

EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS E DESAFIOS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Carolina Noura de Moraes RÊGO¹
Luís Roberto GOMES²

RESUMO: Cuida-se de estudo sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas e de sua projeção constitucional nos tempos atuais, passando por aspectos da historicidade, dos constitucionalismos, das Constituições e da constitucionalização do direito privado, que tiveram interferência nesse fenômeno. A exposição e o raciocínio serão embasados primordialmente nas bases históricas da construção dos modelos de sociedade e dos direitos fundamentais, inicialmente concebidos como direitos cujos efeitos se produziam na ótica limitada da relação entre o Estado e os particulares, visão essa superada pela realidade de que nem sempre provêm da esfera estatal a maior ameaça aos particulares. Estuda-se, em suma, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas, analisando-se a jurisprudência brasileira e a perspectiva dos desafios da jurisdição constitucional nessa temática.

Palavras-chave: Constituição. Eficácia. Horizontal. Direitos. Fundamentais.

1 INTRODUÇÃO

A construção dos direitos fundamentais teve lastro na necessidade de limitação do poder estatal absolutista, preconizada ao tempo da passagem para o Estado liberal, caracterizado pelo pensamento individualista de liberdade de produção e de acumulação de riquezas e pela proteção de direitos individuais em

¹ Doutoranda em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP). Mestre em História pela Universidade de Brasília (UnB). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UNICEUB). Licenciada em Língua Francesa pela Universidade de Nancy (França). Licenciada em História pelo Centro Universitário de Brasília (UNICEUB). Advogada. Email: carolnoura@gmail.com.

² Docente do Curso de Direito Penal no Centro Universitário Toledo Prudente. Doutorando em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP). Especialista em Direitos Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. Mestre em Direito Penal Supraindividual pela Universidade Estadual de Maringá. Procurador da República. Email: luisrob@toledoprudente.edu.br.

face do arbítrio do Estado. Este se apresentava como o vilão cujos abusos deveriam ser contidos. E os direitos fundamentais foram instrumentos forjados para essa missão, para serem exercidos em face do arbítrio estatal (eficácia vertical).

Inicialmente concebidos como direitos cujos efeitos se produzem na ótica limitada da relação entre o Estado e os particulares, essa visão, entretanto, foi superada pela realidade de que nem sempre provinha da esfera estatal a maior ameaça aos particulares, mas *dos próprios particulares*, mormente dos portadores de poder social, político ou econômico, exercidos sobre os menos afortunados. Isso se aflorou com a alteração substancial do processo de produção e com o surgimento da sociedade de massa, engendrados pela Revolução Industrial, que acentuou o abismo nas relações sociais e a brutalidade da miséria e sofrimento que atingiram os mais necessitados. O constitucionalismo liberal, diante do quadro fático por que passava a humanidade, foi cedendo passo, então, para um constitucionalismo social, em que a intervenção estatal para a garantia de prestações positivas foi a tônica que passou a imperar. O estado absenteísta, cujo escopo magno era a proteção dos direitos fundamentais de primeira geração deu lugar a um estado intervencionista, atuante na economia, regulador de atividades e promotor de direitos sociais.

A traumática passagem histórica da humanidade pela ação de modelos nazifascistas e pelas guerras mundiais acentuou a necessidade de que essas mudanças, a fim de evitar novos episódios de totalitarismo, fossem previstas expressamente nas constituições contemporâneas, que passaram a desempenhar um papel central no ordenamento jurídico, com inegável força normativa. Além da organização e limitação do poder político estatal e da previsão de direitos fundamentais oponíveis contra o poder estatal, as constituições passaram a incidir diretamente sobre as relações sociais, contemplando direitos sociais e consagrando valores como verdadeiros vetores de interpretação e de releitura de conceitos e institutos existentes no mundo jurídico. No constitucionalismo pós-guerra, sobressai a introdução de princípios e normas programáticas, com a ampliação do catálogo dos direitos econômicos, sociais e culturais, inspirados na igualdade e na dignidade da pessoa humana e na realização de prestações estatais positivas que pudessem concretizá-los.

Nessa atmosfera, a dogmática civilista ingressou, então, num processo de reavaliação de seus institutos, à luz da temática dos princípios e valores constitucionais, na linha da personalização e despatrimonialização desse ramo do ordenamento, forte na prioridade da função social, nos valores existenciais e na dignidade da pessoa humana. Nessa linha, surgiu, inevitavelmente, a temática da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações firmadas entre particulares.

Os direitos fundamentais, com *status* de supremacia constitucional, são oponíveis não somente ao Estado (eficácia vertical), como também, repercutem nas relações privadas estabelecidas entre os próprios particulares-cidadãos (eficácia horizontal). E este tema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas, cabe lembrar, situa-se no contexto mais amplo dos fenômenos da constitucionalização do direito, da constitucionalização do direito privado e da concepção dos direitos fundamentais como entidades de conteúdo principiológico. A discussão do assunto não pode deixar de fora a questão da vinculação dos ajustes particulares aos direitos fundamentais e de sua viabilidade, forma, alcance e conteúdo, passando pelo exame da questão-chave que é a força da oposição da autonomia privada e a possibilidade de sopesamento com os princípios especificamente invocados nos casos concretos.

A extensão dos direitos fundamentais sobre as relações privadas, importa lembrar, está umbilicalmente conectada com a forma de estado, a sociedade vigente e o panorama econômico, político e cultural de cada época. É fundamental, então, apresentar um esboço do processo evolutivo do constitucionalismo, para revelar a conexão desse tema com a historicidade, para que se possa compreender as essências, os fundamentos e as dinâmicas desse fenômeno. Com efeito, seu desenvolvimento se dá por meio de conexões e processos lógicos, entre as Constituições e suas funções, os direitos fundamentais e o direito privado, sendo relevante essa compreensão, para subsidiar-se a reflexão que ora se propõe, sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Ademais, o trabalho não se completaria sem a tentativa de ao menos relacionar os desafios que o constitucionalismo e a jurisdição constitucional atualmente enfrentam no que concerne a garantir a efetividade dos direitos fundamentais entre particulares, quando o mundo experimenta profundas e

vertiginosas transformações, no cenáculo da globalização, da quebra geral de modelos organizativos, de pluralismo jurídico, de relativização da soberania estatal, de domínio de corporações transnacionais, de desterritorialização da produção, da revolução digital etc., enfim, de um contexto de extrema complexidade e agressividade.

2 CONSTITUIÇÃO, DIREITO PRIVADO E DIREITOS FUNDAMENTAIS: ASPECTOS HISTÓRICOS

O constitucionalismo, como processo de limitação dos poderes estatais ou como processo indicador do papel e da função das constituições nas sociedades está profundamente ligado ao surgimento e à formatação dos direitos fundamentais, bem assim à relação entre estes e o direito privado, sendo relevante examinar os respectivos contextos históricos, mesmo que brevemente.

