

# A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Alexander Perazo Nunes de Carvalho\*

Renata Albuquerque Lima\*\*

Introdução. 1 A Negação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações provadas e a doutrina da *State Action*. 2 A teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais na esfera privada. 3 A teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais na esfera privada. Conclusão. Referências.

## RESUMO

A questão sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais demonstra a inevitável evolução da nova hermenêutica constitucional. Percebe-se na Doutrina e Jurisprudência uma maior preocupação com a aplicabilidade desses direitos em relação aos particulares, ampliando, portanto, o seu raio de ação. Inserindo uma nova dimensão objetiva aos direitos fundamentais, conclui-se que já não basta ao Estado se abster de violar direitos humanos. É preciso que ele atue concretamente para proteger os indivíduos face às agressões e ameaças de terceiros, incluindo aqui, os interesses privados. A constitucionalização do Direito Civil é o marco da adequação da legislação privada aos direitos fundamentais, pois trata-se de um processo que importa modificações substantivas na forma de se conceber e encarar os principais conceitos do direito privado, fazendo-o alcançar o patamar de ciência cível constitucional.

**Palavras-chave:** Eficácia horizontal. Direitos Fundamentais. Constitucionalização do Direito Civil.

---

\* Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Professor de Direito Civil e Direito do Consumidor da Unichristus – Centro Universitário Christus e da Unifor, Professor Visitante da Universidade Potiguar/RN, Professor do site [www.euvoypassar.com.br](http://www.euvoypassar.com.br), Assessor Jurídico de 1ª Instância da Procuradoria de Justiça Militar, em Fortaleza/Ce e especialista em Direito Militar. E-mail [perazo@globocom.com](mailto:perazo@globocom.com)

\*\* Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Graduada em Direito pela UFC e em Administração de Empresas pela UECE. Professora de Direito Empresarial da UNICHRISTUS. Professora Adjunta do Curso de Direito da Universidade Estadual Vale do Acaraú – UVA. Coordenadora do Curso de Direito da Faculdade Luciano Feijão - FLF. Advogada. E-mail: [realbuquerque@yahoo.com](mailto:realbuquerque@yahoo.com)

## INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais na atual Constituição Federal de 1988 estão previstos, precipuamente, no Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, que, por sua vez, abrangem os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (artigo 5º), os Direitos Sociais (artigos 6º ao 11), os Direitos da Nacionalidade (artigos 12 e 13), os Direitos Políticos (artigos 14 a 16) e os Partidos Políticos (artigo 17), além de espalhados por toda a Constituição, como, *verbi gratia*, o direito ao meio ambiente sadio.

Sabe-se, por sua vez, que o § 1º, do artigo 5º da CF/88 ainda determinou que as normas definidoras de direitos fundamentais tenham aplicabilidade imediata, ou seja, além de eficácia plena, possuem também vigência automática, sendo, inclusive, autoaplicáveis. Resta porém indagar contra quem os direitos fundamentais podem ser opostos.

Assim, de há muito se percebe que os direitos fundamentais atuam como uma limitação à atuação dos governantes em relação aos governados, em uma nítida relação vertical entre o Estado e o indivíduo, seja por meio de uma abstenção estatal (direitos de primeira dimensão), uma ação (segunda dimensão) ou em favor dos meta-indivíduos (direitos de terceira dimensão). Não por outra razão, os direitos fundamentais podem não ser exercidos, porém nunca renunciados, pois historicidade, universalidade, inalienabilidade, imprescritibilidade e a própria irrenunciabilidade são características determinantes dos ditos direitos fundamentais.

Por outro lado, cogita-se, hoje em dia, da aplicação dos direitos fundamentais<sup>1</sup> também nas relações jurídicas entre indivíduos, interpretando-se as relações privadas com um viés constitucional e possibilitando, assim, a manutenção do equilíbrio da justiça também nas prefaladas relações privadas (*Drittwirkung*).

