A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

THE FUNDAMENTAL RIGHTS EFFECT IN THE PRIVATE RELATIONS

Marcelo Benacchio[1] *Celso Matheus Preiss*[2]
Daniel Nunes Benito de Oliveira[3] *Luis Gustavo Filipe*[4]

RESUMO: O presente artigo traz uma abordagem moderna sobre *se* e *como* os direitos fundamentais produzem efeitos entre os particulares. Avulta de importância atualmente, pois o poder que antes o Estado detinha passa hoje a estar envolto aos grandes conglomerados econômicos. É neste cenário que se desenvolve o estudo.

PALAVRAS-CHAVE: teoria dos direitos fundamentais; eficácia dos direitos fundamentais entre os particulares; eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas; autonomia privada.

ABSTRACT: *The present article brings a modern approach about 'if' and 'how' the fundamental rights effect produces between the privates. The importance increases actually, as the Power that before the State held, is now to be wrapped for big corporations. The study is conducted in this scenario.*

KEYWORDS: *Fundamental Rights Teory; fundamental rights effect between the privates; fundamental rights effect in privates relations; private autonomy.*

1 Mestre e doutor pela PUC/SP. Pós-doutorando pela Universidade Clássica de Lisboa. Professor do mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho. Professor convidado da pós-graduação *lato sensu* da PUC/COGEAE e da Escola Paulista da Magistratura. Professor titular de Direito Civil da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Juiz de Direito em São Paulo.

2 Graduando no 4º ano da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.

3 Graduando no 4º ano da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.

4 Graduando no 4º ano da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo surgiu por inspiração das discussões teóricas havidas durante as exposições nas aulas de graduação de Direito Civil da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo pelo ano de 2011, quando estabelecemos como referencial teórico a compreensão do Direito como produto da realidade econômica, social e jurídica, e não uma abstração a ser imposta à sociedade.

Partindo da premissa do Direito não se reduzir à lei, da incidência das normas constitucionais no Direito Civil e, principalmente, da necessidade da preservação do Código Civil como representante da evolução social no campo privado e elemento cultural a par da referida situação, realizamos a presente pesquisa sobre a influência e aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, designadamente as regidas pelo Direito Civil.

Para tanto, convidamos três alunos da graduação, ora coautores, de destacada capacidade intelectual e de pesquisa, indicando bibliografia e problematizando acerca das questões examinadas, realizando reuniões durante o desenvolvimento dos trabalhos acadêmicos.

A investigação seguiu pela compreensão dos direitos fundamentais, sua evolução e, especialmente, o exame das formulações teóricas sobre a eficácia daqueles nas relações jurídicas entre particulares, finalizando com a indicação de sua aplicação concreta com casos narrados em obras doutrinárias.

Nestes termos, o estudo científico que se apresenta é a síntese desse agradável colóquio, competindo a mim, na condição de professor, ordenar os pensamentos desses três notáveis jovens de molde a torná-los aptos as elevadas exigências do corpo editorial da Revista de Direito da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.

2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para Antonio-Enrique Pérez Luño (2007, p. 43), os direitos fundamentais são fruto de dupla convergência: (i) o encontro da tradição filosófica humanista representada pelo *iusnaturalismo* de orientação democrática, com as técnicas de positivação e proteção das liberdades pelo movimento constitucionalista do Estado de Direito e; (ii) a mediação entre a liberdade individual e o sistema de necessidades de caráter econômico, cultural e coletivos a cuja satisfação e tutela se dirigem os direitos sociais.