O constitucionalismo, como movimento que pretende assegurar determinada organização do Estado, encontra suas notas iniciais na Antiguidade clássica, como entre os hebreus, que já criaram limites ao poder político e as Cidades-Estado gregas (séc. V a.C.), com sua democracia direta, sendo errôneo supor, portanto, “que o constitucionalismo surgiu apenas com o advento das revoluções modernas, que instauraram a democracia e afastaram os regimes absolutistas até então existentes”³. Outrossim, a historicidade dos direitos fundamentais remonta a priscas eras, pois se trata de um processo extenso no currículo da humanidade, que foi se solidificando com o passar do tempo.

Não obstante, para os fins do presente trabalho, de analisar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, o delineamento teórico terá lastro nas linhas mais basilares dos Estados Liberal e Social, por se afigurar mais nítidas as respectivas linhas mestras e sua relação com o tema enfocado.

Antes, porém, cabe lembrar que, durante boa parte da Idade Média, predominou o Estado absolutista, em que os governantes eram tidos como enviados divinos para exercer o poder sobre o povo, o que poderiam fazer com total liberdade

³ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 26.

e sem limitações, sem qualquer controle jurídico. Durante os séculos XVI e XVII, diversos pensadores buscaram justificar o poder absoluto dos monarcas (*i.e.* Jean Bodin, Thomas Hobbes, Nicolau Maquiavel) desenvolvendo bases teóricas a respeito da origem e da manutenção do poder, com a nota comum de concepção do Estado como um fim em si mesmo e do poder do soberano, de utilização de todos meios - considerados lícitos ou não - que garantissem a conquista e a continuidade do seu poder. O absolutismo foi um processo relevante para a modernização administrativa e a centralização do poder político atendeu ao interesse econômico da burguesia, com a padronização monetária e dos pesos e medidas. A adoção de mecanismos protecionistas em favor da burguesia garantiu a expansão do comércio e, paralelamente, o enfraquecimento da nobreza feudal (poder local), garantindo, em contrapartida, a supremacia política do soberano.

Mesmo à luz desse quadro de dominação e abuso dos detentores do poder, ainda na Idade Média, o constitucionalismo desponta como movimento de conquista de liberdades individuais, como bem o demonstra o surgimento da *Magna Charta Libertatum*, pacto firmado em 1215 pelo rei João Sem-Terra e pelos bispos e barões ingleses. Este documento, não obstante tenha apenas servido para garantir aos nobres ingleses alguns privilégios feudais, principalmente em relação à cobrança de tributos, alijando, em princípio, a população do acesso aos direitos consagrados no pacto, serviu como ponto de referência para alguns direitos e liberdades civis clássicos, tais como o *habeas corpus*, o devido processo legal e a garantia da propriedade, sendo o principal documento referido por todos que se dedicam ao estudo da evolução dos direitos humanos⁴.

Com o passar do tempo, o modelo absolutista de concentração do poder, que já havia servido aos propósitos anteriores da burguesia, viu-se, entretanto, esgotado em função do aumento da complexidade dos processos sociais e econômicos. Os privilégios, o exercício arbitrário do poder político por uma vontade individual e a dominação espoliadora da aristocracia não produtora e parasitária, em contraposição à miséria e exclusão, pressionaram fortemente a mudança de modelo. Ademais, “o eixo central dessa mudança é a descoberta da existência de um poder econômico, centrado no controle real e direto dos meios de produção e das riquezas, porém sem coincidência com o poder político, com o que é um poder de

⁴ PERES LUÑO, Antonio-Henrique. **Los derechos fundamentales**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995, p. 33-34.

exercício impossível, negando sua própria natureza de poder como fato (exercício concreto)”⁵. Em consequência, “a ruptura busca a coincidência e a concentração do poder econômico como poder político, daí porque a Revolução Francesa é a Revolução Burguesa, os detentores dos meios de produção em aliança com o resto da população, pela violência, desmontam o antigo regime, e buscam deter para si parcela significativa do poder político”⁶.

A Revolução Francesa representa a derrocada final do Absolutismo, em termos históricos e foi a última das três grandes revoluções liberais (precedida pela Revolução Gloriosa, na Inglaterra, e pela Independência americana). Detém enorme relevância uma vez que difundiu a defesa dos direitos dos cidadãos, como demonstra a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1791⁷. Com base em seus ideais, já em 1948, surge a Declaração Universal dos Direitos do Homem, assinada em Paris, sendo consagrada como a primeira investida da humanidade em estabelecer valores humanitários utilizados universalmente por todos os homens, independentes de raça, sexo, poder, língua, crença etc., concretizando os Direitos Humanos como conquistas históricas da civilização, levando à conclusão de que uma sociedade é compreendida como civilizada se seus Direitos Humanos são protegidos e respeitados.

No entanto, é sabido que o Estado de Direito, na linha preconizada pelo liberalismo, representou as concepções políticas da burguesia, que procurava a consolidação do poder político. Com efeito, nada mais natural que a classe que então ascendia, detentora do poder econômico, lutasse para estabelecer as bases de seu desenvolvimento. A principal preocupação, portanto, considerada a experiência tenebrosa advinda do absolutismo, relacionada com as mazelas da concentração e do excesso de poder, era a de impedir que o Estado interferisse abusivamente no exercício dos direitos fundamentais.

A tônica foi conferir aos cidadãos grande amplitude de autodeterminação e negociação, no âmbito das relações jurídicas particulares, enquanto o Estado seria mínimo, com funções restritas e não interferentes na seara econômica. Os direitos fundamentais, mormente os relacionados à liberdade, à

⁵ JUCÁ, Francisco Pedro; ISHIKAWA, Lauro. A constitucionalização do direito: uma função social do direito. In JUCÁ, Francisco Pedro e ISHIKAWA, Lauro (Orgs.) **A constitucionalização do Direito, seus reflexos e acesso à justiça**. Birigui: Boreal, 2015, p. 82.

⁶ JUCÁ, Francisco Pedro; ISHIKAWA, Lauro, op. cit., p. 82.

⁷ TAVARES, André Ramos, op. cit., p. 34-36.

propriedade e ao direito de contratar eram exercitáveis, portanto, contra o arbítrio estatal (eficácia vertical).

A limitação dos poderes estatais em prol da liberdade individual expressou a máxima do movimento constitucional liberal. As Constituições tinham o escopo de estabelecer as bases organizativas do exercício do poder político, como normas de caráter político, preconizando a separação de poderes e disciplinando a produção de outras normas (norma de produção de normas). As Constituições, portanto, eram despidas de imperatividade, não podendo ser aplicadas diretamente nas relações sociais, assim como os direitos fundamentais nelas positivados. A criação do direito privado era tarefa do legislador infraconstitucional, a quem cabia, soberanamente, disciplinar essa seara. E o intérprete, por sua vez, deveria ater-se a parâmetros lógico-formais, devendo os magistrados seguirem com exatidão o disposto nos textos legais, evitando-se o arbítrio judicial.