De fato, ao expandir os efeitos das relações privadas para uma concepção constitucional<sup>2</sup>, naturalmente, fez surgir também uma ampliação dos direitos fundamentais para além de uma relação cidadão-Estado, adquirindo uma dimensão objetiva de aplicação dos direitos fundamentais “de validade universal, de conteúdo indeterminado e aberto, e que não pertence nem ao Direito Público, nem ao Direito Privado, mas compõe a abóbada de todo o ordenamento jurídico enquanto direito constitucional de cúpula.”<sup>3</sup>

Assim, o direito privado passa também a “conhecer o fenômeno do poder e da autoridade para condicionar suas relações, não sendo apenas do poder público o ataque contra a liberdade de manifestação do indivíduo e a dignidade da pessoa humana.”<sup>4</sup>

Para Daniel Sarmiento,

[...]a extensão dos direitos fundamentais às relações privadas é indispensável no contexto de uma sociedade desigual, na qual a opressão pode provir não apenas do Estado, mas de uma multipli-

cidade de atores privados, presentes em esferas como o mercado, a família, a sociedade civil e a empresa.<sup>5</sup>

Em outro diapasão, não é possível entender o Estado Democrático sem a proteção (também constitucional) da autonomia privada. Assim, o paradoxo da democracia<sup>6</sup>, em uma tentativa de alcançar o “governo do povo”, resta por expulsar o indivíduo que, colocado frente a problemas cada vez mais complexos, necessita de uma ação individual com suficiente liberdade, na crença de que isso produzirá um efeito conjunto que, no futuro, seja melhor para todos.

Nessa dualidade de posições, ou seja, de um lado, a autonomia privada, indispensável, como dito, em um Estado Democrático de Direito e base estrutural do Direito Civil, e, por outro lado, a premissa de que se encontra perfeitamente possível a aplicação dos direitos fundamentais ao âmbito do direito privado, fez com que surgissem várias teorias acerca da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, pois é certo que a forma de incidência dos direitos fundamentais para os particulares não pode ser igual para os poderes públicos, em razão das diferenças ontológicas entre ambos.

Assim, o ponto nodal das teorias que se passa a analisar incide na busca de uma fórmula de compatibilização entre, de um lado, uma tutela efetiva dos direitos fundamentais, e, do outro, a salvaguarda da autonomia privada da pessoa humana.

## 1 A NEGAÇÃO DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS E A DOCTRINA DA STATE ACTION

Inicialmente, na Alemanha, logo após as primeiras discussões acerca da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, “esboçou-se contra ela uma forte reação, que teve à frente autores como Mangoldt e Forsthoff”<sup>7</sup>, baseada numa visão do liberalismo clássico, reverberando que os direitos fundamentais representavam exclusivamente direitos de defesa em face do Estado.

Em resumo, os argumentos utilizados afirmavam que o alicerce dos direitos fundamentais foi construído em função de uma tradição histórica liberal, na qual a Lei Fundamental alemã vinculava somente os poderes públicos aos direitos fundamentais. Ademais, a adoção da eficácia horizontal colidiria com a autonomia privada individual, fulminando todo o arcabouço jurídico do direito privado.

Em que pesem os argumentos suso mencionados, a corrente de negação da eficácia dos direitos fundamentais na Alemanha, conforme preleciona Daniel Sarmiento, praticamente desapareceu com as reiteradas decisões do Tribunal Constitucional Federal, a partir da década de 50.<sup>8</sup>

Ainda com base na concepção do Estado Liberal Clássico, uma teoria contrária à horizontalização dos direitos fundamentais ainda é fortemente adotada nos Estados Unidos da América, denominada *state action*.

Dessa maneira, a doutrina do *state action* estabelece uma visão quase universal de que os direitos fundamentais estabelecidos no *Bill of Rights* da Carta estadunidense impõem limitações apenas para os Poderes Públicos (com exceção apenas da 13ª Emenda, que proibiu a escravidão). Para justificar tal pensamento, a doutrina baseia-se na literalidade do texto constitucional que se refere, de forma categórica, apenas aos Poderes Públicos, bem como no fato de que a *state action* preservaria o espaço de autonomia dos Estados, afinal de contas, compete aos Estados, e não à União, legislar sobre direito privado nos Estados Unidos.

