



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Aplicabilidade dos Direitos Fundamentais nas Relações entre os Particulares: Análise
das Teorias de Eficácia do Direito Constitucional

Adriana Aparecida Soares de Souza Santos

Rio de Janeiro
2010

ADRIANA APARECIDA SOARES DE SOUZA SANTOS

Aplicabilidade dos Direitos Fundamentais nas Relações entre os Particulares: Análise
das Teorias de Eficácia do Direito Constitucional

Artigo Científico apresentado à Escola de
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como
exigência para obtenção do título de Pós-
Graduação.

Orientadores: Guilherme Sandoval

Kátia Silva

Mônica Areal

Néli Fetzner

Nelson Tavares

Rio de Janeiro
2010

APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE OS PARTICULARES: ANÁLISE DAS TEORIAS DE EFICÁCIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL

Adriana A. Soares de Souza Santos

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada. Pós-graduanda em Direito pela EMERJ.

Resumo: O presente artigo visa a dissertar sobre a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas. Originalmente, os direitos fundamentais foram concebidos para proteção dos indivíduos contra os abusos dos Poderes Públicos. Todavia, com o avanço nas relações sociais, surgiram hipóteses em que os próprios particulares, sobretudo quando agentes detentores de poder econômico ou quando atuem em uma função materialmente estatal, violem tais direitos. Dessa forma, faz-se necessária a aplicação dos direitos fundamentais nas relações horizontais como meio de defesa, a fim de garantir à paridade, o equilíbrio, a justiça e o respeito à dignidade da pessoa humana. Explanará o artigo sobre as correntes que negam a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e as que a defendem, por meio da eficácia direta, da eficácia indireta ou segundo o modelo de Alexy. Por fim, o trabalho analisará o posicionamento da doutrina brasileira e a construção jurisprudencial do STF, quando incitado a se manifestar sobre o tema.

Palavras-chaves: Direitos Fundamentais. Relações Privadas. Eficácia Horizontal.

Sumário: Introdução. 1. Direitos fundamentais: a evolução dos direitos fundamentais e sua dimensão objetiva e subjetiva. 2. A construção teórica sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. 2.1 Teorias que negam a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a doutrina “state action” e a teoria da convergência estatista. 2.2 Teoria da aplicação indireta ou mediata. 2.3 Teoria da aplicação direta ou imediata. 2.4 O modelo de Alexy. 3. Apresentação do tema na doutrina brasileira e no STF: requisitos para a eficácia horizontal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho enfoca a temática da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares.

A participação ativa da sociedade no exercício do poder fez com que as relações jurídicas estabelecidas entre os particulares evidenciassem violações à direitos fundamentais, notadamente, quando uma das partes exerce maior controle social e/ou econômico.

Ponto de partida para tal análise, é o reconhecimento de que os direitos fundamentais passaram por uma extensa evolução, desde o Estado Liberal, momento histórico do Constitucionalismo, em que exerciam a função meramente de defesa contra os abusos perpetrados pelo Poder Público, até a atual dogmática pós-positivista, caracterizada pela interpenetração dos valores constitucionais em todo o ordenamento jurídico.

Busca-se despertar atenção do leitor, para o fato de que na esfera privada é recorrente situações de desigualdades em um dos pólos das relações jurídicas, o que facilita violações à direitos realizados por agentes da sociedade de maior autoridade em face daqueles mais vulneráveis.

Essa multiplicidade de poderes privados, cujo modelo adveio da contemporânea sociedade corporativista, frequentemente, atua contra a dignidade da pessoa humana ou a liberdade individual.

Logo, chega-se na premissa inaugural do presente artigo: Uma vez presente os abusos nas relações privadas, existe a possibilidade de os direitos fundamentais serem avocados diretamente como forma de proteção dada ao particular? Ou atuam, nesse contexto, indiretamente, norteando e validando a interpretação dos negócios jurídicos?

Uma vez ultrapassadas tais premissas, mas não menos importante, outra indagação surge: Como compatibilizar a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais com os princípios da autonomia da vontade e da liberdade negocial, também instituídos na Constituição.

A sistemática apresentada no estudo começa com uma síntese do histórico da evolução dos direitos fundamentais; passando pela concepção das suas dimensões subjetiva e objetiva; a descrição da construção teórica alemã e norte-americana da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e a repercussão dessas teorias no Brasil, na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O trabalho também conduz à análise da função das cláusulas abertas e dos conceitos jurídicos indeterminados dentro do Direito Civil, comprovando que no atual estágio de desenvolvimento jurídico não há mais que se falar em divisão entre Direito Público e Direito Privado.

Dessa forma, procura-se demonstrar que é necessária a aplicação dos direitos fundamentais nas relações horizontais como forma de garantir à paridade, o equilíbrio, a justiça e o respeito à dignidade da pessoa humana.

Objetiva dissertar, de forma breve, que além das relações de desigualdade fática, é possível sustentar a aplicabilidade direta, *prima facie*, dos direitos fundamentais, em relação aos particulares, desde que observado o caso concreto, diante da ponderação dos interesses.

A pesquisa realizada baseou-se na doutrina relevante no cenário internacional e nacional sobre o tema, em relação a artigos e livros redigidos, bem como na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão e no Supremo Tribunal Federal.

1. A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA DIMENSÃO OBJETIVA E SUBJETIVA

Sabe-se que o Constitucionalismo passou por extensa evolução histórica até chegar ao que hoje se denomina Neoconstitucionalismo ou Pós-positivismo. A atual dogmática acredita na razão e no Direito como instrumento de promoção de mudanças sociais, utilizando-se dos princípios constitucionais e da racionalidade prática, para catalizar as potencialidades emancipatórias da ordem jurídica.¹ Os direitos fundamentais, segundo, Karl Larenz, são positivados no ordenamento jurídico através de normas com maior relevância jurídica na pirâmide normativa.²

Mas nem sempre foi assim. As marcas históricas na sedimentação dos direitos fundamentais têm destaque com a evolução dos direitos fundamentais em três gerações. Apesar da crítica da doutrina sobre essa terminologia, será essa nomenclatura adotada, por questões didáticas.³

A primeira geração dos direitos fundamentais abrange os direitos consagrados nas Revoluções Norte Americana e Francesa, por meio do rompimento dramático com o Estado Absolutista. São, pois, a liberdade, a igualdade, à vida e a integridade física.

Nesse paradigma do Estado Liberal, as liberdades individuais são consideradas indispensáveis a todos os homens, contra os governantes, impondo a estes o dever de não intervir sobre aspectos da vida pessoal do indivíduo, traduzindo-se em verdadeiros postulados de abstenção. Esse viés negativo, de limitação do poder estatal pelo Direito, pode ser notado

¹ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2006, p. 57.

² LARENZ, Karl. *Richtiges Rech apud* ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da Definação à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 7.ed. São Paulo:Malheiros, 2007, p 36.

³ CANÇADO, Trindade.“informação verbal”. In: Seminário de Direitos Humanos das Mulheres, evento associado à V Conferência Nacional de Direitos Humanos, em 25 de maio de 2000. Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm. Acesso em 5 de nov. de 2010, critica a expressão “gerações” associada aos direitos fundamentais por ser “falaciosa”, por não corresponder a evolução dos direitos humanos no plano internacional, além de fazer analogia de que as gerações se sucedem no tempo.

nos direitos à liberdade de atuar, o direito ao culto, a inviolabilidade ao domicílio, a propriedade, à associação, etc.⁴

Vale mencionar que o Constitucionalismo Liberal foi um terreno fértil para as idéias de supremacia da constituição, de garantia constitucional realizada pelo Poder Judiciário, de garantia dos direitos fundamentais e da separação dos poderes. Fixou tais balizas, de vez, nas Constituições da época e posteriores.