Apenas se exigia dos poderes públicos que fossem protegidas as liberdades individuais e a manutenção da ordem pública, caracterizando-se a Constituição do Estado liberal como criadora do sistema de *government by law*, que significava, antes de nada, que a primeira e mais eminente função estatal era declarar o Direito, um feito “marcadamente estático e conservador”⁸.

Dessa forma, as relações privadas eram disciplinadas pelo Código Civil, tido como verdadeira constituição da vida privada, com notável autonomia e preponderância, portanto, em relação à norma constitucional. A autonomia da vontade e a *pacta sunt servanda* eram dogmas que obrigavam ao cumprimento dos contratos, seja lá o que fosse pactuado, vedando-se a aplicação dos direitos fundamentais, portanto, às relações privadas. Os direitos fundamentais tinham feição negativa, pois em seu nascedouro foram concebidos essencialmente como limites impostos aos governantes, a fim de garantir a liberdade dos governados. Tomaram a natureza de direitos subjetivos públicos, pois seu exercício se daria contra o Estado, em caso de interferência indevida na vida privada. A atuação estatal se circunscrevia, portanto, à garantia da segurança interna e externa e da propriedade dos seus cidadãos. A marca era a ausência do Estado da esfera econômica, na qual somente se permitiam as iniciativas individuais. *Laissez faire*, pois a “mão invisível

⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **Para viver a democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1989, p. 93.

do mercado” se encarregaria de regular as relações, de manter o equilíbrio nas relações privadas e de resolver eventuais conflitos.

Da proteção das liberdades individuais e da manutenção da ordem pública, passou-se à exigência de que o Estado assumisse uma posição ativa, que garantisse a proteção de direitos oriundos das relações de trabalho, inspirado no princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana, um movimento necessário das coisas que deitou o artifício político pelo qual as Constituições liberais procuraram construir o edifício estatal, baseado nas ideias do repouso e da inação⁹, em face da situação de miséria que passou a predominar.

Brotaram críticas de diversas fontes ao liberalismo econômico de cunho individualista (capitalismo selvagem), patrocinadas pelo marxismo, pelo socialismo utópico e pela doutrina social da Igreja, repetindo a convicção de que era preciso garantir condições de existência para cada ser humano, de sorte que, na primeira metade do século XIX, a Inglaterra já editava normas com o objetivo de proteger o trabalhador e diminuir os efeitos da Revolução Industrial sobre os operários¹⁰. Com efeito, “apesar dos progressos que o advento dos direitos liberais representou para a humanidade, a realidade mostrava a sua insuficiência para assegurar a dignidade humana. A industrialização, realizada sob o signo do *laissez faire, laissez passer*, acentuara o quadro de exploração do homem pelo homem, problema que o Estado liberal absentista não tinha como resolver¹¹. Sob influências marxistas nas décadas de 60 e 70 do século XIX na Alemanha, inicia-se uma legislação de proteção ao trabalho e à assistência social, na Rússia, e, com base nas ideias marxistas, brota a Revolução Russa de 1917. Devido ao medo de que processos revolucionários acontecessem em todo o mundo e, principalmente, nos países de capitalismo mais evoluído, a resistência da transição do Estado liberal para o *Welfare State* foi diminuta. E na virada do século XX, surge o Estado do Bem-Estar Social e com ele a ideia de uma aplicação da Constituição com direitos referentes à condição mínima de vida, como por exemplo, direito à saúde, direito à educação, direito à segurança, etc¹². E lembra-se, ademais, que “foi a grande crise do capitalismo, no período entre as duas grandes guerras mundiais, cujo apogeu

⁹ COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., p. 43.

¹⁰ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006, p. 15-17.

¹¹ SARMENTO, Daniel, op. cit., p. 15.

¹² SARMENTO, Daniel, op. cit., p. 15-17.

consistiu no colapso da Bolsa de Nova Iorque em 1929, que evidenciou a definitiva superação do modelo liberal de Estado. A grande depressão que se seguiu a quebra da bolsa, tornou patente a necessidade de intervenção estatal no mercado, para corrigir rumos e reduzir o desemprego”¹³.

A experiência histórica, principalmente no pós II Guerra conduziu ao aprofundamento de uma viragem na concepção constitucionalista, ganhando destaque a valorização das instituições democráticas e seus mecanismos, em decorrência da traumática época autoritária e totalitária dos modelos nazifascistas, e a necessidade de reconstrução institucional e econômica, haja vista a necessidade de apoio social, de assistência e busca de bem-estar social¹⁴. Além disso, a realidade histórica havia revelado a necessidade de criação de mecanismos para a contenção dos abusos do legislador e das maiorias políticas, em função do que “as constituições do pós-guerra incorporaram direitos fundamentais, que passaram a ser diretamente aplicáveis, independentemente da vontade do legislador”¹⁵. Nessa linha, inarredável foi o desenlace no sentido de se reconhecer a Constituição como autêntica norma jurídica, com força normativa e capaz de incidir diretamente sobre casos concretos, inclusive relações privadas, notadamente os direitos fundamentais e princípios nela positivados, o que ganhou extremo relevo na vida política e social. A atuação da jurisdição constitucional passou a ser, nos dias atuais, fato corriqueiro para o Judiciário brasileiro, em questões de grande relevância social.

As normas constitucionais

que ditam os princípios de relevância geral são de direito substancial e não meramente interpretativas; o recurso a elas, também em sede de interpretação, se justifica, como qualquer outra norma, como expressão de um valor ao qual a própria interpretação não se pode subtrair. É importante constatar que os valores e os princípios constitucionais são normas¹⁶.

(...)

Logo, a normativa constitucional não deve ser considerada sempre e somente como regra hermenêutica, mas também como norma de comportamento, idônea para incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores¹⁷.

¹³ SARMENTO, Daniel, op. cit., p. 18.

¹⁴ JUCÁ, Francisco Pedro; ISHIKAWA, Lauro, op. cit., p. 85.

¹⁵ SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 27.

¹⁶ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 580.

¹⁷ PERLINGIERI, Pietro, op. cit., p. 590.