Foi o que aconteceu, conforme ainda informa Daniel Sarmiento<sup>9</sup>, na recente Decisão da Suprema Corte no ano de 2000, no caso *Boy Scouts of America v. Dale*. No Estado de New Jersey, existia uma lei estadual proibindo qualquer discriminação contra homossexuais. Apesar disso, uma organização privada de escoteiros (*Boy Scouts*), descobriu que um de seus integrantes era militante da causa homossexual e resolveu expulsá-lo. Como a inconstitucionalidade da referida lei estadual foi questionada, o caso restou por chegar à Suprema Corte, que entendeu que a aplicação da lei estadual, no caso, violava a liberdade de associação e expressão, prevista na 1ª Emenda, por obrigar que um grupo ligado por valores comuns – dentre os quais a rejeição ao homossexualismo – fosse integrado por pessoa indesejada, e por isso julgou improcedente a ação.

Somente a partir da década de 40, a Suprema Corte Americana passou a esboçar um certo temperamento para a *state action*, elaborando a denominada *public function theory*, segundo a qual, os particulares que promovessem atividades de natureza tipicamente estatal estariam sujeitos às limitações constitucionais dos direitos fundamentais. Segundo a Suprema Corte, impediria, assim, que o Estado se livrasse de sua vinculação aos direitos fundamentais pela constituição de empresas privadas.

O caso mais emblemático da adoção da *public function theory* foi o *Marshal v. Alabama*, julgado em 1946, ocasião em que se discutia se uma empresa privada, possuindo terras nas quais existiam ruas e estabelecimentos comerciais, poderia proibir Testemunhas de Jeová de pregarem no interior de sua propriedade. Veja-se o precedente:

[...] In this case, we are asked to decide whether a State, consistently with the First and Fourteenth Amendments, can impose criminal punishment on a person who undertakes to distribute religious literature on the premises of a company-owned town contrary to the wishes of the town's management. The town, a suburb of Mobile, Alabama, known as Chickasaw, is owned by the Gulf Shipbuilding Corporation. Except for that, it has all the characteristics of any other American town. The property consists of residential buildings, streets, a system of sewers, a sewage disposal plant, and a "business block" on which business places are situated. A deputy of the Mobile County Sheriff, paid by the company, serves as the town's policeman.

A state can not, consistently with the freedom of religion and the press guaranteed by the First and Fourteenth Amendments, impose criminal punishment on a person for distributing religious literature on the sidewalk of a company-owned town contrary to regulations of the town's management, where the town and its shopping district are freely accessible to and freely used by the public in general, even though the punishment is attempted under a state statute making it a crime for anyone to enter or remain on the premises of another after having been warned not to do so.<sup>10</sup>

Assim, percebe-se que a aplicação da doutrina da *State Action* está ligada ao caráter individualista da Constituição e da própria cultura jurídica americana, não proporcionando uma adequada proteção aos direitos fundamentais, pois, como dito, incontestemente que as ameaças aos direitos fundamentais não advêm somente do Estado, mas também de grupos, pessoas e organizações privadas e a adoção da técnica de ponderação de interesses pelos órgãos julgadores poderia trazer maior segurança ao ordenamento norte-americano.

## 2 A TEORIA DA EFICÁCIA INDIRETA OU MEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ESFERA PRIVADA

A concepção da eficácia horizontal indireta dos direitos fundamentais na esfera privada surgiu na Alemanha, em 1956, com Gunter Dürig. Como bem explica Juan Ubillos, “no seu puede seguir sosteniendo que los derechos fundamentales significan todo del Derecho público, con una omnipresencia intensiva incluso, y nada en del Derecho privado. En las dos esferas significan algo: la última protección del contenido nuclear de la libertad”<sup>11</sup>

Assim, a teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas, conhecida como *Mittelbare Drittwirkung*, teria como fundamento a possibilidade da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais ocorrendo de forma mediata, ou seja, por meio de uma anterior mediação legislativa que vincularia o particular de forma indireta ou por aplicação derivada de uma cláusula aberta presente no direito privado.

Segundo Gilmar Mendes, os direitos fundamentais “não se destinam a solver diretamente conflitos de direito privado, devendo a sua aplicação realizar-se mediante os meios colocados à disposição pelo próprio sistema jurídico”<sup>12</sup> e, assim sendo, a incidência dos direitos fundamentais na seara privada deveria ocorrer por meio das cláusulas gerais implícitas no ordenamento civil como, *v.g.*, a ordem pública, boa-fé objetiva, bons costumes etc., ou mediante a aplicação das demais regras próprias do direito privado.

