeito ao espaço de liberdade do indivíduo – ou positiva de outrem – esta entendida como prestação, sobretudo em relação aos direitos sociais. Além dessa feição subjetiva dos direitos fundamentais, houve, também no período do pós-guerra, outra importante mudança de paradigma no seu domínio: o reconhecimento de sua dimensão objetiva.

Em sua dimensão objetiva, os direitos fundamentais constituem princípios básicos da ordem constitucional, operando como limite do poder e como diretriz para a sua ação. Eles representam um sistema de valores que as constituições

democráticas assumem e positivam, fazendo com que eles influam sobre todo o ordenamento jurídico, orientando a ação de todos os poderes constituídos.

Assim sendo, os direitos fundamentais transcendem a perspectiva da garantia de posições individuais (dimensão subjetiva), para alcançar a estatura de normas que incorporam os valores básicos da sociedade política e os irradiam para todo o direito positivo, formando a base do ordenamento jurídico de um Estado democrático. O bem tutelado pelo direito fundamental é visto como um valor em si, a ser preservado e fomentado, ensejando um dever de proteção pelo Estado contra agressões dos próprios poderes públicos, provenientes de particulares ou de outros Estados.⁹

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais interfere na dimensão subjetiva, atribuindo-lhe reforço de efetividade, na medida em que cobra a adoção de providências, materiais ou jurídicas, de salvaguarda dos bens constitucionalmente protegidos, ou seja, o Estado tem o dever de adotar medidas que protejam e concretizem os direitos fundamentais.

Portanto, os direitos fundamentais constituem um sistema objetivo de valores - não na concepção de “mera declaração de intenções” do poder constituinte em relação à atividade legislativa, sem valor normativo e não vinculante -, mas como ordem objetiva de valores, com caráter vinculante e que fundamenta a constitucionalização do direito e a ampliação da própria força normativa da Constituição.

A partir da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, da sua concepção de valores que se irradiam por todo o direito, servindo de elemento norteador para a interpretação e aplicação das normas dos seus diversos ramos, é reconhecida sua eficácia na esfera privada, no domínio das relações entre particulares.

Sobre o assunto, Francisco Gérson Marques de Lima fazendo referência a Ingo Wolfgang Sarlet, afirma com propriedade:

[...] esta feição mais ampla dos direitos fundamentais, referindo-se a uma visão jurídico-objetiva a seu propósito, de acordo com a qual eles exprimem determinados valores que o Estado não apenas deve respeitar, mas também promover e zelar por sua observância, mediante uma postura ativa, sendo, portanto, devedor de uma proteção global dos direitos fundamentais. Desta sorte, ditos direitos, na qualidade de princípios constitucionais e por força do princípio da unidade do ordenamento jurídico, “se aplicam relativamente a toda ordem jurídica, inclusive privada”, bem como “há necessidade de se protegerem os particulares também contra atos atentatórios aos direitos fundamentais provindos de outros indivíduos ou entidades particulares. Citando doutrinadores estrangeiros, o autor afirma que os direitos fundamentais constituem “normas de valor válidas para toda a ordem jurídica (princípio da unidade da ordem jurídica) e da força normativa da Constituição”, não se podendo aceitar “que o direito privado venha a formar uma espécie de gueto à margem da ordem constitucional.”¹⁰

Desta forma, com fundamento na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, reforçada por uma hermenêutica galgada nos princípios da unidade e da força normativa da Constituição, quase não há mais divergência quanto à extensão dos direitos fundamentais ao setor privado.

6 - AS TEORIAS SOBRE A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

6.1 As teorias no Direito Comparado

Atualmente, tem-se certa uniformidade quanto à incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. As

divergências surgem no momento de determinar a forma e a intensidade dessa vinculação, que não pode ser idêntica à do Estado, uma vez que todos os particulares são titulares de direitos fundamentais e sua autonomia goza de proteção. Em um Estado de Direito, o espaço mínimo de autodeterminação da pessoa não deve ser tolhido pela multiplicação de deveres constitucionais, correlatos aos direitos, o que poderia atentar contra a garantia e a promoção da dignidade humana.

Há, portanto, na aplicação dos direitos fundamentais aos particulares, a necessidade de ponderar interesses, figurando de um lado os direitos fundamentais em jogo e do outro alguma emanção da autonomia privada: autonomia negocial, privacidade, autonomia associativa, liberdade de contratar etc.