Ocorre que, essa timidez da intervenção estatal, tanto na área econômica quanto na área política, influenciada pela teoria do liberalismo, associada às pressões decorrentes da industrialização em marcha, ao impacto do crescimento demográfico, e ao agravamento das disparidades, equacionaram os problemas sociais.

Surgiram, assim, novas reivindicações, principalmente de trabalhadores, pela mudança da atuação estatal, já que o ideal absenteísta do Estado Liberal não respondia às exigências do momento.⁵ Nesse contexto, são inseridos os movimentos socialistas, do final do século XIX e início do século XX, baseados nas teses de Karl Marx, de redistribuição de riquezas e combate à exploração do homem pelo homem.

Sobreveio, uma nova fase do Constitucionalismo, dito Moderno ou Social, em que as Constituições, começaram a prever em seu texto direitos fundamentais sociais, de segunda geração tais como: saúde, educação, previdência, assistência social, lazer, moradia, alimentação. A doutrina costuma citar as pioneiras: a Constituição Mexicana de 1917, a Constituição de Weimar de 1919 e a Constituição Brasileira de 1934. Passou-se, então, a toda evidência, o Estado a ser o responsável pela erradicação das mazelas da sociedade através de prestações positivas.

Nesse processo, o objetivo do Estado Social é evitar as disparidades e alcançar a justiça social, por meio de uma progressiva intervenção na vida econômica e orientação de

⁴ MENDES, Ferreira Gilmar; COELHO, Mártires Inocêncio; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 267.

⁵ *Ibidem*, p. 267

ações públicas. Logo, foi alterado o papel do Estado na sociedade, em um primeiro momento, era visto como possível violador dos direitos fundamentais, agora um promotor e concretizador de tais direitos.

Convém, ainda, lembrar que o direito à igualdade, ganha escopo de efetividade, a fim de proteger as minorias, pois deixou de ser uma igualdade formal para uma igualdade material. O ilustre constitucionalista Paulo Bonavides⁶ assevera ainda que os direitos de segunda geração passaram por um ciclo de baixa normatividade e eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos.

Por tal motivo, esses direitos estiveram remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem para sua concretização as garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos da liberdade.⁷

Para uma parte da doutrina, amparada na tese da “reserva do possível” esses direitos direitos às prestações positivas deverão ser efetivados dentro do que for financeiramente possível. Algumas vozes, dissentem desse entendimento, e se utilizam do paradigma da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico, para embasar a necessidade do poder público efetivar esses direitos prestacionais, no que tange ao seu mínimo essencial.

Todavia, outros autores, como, por exemplo, o prof. Paulo Bonavides, essa crise de observância e execução parece estar próxima do fim, uma vez que recentes Constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.⁸ Dessa forma, o art. 5º, §1º, da Constituição seria uma cláusula de exigência de máxima efetividade, vinculativa aos poderes constituídos, pois, não obstante a sua

⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 562.

⁷ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 564.

⁸ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 564.

concretização, seria possível o Judiciário aplicar imediatamente o direito fundamental, e evitar a lesão ou ameaça de lesão ao direito.

Já os direitos fundamentais de terceira geração são os direitos ligados à tutela coletiva de grupos, à fraternidade e à solidariedade. A proteção sai da esfera do homem isoladamente para abranger direitos metaindividuais, ligados ao desenvolvimento e à solidariedade entre as nações.

O contexto histórico de modificação, segundo Paulo Bonavides, veio da bipartição do mundo entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas. Buscou-se a necessidade de progresso das nações mais pobres do mundo. São exemplos: o direito à paz, ao desenvolvimento e ao progresso, à comunicação, à qualidade de um meio ambiente, à autodeterminação dos povos, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade.⁹

Não obstante alguns doutrinadores citarem apenas essas três gerações de direitos fundamentais¹⁰, para o Prof. Paulo Bonavides¹¹, ainda existiria os direitos de quarta geração. Os direitos de quarta geração seriam originados da globalização política, ligados à pluralidade e respeito aos direitos da minoria. Seriam eles: o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo.

O conceito atual de democracia não é restrito ao seu aspecto formal, como sendo vontade da maioria, mas também no seu aspecto substancial, material, em que abrange a vontade da maioria e a proteção dos direitos fundamentais e interesses das minorias.

Ademais, o pluralismo deve ser analisado não apenas do âmbito de vista político. O respeito à diversidade é geral, quanto às ideologias, à religião, à cultura, à orientação sexual, às religiões, às manifestações artísticas.

⁹ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 565.

¹⁰ MENDES, Ferreira Gilmar; COELHO, Mártires Inocêncio; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op.cit.*, p.268.

¹¹ BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.*, p. 566 e ss.

Apesar de não ser consolidada na doutrina, é possível destacar a existência de direitos fundamentais de quinta e sexta gerações. Para aqueles que admitem seriam direitos ligados ao avanço da tecnologia, a bioética e relativos à internet, respectivamente¹².

Outros entendem que esses novos direitos não passam de direitos tradicionais com nova roupagem, assim, evidenciam a permanente atualidade dos direitos de liberdade, adaptadas ao homem contemporâneo, e, portanto, são enquadráveis nas dimensões anteriores estudadas. Por exemplo, no caso das manipulações genéticas, em que a traz a clássica problemática do direito à vida confrontado com a ciência e a técnica. Na internet, por sua vez, o direito à intimidade e privacidade pode ser violado, merecendo a proteção jurisdicional.¹³

A despeito disso, é consenso que a evolução dos direitos fundamentais não indica um caráter estagnado no tempo. O advento de uma geração não substitui a anterior. Ao revés, todos os direitos estão situados num contexto de unidade e indivisibilidade. Cada geração interage com as demais, é assim que se deve compreender esse processo histórico.

Importa consignar, também, que os direitos fundamentais, em sua natureza, comportam dupla perspectiva, já que podem ser considerados direitos subjetivos para a proteção da tutela individual ou direitos objetivos fundamentais da coletividade.

Segundo, Paulo Gustavo Gonet Branco¹⁴:

Nessa perspectiva, os direitos fundamentais correspondem à exigência de uma ação negativa (em especial, de respeito ao espaço da liberdade do indivíduo) ou positiva de outrem, e ainda, correspondem a competências – em que não se cogita de exigir comportamento ativo ou omissivo de outrem, mas do poder de modificar-lhe as posições jurídicas.

¹² Oliveira Júnior, J. A. *Teoria Jurídica e Novos Direitos*. P.97 e ss. *Apud* SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 60.

¹³ MENDES, Ferreira Gilmar; COELHO, Mártires Inocêncio; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op.cit.*, p. 268. No mesmo sentido, SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 60.

¹⁴ MENDES, Ferreira Gilmar; COELHO, Mártires Inocêncio; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op.cit.*, p. 208.

Em sua acepção subjetiva, entende-se que o titular do direito fundamental pode opor de imediato, diante do princípio da inafastabilidade do poder judiciário, seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário.

Para Vieira de Andrade¹⁵, o reconhecimento de um direito subjetivo, está atrelado à proteção de uma determinada esfera de autoregulação ou de um espaço de decisão individual; tal como o é associado a um certo poder de exigir, pretender comportamentos ou de produzir autonomamente efeitos jurídicos.

Dessa forma, a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais corresponde a posições jurídicas de vantagem, subjetivas, enquanto faculdades que asseguram aos indivíduos o poder de exigir sua proteção frente ao Estado. Vale ressaltar que o Prof. Ingo Sarlet¹⁶, relembra que essa presunção em favor da perspectiva subjetiva está fundamentada na expressão da dignidade da pessoa humana.