Dessa maneira, a teoria da aplicação mediata serviria para proteger os direitos fundamentais em todas as relações mantidas no âmbito do ordenamento jurídico, o que inclui o dever de protegê-los, também, contra entidades privadas, porém a intensidade da aplicação desses direitos deveria ocorrer de uma forma mais atenuada.

Para os adeptos da teoria da aplicação indireta,<sup>13</sup> aplicar os direitos fundamentais de forma direta levaria a uma desfiguração da base do direito privado pelo extermínio da autonomia privada da vontade, gerando uma hipertrofia normativa constitucional e, conseqüentemente, um poder incomensurável aos magistrados, em vista do grau de indeterminação das normas definidoras dos direitos constitucionais.

Assim argumenta Konrad Hesse:

*[...] mediante el recurso inmediato a los derechos fundamentales amenaza com perderse la identidad del Derecho Privado, acuñaada por la larga historia sobre la que descansa, em perjuicio de la adecuación a sua própria materia de la regulación y de su desarrollo ulterior, para lo cual depende de especiales circunstancias materiales que no cabe procesar sin más con criterios de derechos fundamentales. Aparte dello, correría peligro el principio fundamental de nuestro Derecho Privado, la autonomía privada, si las personas en sus relaciones recíprocas no pudieron renunciar a las normas de derechos fundamentales que son indisponibles para la acción estatal.<sup>14</sup>*

Pelo exposto, a teoria da aplicação indireta negaria uma força normativa vinculante da Constituição, tendo o condão, simplesmente, de irradiar suas limitações e ditames à legislação civil, a qual regularia diretamente as relações privadas.

Na Jurisprudência alemã, cite-se o caso de um superendividamento decorrente de um contrato de fiança. Tratava-se da hipótese de fiança prestada por um familiar praticamente sem patrimônio, cujos rendimentos não eram suficientes sequer para pagar os juros da dívida. O Tribunal Constitucional Alemão, analisando julgado do Supremo Tribunal Federal que considerara válida a fiança, com base no princípio da liberdade de contratar (negando, portanto, a horizontalização dos direitos fundamentais), determinou ao mesmo que revisse a sua decisão, levando-se em consideração, na interpretação das cláusulas gerais dos bons costumes e da boa-fé, que limitam a liberdade contratual, o princípio constitucional do livre desenvolvimento da personalidade, que teria sido ignorado na apreciação da causa.<sup>15</sup>

O próprio Supremo Tribunal Alemão, em 1972, aplicando a teoria mediatizada, considerou inválida a cláusula de acordo de divórcio, pela qual o ex-marido se obrigava a viver, durante um certo período, em cidade diversa de sua ex-esposa, alegando que referido acordo violava a cláusula geral dos bons costumes, que deveria ser interpretada de modo a proteger o direito fundamental à liberdade de circulação e residência.<sup>16</sup>

Ocorre, porém, que, indubitavelmente, apesar de um grande avanço, restou evidente que a teoria de aplicação indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas continuou sendo insuficiente para atender à nova hermenêutica constitucional, pois, em sendo necessária a atuação legislativa para que as disposições constitucionais tenham aplicabilidade, estar-se-ia negando a própria força normativa da Constituição Federal.

Ubillos bem afirma que

*Un derecho cuyo reconocimiento, cuya existencia, depende del legislador, no es un derecho fundamental. Es un derecho de rango legal, simplemente. El derecho fundamental se define justamente por la indisponibilidad de su contenido ao legislador. No parece compatible con essa caracterización la afirmación de que los derechos fundamentales sólo operan (frente a particulares) cuando el legislador así lo decide. De ahí que el término “eficacia mediata” nos parezca equívoco. Quienes defienden la necesidad de una mediación legal como paso obligado para el reconocimiento del derecho están negando, em realidad, la eficacia “horizontal” de los derechos fundamentales, em cuanto tales.<sup>17</sup>*

Assim, a teoria da eficácia mediata, defendendo a atuação do legislador ordinário para efetivar a integral aplicação dos direitos fundamentais ou, quando muito, a aplicação integrativa do julgador, com base nas cláusulas gerais, como afirmado por Ubillos, em verdade, nega a existência da horizontalização dos direitos fundamentais e acaba por sedimentar apenas a teoria da interpretação conforme à Constituição.