Os direitos fundamentais objetivam a proteção da liberdade das pessoas e são previstos na Constituição com elevado grau de garantia. Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins definem os direitos fundamentais da seguinte forma:

> *Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual (DIMOULIS, MARTINS, 2008, p. 54).*

Os direitos fundamentais são decorrentes de um lento processo histórico afirmativo da liberdade do indivíduo contra o poder (do Estado), positivados no texto constitucional. Essa evolução permanece sob a denominação das *dimensões dos direitos fundamentais* no sentido da agregação (e não substituição) de novas pautas em favor do indivíduo pelo fio condutor da liberdade negativa (obrigações de não-fazer do Estado), acrescida da liberdade positiva (obrigações de fazer do Estado), assomado à consideração do individuo à humanidade, almejando, finalmente, a paz entre os seres humanos. Willis Santiago Guerra Filho (2007) comenta as dimensões dos direitos fundamentais da seguinte forma:

> *A primeira geração é aquela em que aparecem as chamadas liberdades públicas, "direitos de liberdade"* (Freiheitsrechte), *que são direitos e garantias dos indivíduos a que o Estado omita-se de interferir em uma sua esfera juridicamente intangível. Com a segunda geração surgem direitos sociais a prestações pelo Estado* (Leistungsrechte), *para suprir carências da coletividade. Já na terceira geração concebem-se direitos cujo sujeito não é mais o indivíduo nem a coletividade, mas sim o próprio gênero humano, como é o caso do direito à higidez do meio ambiente e do direito dos povos ao desenvolvimento.*
>
> *Que ao invés de "gerações" é melhor se falar em "dimensões de direitos fundamentais" (...)*

Desta parte, compete à investigação de uma parcela desses direitos, qual seja, a possibilidade da eficácia dos direitos fundamentais, previstos na Constituição da República, perante os indivíduos; noutro dizer, em relações jurídicas nas quais não há participação do Estado.

A discussão sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, também denominada *eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre os particulares* ou, ainda, *eficácia horizontal dos direitos fundamentais* – tendo eficácia imediata –, existe desde a década de 1950 do século XX, na Alemanha, a partir de decisões do Tribunal Federal do Trabalho, sob influência de Hans Carl Nipperdey (STEINMETZ, 2004, p. 31) e até hoje tem sido objeto de estudo com muita imprecisão teórica, dada a sua complexidade.

Dentre as razões para essa complexão (STEINMETZ, 2004, p. 34 e ss.), pode-se citar a inexistência, na maioria dos documentos constitucionais, de textos que suportem e positivem o tema, gerando questões e incertezas que são debatidas pela doutrina que, por sua vez, é campo fértil para dissensos dogmáticos.

Outros motivos a serem mencionados são duas possíveis implicações práticas, uma sendo decorrência da outra, que são temidas caso seja dado a essa situação jurídica um caráter definitivo e objetivo. São elas: a suplantação da autonomia privada e a perda de identidade e propósito do direito privado face às projeções constitucionais, podendo haver sérias repercussões na movimentação de riquezas das relações de mercado[5].

Os debates normalmente giram em torno da (im)possibilidade dos direitos fundamentais vincularem, ou seja, obrigarem os particulares (pessoas físicas ou jurídicas) nas relações estabelecidas entre si, além de sua função precípua, qual seja, a limitação dos poderes públicos, neles compreendidos o Poder Legislativo, Executivo e Judiciário – o que de todo já pacífico na doutrina.

Todas as teorias sobre a matéria dos efeitos dos direitos fundamentais aos particulares procuram *maneiras* (forma, como) e *medidas* (alcance) para a efetiva vinculação ou não dos cidadãos aos respectivos direitos (STEINMETZ, 2004, p. 135). É a lição que Robert Alexy bem sintetiza, *in verbis:*

> *A questão sobre "como" as normas de direitos fundamentais produzem efeitos na relação cidadão/cidadão é algo que diz respeito a um "problema de construção". A questão sobre "em que extensão" elas o fazem é uma questão que expressa um problema substancial, a saber, um "problema de colisão". Tanto o problema de construção como o de colisão resultam em uma diferença fundamental entre a relação Estado/cidadão e a relação cidadão/cidadão. A relação Estado/cidadão é uma relação entre um titular de direitos fundamentais e um não titular. A relação cidadão/cidadão é, ao contrário, uma relação entre titulares de direitos fundamentais. (ALEXY, 2008, p. 528)*

Em relação à terminologia, preferir-se-á neste trabalho a adoção do termo *eficácia* ou *efeitos* - sendo este um dos componentes daquele -, que irradiam dos direitos fundamentais aos privados; preteridos serão outros termos semelhantes, como *existência, validade, vigência* etc.