Nos Estados Unidos, foi desenvolvida a doutrina da *State Action*, segundo a qual a Constituição e os direitos nela consagrados só vinculam, em princípio, os poderes públicos. Só há incidência dos direitos fundamentais no domínio privado quando o particular desempenhar alguma função típica do poder público (*public function theory*) ou quando se vislumbrar na sua conduta, uma implicação do Estado¹¹.

Uma das primeiras decisões judiciais a reconhecer a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares foi proferida pela Suprema Corte americana no caso *Shelley x Kraemer* (1948). Com o objetivo de evitar a presença de negros em um loteamento em *Saint Louis*, exigiu-se, via contrato, que os compradores não poderiam vender seus terrenos a pessoas não-brancas. Um dos proprietários resolveu vender o seu terreno a um casal de negros e a venda foi contestada judicialmente, por violação da cláusula restritiva. O pedido foi deferido no Tribunal de Missouri, mas a Suprema Corte decidiu que aquela cláusula restritiva feria a cláusula de igualdade da Emenda XIV da Constituição americana.

Na Alemanha, o debate acarretou o surgimento de duas correntes, uma galgada na defesa da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas e outra na eficácia indireta e mediata. Para a primeira, a qual se filiaram Nipperdey e Leisner, alguns direitos fundamentais vinculam

diretamente os particulares, independentemente da mediação do legislador ordinário, havendo, contudo, a necessidade de realizar uma ponderação de interesses entre o direito fundamental envolvido e a autonomia privada para estabelecer os termos e os limites da incidência. Para o segundo bloco, no qual figurou Dürig, cabe precipuamente ao legislador a tarefa de estender os direitos fundamentais às relações interparticulares, ao passo que os Tribunais utilizariam os direitos fundamentais como diretrizes interpretativas das normas do Direito Privado, notadamente das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados, mas fora destes casos, não estariam autorizados a aplicar diretamente os direitos fundamentais nas lides privadas. A primeira teoria acabou prevalecendo na jurisprudência alemã, enquanto a segunda foi dominante na Espanha, Portugal e Itália.

6.2 As teorias desenvolvidas no Brasil

No Brasil, as peculiaridades do nosso texto constitucional e da nossa realidade social fazem com que a questão não possa ser enfrentada da mesma forma como o foi nos países mencionados. Daniel Sarmento e Wilson Steinmetz foram os pioneiros em realizar a abordagem do tema, recebendo posteriormente a contribuição de Virgílio Afonso da Silva¹².

Segundo Daniel Sarmento, a solução para o problema da tensão entre autonomia privada e direitos fundamentais passa por dois pontos primordiais: a dicotomia simetria/assimetria entre as partes e a contraposição entre questões existenciais e questões de cunho patrimonial. A assimetria consiste na desigualdade fática entre os sujeitos da relação jurídica, de modo que, quanto maior for a desigualdade fática entre os envolvidos, mais intensa deverá ser a proteção ao direito fundamental em jogo e menor a tutela da autonomia privada. De outra banda, numa situação de tendencial igualdade, a autonomia privada vai receber uma proteção mais intensa, abrindo espaço para restrições mais profundas ao direito fundamental com ela conflitante.¹³

Para Virgílio Afonso da Silva, esse critério peca por ignorar o jogo de forças no interior da relação, que pode ser mais

importante do que a condição material dos envolvidos e não estar necessariamente a ela vinculado. Ele exemplifica com o caso de participantes dos *reality shows*, em moda nas emissoras de televisão no Brasil e no mundo, que o fazem com base no exercício de sua autonomia da vontade. Esse exercício acarreta, sem dúvida, restrições a direitos fundamentais, especialmente ao de privacidade. Ademais, a desigualdade material entre a rede de televisão e os participantes do *reality show* é inegável, mas nem por isso há necessidade de intervir nessa relação para proteger direitos fundamentais restringidos, uma vez que a desigualdade material não interfere, necessariamente, na autenticidade das vontades. Para o autor, o decisivo é a sinceridade no exercício da autonomia privada, que não necessariamente terá alguma relação com desigualdades externas a ela.¹⁴