No Estado social, a propriedade não tem a proteção absoluta que tinha no Estado liberal, pois é limitada e condicionada aos interesses coletivos e de não-proprietários. Com essa nova realidade há uma nova estrutura do Estado e da separação dos poderes, as constituições passaram a se valer de normas programáticas, ou seja, normas que o Estado tem como objetivo, metas e fins a serem buscados. Normas essas que passam a tutelar a ordem econômica e as relações privadas e não só apenas o Estado. “O Direito Constitucional penetra em novos campos, fecundando-os com seus valores. A Constituição, em suma, não é mais a ‘Lei do Estado’, mas o Estatuto Fundamental do Estado e da sociedade”¹⁸. A constitucionalização do direito civil nada mais é do que um diálogo entre o Código Civil e a Constituição, no qual repousa a proteção da pessoa como máxima do nosso ordenamento jurídico e, para que essa proteção seja possível, deve-se reconhecer a eficácia horizontal dos direitos fundamentais¹⁹. Desse modo, nota-se que “toda a lógica inerente ao Estado social reclama uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”²⁰. Por outras palavras, “a Constituição deixou de ser apenas a fonte suprema do direito público, reguladora da organização do Estado e garantidora dos direitos dos cidadãos – as liberdades públicas oponíveis ao Estado -, para converter-se, também, em lei fundamental do direito privado, reguladora das diretrizes essenciais das relações entre os privados, com eficácia imediata e direta”²¹.

O grande problema, entretanto, que repercute na atualidade, é que a incomensurável demanda social e os custos de implantação das promessas sociais, a maior parte descumprida, com o agravamento da situação engendrada pela globalização, levam a um cenário preocupante.

Com a globalização tudo ficou muito imediato, as fronteiras se reduziram, a tecnologia aproximou os povos e costumes foram entrelaçados, os mercados foram ampliados, e qualquer coisa que aconteça fora das fronteiras do Estado pode influenciar diretamente a vida diária de qualquer cidadão em qualquer parte do mundo. Tudo se comunica, tudo se influencia, tudo se sabe e se trata de um processo irreversível, no bojo do que ora se denomina de Quarta Revolução

¹⁸ SARMENTO, Daniel, op. cit., p. 23-24.

¹⁹ TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos**: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. 2. ed. São Paulo: Método, 2007, p. 89.

²⁰ SARMENTO, Daniel, op. cit., p. 26.

²¹ LOBO, Paulo. **Direito civil**: contratos. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 41.

Industrial, da Revolução 4.0 ou mesmo de Revolução Digital, que compreende a aplicação de uma combinação de tecnologias digitais, como a Internet das Coisas, a Inteligência Artificial, o Big Data, a impressão 3D, a realidade aumentada, a robótica, a automatização de processos, entre outras, que estão impactando a indústrias, e os negócios, proporcionando redução de custos, aumento de produtividade, flexibilização da produção, maximização de lucros, melhoria na qualidade, personalização dos produtos etc., em mundo globalizado cada vez mais competitivo, extremamente dinâmico e economicamente agressivo.

A globalização dificulta a ação do Estado social, ao elevar ao plano transnacional a concorrência comercial, fazendo com que os agentes econômicos tentem buscar uma forma de reduzir seus gastos, com isso ocorre o aumento do desemprego devido à baixa oferta de trabalhos, flexibilizações de leis trabalhistas, automação tecnológica da mão de obra, aumento da exclusão social e aumento das desigualdades, entre tantos outros problemas. O efeito disso são os Estados modificando suas constituições com o intuito de adaptá-las ao dinamismo de uma nova ordem internacional reestruturada, globalizada e digitalmente revolucionada, visando ao paradigma de um Estado pós-social que possa vencer tantos desafios.

A jurisdição constitucional terá imenso desafio para garantir a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas, no presente e principalmente nos tempos que se avizinham, haja vista as crescentes dificuldades patrocinadas pelo processo de globalização e pelo pluralismo jurídico, que colocam em xeque a força normativa e o papel garantista da Constituição. À medida em que se multiplicam as fontes de direito e ocorre uma descentralização das instâncias decisórias, a efetividade da Constituição e da jurisdição constitucional, no papel de garantir a observância dos direitos fundamentais, é posta em dúvida pela velha conhecida *pacta sunt servanda*, que parece ter sido ressuscitada do liberalismo clássico, por dificultar (ou mesmo inviabilizar) o controle jurisdicional, em certas hipóteses.

Como não se pode fugir de uma realidade já construída pela trajetória humana, reivindica-se uma Constituição “como momento articulador de complexas redes de normas interdependentes, capaz de evitar que as exigências fáticas dos mutantes fluxos normativos transnacionais não vulnerem as exigências normativas

dos valores constitucionais”²². Ou seja, “a garantia dos direitos, sua realização em termos práticos, requer a implementação de novos modelos jurídicos de acordo com as exigências da interdependência na era da globalização. Busca-se novo saber jurídico capaz de estimular a demanda pela universalidade dos princípios constitucionais e de articular uma resposta eficaz à crescente perda da capacidade normativa dos ordenamentos jurídicos estatais”²³.

Esse quadro impõe repensar-se, fortalecer-se e modernizar-se o exercício da função jurisdicional constitucional, pois é a última barreira que pode ainda garantir a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas, nesse processo aparentemente sem volta, de crise do Estado social e de fortalecimento da globalização neoliberal, que acentuam desigualdades econômicas em prol de fortalecimento de poderes privados dominantes de circulação transnacional, cujo fim ao cabo de tudo são eles mesmos, pois esse é o meio propício de sua cultura.

3 TEORIAS

3.1 Teoria da Ação Estatal

No cenário norte-americano, prevalece o entendimento que os direitos fundamentais somente vinculam as relações jurídicas em que há participação do Estado. Não pode haver violação a direitos fundamentais se estiverem envolvidos apenas particulares. Essa postura expressa máximo respeito à autonomia privada, baseia-se no fato de a *Bill of Rights* listar proibições somente ao poder governamental e tem por fundamento a preservação da *autonomia dos Estados*, a quem compete legislar sobre direito privado, impedindo que as cortes federais interfiram nas relações privadas. Nessa linha, a teoria da *state action* estabelece que os direitos fundamentais previstos na constituição vinculam apenas o Estado, não podendo ser invocados na relação particular-particular. Seu temperamento, a

²² JULIUS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Constitucionalismo em tempos de globalização**. Trad. José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 65.

²³ JULIUS-CAMPUZANO, Alfonso de, op. cit., p. 64.

chamada *public function theory*, preconiza que os particulares que agem no exercício de atividade estatal, em razão de delegação de função típica, também estão sujeitos aos direitos fundamentais, por assumirem funções de caráter público.