A *eficácia* se configura pela possibilidade de produção concreta de efeitos pela norma (FERRAZ JUNIOR, 2010, p. 171), que se aproxima do termo *aplicabilidade*, mas não se confunde com ele, pois este é, no *sentido jurídico, (...) da norma que tem possibilidade de ser aplicada, isto é, da norma que tem capacidade de produzir efeitos jurídicos. Não se cogita de saber se ela produz efetivamente esses efeitos* (SILVA, 2009, p. 13).

---

5 Não obstante, há diversos estudos que compatibilizam os direitos fundamentais com a autonomia privada. Nessa linha, Rose Melo Venceslau Meireles afirma o seguinte: "Na ordem constitucional, a liberdade é, a um só tempo, valor supremo do Estado Democrático, objetivo fundamental da República e também um direito fundamental. A autonomia privada é expressão positiva dessa liberdade no âmbito privado. Na verdade, o que se perquire é o fundamento constitucional da liberdade que se desenvolve positivamente nas relações interprivadas" (MEIRELES, 2009, p. 103-104).

3. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS PARADIGMAS LIBERAL, SOCIAL E PÓS-SOCIAL

As lucubrações históricas feitas sobre a evolução do Estado e dos direitos fundamentais, na maioria dos textos elaborados sobre esse tema, incluindo este, se prestam a elucidar a origem do paradigma[6] principal desses direitos, como limitadores do poder do estatal.

Além dos paradigmas liberal e social, considerados como pontos tranquilos na doutrina, cogita-se a possibilidade de existir outro paradigma, o pós-social, advindo da superação do período social decorrente da globalização e da fortificação dos direitos à solidariedade ou fraternidade (SARMENTO, 2004, p. 26/35), nominados de *direitos fundamentais de terceira geração*. Desta feita, também procurará explicar-se o referido paradigma pela inegável importância dogmática e por consubstanciar-se em tema atual nos trabalhos científicos.

3.1. O PARADIGMA LIBERAL

A princípio, houve o *Estado Absolutista*, nascido com a dissolução da sociedade medieval, no início da Idade Moderna. O soberano não tinha responsabilidade jurídica, isto é, era somente um sujeito de direitos e não de deveres. A ideia é bem expressada por Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 1017), que respaldado na lição de Laferrière, explica:

> *Com efeito, é sobejamente conhecida a frase de Laferrière: "O próprio da soberania é impor-se a todos sem compensação"; bem como as fórmulas regalengas que sintetizavam o espírito norteador da irresponsabilidade:* "Le roi ne peut mal faire", *como se afirmava na França, ou:* "The King can do not wrong", *que é a equivalente na versão inglesa.*

Nesse tempo, a vontade do soberano não se vinculava ao direito anterior a ele, nem ao direito que ele mesmo criava, sendo, portanto, fonte e limite do próprio direito (STEINMETZ, 2004, p. 66), com poderes ilimitados, tendente destarte, a abusos e arbitrariedades. Isso remete intuitivamente ao conhecido brocardo francesio, *L'État c'est moi* (O Estado sou eu), geralmente associado a Luís XIV.