O segundo critério de Sarmiento, leva em consideração o tipo de questão envolvida: existencial ou econômico-patrimonial. Nos casos envolvendo questões existenciais, a autonomia privada terá um peso maior do que naqueles concernentes a questões econômico-patrimoniais. Além disso, nesses últimos casos, a proteção da autonomia privada em face de um eventual direito fundamental restringido deverá variar em função da essencialidade do bem envolvido. O critério é relevante por tentar evitar a “homogeneização forçada do comportamento individual a partir de pautas tidas como ‘politicamente corretas’, à custa do pluralismo e da própria dimensão libertadora que caracteriza os direitos fundamentais”.¹⁵

Para Steinmetz, tanto os direitos fundamentais quanto a autonomia privada têm estrutura de princípios, nos termos definidos por Alexy, ou seja, ambos são mandamentos de otimização. A compatibilização entre ambos, portanto, deve seguir a mesma linha mestra que dirige a compatibilização de direitos fundamentais em caso de colisões entre eles, ou seja, a utilização do princípio da proporcionalidade. O autor desenvolve critérios para nortear a aplicação da proporcionalidade aos casos de atos de autonomia privada que restrinjam direitos fundamentais.¹⁶

Havendo conflito em que a autonomia privada tenha mitigado direito fundamental, a solução somente pode ser encontrada aplicando-se o princípio da proporcionalidade. É necessário examinar se a restrição contratual ao direito fundamental é adequada, necessária e proporcional em sentido estrito. Se houver a necessidade de sopesar autonomia privada e direito fundamental, é necessária a adoção de alguns critérios para orientar o operador do direito. Partindo do conceito de precedência *prima facie*, usado por Alexy, Steinmetz desenvolve um modelo próprio. Segundo Alexy, as precedências *prima facie* não contêm determinações definitivas em favor de um princípio, contudo estabelecem um ônus de argumentação para a precedência do outro princípio no caso concreto. Assim, uma precedência *prima facie* constitui uma carga de argumentação a favor de um princípio e, por conseqüência, uma carga de argumentação contra o outro.

Transportando o raciocínio para o problema da tensão entre autonomia privada e direitos fundamentais, Steinmetz desenvolve quatro diferentes precedências *prima facie*: 1) Em uma relação contratual de particulares sob condições de igualdade fática, há uma precedência *prima facie* do direito fundamental de conteúdo pessoal ante o princípio da autonomia privada; 2) Sob as mesmas condições de igualdade, se o direito fundamental tiver conteúdo patrimonial, a precedência *prima facie* é do princípio da autonomia privada; 3) Em uma relação de particulares sob condições de desigualdade fática, há uma precedência *prima facie* do direito fundamental de conteúdo pessoal ante o princípio da autonomia privada; e 4) Em uma relação de particulares sob condições de desigualdade fática, há uma precedência *prima facie* do direito fundamental de conteúdo patrimonial ante o princípio da autonomia privada.

Para Virgílio Afonso da Silva há dois problemas no modelo de Steinmetz. O primeiro, semelhante ao apontado na formulação de Daniel Sarmento, qual seja, a importância que se dá à idéia de igualdade ou desigualdade fática entre as partes. A exemplo das observações feitas quando da análise do trabalho de Sarmento, mais correto seria substituir igualdade e

desigualdade fáticas por sinceridade e insinceridade no exercício da autonomia privada. O segundo problema decorre da aplicação do princípio da proporcionalidade nas relações nas quais o Estado não participa.

Quando a proporcionalidade é aplicada a casos envolvendo atos estatais que mitigam direitos fundamentais, aferir se a medida é necessária implica em indagar sobre a existência de outras eventualmente eficazes para alcançar o mesmo objetivo, mas que restrinjam menos o direito atingido. Se houver alguma medida alternativa nesses termos, a medida estatal adotada não era necessária e, por isso, foi desproporcional. A utilização desse critério nas relações privadas traz uma séria complicação: exigir que os particulares adotem, nos casos de restrição a direitos fundamentais, apenas as medidas estritamente necessárias (as menos gravosas), para o atingimento dos fins perseguidos. Isso implica esvaziar a autonomia de livremente dispor sobre os termos de seus contratos. Se, então, não lhes resta outra opção além da adoção das medidas estritamente necessárias, não se pode mais falar em autonomia. Diante disso, as precedências *prima facie* perdem seu sentido, porquanto mesmo que a relação contratual tenha sido estabelecida sob condições de igualdade fática ou de sinceridade e o direito fundamental tenha conteúdo patrimonial, se os termos do contrato não forem os menos gravosos, o pacto será sempre nulo.¹⁷

Sem embargo das críticas formuladas aos diversos critérios apresentados, impende constatar que já se dispõe de elementos suficientes para solucionar conflitos decorrentes da colisão entre direitos fundamentais e a autonomia privada no Brasil, sem recorrer à fácil solução de que tudo se resolve no caso concreto por meio de sopesamento. Assim, aumenta-se a possibilidade de controle desse procedimento interpretativo, evitando o excesso de subjetividade e a quase total liberdade dos juízes na solução dos casos concretos. A conseqüência última é racionalidade dos procedimentos e maior concretização dos direitos fundamentais.