### 3 A TEORIA DA EFICÁCIA DIRETA E IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ESFERA PRIVADA

A teoria da eficácia horizontal direta surge, de forma tímida, na Alemanha, na década de 50, pela tese de Hans Carl Nipperdey.<sup>18</sup> e, segundo o mencionado autor, embora alguns direitos fundamentais previstos na Constituição alemã vinculem apenas o Estado, outros, pela sua natureza, podem ser invocados diretamente nas relações privadas, independentemente de qualquer mediação por parte do legislador, revestindo-se de oponibilidade *erga omnes*.<sup>19</sup>

Assim, hoje em dia, não se pode conceber o direito privado como um sistema independente, dissociado das premissas majoritárias do *Welfare State* e da constitucionalização do Direito Civil. Adotar a teoria da aplicação imediata dos direitos fundamentais às relações privadas significa abandonar, de vez, a velha dicotomia público-privado.

Tal ingerência reflete a nova perspectiva constitucional a incidir sobre o direito privado, enfrentada com o nascimento da Constituição Federal de 1988 (CF/88). Conforme Gustavo Tepedino<sup>20</sup>, trata-se do movimento da descodificação, que visa a uma releitura da legislação ordinária à luz da Constituição, primando pela observância desta nas relações privadas, bem como pela uniformidade política e ideológica do ordenamento jurídico, por mais complexo que seja.

Tal conduta é vislumbrada também no direito europeu, na tentativa de assegurar maior efetividade das normas descritivas de valores e promover uma conexão axiológica entre o corpo codificado e a Constituição da República.<sup>21</sup>

Nesse sentido, o “Estado Social” tem um novo papel a ser desempenhado, na qualidade de agente de implementação de políticas públicas, em que ele é

instado a promover um modelo econômico de bem-estar social e, ao mesmo tempo, a integrar, modernizar e legitimar o sistema capitalista.<sup>22</sup>

Esse processo de socialização das relações privadas/patrimoniais é observado notadamente nos arts. 1º, 3º, 5º, inciso XXIII e 170 da CF/88 remetendo a cláusulas gerais, como, por exemplo, a função social da propriedade, no caso em tela, da empresa, a dignidade da pessoa humana, a garantia do desenvolvimento do país e etc.

Cumprido destacar, no entanto, que aplicar a teoria imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas não significa desconsiderar as especificidades das relações privadas, não sendo possível, portanto, transplantar o particular para a posição de sujeito passivo nos mesmos moldes que se faz com os poderes públicos.

Com efeito, não se trata, portanto, de uma teoria radical, pois não se prega a desconsideração da liberdade individual das pessoas. Assim, os particulares são titulares de direitos fundamentais, e contra eles não seria possível atribuir toda a esfera restritiva que essas normas possuem em face do Estado, ao passo que são imbuídos da proteção constitucional de autodeterminação.

Conforme preleciona Daniel Sarmento, “a teoria da eficácia imediata não logrou grande aceitação na Alemanha, mas é majoritária na Espanha e em Portugal”.<sup>23</sup> Perlingieri, por sua vez, aduz que

[...] a norma constitucional pode, também sozinha (quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a *fattispecie* em consideração), ser a fonte da disciplina de uma relação jurídica de direito civil. [...] Assim, a normativa constitucional não deve ser considerada sempre e somente como mera regra hermenêutica, mas também como norma de comportamento, idônea a incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores.<sup>24</sup>

Assim, com a aplicação da teoria direta dos direitos fundamentais às relações privadas, a Constituição pode demonstrar sua eficácia de forma dúplice ou binária, pois esse método se concretiza quando o Poder Judiciário, em sua atuação típica, resolve o caso concreto utilizando-se da legislação ordinária (em um método de aplicação indireta), mas ao mesmo tempo, aplica também, em razão de sua normatividade, de forma direta, os princípios constitucionais ao caso concreto.

Sabe-se que o constituinte brasileiro foi omisso quanto à vinculação expressa dos particulares aos direitos fundamentais, porém, como já foi dito, o § 1º, do artigo 5º da CF/88 estabelece que “as normas definidoras dos direitos e garantias individuais têm aplicação imediata”, não gerando dúvidas, *data maxima venia*, quanto à aplicação de forma direta dos direitos fundamentais às relações privadas. Nesse sentido, destaca Daniel Sarmento:

Com efeito, qualquer posição que se adota em relação à controvérsia em

questão não pode descurar da moldura axiológica delineada pela Constituição de 1988, e do sistema de direitos fundamentais por ela hospedado. Não há dúvida, neste ponto, que a Carta de 88 é intervencionista e social, como o seu generoso elenco de direitos sociais e econômicos (arts. 6º e 7º, CF) revela com eloquência. Trata-se de uma Constituição que indica, como primeiro objetivo fundamental da República, “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I, CF) e que não se ilude com a miragem liberal de que é o Estado o único adversário dos direitos humanos.