6 Adota-se aqui a concepção de paradigma formulada por Thomas S. Kuhn em sua obra "A estrutura das revoluções científicas", para quem o paradigma é o *modelo* tido como verdadeiro para os praticantes de determinada ciência na solução de seus problemas, o qual, a partir de novas pesquisas sofre mutações (mudança de paradigma) e, com elas, as maneiras de compreensão dos cientistas se modificam. Essa situação pode ser compreendida no seguinte extrato da referida obra de Khun (2007, p. 191/192): "Consideremos, por exemplo, aqueles que chamavam Copérnico de louco porque este proclamou que a Terra se movia. Não estavam nem pouco, nem completamente errados. Parte do que entendiam pela expressão 'Terra' referia-se a uma posição fixa. Tal Terra, pelo menos, não podia mover-se. Do mesmo modo, a inovação de Copérnico não consistiu simplesmente em movimentar a Terra. Era antes uma maneira completamente nova de encarar os problemas da física e da astronomia, que necessariamente modificava o sentido das expressões 'Terra' e 'movimento'. Sem tais modificações, o conceito de Terra em movimento era uma loucura". Ainda explicam Paulo Márcio Cruz e Zenildo Bodnar: "Especificamente no campo da ciência jurídica, com o direito como seu objeto, por paradigma deve-se entender o critério de racionalidade epistemológica reflexiva que predomina, informa, orienta e direciona a resolução dos problemas, desafios, conflitos e o próprio funcionamento da sociedade. Trata-se de um referente a ser seguido e que ilumina a produção e aplicação do direito. (CRUZ, BODNAR, 2011, p. 12-20).

Surge da necessidade de impedir as arbitrariedades, o constitucionalismo liberal ou simplesmente o constitucionalismo, cujos mecanismos constitucionais de limitação dos poderes estatais eram, segundo Carl Schmitt[7], os direitos fundamentais (princípio de distribuição) e a separação dos poderes (princípio de organização), dando origem, desde os fins do século XVII, ao chamado *Estado de Direito, Estado Liberal de Direito* ou de *Estado burguês de Direito.*

Houve daí a polarização do Direito Público e do Direito Privado, tornando-se Estado e sociedade civil esferas diferentes, fenômeno pelo qual adveio a imunização das relações econômico-capitalistas com o Poder Público, passando este a ter um caráter meramente administrativo, menos intrusivo[8].

Exigia-se do Estado condutas negativas de abstenção em respeito às relações privadas para que se desenvolvessem naturalmente, fazendo recordar-se do modelo econômico *laissez faire, laissez passer, le monde va de lui même*, que acreditava no poder da *mão invisível*[9].

Assim, diz o jurista Daniel Sarmento (2004, p. 6-7):

> *A ideia de que o homem é dotado de direitos inatos, que precedem o Estado e a comunidade política e que têm de ser respeitados e garantidos pelo Poder Público, é uma ideia essencialmente iluminista, que concentrou a sua expressão mais eloquente no constitucionalismo, movimento que traduziu, no âmbito jurídico, os ideais dos filósofos da Ilustração.*

Dentre os filósofos contratualistas da Ilustração que influenciaram o paradigma liberal, pode-se citar Hobbes, Rousseau e Locke, este formulando os indivíduos deterem direitos inatos, naturais, que o Estado deveria respeitar, a pena de legitimar o exercício do direito de resistência.

---

7 SCHIMITT, Carl. *Dottrina della Costituzione.* (Trad. Antonio Carracciolo). Milano: Giuffrè Editore, 1984, p. 173, *apud* SARMENTO, Daniel, 2004, p. 11.

8 Boaventura de Souza Santos comenta essa distinção da seguinte forma: "Tem sido afirmado que o dualismo Estado/sociedade civil é o mais importante dualismo no moderno pensamento ocidental (GAMBLE, 1982, p. 45). Nesta concepção, o Estado é uma realidade construída, uma criação artificial e moderna quando comparada com a sociedade civil. No nosso século, ninguém melhor do que Hayek expressou essa ideia: 'As sociedades formam-se, mas os Estados são feitos' (1979, p. 140). A modernidade do Estado constitucional do século XIX é caracterizada pela sua organização formal, unidade interna e soberania absoluta num sistema de Estados e, principalmente, pelo seu sistema jurídico unificado e centralizado, convertido em linguagem universal por meio da qual o Estado comunica com a sociedade civil. Esta, ao contrário do Estado, é concebida como o domínio da vida econômica, das relações sociais espontâneas orientadas pelos interesses privados e particularísticos" (SANTOS, 2010, p. 117).