Ao passo que, a dimensão objetiva, resulta da constatação de que os direitos fundamentais são princípios básicos da ordem jurídica constitucional. Os direitos fundamentais participam da essência do Estado Democrático de Direito, operando como limite ao poder, bem como, diretriz para atuação das ações públicas. As constituições democráticas assumem, portanto, um sistema de valores, que os direitos fundamentais revelam e positivam.¹⁷

Logo, a dimensão objetiva consagra que a função dos direitos fundamentais não restringe à defesa, contra atos do poder público, mas, além disso, consiste em um conjunto de

¹⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina. *Apud* SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.168.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. *Op.cit.*, p. 173.

¹⁷ MENDES, Ferreira Gilmar; COELHO, Mártires Inocência; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op.cit.*, p. 300.

valores e objetivos constitucionais que produzem efeitos para todo o direito positivo e vinculam os poderes constituídos.¹⁸

Por essa razão, os direitos fundamentais, em sua vertente objetiva são dotados de eficácia irradiante, o que a doutrina alemã chamou de *Ausstrahlungswirkung*. Luis Roberto Barroso¹⁹ destaca algumas consequências jurídicas da eficácia irradiante, tais como: (i) os direitos fundamentais servem de parâmetro para o controle de constitucionalidade, difuso e abstrato, (ii) os direitos fundamentais tem o papel de princípio hermenêutico, a fim de que o operador do direito, interprete a norma de modo mais consentâneo com a Constituição, (iii) a utilização do método da filtragem constitucional, ou, ainda, que o próprio Supremo Tribunal Federal, diante de possibilidades interpretativas de uma determinada norma, exclua aquela incompatível com o Texto Maior ou acolha a única possível interpretação compatível com a constituição, sem a redução do texto. Nesse sentido, com base na eficácia irradiante, todo o ordenamento jurídico deve ser interpretado consoante os direitos fundamentais.

Também, decorrente dessa acepção objetiva, pode-se afirmar que são direitos transindividuais, legitimadores de possíveis restrições aos direitos subjetivos individuais, com fulcro no interesse social prevalente.²⁰

O efeito irradiante, diante do escopo do presente trabalho, vai gerar a problemática da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que, em síntese, logra permitir que os direitos fundamentais irradiem seus efeitos também nas relações privadas, e não, apenas nos direitos oponíveis contra o Estado.

Por fim, mas não menos importante, incumbe ao Estado a obrigação permanente na concretização e na realização dos direitos fundamentais, bem como na criação instituições

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op cit.*, p.171.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 8.ed. São Paulo:Saraiva, 2007, p.174-182.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op.cit.*, p.175.

estatais, que auxiliem e efetivem a proteção desses direitos, com o intuito de evitar uma redução do significado e do conteúdo material deles.²¹

2. A CONSTRUÇÃO TEÓRICA SOBRE A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como já exposto, em sua origem histórica, os direitos fundamentais surgiram com a intenção de limitar as arbitrariedades do Estado e garantir o exercício das liberdades individuais, no entanto, também, na esfera privada é possível reconhecer o fenômeno do poder e da autoridade nas suas relações. Logo, a opressão pode vir tanto dos poderes públicos instituídos quanto dos protagonistas da sociedade presentes nas esferas do mercado de trabalho, a família e a sociedade civil como um todo.

Às vezes, essas multiplicidades dos centros privados de poder manifestam-se de forma tão imperativa que suas atuações podem ser equiparadas propriamente a de um órgão estatal, o que gera uma aproximação entre essas formas de dominação.²² Conseqüentemente, ataques à liberdade do indivíduo e à dignidade da pessoa humana ficam evidentes em um tipo de sociedade desigual. Daí porque, diante desse panorama, conclui Daniel Sarmiento, ser indispensável à extensão dos direitos fundamentais às relações entre particulares.²³

²¹ *Ibidem*, p.175.

²² SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006, p.107.

²³ *Ibidem*, p.107.

Segundo Norberto Bobbio ²⁴, não importa o quão livre seja o indivíduo frente ao Estado se depois não é livre na sociedade, tampouco a existência de um Estado Liberal, se vive em uma sociedade despótica.

As teorias de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas eclodiram, primeiramente, na Alemanha, vindo esse país a se tornar o ponto de referência para toda a doutrina européia e norte-americana. Indagaram, os doutrinadores alemães, se ao constatar violações aos direitos fundamentais por atores sociais detentores de poder, poder-se-ia atribuir a proteção constitucional diretamente na esfera privada.

O primeiro caso de repercussão foi o famoso Caso *Lüth*, considerado de maior relevância no constitucionalismo alemão pós-guerra. Em síntese, o alemão Veit Harlan, produtor de cinema, dirigiu nos anos 50, o filme chamado *Amanda Imortal*. Ocorre que, no auge do nazismo esse cineasta fora o responsável pela divulgação das idéias nazistas, odiosas e negativas em relação aos judeus, especialmente por força do filme *Jud Süb* (1941).

Antes do lançamento do filme *Amanda Imortal*, vários judeus resolveram boicotá-lo, ainda que este filme não revelasse qualquer manifestação nazista ou anti-semita. A frente disso estava Eric Lüth, presidente do Clube de Imprensa. Ele escreveu um manifesto conclamando que os “alemães decentes” não assistissem ao filme, em razão disso, o filme foi um fracasso de público. Veit Harlan, inconformado, juntamente com outros empresários investidores do filme, ingressaram com uma ação postulando a reparação dos danos causados contra Erich Lüth, com fundamento no Código Civil Alemão de que todo aquele que cause atos danosos a outrem tem o dever de repará-los.

A tese vingou nas primeiras instâncias, contudo, quando o caso chegou na Suprema Corte Alemã, a decisão foi no sentido de se adotar a eficácia horizontal nas relações privadas

²⁴ BOBBIO, Norberto. *Igualdade y Libertad*. Tradução Pedro Aragón Rincón. Barcelona: Ediciones Paidós.1993, p.143. *Apud* COSTA, Adriano Pessoa da. *Direitos Fundamentais entre Particulares na Ordem Jurídica Constitucional Brasileira*, 2007. Dissertação (Mestrado em Ordem Jurídica Constitucional)-Universidade Federal do Ceará. Disponível em www.ufc.br. Acesso em 12 de novembro de 2010.

(*Drittwirkung*), reformando as decisões em favor de Lüch, por reconhecer o direito à livre expressão que também alcança situações em que entra em conflito com os interesses privados:

A finalidade primária dos direitos fundamentais é a de salvaguardar as liberdades individuais contra as interferências das autoridades públicas. Eles são direitos defensivos dos indivíduos contra o Estado. (...) É igualmente verdadeiro, no entanto, que a Lei Fundamental não é um documento axiologicamente neutro. Sua seção de direitos fundamentais estabelece uma ordem de valores, e esta ordem reforça o poder efetivo destes direitos fundamentais. Este sistema de valores, que se centra na dignidade da pessoa humana em livre desenvolvimento dentro da comunidade social, deve ser considerado como uma decisão constitucional fundamental, que afeta a todas as esferas do direito público ou privado.(...) Assim é evidente que os direitos fundamentais também influenciam o desenvolvimento do direito privado. Cada preceito do direito privado deve ser compatível com esse sistema de valores, e deve ainda ser interpretado á luz do seu espírito.(...) O conteúdo das normas em vigor também deve ser harmonizado com esta ordem de valores. Este sistema infunde um conteúdo constitucional específico ao direito privado, orientando a sua interpretação.²⁵

Após o deslinde da questão na Alemanha, surgiram correntes doutrinárias contrárias, criticando qualquer postulado de aplicabilidade da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas, que serão expostas a seguir.