Para Daniel Sarmento, que trata essas hipóteses como de *negação* da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, o sistema americano não proporciona um tratamento adequado a tais direitos, pois os maiores perigos e ameaças a estes não provém apenas do Estado, mas também de grupos, pessoas e organizações privadas, estando essa postura profundamente associada ao radical individualismo que caracteriza a Constituição e a cultura jurídica daquele país²⁴. Para Virgílio Afonso da Silva, “ainda que, com a doutrina da *state action*, se queira, aparentemente, negar a vinculação de entidades não-estatais aos direitos fundamentais, não é isso que ocorre de fato, já que o casuísmo da Suprema Corte norte-americana sempre encontra uma forma, por *mais artificial que seja*, de igualar o ato privado questionado a um ato estatal quando se quer coibir alguma violação a direitos fundamentais por parte de pessoas privadas”²⁵. Segundo este autor, “ao invés de se *negar* a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas, a doutrina da *state action* tem como objetivo justamente definir *em que situações* uma conduta privada está vinculada às disposições de direitos fundamentais”²⁶.

Porém, o artificialismo e o malabarismo utilizados de forma pela jurisprudência americana, de forma sistemática e casuística para, ao final, apontar que por trás de relações privadas está a ordem estatal e fazer atuar os direitos fundamentais nos casos concretos, são um indicativo claro de que o quadro teórico deve ser repensado, pois permanece obnubilado em face do que de fato acontece.

Para ilustrar o que se quer dizer, vejamos alguns casos célebres de aplicação dessa linha teórica. No caso *Marsh v. Alabama* (1946), a Suprema Corte decidiu que uma empresa privada, que possuía terras no interior das quais se localizavam ruas, residências, estabelecimentos comerciais etc., não podia proibir a pregação de Testemunhas de Jeová no interior de sua propriedade, pois ao manter uma cidade privada a empresa se equiparava ao Estado e se sujeitava à 1ª Emenda que assegura a liberdade de culto. Da mesma forma, em *Evans v. Newton*,

²⁴ SARMENTO, Daniel, op. cit., p. 187-197.

²⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações privadas. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 99.

²⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações privadas. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 99.

reconheceu a ilicitude da negativa de acesso aos negros a um parque privado, mas aberto ao público em geral. No caso *Burton v. Wilmington Parking Authority*, a Suprema Corte decidiu que um restaurante, que ocupava um espaço alugado do Poder Público, estava vinculado ao princípio da isonomia e não podia discriminar sua clientela com base em motivos racionais. Já no caso *Shelley v. Kraemer*, existia uma convenção privada vinculando os proprietários de vários imóveis de uma região, que os proibia de aliená-los a minorias raciais. Um deles vendeu seu imóvel a um negro, contra o que os demais se opuseram por meio de ação judicial, que foi julgada procedente em primeira instância. A tutela da jurisdição inferior, que foi a favor da discriminação, é que seria tomada como *ação estatal* pela Suprema Corte, ao decretar a violação de direito fundamental e julgar a demanda improcedente²⁷.

Portanto, não obstante o sustentado pela doutrina americana, no sentido de que os direitos fundamentais vinculam somente as autoridades estatais a prática jurisprudencial “tem mostrado outra realidade, ainda que encoberta: a de que os direitos fundamentais vinculam, de alguma forma, os indivíduos nas suas relações entre si”²⁸. A solução dada, na verdade, prioriza o fim do ato e não sua forma e origem.

3.2 Teoria da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais Nas Relações Privadas

Conforme já exposto acima, no liberalismo clássico, os direitos fundamentais, tidos como direitos subjetivos públicos, vinculavam apenas o Estado, que poderia ser acionado pelos indivíduos, na defesa de suas liberdades. Com o advento do Estado social e o fenômeno da constitucionalização do direito, os direitos fundamentais ultrapassaram a perspectiva subjetiva, para assumir uma *dimensão objetiva*, consubstanciando os valores mais relevantes em uma comunidade, tidos como valores legitimamente essenciais.

A dimensão objetiva “expande os direitos fundamentais para o âmbito das relações privadas, permitindo que estes transcendam o domínio das relações

²⁷ Conferir os casos referidos, entre outros, em SARMENTO, Daniel, **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**, p. 190-193.

²⁸ SILVA, Virgílio Afonso da, op. cit., p. 102.

entre cidadão e Estado, às quais estavam confinados pela teoria liberal clássica”²⁹, reconhecendo-se que “limitam a autonomia dos atores privados e protegem a pessoa humana da opressão exercida pelos poderes sociais não estatais, difusamente presentes na sociedade contemporânea”³⁰.

Em função desse *status* dos direitos fundamentais, de consubstanciarem normas que expressam valores fundamentais com imensa repercussão no ordenamento jurídico, tem-se que sua eficácia, com a força normativa própria da norma constitucional, se irradia não só verticalmente (Estado/cidadão), mas também horizontalmente (cidadão/cidadão). A seguir, serão abordadas as teorias existentes sobre a eficácia dos direitos fundamentais, especificamente nas relações privadas, quando o conflito envolve particulares.

3.2.1 Teoria da eficácia horizontal indireta

Essa teoria foi desenvolvida na doutrina alemã por Günter Dürig (1956) e é a dominante atualmente no direito germânico, doutrinária e jurisprudencialmente. Basicamente, toma-se a norma constitucional como ordem de valores centrada nos direitos fundamentais, negando, porém, a viabilidade de aplicação direta nas relações privadas, pois isso encontraria óbice na autonomia privada e desfiguraria o direito privado, que seria convertido em simples concretização do direito constitucional. A eficácia horizontal direta acabaria por conceder carta branca ao juiz, por conta do grau de indeterminação desses normas constitucionais e seria comprometida a liberdade individual. Os direitos fundamentais são concebidos como elementos da ordem objetiva de valores, que se irradia pelo ordenamento jurídico, inclusive o direito privado, orientando sua interpretação. Porém, os valores fundamentais devem incidir apenas mediatamente nas relações privadas, deixando a tarefa de definição, aplicação e concretização dos direitos subjetivos ao instrumental do direito civil. Os efeitos dos direitos fundamentais seriam produzidos nos negócios privados por meio das cláusulas gerais da legislação infraconstitucional, que orientariam o juiz na aplicação dos enunciados normativos.

²⁹ SARMENTO, Daniel, op. cit., p. 107.

³⁰ SARMENTO, Daniel, op. cit., p. 107.

Dessa forma, cabe ao legislador privado a mediação da incidência dos direitos fundamentais sobre os particulares.

Os direitos fundamentais, portanto, só alcançariam os particulares após serem “realizados” pelo legislador e não se apresentariam como direitos subjetivos invocáveis, de pronto, por qualquer dos interessados, tendo que se admitir, com base na própria ideia de autonomia privada (e ampla liberdade individual) a possibilidade de renúncia a esses direitos nessas relações³¹.