[...] A Constituição brasileira é francamente incompatível com a tese radical, adotada nos Estados Unidos, que simplesmente exclui a aplicação dos direitos individuais sobre as relações privadas.<sup>25</sup>

Por outro lado, a Constituição Federal de 1988 também

[...] nos parece inconciliável com a posição mais compromissória, mas ainda assim conservadora, da eficácia horizontal indireta e mediata dos direitos individuais, predominante na Alemanha, que torna a incidência destes direitos dependentes da vontade do legislador ordinário, ou os confina ao modesto papel de meros vetores interpretativos das cláusulas gerais do Direito Privado.<sup>26 27</sup>

Assim, incontestemente se a compreensão de que o fundamento da dignidade da pessoa humana representa o centro de gravidade da ordem jurídica que, por sua vez, legitima e condiciona todo o direito positivado, a adoção da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas é medida que se impõe, uma vez que não reconhecê-la ou condicioná-la à vontade do legislador ou, por último, limitar o seu alcance à interpretação das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados do direito privado, significa, simplesmente, retirar a dignidade da pessoa humana do epicentro axiológico da ordem constitucional brasileira.

Argumenta-se como precedente no Supremo Tribunal Federal para a adoção da teoria direta, o julgamento do RE 158215-4/RS, no ano de 1996, possuindo como Relator o Min. Marco Aurélio, no qual discutia-se um caso em que associados de uma cooperativa haviam sido excluídos, como punição, sem direito de defesa, tendo o julgado entendido que “na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância do devido processo legal, viabilizando o exercício da ampla defesa”.<sup>28</sup>

Ainda no ano de 1996, o Supremo Tribunal Federal também entendeu, no RE 161.243-6/DF, cujo Relator foi o Min. Carlos Velloso, que o trabalhador brasileiro, empregado na empresa Air France, deveria ter o reconhecimento dos mesmos direitos trabalhistas assegurados no Estatuto das Pessoas da Empresa, que em princípio, somente beneficiava os empregados de nacionalidade francesa.<sup>29</sup>

Mais recentemente, o STF, com relatoria do Min. Gilmar Mendes, no RE 2018119/RJ, entendeu pela ampla aceitação dos direitos fundamentais de forma direta nas relações privadas, diante da União Brasileira de Compositores

que também havia excluído do seu quadro de sócios determinado compositor, sem que a este fossem asseguradas as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, destacando o Voto do Min. Celso de Mello, que assim se manifestou:

É por essa razão que a autonomia privada – que encontra claras limitações na ordem jurídica – não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.<sup>30</sup>

Por esses acórdãos, não resta dúvida de que o STF tem amplamente aceitado a aplicação direta dos direitos fundamentais na resolução de conflitos privados, independentemente da mediação do legislador ou de aplicação das cláusulas abertas.

## CONCLUSÃO

A questão sobre a incidência dos direitos fundamentais na seara privada ainda provoca intensos debates no meio jurídico, sendo essencial para a garantia de uma sociedade livre, justa e harmônica. Com o passar dos tempos, evoluiu-se de uma teoria de ineficácia horizontal, ou seja, de uma teoria que nega a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas (*state action*), para uma teoria indireta de aplicação dos direitos fundamentais, até a aplicação direta dos direitos constitucionais individuais às relações privadas.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, calcada pelo ideário de justiça e solidariedade e, tendo a dignidade da pessoa humana como Fundamento do Estado Democrático de Direito, torna-se necessária a aplicação direta dos direitos fundamentais no âmbito privado, objetivando dar a esses direitos a sua máxima efetividade.