2.1 TEORIAS QUE NEGAM A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, A DOCTRINA DO “STATE ACTION” E A TEORIA DA CONVERGÊNCIA ESTATISTA

Os autores alemães que negam, veementemente, a eficácia horizontal, argumentam, dentre outros pontos, a necessidade de preservar a liberdade de decisão e a autonomia dos indivíduos em suas relações com outros sujeitos privados, bem como os riscos que a doutrina

²⁵ KOMMERS, Donald P. *Apud* SARMENTO, Daniel. *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil*. In: BARROSO, Luis Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.199.

do *Drittwirkung* acarretaria para a liberdade contratual e a segurança jurídica. Entre os adeptos desta concepção, prevalece a certeza de que a *Drittwirkung* poderia funcionar como uma espécie de “Cavalo de Tróia” capaz de destruir todo o sistema civil, erguido sobre a base da autonomia privada.²⁶ Essa corrente praticamente desapareceu depois que o Tribunal Constitucional Alemão passou, em reiteradas decisões a partir da década de 50, a admitir a teoria da eficácia indireta.²⁷

Outra vertente da teoria contrária à horizontalização dos direitos fundamentais, que nega essa vinculação dos particulares aos direitos fundamentais é chamada de *state action* e surgiu no direito norte-americano. Tendo em vista a evolução histórica do próprio Estado Liberal clássico, marcante nos Estados Unidos, a concepção da autonomia privada sempre desfrutou de absoluto destaque na hierarquia jurídico-axiológica daquele país.

As bases ideológicas enraizadas por guerras de independência, firmaram a concepção de que os direitos individuais são oponíveis apenas ao Estado, sendo infensa à opinião de aplicação das liberdades constitucionais no âmbito das relações privadas. Por isso, os direitos as liberdades são fortes e direcionados a abstenção do Poder Público na esfera do particular.²⁸

A doutrina do *state action* entende que a aplicação das dez emendas da Constituição norte Americana, são direcionadas apenas contra ações do Estado. Permitir que a constituição atue nas relações interpessoais, para essa corrente, seria atingir diretamente a liberdade e a base do direito privado.²⁹

²⁶ E. FORSTHOFF, *et al.* Apud COSTA, Adriano Pessoa da. *Direitos Fundamentais entre particulares na ordem jurídica Constitucional Brasileira*, 2007. Dissertação (Mestrado em Ordem Jurídica Constitucional)-Universidade Federal do Ceará. Disponível em www.ufc.br. Acesso em 12 de novembro de 2010.

²⁷ SARMENTO, Daniel. *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil*. In: BARROSO, Luis Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.198.

²⁸ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direito Fundamental nas Relações Jurídicas entre Particulares*. In: BARROSO, Luis Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 168.

²⁹ SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.*, p.198.

Assim, é consolidado na doutrina norte-americana, o direito à liberdade individual ampla, com o intuito de assegurar a regulação das atividades privadas pelo livre exercício da autonomia dos contratantes. De sorte que, é facultado aos entes federativos elaborar uma lei ordinária que preveja a vinculação dos organismos particulares aos direitos fundamentais.³⁰

Embora esse seja o entendimento da doutrina norte-americana, a Suprema Corte Americana mitigou o *state action* e elaborou a *public function theory*, segunda a qual é possível, excepcionalmente, aplicar os direitos fundamentais emanados da Carta Maior, aos particulares, diretamente, desde que esses promovam atividades de natureza tipicamente estatal.³¹

O caso emblemático que chegou à Suprema Corte Norte Americana, e ficou conhecido como *Marsh v. Alabama*, decidido em 1946, tratava do seguinte: Uma empresa privada que possuía terras nas quais se localizavam ruas, estabelecimentos comerciais, e onde seus funcionários residiam proibiu que uma testemunha de Jeová pregasse no interior da sua propriedade. A Suprema Corte Americana considerou inválida a proibição, pois uma companhia ao manter uma cidade privada se equiparou ao Estado, e se sujeitava, portanto, à 1ª Emenda da Constituição Norte Americana, que assegura a liberdade de culto.³²

Daniel Sarmiento, sobre a teoria *public function*, expõe que:

Essa teoria impede, em primeiro lugar que o Estado se livre da sua vinculação aos direitos constitucionais, pela constituição de empresas privadas, ou pela delegação das suas funções típicas para particulares, pois estes quando assumem funções de caráter essencialmente público, passam a sujeitar-se aos mesmos condicionamentos constitucionais impostos aos Poderes Públicos.(...)“Ademais, existem segundo a Suprema Corte, certas atividades que, independentemente de delegação, são de natureza essencialmente estatal, e, portanto, quando os particulares a exercitam, devem submeter-se integralmente aos direitos fundamentais previstos na Constituição.³³

³⁰ *Ibidem*, p. 200 a 202.

³¹ *Ibidem*, p.201.

³² *Ibidem*, p.201.

³³ *Ibidem*.p.201.

Deve-se atentar que a denominada função pública praticada por particulares será interpretada extensivamente, a fim de abarcar qualquer ato relacionado materialmente com as atividades estatais ou que o próprio Estado tenha alguma conexão ou envolvimento com a ação particular impugnada.

A crítica que ressoa sobre essa teoria diz respeito a se determinar quais atividades praticadas pelos particulares são materialmente equiparadas a estatais, bem como os limites de vinculação desses particulares aos direitos fundamentais. A identificação da natureza pública ou privada de um ato particular é que sofre certa margem de dúvida. A jurisprudência norte-americana não foi capaz de criar *standartes* minimamente seguros e confiáveis, além de não proporcionar um tratamento adequado aos direitos fundamentais ³⁴

Ao que parece, segundo Virgílio Afonso da Silva, a construção da teoria do *station action* é casuística³⁵, sendo que as violações a discriminação racial e ao direito ao culto religioso são mais facilmente identificadas pela Corte Norte Americana como “ação de estado” ³⁶

Outra teoria que tem destaque no direito internacional é a teoria da convergência estatista. Segundo essa teoria, qualquer agressão a direitos fundamentais, mesmo que no âmbito das relações privadas, deve, sempre, ser imputada ao Estado.³⁷ Paulo Mota Pinto, capitaneando o posicionamento de Jürgen Schwabe, explica, que o direito de autonomia da vontade deflui do permissivo estatal, dessa forma não se cogita de violação jusfundamental cometida por particulares, posto que se o Estado não evita que essas transgressões ocorram, então as permite, devendo por isso ser responsabilizado.³⁸

³⁴ *Ibidem*, p. 209.

³⁵ SILVA, Virgílio Afonso. *Apud* COSTA, Adriano Pessoa da. *Op. Cit.*

³⁶ SARMENTO, Daniel. *Op.cit.*, p. 239.

³⁷ SARLET, Ingo. *Direitos Fundamentais e Direito Privado: Algumas Considerações em Torno da Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais. In: (Org.). A Constituição Concretizada: Construindo Pontes com o Público e o Privado.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 160.

³⁸ SARMENTO, Daniel. *Op.cit.*, p. 240.

Essa dogmática entende que as violações aos direitos fundamentais por atores privados devem ser atribuídas ao Poder Público, porque, nessas situações, é ele quem decai do seu dever geral em proteger os direitos fundamentais. Como o direito privado que permite essa violação é um direito produzido pelo legislador e aplicado ao caso pelo Juiz, fundamentado na soberania estatal, então, os direitos fundamentais mantêm o seu viés público subjetivo, oponível apenas aos poderes públicos, sendo inútil a diferenciação entre direito público e direito privado, porquanto, toda violação aos direitos fundamentais será levada a responsabilização estatal.³⁹

É doutrina minoritária, que sofre críticas acentuadas. Segundo Rafael Naranjo de La Cruz,⁴⁰ se não há vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, logo o pressuposto da proteção estatal também perde o sentido, pois neste caso não há objeto algum a ser vulnerado. Daniel Sarmiento⁴¹, com arrimo em Canaris, alerta para “o matiz totalitário” dessa tese, sob o ângulo filosófico: “a liberdade humana não é criada pelo Estado ou pela lei, mas os precede”.