Nesse sentido, Konrad Hesse aduz que os direitos fundamentais, em geral, não podem vincular diretamente interesses privados, sendo tarefa do *legislador de direito privado* – vinculado aos direitos fundamentais – a quem cabe, em suas regulações, concretizar seu conteúdo jurídico, em especial, demarcando reciprocamente posições de particulares afiançadas jurídico-fundamentalmente³². “Os tribunais não devem corrigir as decisões e ponderações do legislador em intervenção sobre direitos fundamentais ou com apoio em suas próprias ponderações”, conclui o autor³³. Os direitos fundamentais são observados por duas dimensões: a) dimensão negativa ou proibitiva, que veda ao legislador editar lei que viole direitos fundamentais; b) dimensão positiva, impondo um dever para o legislador utilizar direitos fundamentais, ponderando, porém, quais deles devam se aplicar às relações privadas. Essa a teoria prevalente na Alemanha³⁴.

Note-se que, “quando se sustenta que os direitos fundamentais produzem efeitos nas relações entre particulares, mas que esses efeitos são indiretos, ou seja, por meio de uma mera reinterpretação do direito infraconstitucional, especialmente do direito privado, *não se nega a eficácia das normas de direitos fundamentais, nem sua produção de efeitos*”³⁵. Com efeito, não obstante o Tribunal Constitucional alemão tenha rejeitado a incidência direta dos direitos fundamentais às relações privadas, entendeu que a ordem de valores deve ser fortemente considerada na interpretação do direito privado, e sua aplicação realizada pelos meios disponíveis no próprio sistema jurídico, a exemplo das limitações impostas pelo legislador infraconstitucional e das cláusulas gerais, que

³¹ TAVARES, André, op. cit., p. 386.

³² HESSE, Herman HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. 20. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 284.

³³ HESSE, Herman, op. cit., p. 285.

³⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. **Revista Jurídica**, São Paulo, v. 312, out. 2003.

³⁵ SILVA, Virgílio Afonso da, op. cit., p. 59.

serviriam de porta de entrada na esfera civil³⁶. Referindo-se aos casos Lüth³⁷, Blinkfüer³⁸ e Wallraff³⁹, observa Gilmar Mendes que “a orientação esposada pela Corte em todos esses precedentes parece sinalizar que, embora o Bundesverfassungsgericht extraia a eficácia dos direitos fundamentais sobre as relações privadas do significado objetivo destes para a ordem jurídica total, ele acaba por reconhecer efeito jurídico-subjetivo a essas normas”⁴⁰. Além disso, menciona as críticas ao entendimento da Corte Constitucional alemã sobre a eficácia mediata dos direitos fundamentais, em razão da débil fundamentação dogmática, por ostentar os mesmos problemas de jurisprudência sobre a Constituição enquanto ordem valorativa, por falta de clareza na definição dos valores que hão de prevalecer e a incerteza quanto aos critérios de ponderação e a existência de múltiplos critérios, que poderiam levar à conclusão de que uma orientação pelos valores básicos poderia fundamentar qualquer decisão⁴¹.

Outrossim, Daniel Sarmento registra as críticas da doutrina a essa teoria, como a erosão do princípio da legalidade, com a impregnação do direito privado pelos valores constitucionais, o que seria fonte de insegurança; a falta de uma tutela integral dos direitos fundamentais no plano privado, que ficaria dependente dos humores do legislador ordinário; e o caráter supérfluo desta

³⁶ MENDES, Gilmar. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. In: GRUNDMANN, Stela et al (Orgs.). **Direito privado, Constituição e fronteiras**. 2. ed. São Paulo, Saraiva, p. 42.

³⁷ O Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, Erich Lüth, em 1950, defendeu um boicote contra filme de Veit Harlan, que, na época do regime nazista, havia dirigido filmes anti-semitas. O produtor do filme ajuizou ação contra Lüth, exigindo indenização e buscando a proibição do boicote, e obteve sucesso nas instâncias inferiores. O Tribunal Constitucional decidiu em favor da livre manifestação de pensamento de Lüth. Não se fundou, todavia, na aplicabilidade direta do direito à manifestação do pensamento ao caso concreto, mas em uma exigência de interpretação do Código Civil alemão, especialmente no conceito de “bons costumes”, que seria a “porta de entrada” para o direito fundamental na relação privada (SILVA, Virgílio Afonso da, op. cit., p. 80).

³⁸ O pequeno jornal Blinkfüer continuou a publicar a programação das rádios da República Democrática Alemã mesmo após a construção do muro de Berlim (1961). A editora Springer dirigiu, então, uma circular a todas as bancas de jornais, ameaçando-os de suspensão caso continuassem a vender o Blinkfüer. Em ação indenizatória promovida pelo jornal, ao final, o Tribunal Constitucional entendeu que a editora Springer não poderia valer-se de sua superioridade econômica para fazer valer sua opinião e que opiniões contrapostas deveriam concorrer em pé de igualdade com recursos de caráter intelectual somente (MENDES, Gilmar, op. cit., p. 43).

³⁹ Nesse caso, um repórter, adotando uma identidade falsa, obteve um emprego como jornalista da redação do jornal sensacionalista Bild-Zeitung, experiência que lhe forneceu material para um livro. Na ação movida pela empresa jornalística contra o repórter e seu editor, a Corte constitucional decidiu no sentido de impedir a publicação de informações obtidas por meio de artifícios dolosos, entendendo que a relação de confiança do trabalho de redação figura entre as condições para uma imprensa livre (Cf. MENDES, Gilmar, op. cit., p. 43-44).

⁴⁰ MENDES, Gilmar, op. cit., p. 44.

⁴¹ MENDES, Gilmar, op. cit., p. 46.

construção, em razão de reconduzir à noção já sedimentada da interpretação conforme à Constituição⁴².

3.2.2 Teoria da eficácia horizontal direta

Essa teoria surgiu na Alemanha, no ano de 1950, por meio de um magistrado do Tribunal Federal do Trabalho, chamado Hans Carl Nipperdey. A curiosidade reside no fato de que, apesar de ter sido criada na Alemanha, não prevalece no país. Para essa teoria, os particulares estão vinculados aos direitos fundamentais independentemente de qualquer outra mediação normativa. Aqui não há necessidade de mediação legislativa para que os direitos fundamentais produzam efeitos nas relações entre particulares, pois mesmo sem a “ponte” normativa de direito privado, os direitos fundamentais acessam - sem subterfúgios ou estratégias interpretativos - as relações privadas, conferindo, diretamente, direitos subjetivos aos particulares e definindo as relações conflituosas entre eles.

Consoante Ingo Wolfgang Sarlet, “a concepção de uma vinculação direta dos particulares a direitos fundamentais encontra respaldo no argumento de acordo com o qual, em virtude de os direitos fundamentais constituírem normas expressando valores aplicáveis para toda a ordem jurídica como decorrência do princípio da unidade da ordem jurídica, bem como em virtude do postulado da força normativa da Constituição”⁴³. Dessa forma, “a objetividade dos direitos fundamentais acaba por alcançar não só as relações que envolvem o Estado, mas todo o ordenamento jurídico, inclusive as relações entre particulares diante de sua força irradiante e vinculante”⁴⁴.