9 É o que expõe Marcelo Benacchio em seu opúsculo, *in verbis:* "Paralelamente, mas em domínio racionalmente e cientificamente distintos, a ciência econômica traçava as bases das trocas econômicas, com a compreensão do mercado, que, de forma autônoma, 'mão invisível', regulava a vida econômica" (BENACCHIO, 2011, p. 17).

Neste sentido, ensina Francisco C. Weffort:

> *No que diz respeito às relações entre o governo e a sociedade, Locke afirma que, quando o Executivo ou o Legislativo violam a lei estabelecida e atentam contra a propriedade, o governo deixa de cumprir o fim a que fora destinado, tornando-se ilegal e degenerado em tirania. O que define a tirania é o exercício do poder para além do direito, visando o interesse próprio e não o bem público ou comum. (WEFFORT, 2006, p. 87).*

No Estado de Direito são exaltados os chamados *direitos fundamentais de primeira geração* - em especial a liberdade -, que seriam inerentes ao homem e anteriores ao próprio Estado, influência da teoria jusnaturalista, marcante do início da positivação das reivindicações burguesas nas primeiras Constituições escritas do mundo ocidental (SARLET, 2011, p. 58).

Aduz Uadi Lammêgo Bulos:

> *A "primeira geração", séculos XVII a XIX, inaugura-se com o florescimento dos direitos e garantias individuais clássicos, os quais encontravam na limitação do poder estatal seu embasamento. Abrange os direitos referidos nas revoluções americana e francesa. Nessa fase, prestigiavam-se as cognominadas "prestações negativas", as quais geravam um "dever de não fazer" por parte do Estado, com vistas à preservação do direito à vida, à liberdade de locomoção, à expressão, à religião, à associação etc. (BULOS, 2010, p. 289).*

Os três principais marcos históricos que impulsionaram a passagem do Estado Absolutista para o Liberal são a Revolução Gloriosa Inglesa (1688), a Independência das Colônias Inglesas da América do Norte (1776) e a Revolução Francesa (1789) (STEINMETZ, 2004, p. 67). Vigorava, a partir daí, o princípio da legalidade, que pressupunha a lei sujeitar a todos, tanto a sociedade civil como a política; era a chamada Supremacia da Lei.

Para a Administração, o que não era permitido estava proibido (legalidade estrita), e para os particulares, o que não estava proibido era permitido, vigorando para estes, portanto, a autonomia privada.

Como os direitos fundamentais eram os limites do poder estatal e tinham eficácia por meio de lei e não por meio de uma constituição, eram meras diretrizes políticas – e não normas jurídicas vinculantes –; quem criava a lei não se sujeitava a ela e, consequentemente, aos direitos fundamentais; logo, os representantes do Poder Legislativo acabavam tendo poder semelhante ao dos monarcas absolutistas (STEINMETZ, 2004, p. 76).

3.2. O PARADIGMA SOCIAL

A consequência principal do Estado Liberal, a qual acarretou o seu declínio foi o individualismo. As relações comerciais e industriais prosperavam e a liberdade contratual, isto é, a autonomia da privada ganhou relevo e amplitude, pois a circulação de bens passou a ser uma necessidade (BRANDÃO, 2007, p. 9). Isso deu margem à exploração dos trabalhadores por quem detinha o poder econômico, ferindo a dignidade humana pelas longas jornadas, péssimos salários e condições insalubres impostas ao operariado.

Foi se consolidando a convicção, com o passar do tempo, de que seria necessário garantir as condições mínimas de existência necessárias para o efetivo desfrute dos direitos individuais, não podendo mais o Estado abster-se de intervir nas aludidas relações sociais (SARMENTO, 2004, p. 17).

Erige-se, portanto, por volta do século XX, o constitucionalismo social e democrático e o Estado Social de Direito, ou Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*) ou, ainda, o Estado Democrático de Direito.