Por outro lado, as correntes que aceitam a eficácia horizontal dos direitos fundamentais são dominantes em toda a doutrina que expõe o tema, todavia ainda existe divergência quanto ao modo da aplicabilidade do efeito irradiante dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico. A partir desse ponto no estudo, traçar-se-ão notas sobre as correntes favoráveis à eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada.

2.2 TEORIA DA APLICAÇÃO INDIRETA OU MEDIATA

³⁹ *Ibidem*, p. 241.

⁴⁰ CRUZ, Rafael Naranjo de La. *Apud* COSTA. *Op.Cit.*, p. 57.

⁴¹ SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 221.

A teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais (*Mittelbare Drittwirkung*) foi desenvolvida na doutrina alemã por Günther Dürig, que em escrito datado de 1956, “Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais”, firmou suas bases doutrinárias, e hoje é adotada pela maioria dos juristas e pela Corte Constitucional alemã.⁴² Para a teoria da eficácia mediata, os direitos fundamentais não ingressam no cenário privado como direitos subjetivos, que possam ser invocados diretamente a partir da Constituição, mas através de certas pontes construídas no próprio Direito Privado, em que interpenetram a ordem de valores constitucionais, centrada nos direitos fundamentais e no princípio da dignidade da pessoa humana. Essas pontes seriam acolhidas pelo legislador ordinário, representada, portanto, pelas cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados e interpretadas consoante os valores constitucionais pelo Poder Judiciário.⁴³

Em breve síntese, a função das cláusulas gerais e dos conceitos gerais jusprivatísticos é de constituir os “pontos de irrupção” ou “portas de conexão”, ou seja, os “pontos de entrada” dos direitos fundamentais no tráfico jurídico privado. Daí a denominação dessa corrente doutrinária, pois a eficácia desses direitos entre atores particulares não se extrairia diretamente da Constituição, mas de maneira indireta, pela mediação do legislador privado e dos juízes.

Segundo Jane Reis Gonçalves Pereira⁴⁴, com essas pontes abertas o sistema jurídico privado seria permeado pelos direitos fundamentais, os quais funcionariam como parâmetros de interpretação, em que os juízes hão de levar em conta ao interpretar os preceitos do Direito Civil.

Vale ressaltar que essa teoria não desconsidera a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, ao réves, entende que os valores constitucionais desempenham escolhas

⁴² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Op. Cit.*, p.159.

⁴³ *Ibidem*, p.160.

⁴⁴ *Ibidem*, p.161.

axiológicas da sociedade, contudo, há sempre a necessidade de que um órgão estatal - este sim, destinatário direto das normas que reconhece os direitos fundamentais - atue como mediador da aplicação dos direitos fundamentais no âmbito privado.⁴⁵

De acordo com Daniel Sarmento⁴⁶, para os adeptos da teoria da eficácia indireta, cabe, antes de tudo, ao legislador infraconstitucional, a tarefa de mediar à aplicação dos direitos fundamentais sobre os particulares, estabelecendo uma disciplina de relações privadas que se revele compatível com os valores constitucionais. O possível conflito entre direitos fundamentais e autonomia privada deve ser resolvido de início pela lei, que fixaria a cedência recíproca entre cada um dos bens jurídicos confrontantes.

Por outro lado ao Judiciário, sobraria o papel de preencher as cláusulas indeterminadas criadas pelo legislador, assim como rejeitar por inconstitucionalidade a aplicação de normas privadas incompatíveis com os direitos fundamentais. Excepcionalmente, apenas nos casos de lacunas no ordenamento privado, e de inexistência de cláusula geral ou de conceito jurídico indeterminado que possa ser preenchido em harmonia com os valores constitucionais, é que se permitiria ao juiz a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, independente da mediação do legislador.

Agora, quando o Judiciário resolvesse os conflitos privados, interpretando as normas ordinárias sem levar em consideração os direitos fundamentais, ele tornar-se-ia responsável por uma lesão a tais direitos, sujeitando-se à censura⁴⁷.

Destarte, essa corrente afirma que a adoção da eficácia direta dos direitos fundamentais importaria na outorga de um poder desmensurado ao Judiciário, tendo em vista o grau de indeterminação desses direitos fundamentais. A liberdade individual ficaria à mercê

⁴⁵ *Ibidem*, p. 160.

⁴⁶ SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 213 a 215.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 215.

do alvitramento dos juízes.⁴⁸Vale destacar que o Tribunal Constitucional alemão decidiu, no caso Luth, conforme a teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais.

Por fim, essa concepção de eficácia indireta se sujeita à algumas críticas, dentre elas, as que refutam prontamente a impregnação dos valores constitucionais nas normas de direito privado, sob o fundamento de que causam erosão ao princípio da legalidade, ampliando a indeterminação e a insegurança na aplicação das normas civis e comerciais.⁴⁹ Outros, de outra banda, criticam a doutrina por não proporcionar uma tutela integral dos direitos fundamentais no plano privado, que ficam dependente dos incertos humores do legislador ordinário.⁵⁰

Com efeito, neste ponto do trabalho passa-se à um breve comentário acerca da escola de Direito Civil Constitucional. Após a primeira guerra mundial, a dicotomia entre direito público e privado deixou de ser substancial para ganhar novos contornos, já que, na contemporaneidade, elementos do Direito Público e do Direito Privado se interpenetram até a incognoscibilidade e a indissolubilidade. Nesse sentido, como consequência da eficácia irradiante nenhuma matéria de direito civil está blindada da interpretação jusfundamental.

Segundo Luís Roberto Barroso⁵¹, o processo de aproximação entre o direito civil e o direito constitucional compreende três etapas, a saber: “mundos apartados”, “publicização do direito privado” e “constitucionalização do direito civil”, quando finalmente passam da “indiferença à intensa convivência”.

Afirma que as principais consequências desse relacionamento, em primeiro lugar, foi à primazia do princípio da dignidade da pessoa humana na dogmática jurídica do pós-guerra; ,

⁴⁸ *Ibidem*, p. 215.

⁴⁹ Essa crítica é do jurista austríaco A. KHOL, exposta no artigo intitulado: *The Protection of Human Rights in Relationships Between Private Individuals, the Austrian Situation*. Apud SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 219.

⁵⁰ Nesse sentido, VEGA GARCIA PEDRO *In Dificuldades y Problemas para la Construcción de un Constitucionalismo de la Igualdade in Caso de Eficácia Horizontal de los Derechos Fundamentales*. Apud SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 219.

⁵¹ BARROSO, Luis Roberto. (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 138-140.

e, segundo, aqui se estabelece o núcleo dessa exposição, a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas.

Para Gustavo Tepedino.⁵², são premissas do direito Civil-Constitucional, em síntese:

(i) o reconhecimento do direito como realidade cultural, e não como resultado (*rectius*, submissão) da ordem econômica vigente: o direito tem uma intrínseca função promocional e não apenas uma função mantenedora do *status quo* (repressora) e reguladora de divergências; (ii) o decisivo predomínio das situações existenciais sobre as situações patrimoniais, devido à tutela constitucional da dignidade da humana; (iii) a valorização do perfil funcional em detrimento do perfil estrutural dos institutos jurídicos, impedindo, por essa via, a perpetuação do esquema da subsunção, já completamente ultrapassado, e libertando o fato – e juntamente com ele o juiz – dos enquadramentos rígidos em prol da aplicação da normativa mais adequada ao caso concreto; (iv) o reconhecimento da historicidade dos institutos, na medida da importância da função que exercem naquela determinada sociedade, naquele determinado momento histórico; (v) a relatividade dos princípios, das regras e dos direitos, na medida em que todos exercem sua função em sociedade, isto é, em relação ao outro.