Os valores e os princípios constitucionais são normas e as normas constitucionais, aduz Pietro Perlingieri, “que ditam os princípios de relevância geral, são de direito substancial e não meramente interpretativas; e o recurso a elas, também em sede de interpretação, se justifica, como qualquer outra norma, como

⁴² SARMENTO, Daniel, op. cit., p. 204.

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 392-400.

⁴⁴ SARLET, op cit, p. 326-327.

expressão de um valor ao qual a própria interpretação não se pode subtrair”⁴⁵. Para o autor, não existem argumentos que contrariem “a aplicação direta dos princípios constitucionais: a norma constitucional pode, mesmo sozinha (quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a *fattispecie* em consideração), ser a fonte da disciplina de uma relação jurídica de direito civil. Essa solução é a única permitida se se reconhece a preeminência das normas constitucionais – e dos valores por ela expressos – em um ordenamento unitário, caracterizado por esses conteúdos”⁴⁶.

No Brasil, a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais é a mais coerente e compatível com a Constituição de 1988. Com efeito, ao contrário da Constituição alemã,

uma constituição de cunho liberal, cujos direitos fundamentais são, essencialmente, direitos de proteção dos indivíduos contra possíveis violações estatais, a Constituição brasileira garante também direitos sociais e os chamados direitos dos trabalhadores. Diante disso, muitos dos problemas que deram início ao debate alemão sobre a constitucionalização do direito e os efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, seja na doutrina ou na jurisprudência, não ensejam grandes controvérsias no caso brasileiro, devido a previsões expressas da Constituição⁴⁷.

De fato, a Constituição brasileira, aberta a conteúdos valorativos, consagra um amplo catálogo (não exaustivo)⁴⁸ de direitos fundamentais, conectados pela moldura axiológica de valores e princípios e cuja aplicabilidade é direta e imediata (art. 5º, §1º). Institui uma República que tem por fundamento a dignidade da pessoa humana, a cidadania e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Estipula como objetivos fundamentais construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de

⁴⁵ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 580.

⁴⁶ PERLINGIERI, Pietro, op. cit., p. 589. Segundo o autor, “a norma constitucional torna-se a razão primária e justificadora (ainda que não a única, se for individuada uma normativa ordinária aplicável ao caso) da relevância jurídica de tais relações, constituindo parte integrante da normativa na qual elas, de um ponto de vista funcional, se concretizam. Logo, a normativa constitucional não deve ser considerada sempre e somente como mera regra hermenêutica, mas também como norma de comportamento, idônea para incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos conteúdos” (PERLINGIERI, Pietro, op. cit., p. 590).

⁴⁷ SILVA, Virgílio Afonso da, op. cit., p. 237.

⁴⁸ CF, art. 5º, § 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Define uma ordem econômica como sendo fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, e tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor, da redução das desigualdades regionais e sociais e da busca do pleno emprego (CF, art. 17).

Ademais, há uma série de direitos fundamentais expressamente previstos cujo exercício faz sentido em face de particulares, como a liberdade de expressão (art. 5º, IV) e o correspondente direito de resposta (art. 5º, V), os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem (CF, art. 5º, X), e a inviolabilidade de consciência e de crença (art. 5º, VI), todos eles oponíveis, principalmente, contra ações de indivíduos e não do Estado.

Dessa forma, por conta da estruturação constitucional do sistema de direitos fundamentais e de sua função no ordenamento jurídico brasileiro, não há como defender outra posição que não a da eficácia direta, mesmo em face das relações de caráter privado. É claro que não se deve ignorar o cuidado que se deve ter com a autonomia privada, sem a qual se comprometeria o direito privado em termos de confiança nas pactuações e de segurança jurídica nas relações combinadas. Mas o imperativo de justiça social, predominante nas chamadas constituições sociais, fez com que crescessem técnicas jurídicas de limitação da liberdade de contratar, mediante normas cogentes, e “princípios sociais do contrato (função social, boa-fé objetiva e equivalência material) passaram a conformar a autonomia da vontade, a qual chega a ser desconsiderada em situações de natural desequilíbrio de direitos e obrigações, como se dá com os contratos de adesão a condições gerais”⁴⁹. Ademais, “a constitucionalização do direito civil salienta a centralidade da pessoa e dos valores a ela imanentes, que a CF/88 elevou como fundamento da organização social e do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III), ao lado da solidariedade social, o que conduz a uma concepção do contrato que não se exaure na autorregulação dos interesses privados”⁵⁰.

Deve-se, portanto, buscar um ponto de equilíbrio, em que se realiza a vontade das partes, sem descumprir os preceitos constitucionais fundamentais.

⁴⁹ LOBO, Paulo, op. cit., p.42.

⁵⁰ LOBO, Paulo, op. cit., p.43.

Na jurisprudência, a questão é ainda incipiente, porém nota-se acentuado progresso no sentido do reconhecimento da eficácia direta dos direitos fundamentais, ainda que não conste expressamente das decisões. Vejamos alguns casos.

O STF, no RE 158.215/RS, por exemplo, em que membros de cooperativa foram expulsos sem o atendimento da garantia do contraditório e da ampla defesa, pelo fato de terem desafiado a assembleia geral da entidade, determinou a anulação da ata e a reintegração dos prejudicados, com os consectários pertinentes⁵¹. Em situação similar, no RE 201.819/RJ, o STF entendeu haver violação à garantia da ampla defesa e do contraditório, em caso de exclusão, pela União Brasileira de Compositores, de associado que teve violadas essas garantias fundamentais, reconhecendo, expressamente, que “as violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados”⁵².

No RE 161.243/DF, reconheceu o STF a violação ao princípio da igualdade, em caso que trabalhador brasileiro, empregado da *Air France*, não teve aplicado e ele o estatuto pessoal da empresa aérea, que lhe concederia vantagens, apenas pelo fato de não ter nacionalidade francesa⁵³.

Nos recentes julgamentos dos RE 646.721/RS e 878.694/MG, ambos com repercussão geral reconhecida, o STF declarou inconstitucional o artigo 1.790 do Código Civil, que estabelece diferenças entre a participação do companheiro e do

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 158.215/RS. Rel. Min. Marco Aurélio. Diário de Justiça, Brasília, 07/06/1996.

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 201.819-0. Rel. Min. Ellen Gracie. Rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes. Diário de Justiça da União, Brasília, 27 out. 2006. A respeito do espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações, consignou-se nesse julgado que “não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de 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” (STF, RE 201.819, cit.).