Em contrapartida, a possibilidade de aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas não exclui a obrigação do Poder Judiciário de interpretar e eventualmente aplicar as normas jurídicas do Direito Privado, de índole infraconstitucional, como, *verbi gratia*, as cláusulas gerais da boa-fé objetiva, desde que respeitados, num primeiro momento, os direitos fundamentais. Dentro desse cotejo, deve o Judiciário, preliminarmente, mirar os valores constitucionais – que possui no sistema dos direitos fundamentais o seu eixo central – e caso não seja possível a aplicação de norma infraconstitucional, deve o órgão jurisdicional exercer o controle de constitucionalidade incidental da norma, afastando o preceito viciado face ao Parâmetro Constitucional.

Assim, não restam dúvidas de que os direitos individuais devem ser apli-

cados diretamente, seja na interpretação de cláusulas contratuais ou de outras declarações da vontade, de sentido duvidoso, independentemente de qualquer invocação de um conceito jurídico indeterminado, podendo, inclusive, ser utilizados como limites externos para a regulação jurídica emanada de fontes não estatais do Direito como, *v.g.*, estatutos de associação de clubes ou de moradores, convenções de condomínio etc.

Nesse sentido, a tutela dos direitos fundamentais das relações privadas não se esgota em uma mera relação geral de abstenção, nem na simples reparação civil de danos causados, pois a proteção conferida pela Constituição é mais ampla, envolvendo tanto uma tutela preventiva, quanto uma atuação repressiva e corretiva, abrangendo, tanto obrigações negativas do particular, como deveres positivos, dependendo das circunstâncias de cada caso em concreto.

## REFERÊNCIAS

BOBBIO, N. Pontara, G y VECA, S. *Crisis de la democracia*. Trad. de Marfa. Ariel, Barcelona, 1985.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GRAU. Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1995.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Normas Fundamentales de Derecho Privado*. Trad. de Vera Maria Jacob de Fradeira. Revista dos Tribunais, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MÜNCH, Ingo Von. “*Drittwirkung de los Derechos Fundamentales en Alemania*”. In: PIOVESAN, Flávia ( Org.). *Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional*. São Paulo: Civitas, 1997.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Trad. de Maria Cristina de Cico. Renovar: Rio de Janeiro, 1999.

QUEIROZ, André Luiz Tomasi de. *Teorias da Horizontalização dos Direitos Fundamentais*. Disponível em: <[http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/horizontal\\_and.doc](http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/horizontal_and.doc)>. Acesso em 01 dez.2014.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, Tomo II.

UBILLOS, Juan María Bilbao. *En que medida vinculan a los particulares los derechos privados?*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