Nesse contexto, a adoção de cláusulas gerais pelo novo Código Civil, permite a técnica interpretativa de preenchimento valorativo do seu significado pelo operador do direito, de modo não estanque, ou seja, sempre em processo evolutivo, o que facilita a influência das normas constitucionais no direito privado, notadamente, quanto aos direitos fundamentais em sua acepção objetiva.

2.3 TEORIA DA APLICAÇÃO DIRETA OU IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A teoria da eficácia direta ou imediata, desenvolvida na Alemanha por Hans Carl Nipperdey, nos anos 50, não logrou grande aceitação nesse país, mas é majoritária na Espanha

⁵²TEPEDINO, Gustavo. *Crise de Fontes Normativas e Técnica Legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002*. 2.ed. Rio de Janeiro:Renovar, p. 378. *Apud* COSTA, Adriano Pessoa da.*Op. Cit.*

e em Portugal. Segundo essa dogmática, é possível que alguns direitos previstos na Constituição vinculem apenas os Estados, 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*.⁵³

Nipperdey⁵⁴ concorda com a premissa firmada pela Corte Constitucional Alemã, de que a Lei Fundamental não é neutra, mas veicula uma ordem objetiva de valores. No entanto, não compartilha da noção de que o efeito irradiante dos direitos se propaga nas relações particulares por meio das cláusulas gerais do direito civil.

Para ele: “não se requer nenhum meio, nenhum *ponto de infiltração*, como pretendem ser as cláusulas gerais. Bem ao contrário, o efeito jurídico é uno, direto e normativo, que modifica ou regenera as normas jurídico privadas existentes [...]”⁵⁵

Nesse sentido, Bilbao Ubillos⁵⁶, afirma que “um direito fundamental cujo reconhecimento depende do legislador, não é um direito fundamental. É um direito de cunho legal, simplesmente. O direito fundamental se define justamente pela indisponibilidade de seu conteúdo ao legislador”.

É nesse sentido a crítica que os defensores⁵⁷ da teoria da eficácia direta apontam à teoria da eficácia indireta: A necessidade de atuação legislativa para regular a aplicação dos direitos fundamentais, prevendo cláusulas gerais, ou a mediação judicial interpretativa desnatura o princípio da unidade da ordem jurídica (os direitos fundamentais constituem normas de valor para toda a ordem jurídica) e da força normativa da Constituição, negando, por óbvio a própria teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Não se pode

⁵³ SARMENTO, Daniel. *Op.cit.*, p. 220.

⁵⁴ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Op.cit.*, p.159.

⁵⁵ L. NIPPERDEY, H.C. *Apud* PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Op.cit.*, p.157.

⁵⁶ UBILLOS, Juan María Bilbao. *Apud* SARMENTO, Daniel. *Op.cit.*, p. 222.

⁵⁷ NIPPERDEY e LEISNER. *Apud* SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p.404.

aceitar que o direito privado venha a formar uma espécie de gueto à margem da ordem constitucional.

A tese da eficácia direta enfatiza que os perigos que os direitos fundamentais sofrem no mundo contemporâneo não provêm apenas do Estado, mas também de poderes sociais e de terceiros em geral. Dessa forma, os direitos fundamentais assumem uma condição de direitos subjetivos, com oponibilidade *erga omnes* em face de pessoas privadas com posições de poder.⁵⁸

Cumprido destacar, no entanto, que os adeptos da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas não negam a existência de especificidades e nem a necessidade de ponderar a autonomia privada em jogo com esses direitos fundamentais.⁵⁹

Então, cabe indagar, quais seriam os direitos fundamentais cuja oponibilidade é considerada *erga omnes*. Bilbao Ubillos⁶⁰, afirma, a título de exemplo, que na Constituição Espanhola, direitos como à honra, à intimidade, à imagem e a liberdade de religião poderiam ser tutelados diretamente contra o particular. Mas, segundo ele, não existe uma homogeneidade entre todos os direitos fundamentais, por conseguinte, se deve analisar cada um dos direitos fundamentais para verificar a existência e a extensão da sua eficácia horizontal. Além disso, no caso concreto sempre existirá a necessidade de ponderação do direito fundamental com a autonomia privada.

Dessa forma, a aferição de quais direitos fundamentais são oponíveis aos particulares é casuística, a depender do resultado extraível da ponderação de interesses.

2.4 O MODELO DE ALEXY

⁵⁸ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Op.cit.*, p.159.

⁵⁹ SARMENTO, Daniel. *Op.cit.*, p.223.

⁶⁰ UBILLOS, Juan María Bilbao, *Apud* SARMENTO, Daniel. *Op.cit.*, p. 222.

Robert Alexy⁶¹ tentou compatibilizar as três correntes: da eficácia direta, da eficácia indireta e a doutrina da convergência estatista. Segundo esse doutrinador, a adoção de concepções das três teorias tem por objetivo desenvolver uma teoria adequada, pois “cada uma delas acentuam-se corretamente aspectos das complicadas relações jurídicas que caracterizam os casos de efeitos perante terceiros.

Assim, Alexy adota o modelo de três níveis de efeitos. O primeiro nível desenvolve a teoria do efeito mediato, os juízes teriam o dever de Estado de levar em consideração os direitos fundamentais, como valores objetivos, na interpretação e aplicação das normas de direito privado. O segundo nível leva em conta os deveres de proteção, assim quando o Judiciário ao dirimir conflitos interprivados, não leva em conta os direitos fundamentais, ele, viola um direito fundamental do cidadão oponível frente ao Estado. E no terceiro nível, relativo às relações entre particulares, incide a teoria da eficácia imediata, podendo a Constituição e os direitos fundamentais serem oponíveis *erga omnes* aos particulares.⁶²

Alexy, rebate a crítica de que a eficácia horizontal direta exterminaria a autonomia privada e tornaria supérfluo o Direito Privado. Em relação à autonomia privada, registra que a questão é de ponderação de interesses, sendo certo que a eficácia direta não visa tornar absoluta a incidência dos direitos fundamentais na esfera civil, mas sim, abrindo-se o sistema para a ponderação.⁶³

Quanto à própria existência do Direito Privado, registra Alexy que as normas de direito fundamental não estabelecem uma única solução possível, há várias soluções possíveis dentro da Constituição, portanto, caberia ao legislador optar dentre as soluções legislativas aquela mais compatível com os preceitos constitucionais. Dessa escolha, não pode o juiz se esquivar de aplicar a norma, tratando, portanto de aplicação vinculativa. Assim, as normas

⁶¹ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 515. As “três construções” a que alude o autor são as teorias da eficácia direta, indireta e a tese de Schwabe. *Apud* COSTA, Adriano Pessoa da. *Op. Cit.*

⁶³ SARMENTO, Daniel. *Op.cit.*, p.242.

infraconstitucionais de direito privado continuariam vinculantes e necessárias na resolução dos casos concretos.

No entanto, se o juiz pretender afastar os parâmetros estabelecidos pelo legislador de Direito Privado, na resolução da casuística, por considerá-los inadequados para a proteção do direito fundamental em jogo, pesará sobre ele o ônus da argumentação, pois terá que demonstrar que a solução do legislador não proporciona a tutela do direito fundamental exigida na Constituição.⁶⁴

3. A APRESENTAÇÃO DO TEMA NA DOUTRINA BRASILEIRA E NO STF: OS REQUISITOS DA EFICÁCIA HORIZONTAL

A doutrina brasileira tem se posicionado pela admissão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, com a tendência em adotar a teoria da eficácia direta, no sistema constitucional brasileiro. São adeptos da teoria da eficácia direta ou mediata, Ingo Sarlet, Daniel Sarmento, Jane Reis Pereira Gonçalves e Luis Roberto Barroso.