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 161.243/DF. Rel. Min. Carlos Velloso. Diário de Justiça, Brasília, 19/12/1997.

cônjuge na sucessão dos bens, concluindo pela equiparação entre cônjuge e companheiro para fins de sucessão, inclusive em uniões homoafetivas. Segundo a Corte, nesses julgados, não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável, pois a hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988, forte nos princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso⁵⁴. Não houve, entretanto, qualquer menção expressa à eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas, conquanto disso se tratasse.

Já no também recente Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 1.008.625 SP, o STF fez referência expressa na ementa do julgado à “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”⁵⁵, ao julgar questão afeta à recusa do direito de associação e requisitos associativos, ocasião em que mencionou como precedente o RE 201.819/RJ, acima citado.

O TRF da 1ª Região, por sua vez, em sede de apelação cível, decidiu que “o leilão do objeto empenhado sem expressa e prévia notificação de seu proprietário viola o contraditório e a ampla defesa, direitos estes de cunho fundamental, previstos no art. 5º, LV da Constituição Federal, aplicáveis inclusive entre os particulares, conforme entendimento do C. STF, em virtude da eficácia horizontal dos direitos fundamentais”⁵⁶. Nesse caso, o leilão havia sido realizado após o vencimento e as jóias penhoradas sem notificação prévia, diante de dispensa expressa no contrato, cuja respectiva cláusula foi considerada abusiva.

Conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.280.871-SP e REsp 1.439.163-SP), as taxas de manutenção criadas por associações de moradores não obrigam os não associados ou os que a elas não anuíram, não havendo espaço para presunção de aceitação tácita, pois em nosso ordenamento jurídico há somente a lei ou o contrato como fontes de obrigações. Portanto, “a associação de moradores é mera associação civil e, conseqüentemente, deve

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 646.672-1/RS. Rel. Min. Marco Aurélio. Diário de Justiça da União, Brasília, 11/09/2017; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 878.694/MG. Rel. Min. Luis Roberto Barroso. DJe, 06/02/2018.

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE n. 1.008.625 AgR/SP. Rel. Min. Luiz Fux. DJe, 19/04/2017.

⁵⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível 00102952420114013500. Rel. Des. Fed. Jirair Aram Meguerian. Brasília, e-DJF1, 23/10/2017.

respeitar os direitos e garantias individuais, aplicando-se, na espécie, a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais⁵⁷.

Como se vê, uma breve passada de olhos pela jurisdição constitucional pátria relativa à efetivação dos direitos fundamentais nas relações privadas, demonstra o acolhimento da tese de que normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata e irradiam diretamente seus efeitos nas relações jurídicas de direito privado, respeitando, mas submetendo a autonomia da vontade aos valores e princípios constitucionais, em constante processo de ponderação, de acordo com as especificidades dos casos concretos.

4 CONCLUSÃO

No Estado Social e Democrático de Direito hodierno, é reconhecida a supremacia da Constituição, como autêntica norma jurídica fundamental, e sua capacidade de provocar a releitura e a irradiação de valores substanciais em face de institutos e conceitos de qualquer ramo do ordenamento jurídico, com notável relevo na vida política e social da nação. Esse processo, que em linhas gerais é denominado de “constitucionalização do direito”, abrange o subtema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, que deve ser orientado pelas diretrizes da lei fundamental.

Aos direitos fundamentais positivados na norma constitucional não se reconhece atualmente apenas a eficácia *vertical* em face do embate indivíduo-Estado, mas também a eficácia *horizontal*, que, surgida na Alemanha, em meados do século XX, define a incidência desses direitos também nas relações privadas (particular-particular). Significa dizer que os direitos fundamentais se aplicam não só nas relações entre o Estado e o cidadão (eficácia vertical), mas também nas relações entre os particulares-cidadãos (eficácia horizontal), haja vista tanto num

⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.280.871/SP e REsp 1.439.163/SP. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Rel. para acórdão Min. Marco Buzzi, julgados em 11/3/2015, DJe 22/5/2015. Nesse sentido: BRASIL. TRF 3ª Região. AC 1610983. Rel. Des. Fed. Valdeci dos Santos. São Paulo, e-DJF3, 08/08/2017.

caso noutro serem possíveis violações inadmissíveis que devem coarctadas pela jurisdição constitucional.

Aliás, a vetusta tese de que os direitos fundamentais somente poderiam ser invocados para a defesa do particular contra o “Estado-Leviatã”, naquela visão liberalista clássica, foi superada simplesmente pelos fatos, pois é clarividente que entidades privadas com elevado poder social e econômico podem constituir ameaças graves aos particulares hipossuficientes, ainda mais no contexto cada vez pior de acentuação da desigualdade econômica característica do mundo globalizado.

E a forma mais adequada de atuação da jurisdição constitucional para a ativação dos direitos fundamentais em face de relações entre particulares é a que utiliza o instrumental da eficácia horizontal direta, dada a natureza das normas, valores e princípios constitucionais, que são normas de direito substancial e não meramente interpretativas, por expressarem valores que são a fonte límpida de onde deve beber diretamente o direito privado, sem a intermediação ou utilização de portas ou pontes.

É imperiosa, portanto, a atuação da jurisdição constitucional para garantir a eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais, não só nas relações entre os indivíduos e os Poderes Públicos, mas também, com a mesma disposição, nas relações privadas, protegendo-os da opressão que o poder econômico exerce e dos danos que causa, principalmente aos mais desvalidos.

Num Estado Social e Democrático de Direito, o fortalecimento e a modernização da jurisdição constitucional para enfrentar os novos tempos e garantir a proteção dos direitos fundamentais são imperativos essenciais do princípio democrático, para assegurar as bases da legitimidade da própria Constituição. A atuação firme da jurisdição constitucional é a última barreira de proteção da pessoa humana e da dignidade do homem como figura central de todo o sistema social e não como mero instrumento de políticas globalizantes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. **Revista Jurídica**, São Paulo, v. 312, out. 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **Para viver a democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1989.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. 20. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

JUCÁ, Francisco Pedro; ISHIKAWA, Lauro. A constitucionalização do direito: uma função social do direito. In: JUCÁ, Francisco Pedro e ISHIKAWA, Lauro (Orgs.) **A constitucionalização do Direito, seus reflexos e acesso à justiça**. Birigui: Boreal, 2015.

JULIUS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Constitucionalismo em tempos de globalização**. Trad. José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LOBO, Paulo. **Direito civil: contratos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDES, Gilmar. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. In: GRUNDMANN, Stela et al (Orgs.). **Direito privado, Constituição e fronteiras**. 2. ed. São Paulo, Saraiva.

PERES LUÑO, Antonio-Henrique. **Los derechos fundamentales**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005.

TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002**. 2. ed. São Paulo: Método, 2007.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.