Recorde-se que o Direito Privado no Estado Liberal sobrepunha o Público em vários aspectos, haja vista que as relações econômicas exigiam a não intervenção do Estado para sua efetivação. Já no Estado Social, o Direito Público passou a sobejar o Privado, intervindo nas relações entre os particulares a fim de defender a dignidade da pessoa humana, já que o foco precípuo do paradigma social era o restabelecimento da igualdade perdida durante o liberalismo (SARMENTO, 2004, p. 24).

Emergem daí os *direitos fundamentais de segunda dimensão*, que, conquanto não exatamente imanentes ao homem, como a vida e a liberdade, são úteis à realização de sua dignidade, desfrutáveis pela atuação de políticas públicas, como afirma Uadi Lammêgo Bulos:

> *A "segunda geração", advinda logo após a Primeira Grande Guerra, compreende os direitos sociais, econômicos e culturais, os quais visam assegurar o bem-estar e a igualdade, impondo ao Estado uma "prestação positiva" no sentido de fazer algo de natureza social em favor do homem. Aqui encontramos os direitos relacionados ao trabalho, ao seguro social, à subsistência digna do homem, ao amparo à doença e à velhice (BULOS, 2010, p. 289).*

Corrobora Daniel Sarmento (2004, p. 18), *in verbis*:

> *Mas foi a grande crise do capitalismo, no período entre as duas grandes guerras mundiais, cujo apogeu consistiu no colapso da Bolsa de Nova Iorque de 1929, que evidenciou a definitiva superação do modelo liberal de Estado.*

Nessa dimensão, a Constituição passa a ser a norma fundamental de máxima hierarquia nos ordenamentos jurídicos, não havendo mais, por isso, a Supremacia da Lei, mas a Supremacia da Constituição. Dessa forma, os direitos fundamentais se tornam autônomos à lei, não sendo mais desta dependentes, podendo agora vincular o Poder Legislativo também (STEINMETZ, 2004, p. 78-83). O poder predominante agora passa a ser o Executivo, pois cabe a ele a intervenção.

3.3. O PARADIGMA PÓS-SOCIAL

Com o crescimento da economia capitalista, as grandes empresas e associações tornaram-se ameaças aos direitos fundamentais, sobretudo à igualdade, pois tão brutais na exploração ao indivíduo quanto o próprio Estado, o que torna evidente a necessidade dos direitos fundamentais vincularem também os particulares.

José Carlos Vieira de Andrade[10], ao tratar do poder privado exercido sobre particulares, comenta:

> *Por vezes, há relações de poder privado, semelhantes às "relações especiais de poder" típicas do direito administrativo. Outras vezes, são os grupos ou organizações que exercem poderes sobre os seus membros. Em certos casos, as entidades privadas dispõem de um poder econômico ou social susceptível de conformar aspectos relevantes da vida dos indivíduos não-membros, chegando mesmo a dispor de poderes normativos (mais ou menos vastos), tolerados ou institucionalizados.*

É a lição de Sarmento, que conquanto encartada na seção correspondente ao *paradigma social*, em verdade, parece peculiar ao início do período *pós-social*:

> *No Estado Social, o poder se pulveriza na sociedade, distribuindo-se por uma série de instituições intermediárias entre o Estado e o indivíduo. Este poder pode revelar-se ainda mais perigoso para os direitos humanos do que o exercido pelas autoridades públicas, por ser mais opaco, mais fugido ao controle e não se encontrar democraticamente legitimado. (SARMENTO, 2004, p. 26)*

Os marcos fundantes do referido período seriam, primeiramente, a crise do petróleo na década de 1970 e a consequente quebra do *Welfare State*, posto o Estado encontrar-se assaz onerado pelas atividades sociais que assumira; o envelhecimento populacional, resultado do desenvolvimento tecnológico da medicina e assistência social, acabou trazendo ainda mais ônus para o *Estado do Bem-Estar Social*, engendrando, pois, pesado custo para Previdência Social e Saúde, a serem corridas pelas despesas do Estado. Assomado a todos estes fatores,

10 VIEIRA DE ANDRADE *apud* SARLET, 2006, p. 287.

a evolução tecnológica que encurta espaços e tempos, permitindo aumento dos mercados e rompimento de fronteiras por todo o mundo. É, pois, o fenômeno da *globalização*.