Para Jane Reis Pereira Gonçalves⁶⁵, a proteção da autonomia privada não é, de modo algum, incompatível com a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. Sustenta, que se a tutela da autonomia for posta como um obstáculo para a incidência direta dos direitos fundamentais, o que se teria, na verdade é uma regra abstrata de preferência. A questão, portanto, não é saber se a autonomia privada deve ou não ser protegida, mas se essa deve prevalecer em face dos demais direitos fundamentais. Conclui

⁶⁴ SARMENTO, Daniel. *Op.cit.*, p. 242.

⁶⁵ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Op.cit.*, p.182.

que, quando admitida a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre privados, a autonomia será colocada no mesmo plano de outros direitos fundamentais.

Daniel Sarmento⁶⁶ explica que a doutrina da eficácia horizontal direta não se propõe a vincular irrestritamente os particulares aos direitos fundamentais, reconhecendo a existência de especificidades do caso concreto, sobretudo, o de ponderar o direito em jogo e a autonomia privada da pessoa, cujo comportamento se cogita restringir. Segue, comentando que só existe autonomia privada quando o agente desfruta de mínimas condições materiais de liberdade. Isso não acontece quando existe uma sociedade profundamente assimétrica, em que agentes não estatais, também, impõe constrangimentos, diante da manifesta desigualdade entre as partes.

Logo, segundo Daniel Sarmento, nessas condições a aplicação direta do direito fundamental não aniquila a autonomia privada, mas, ao contrário, tem o condão de promovê-la, já que somente cidadãos plenamente livres e esclarecidos podem se auto-determinar, e isto se consegue com a proteção dos direitos fundamentais.

Aduz, também Sarmento, que, em regra, cabe ao legislador a concretização dos direitos fundamentais, na escolhas das normas jurídicas infra-constitucionais. Tanto é assim que elas são dotadas de presunção de constitucionalidade. Daí porque é ônus do juiz argumentar a inconstitucionalidade de uma norma, violadora de um direito fundamental, para deixar de aplicá-la ao caso concreto.

Todavia, isso não obsta que o juiz aplique diretamente a Constituição, quando não existir regra ordinária regulamentadora da situação concreta, ou mesmo que exista a regra específica tratando da matéria, quando esta se revele em descompasso com as normas constitucionais.

⁶⁶ SARMENTO, Daniel. *Op.cit.*, p. 249.

Para Sarmento, cabe ao Judiciário, como órgão legitimador da democracia e guardião dos valores constitucionais, resguardar a efetividade das normas constitucionais, as quais possuem força normativa e não são meras diretrizes voltadas para o Poder Legislativo.

Sustenta, ademais, que a suposta insegurança jurídica que derivaria da técnica de interpretação legislativa, nas cláusulas abertas, ou de ponderação de interesses deve ser refutada, tendo em vista que o novo sistema constitucional pós-positivista destaca outros princípios até mesmo mais importantes que a própria segurança jurídica, como, por exemplo, a própria justiça e dignidade da pessoa humana.

Outrossim, algumas fórmulas poderiam acabar com a incerteza; são os chamados *standartes*, relações de precedência condicionadas entre princípios, com a identificação dos casos em que o direito fundamental deva prevalecer sobre a autonomia privada.

Daniel Sarmento⁶⁷, conclui que a eficácia horizontal não deve se restringir às hipóteses de relações de desigualdade, mas a todas as relações, independente da existência de poderes privados. Em todos os casos, portanto, há a necessidade da ponderação.

Ingo Wolfgang Sarlet, por sua vez, também concorda com esses argumentos, expõe que à luz do direito constitucional brasileiro é necessária uma vinculação direta e imediata *prima facie* também aos particulares, sem deixar de reconhecer, todavia, que não é uniforme o modo pelo qual se opera a aplicação dos direitos. Argumenta que as hipóteses de um conflito entre os direitos fundamentais e o princípio da autonomia privada pressupõem sempre uma análise tópica-sistemática, calcada nas circunstâncias específicas do caso concreto, buscando uma solução norteada pela ponderação dos valores em pauta.⁶⁸

Segundo Luis Roberto Barroso, as nuances da nova interpretação dada ao Direito Civil traz como as principais conseqüências, a primazia do princípio da dignidade da pessoa

⁶⁷ SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 249.

⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 408.

humana na dogmática jurídica do pós-guerra; e a vinculação direta com o núcleo desta exposição, a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas.⁶⁹

Todavia o desafio que se coloca para a teoria é estabelecer critérios específicos para esse tipo de ponderação, já que o agente potencialmente violador também é titular de direitos fundamentais.

Portanto, são critérios enumerados pela doutrina, a fim de que os particulares se sujeitem à vinculação direta dos direitos fundamentais: Primeiro critério: a ação violadora ao direito fundamental pode ser indiretamente imputada ao Estado, como, por exemplo, atores privados que atuam por delegação (ex. concessionárias de serviço público) ou por algum suporte estatal. Segundo critério: Pessoas privadas que se encontrem em posição superior devem ter suas ações limitadas pelos direitos fundamentais, é o que ocorre, por exemplo, nas relações de emprego e de consumo. Terceiro critério: Quanto mais próxima à esfera privada de uma função pública, maiores as chances dos atores privados sujeitar-se diretamente aos direitos fundamentais (ex. escolas tem o dever de observar a igualdade no preenchimento de vagas).⁷⁰

Esses critérios definidos por Jane Reis Pereira⁷¹ visam estabelecer uma igualdade entre partes faticamente desiguais. A dúvida persiste quando as partes estiverem no mesmo patamar social. Jane Reis Gonçalves Pereira, entende que a igualdade entre as partes corresponde a um dos aspectos que confere maior ou menor peso ao princípio da autonomia privada no processo de ponderação, não sendo possível estabelecer resposta fechada, no sentido de que a igualdade entre as partes determine ou não a incidência dos direitos fundamentais naquelas relações privadas.⁷²

⁶⁹ BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. O Triunfo Tardio do direito Constitucional no Brasil*. In: Id. (Org.), *Op. cit.*

⁷⁰ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Op. Cit.*, p. 187-188.

⁷¹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Op.cit.*, p.187.

⁷² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Op.cit.*, p.187.

Ao contrário, J. C. Viera de Andrade argumenta que em condições de relativa igualdade, deverá, em regra, prevalecer o princípio da liberdade, aceitando-se uma eficácia direta dos direitos fundamentais na esfera privada apenas nos casos em que a dignidade da pessoa humana estiver sob ameaça ou de uma indevida ingerência na esfera de intimidade pessoal.⁷³

Para Daniel Sarmento, a questão da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais se resolve também nas relações paritárias, quando o cidadão comum mantiver relações com outras pessoas do seu meio.⁷⁴

Sarlet vislumbra que a dignidade da pessoa humana servirá como condição de limite material à renúncia e auto-limitação dos direitos fundamentais, e conclui que em qualquer hipótese é possível ao menos sustentar uma eficácia mediata ou indireta no âmbito das relações, de modo que as normas de direito privado não contrariem os parâmetros axiológicos da Constituição.⁷⁵

Por fim, é necessário lembrar que os indivíduos tenham uma esfera de atuação imune às ações do Estado. Os valores assentados na Constituição não podem servir de fundamento para a atuação em todos os setores da vida das pessoas. Além disso, é necessário preservar a pluralidade no âmbito social, evitando, outrossim, uma homogeneização da comunidade, é preciso preservar a identidade e peculiaridades dos diversos atores sociais.⁷⁶

O caso relevante em que a STF se pronunciou sobre o tema pela primeira vez foi no Recurso Extraordinário nº 158.215/RS, relatado pelo Min. Marco Aurélio, o Pretório Excelso decidiu que ato de exclusão praticado no âmbito de entidade privada não se furta à

⁷³ Cf. J. C. Viera de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p.285, ressaltando que se deverá tratar, pelo menos de um poder de fato inequívoco e objetivamente determinável, sendo insuficiente uma dependência subjetiva ou momentânea. No direito Alemão, v. K.Hesse, *Grundzüge*, p.160, que se posiciona favoravelmente a uma vinculação direta nos casos em que se cuida do exercício de poder econômico e social, e aliberdade fundamental individual se encontra particularmente ameaçada. *Apud SARLET, Ingo Wofgang. Op. Cit.*, p. 406.