1. Ainda hoje, toda a discussão sobre a incidência dos direitos fundamentais às relações privadas se restringe aos direitos individuais. A questão concernente à possibilidade de vinculação dos particulares aos direitos sociais não-trabalhistas, direitos políticos e direitos transindividuais, apesar de relevantíssima, ainda não despertou a merecida atenção da doutrina, o que não significa dizer que tais direitos não teriam nenhum tipo de eficácia no âmbito das relações privadas.
2. Segundo Lorenzetti, o Direito Privado é Direito Constitucional aplicado, pois nele se detecta o projeto de vida em comum que a Constituição tenta impor; o Direito Privado representa os valores sociais de vigência efetiva.
3. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 587
4. QUEIROZ, André Luiz Tomasi de. **Teorias da Horizontalização dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <[http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/horizontal\\_and.doc](http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/horizontal_and.doc)> Acesso em 01 dez.2014.
5. SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 185.
6. Cf. BOBBIO, N. Pontara, G y VECA, S. *Crisis de la democracia*, trad. de Marfa, Ariel, Barcelona, 1985.
7. SARMENTO, Daniel, op. cit, p. 188.
8. Ibidem, p. 188
9. SARMENTO, Daniel. op. cit, p. 194.
10. U.S. Supreme Court. *Marsh v. Alabama*. 326. U.S. 501 (1946). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/326/501/case.html>>. Acesso em: 04 dez. 2014.  
tradução livre - Nesse caso, nos pediram para decidir se o Estado, consistente com a Primeira e Décima Quarta Emenda, pode impor uma punição criminal a uma pessoa que se compromete a distribuir literatura religiosa nas instalações de uma empresa própria da cidade contrária aos desejos da gerência da cidade. A cidade, subúrbio de Mobile, Alabama, conhecida como Chicksaw é propriedade de Gulf Shipbuilding Corporation (Corporação Golfo de Construção Naval). Exceto por isso, tem todas as características de qualquer outra cidade Americana. A propriedade consiste em construções residenciais, ruas, um sistema de encanamento, uma planta de eliminação de esgoto, e um “quarteirão de negócios” onde os locais de negócios estão situados. Uma segunda pessoa do Mobile County Sheriff (Xerife Móvel do Município), paga pela empresa, serve à cidade como policial.  
Um Estado não pode, consistentemente, com liberdade de religião e da imprensa garantida pela Primeira e Décima Quarta Emenda, impor uma punição criminal a uma pessoa por distribuir literatura religiosa na calçada de uma empresa própria da cidade contrária às regulações da gerência da cidade, onde a cidade e o distrito de shopping são livremente acessíveis e livremente usados pelo público em geral, apesar da punição ser um atentado dentro de um estatuto do Estado, fazendo com que seja um crime para qualquer um entrar ou permanecer nas instalações de outro depois de ter sido avisado para não fazê-lo.
11. UBILLOS, Juan María Bilbao. **En que medida vinculan a los particulares los derechos privados? - Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Organizador: Ingo Wolfgang Sarlet. 2ª ed. Rev. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado. ed. 2006, p. 309.
12. MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 125.
13. Günter Dürig, Canaris, dentre outros.
14. HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Madrid: Cuadernos Civitas, 1995. p. 60-61
15. SARMENTO, Daniel. op.cit. p. 202
16. MÜNCH, Ingo Von. “Drittwirkung de los Derechos Fundamentales en Alemania”. In, PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional**. São Paulo: Ed. Civitas, 1997. p. 38.
17. UBILLOS, Juan María Bilbao. op. cit. p. 315
18. Cf. Sarmento, a primeira manifestação de Nipperdey sobre essa teoria foi produzida em 1950, num artigo sobre a igualdade do homem e da mulher em relação ao salário. Mas é em seu livro sobre a parte geral do Direito Civil Alemão que o autor traz uma abordagem sobre a questão.

19. SARMENTO, Daniel. op. cit. p. 204
20. TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006 p. 5-6.
21. TEPEDINO, Gustavo. op. cit. p. 7-8.
22. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.28;37.
23. SARMENTO, Daniel. op. cit. p. 206
24. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Trad. de Maria Cristina de Cico. Renovar: Rio de Janeiro, 1999, p. 11.
25. SARMENTO, Daniel. op. cit., p. 237
26. *Ibidem*, p. 237
27. Ainda sobre a aplicação da teoria direta no Brasil, assim justifica Sarmento: existe um dado fático relevantíssimo, que não pode ser menosprezado: a sociedade brasileira é muito mais injusta e assimétrica do que a da Alemanha, dos Estados Unidos, ou de qualquer outro país do Primeiro Mundo. Segundo estatísticas oficiais, que muitos consideram excessivamente otimistas, o Brasil tem 54 milhões de habitantes vivendo abaixo da linha da pobreza e 15 milhões abaixo da linha da miséria. Tragicamente, somos campeões no quesito da desigualdade social. A elite brasileira é uma das mais atrasadas do mundo, e nossas instituições sociais ainda preservam um ranço do passado escravocrata do país. Somos o país do “elevador de serviço” para pobres e pretos; do “sabe com quem está falando?”; dos quartos de empregada sem ventilação e do tamanho de armários nos apartamentos da classe média, reprodução contemporânea do espírito de “casa-grande e senzala”
28. DJ 07/06/1007
29. Informativo nº 197
30. DJ 12/02/2001

## THE HORIZONTAL EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS

### ABSTRACT

The questions concerning horizontal effectiveness of the fundamental rights present as modifications evolves on constitutional hermeneutics. Both, doctrine and jurisprudence, point out the applicability of these rights within private relations, increasing the range of these concepts. As this objective dimension arises, it is not sufficient that the State abstains itself of violating human rights. It's necessary that the State protects the individuals against menaces and attacks from others, even when the interests involved are essentially private ones. The reading of Civil Law under Constitutional terms is a mark of the submission of private interests to fundamental rights. This is a process that introduce significant changes in the main concepts of private law, thereby achieving the standard of constitutional civil science.

**Keywords:** Horizontal Effectiveness. Fundamental Rights. Civil Law.

Submetido: 17 ago. 2015  
Artigo convidado