7 A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Os Tribunais brasileiros têm proferido muitas decisões utilizando os direitos fundamentais para dirimir conflitos entre particulares, no entanto, estes julgamentos, salvo raras exceções, carecem de uma construção dogmática sistematizada que sirva de supedâneo à aplicação do preceito constitucional ao litígio entre particulares.

O Tribunal Superior do Trabalho já emitiu decisões atribuindo eficácia imediata aos direitos fundamentais da personalidade nas relações de trabalho, afastando o poder de direção do empregador, fundado no direito de propriedade.¹⁸

Em 1995, o Supremo Tribunal Federal discutiu se cometeria o crime de constrangimento ilegal, o gerente que exige das empregadas de certa indústria de lingerie o cumprimento de cláusula constante nos contratos individuais de trabalho, segundo a qual, elas deveriam se submeter a revistas íntimas, sob ameaça de dispensa. Infelizmente o processo acabou sendo extinto sem julgamento do mérito em face da incidência da prescrição superveniente.

[...] II. Constrangimento ilegal: submissão das operárias de indústria de vestuário a revista íntima, sob ameaça de dispensa; sentença condenatória de primeiro grau fundada na garantia constitucional da intimidade e acórdão absolutório do Tribunal de Justiça, porque o constrangimento questionado a intimidade das trabalhadoras, embora existente, fora admitido por sua adesão ao contrato de trabalho: questão que, malgrado a sua relevância constitucional, já não pode ser solvida neste processo, dada a prescrição superveniente.¹⁹

Em 1996, o STF preconizou a incidência direta dos direitos fundamentais sobre relações privadas no caso de um membro expulso de cooperativa sem o atendimento da garantia do

contraditório e da ampla defesa.²⁰ Posteriormente, a Corte não admitiu a invocação do princípio da autonomia para discriminar nacionais de estrangeiros, quanto à percepção de benefícios previstos no estatuto pessoal de determinada empresa.

CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. CF/67, art. 153, § 1º; CF/88, art. 5º, caput. I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: CF/67, art. 153, § 1º; CF/88, art. 5º, caput). II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846 (AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. - R.E. conhecido e provido. ²¹

Por fim, recentemente, o STF negou provimento a recurso interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que mantivera decisão que reintegrara associado excluído do quadro da União Brasileira de Compositores-UBC, sob o entendimento de que fora violado o seu direito de defesa, por não ter tido a oportunidade de refutar o ato que resultara na sua punição. Entendeu-se ser, na espécie, hipótese de aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas. Para os Ministros, as penalidades impostas extrapolaram a liberdade do direito de associação, em prejuízo da das garantias

constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Vencidos os Ministros Ellen Gracie e Carlos Velloso, que davam provimento ao recurso, por entender que a retirada de um sócio de entidade privada deve ser solucionada a partir das regras do estatuto social e da legislação civil em vigor, sendo incabível a invocação do princípio constitucional da ampla defesa.²²

Assim, mesmo sem o desenvolvimento de uma construção dogmática sistematizada, os Tribunais brasileiros vêm aplicando reiteradamente os direitos fundamentais nos litígios entre particulares.

8 - CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS.

Sintetizando, em algumas breves proposições, as principais conclusões alcançadas em nosso trabalho, podemos afirmar que:

1. Apesar dos direitos fundamentais, em dado momento histórico, após a influência do liberalismo, tenham tido o intuito de limitar a atuação do Estado, estes se desenvolveram para reclamar prestações positivas em favor dos cidadãos, englobando também as relações entre os particulares.

2. A constitucionalização do Direito acarretou a irradiação dos efeitos dos direitos fundamentais, caracterizados como princípios constitucionais, por toda a ordem jurídica, inclusive nas relações típicas de Direito Privado.