⁷⁴ SARMENTO, Daniel. *Op.cit.*, p. 256.

⁷⁵ SARLET, Ingo Wofgang. *Op. Cit.*, p. 407.

⁷⁶ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Op.cit.*, p.189.

observância do direito fundamental ao devido processo legal, a fim de assegurar a ampla defesa. A ementa é transcrita:

DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIADO - CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa. (STF – RE 158215/RS – 2ª Turma – Rel. Min. Marco Aurélio – DJU 07/06/1996)⁷⁷.

No ano seguinte, um dissídio individual configurado entre funcionário brasileiro e a empresa aérea *Air France*, no qual o recorrente pleiteava o direito à isonomia salarial em relação aos empregados de origem francesa, levou o STF a declarar a eficácia do direito fundamental à igualdade naquela relação entre particulares:

CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput. I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput). II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846(AgRg)-

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 158215/RS. Relator: Min. Marco Aurélio. Publicado no DOU de 07.06.1996.

PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. - R.E. conhecido e provido (STF – RE 161243/DF – 2ª Turma – Rel. Min. Carlos Velloso – DJ 19/12/1997)⁷⁸.

Em 2005, os Ministros novamente decidiram sobre o tema da exclusão de sócio de associação privada. Veja-se a ementa:

SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. 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. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações 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. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido

⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 161243/DF. Relator: Min.Carlos Velloso. Publicado no DOU de 19.12.1997.

processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. Recurso extraordinário desprovido (STF – RE 201819 / RJ – 2ª Turma – Relª. Minª. Ellen Gracie – DJ 27/10/2006)⁷⁹.

O Min. Gilmar Ferreira Mendes, após pedir vista dos autos, proferiu aquele que seria o voto vencedor, em que se considerou: não ser o momento de discutir qual a forma geral de aplicabilidade dos direitos fundamentais que a jurisprudência da Corte professa para regular as relações entre particulares; importava-lhe, isto sim, “ressaltar que o Supremo Tribunal Federal já possui histórico identificável de uma jurisdição constitucional voltada para a aplicação desses direitos às relações privadas”⁸⁰.

Por todo o exposto, enquanto não há dúvidas de que o STF acolhe a ideia de que os direitos fundamentais aplicam-se às relações privadas, falta, por outro lado, que a Corte defina a teoria através do qual esta eficácia se manifesta. Resta aguardar uma decisão mais consistente do tema.

CONCLUSÃO

A discussão sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é apenas um reflexo, na ordem jurídica, das novas relações travadas na sociedade contemporânea. As Constituições modernas têm o propósito de estabelecer e efetivar certos parâmetros de justiça,

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 201819/RJ. Relator: Min. Ellen Gracie. Publicado no DOU de 27.10.2006.

⁸⁰ COSTA, Adriano Pessoa da. *Op. Cit.*

e os direitos fundamentais são, na sua essência, o instrumento adequado para implementar esses valores constitucionais.

O tema, na doutrina e na jurisprudência, ainda está longe de uma pacificação. Contudo, é possível vislumbrar, na doutrina brasileira, uma predominância da teoria da eficácia direta nas relações entre particulares, sobretudo quando as relações forem assimétricas, na presença de autores faticamente desiguais.

Acerca disso, é possível sustentar a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas quando os particulares estiverem investidos de competência pública ou, ainda, quando presente o fenômeno da exacerbação do poder dos atores privados da sociedade. Nesse último contexto, exemplificam-se: as organizações religiosas, as relações de consumo, as empresas de assistência à saúde, as instituições de ensino e os empregadores. Logo, fica evidente a adoção da teoria imediata sempre que houver o predomínio de fato de uma das partes sobre a outra.

Ao adotar a teoria da eficácia direta, a incidência imediata dos direitos fundamentais trará o equilíbrio nessas relações jurídicas faticamente assimétricas, prevenindo lesões aos direitos da parte hipossuficiente. A “eficácia irradiante” dos direitos fundamentais, bem como a força normativa da Constituição servem de fundamento para a aplicação da teoria nas relações privadas. Todavia, ainda assim, é necessário que o magistrado atue no caso concreto, utilizando-se da técnica da ponderação de interesses, porquanto somente com essa valoração pode-se afirmar, indubitavelmente, que não houve restrição indevida da autonomia privada.

Observe-se, nesses casos, que quanto maior a proximidade de uma das partes com a esfera pública, maior é a chance de um direito fundamental vir a prevalecer sobre a autonomia privada.

É possível afirmar também que não existe resposta fechada em relação à quais direitos fundamentais devem ser aplicados diretamente nas relações privadas. Pode-se

considerar que sempre que a dignidade da pessoa humana esteja em jogo, o direito fundamental deve prevalecer em face da autonomia nas relações. A técnica dos “*standartes*” ajuda a dirimir a questão, contudo, não afasta a necessidade do julgador analisar caso a caso.

Ao réves, quanto às relações paritárias, a doutrina brasileira ainda é muito incipiente e controvertida, todavia, entende-se que no mínimo a teoria da eficácia indireta deva ser adotada. De sorte que, conforme a concepção do novo direito Civil-Constitucional as normas constitucionais servem de modelo de interpretação para cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados, por sua vez, tais “brechas” no ordenamento, são importantes para que o juiz consiga concretizar a vontade constitucional.

Esse projeto da modernidade de modelar a sociedade civil, segundo os valores da razão, justiça e progresso do Iluminismo, apresenta-se, de certa forma, em descompasso com o paradigma emergente da pós-modernidade. Aqui, fica o seguinte adendo: O paradigma pós-moderno prestigia a heterogeneidade, as diferenças e o pluralismo cultural, mostrando-se, sob esse prisma, questionador em até que ponto a constituição possa determinar certos parâmetros morais de conduta, e o modo pelo que os indivíduos devam conduzir suas vidas. Hoje, o desafio do Direito Constitucional é articular soluções que levem em conta os fatores dialéticos que emergem dessa crise.⁸¹

REFERÊNCIAS

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8.ed.Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

⁸¹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Op.cit.,2008,p.189.

BARROSO, Luis Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. Brasil: Malheiros, 2000.

AVILÁ, Humberto *Teoria dos Princípios da Definação à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 7.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direito Fundamental nas Relações Jurídicas entre Particulares*. In: BARROSO, Luis Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANÇADO, Trindade. “informação verbal” *Seminário de Direitos Humanos das Mulheres, evento associado à V Conferência Nacional de Direitos Humanos*, em 25 de maio de 2000. Acesso em 5 de nov. de 2010.

COSTA, Adriano Pessoa da. *Direitos Fundamentais entre Particulares na Ordem Jurídica Constitucional Brasileira*, 2007. Dissertação (Mestrado em Ordem Jurídica Constitucional)- Universidade Federal do Ceará. Disponível em: < www.ufc.br>. Acesso em 12 de novembro de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 201819/RJ. Relator: Min. Ellen Greicie. Publicado no DOU de 27.10.2006. Disponível em www.stf.gov.br .Acesso em 12 de novembro de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 161243/DF. Relator: Min.Carlos Velloso. Publicado no DOU de 19.12.1997. Disponível em www.stf.gov.br .Acesso em 12 de novembro de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 158215/RS. Relator: Min. Marco Aurélio. Publicado no DOU de 07.06.1996. Disponível em www.stf.gov.br .Acesso em 12 de novembro de 2010.