Alguns pensadores festejam o vertente movimento, tais como Friedrich August Von Hayek[11], que defende o *laissez-faire* e a *mão invisível* do mercado, ante a impossibilidade de planejar os caminhos que deveriam ser trilhados pela economia, posto infinitos fatores influenciadores do comércio. Doutra parte, no sentido contrário ao neoliberalismo e favorável à possibilidade de *Prévoir pour pouvoir*[12], tem-se Luís S. Cabral de Moncada[13], que pontifica:

> *O mercado não se confunde com o "estado da natureza" no sentido hobbesiano do termo, caracterizado por uma situação irracional de conflito permanente e anárquico de todos contra todos, ao sabor da mera apetência individual, anterior à* Aufklärung, *ou seja, ao esclarecimento racional da vontade individual, pressuposto da vida em comunidade. Tal concepção do mercado é puramente ideológica na medida em que visa desvalorizar os efeitos e consequências do respectivo funcionamento para melhor fazer a apologia dos mecanismos centralizados e planificados da decisão econômica, arvorados afinal em critério exclusivo da respectiva racionalidade à luz das prestinosos serviços dos partidos políticos dominantes. Mas isso não significa que o mercado entregue a si próprio funcione sempre na perfeição. O mercado é hoje, em parte, o resultado da vontade do legislador. Pode assim dizer-se que a actual* (sic) *noção de mercado é muito diferente da que lhe correspondia no período liberal (MONCADA, 2007, p. 36).*

Nesta toada, bem resume Marcelo Benacchio[14], para quem:

> *O pensamento liberal clássico da autorregulação do mercado, pela simples concessão de liberdade, mostrou-se historicamente equivocado por se fundar em um modelo teórico não correspondente com a realidade. Essa problemática tradicionalmente é analisada na perspectiva da impossibilidade de concorrência perfeita ante a presença de diversos fatores incidentes sobre a oferta e a procura a exemplo dos problemas de acesso à informação, concentração de vendedores e ou compradores, apropriação de recursos difusos da sociedade com a problemática da poluição; tudo a exigir ações corretivas da parte do Estado.*

Por este pensamento, erigem-se os denominados *direitos fundamentais de terceira dimensão*, aos quais Paulo Bonavides citou exemplificamente: direito ao desenvolvimento, direito à paz, direito ao meio ambiente, o direito de comunicação e o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade[15].

11 HAYEK *apud* SARMENTO, 2004, p. 28.
12 *Prever para poder*. Termo utilizado por: GIDDENS, 1984, p. 9/27.
13 MONCADA, Luís S. Cabral. *Direito económico*. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 36.
14 BENACCHIO *apud* SILVEIRA, MEZZAROBA, 2011, p. 192-193. Para compreensão do capitalismo humanista, consulte-se SAYEG, BALERA, 2011.
15 BONAVIDES, 2006, p. 569. Ressalte-se que o próprio autor, em posição isolada, a partir de 2010, encartou o Direito à Paz aos *direitos fundamentais de quinta geração*.

Bonavides (2006, p. 569) sinala que:

> *Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de determinado Estado. Têm primeiro por destinatários o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já os enumeram com familiaridade, assinalando-lhe o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de 300 anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais.*

O paradigma pós-social encontra-se em curso, com vistas ao equilíbrio entre os valores sociais e os interesses privados[16]. A mudança paradigmática, no entanto, não elimina o viés do sistema antecedente, base para a idealização jurídica dos direitos fundamentais.

Verificada a pertinência da matéria tratada, faz-se necessário observar sua aplicação e permissão constitucional para sua aplicação.