3. Os direitos fundamentais ostentam uma dimensão objetiva, consagrando os valores mais importantes de uma comunidade política. Essa dimensão objetiva potencializa a irradiação dos direitos fundamentais por todo o direito, servindo de elemento norteador para a interpretação e aplicação das normas dos seus diversos ramos, autorizando o reconhecimento de sua eficácia na esfera privada, no domínio das relações entre particulares.

4. Atualmente, há praticamente unanimidade quanto à incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, tendo o foco dos debates se posicionado na forma e na

intensidade dessa vinculação.

5. As teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas desenvolvidas em outros países, notadamente na Alemanha e nos Estados Unidos, não podem simplesmente ser transpostas para o Brasil, tendo em vista as peculiaridades do nosso texto constitucional e de nossa realidade social.

6. No Brasil, prevalece a teoria da aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, o que vem sendo feito pelos Tribunais, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, apesar de tais julgamentos não se basearem ainda em uma construção dogmática sistematizada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALEXY, Robert. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)**. Revista Opinião Jurídica, Fortaleza, Ano III, n.6, p. 211-252, 2005.2.

LIMA, Francisco Géron Marques de. **Por uma visão internacional antropocêntrica dos Direitos humanos, num mundo de terrorismo, guerras, insegurança e avançadas Tecnologias**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <www.Jusnavigandi.com.br>. Acesso em: 04 dez. 2006.

MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba; ROIG, Rafael de Asís; Avilés, Maria del Carmen Barranco. **Lecciones de Derechos Fundamentales**. Madrid: Dykinson, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares dos direitos fundamentais**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição Concretizada*. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2000.

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

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Direitos Fundamentais e Relações entre Particulares**. Revista Direito GV. São Paulo, ano 1, n.1., p. 173-180. Maio, 2005.

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

TUTIKIAN, Cristiano. **Sistema e codificação: o Código Civil e as cláusulas gerais**. In: ARONE, Ricardo. (Organizador). *Estudos de direito Civil – Constitucional*. V. I. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

NOTAS:

¹ Artigo elaborado em 12/2006 para avaliação final na disciplina Teoria dos Direitos Fundamentais, no Curso de Mestrado da Universidade Federal do Ceará.

² SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 4.

³ MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba; ROIG, Rafael de Asís; Avilés, Maria del Carmen Barranco. **Lecciones de Derechos Fundamentales**. Madrid: Dykinson, 2004, p. 335.

⁴ TUTIKIAN, Cristiano. **Sistema e codificação: o Código Civil e as cláusulas gerais**. In: ARONE, Ricardo. (Organizador). **Estudos de direito Civil – Constitucional**. V. I. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 42.

⁵ Ibid., p. xxxi.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares dos direitos fundamentais**. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 112.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)**. Revista Opinião Jurídica, Fortaleza, Ano III, n.6, p. 211-252, 2005.2.

⁸ ALEXY, Robert. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 86.

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 153.

¹⁰ LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Por uma visão internacional antropocêntrica dos Direitos humanos, num mundo de terrorismo, guerras, insegurança e avançadas Tecnologias**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em:

<www.Jusnavigandi.com.br>. Acesso em: 04 dez. 2006.

¹¹ SARMENTO, Daniel, 2006, op. cit., p. 327.

¹² Em resenha intitulada “**Direitos Fundamentais e Relações entre Particulares**”, publicada na Revista Direito GV. São Paulo, ano 1, n.1., p. 173-180. Maio, 2005, o autor realiza uma crítica das obras: SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004 e Steinmez, Wilson. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, notadamente quanto à compatibilização dos direitos fundamentais com a autonomia privada.

¹³ SARMENTO, Daniel, 2006, op. cit., p. 261.

¹⁴ DA SILVA, Virgílio Afonso, 2005, op. Cit., p. 4.

¹⁵ SARMENTO, Daniel, 2006, op. cit., p. 268.

¹⁶ STEINMETZ, Wilson. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 216-225.

¹⁷ DA SILVA, Virgílio Afonso, 2005, op. cit., p. 6.

¹⁸ TST, RR 512.905/98.0, Rel. José Pedro de Camargo (Juiz convocado), DJ 07/02/2003.

¹⁹ STF, RE n° 160.222-RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 01/09/1995.

²⁰ STF, RE n° 158.215-RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 07/06/1996.

²¹ STF, RE n° 161.243-DF, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 19/12/1997.

²² Brasil, STF, 2ª Turma, RE 201819/RJ, julgado em 11.10.2005, acórdão pendente de publicação.