4. JUSTIFICAÇÃO CONSTITUCIONAL DA VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em razão da Constituição não conter texto de norma que explicite a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações jurídicas entre particulares, faz-se necessário a construção de uma dogmática constitucional[17] que justifique tal entendimento. Difere a Constituição pátria de outras constituições, tal como a Constituição da República Portuguesa de 1976 que, em seu art. 18.1 assim proclama: "Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente (*sic*) aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas"[18].

16 Um dos caminhos propostos para tanto é a aplicação dos direitos humanos, a exemplo do seguinte entendimento: "Em países com sociedades democráticas com adequado funcionamento, a exemplo do Brasil, a par das pressões existentes (retirada das unidades de produção de determinado país com sua alocação em outro que forneça melhores condições), tem sido possível o equilíbrio entre a efetivação dos direitos humanos sociais e os interesses privados empresariais; recorde-se aqui a previsão do Estatuto do Idoso ao determinar o transporte gratuito de pessoas maiores de 65 anos em transportes coletivos públicos urbanos e semiurbanos (lei nº 10.741/03, art. 39). De outra parte, no plano internacional, a proteção dos direitos humanos vem sendo ampliada sequencialmente. Assim, em futuro breve, igualmente, espera-se a efetivação dos direitos sociais pelas empresas transnacionais, como acontece no âmbito nacional, no que pese os problemas de relativismo cultural e universalidade. É o que prevê o recente relatório aprovado em junho deste ano pela Organização das Nações Unidas (ONU), o Relatório Ruggie, que trata especificamente da responsabilidade das empresas em não violar e proteger os Direitos Humanos" (ONU, 2011), sendo que este se constituirá em objeto de novas pesquisas (NASPOLI SANCHES *apud* BAEZ, BRANCO, PORCIUNCULA, 2012, p. 390-391).

17 Canotilho afirma que *a dogmática constitucional procura auxiliar o jurista constitucional, fornecendo-lhe esquemas de trabalho, regras técnicas, modos de argumentação e de raciocínio indispensáveis à "solução" ou "decisão", justa e fundamentada, dos "casos" ou "problemas" jurídico-constitucionais* (CANOTILHO, 2003, p. 18).

18 Art. 18.1 da Constituição da República Portuguesa de 1976. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 30 abr. 2012.

Ou na Constituição da Federação Russa de 1993, art. 17.1, que dispõe: "O exercício dos direitos humanos e civis e as liberdades não devem violar os direitos e liberdades de outrem"[19]. (tradução livre)

E na Constituição Suíça de 1988, art. 35.3: "As autoridades cuidam para que os direitos fundamentais, desde que aplicáveis, sejam eficazes também entre pessoas privadas"[20]. (tradução livre)

Em todas as Constituições supramencionadas resta evidente que os Direitos Fundamentais devem ser aplicados às relações jurídicas entre particulares, havendo apenas discussão acerca da maneira de como se dará tais efeitos, se diretos ou indiretos.

Contudo, como a Constituição brasileira é omissa neste ponto, nem permitindo a aplicação nem a expressamente proibindo, expor-se-á aqui os fundamentos que indicam que referida aplicabilidade não é mera faculdade do constituinte[21], mas uma exigência constitucionalmente estabelecida. São os fundamentos:

1º - Direitos Fundamentais como Princípios Objetivos – Pode-se dizer que este é o fundamento que possui maior relevo na interpretação dos direitos fundamentais com sua eficácia aos particulares, pois, em verdade, a partir deste entendimento se definem novos paradigmas ao constitucionalismo moderno, alterando a forma pela qual se interpreta a Constituição[22].

Os direitos fundamentais historicamente foram analisados, *a priori*, em sua dimensão subjetiva[23], ou seja, como normas cujos sujeitos ou destinatários (tanto no polo ativo como no polo passivo) seriam determinados, a saber, cidadão e Estado. Ademais, tidos como direitos de defesa que impõem ao Estado uma inação em relação ao indivíduo, conferem a este o direito público subjetivo de fazer cessar interferências indevidas em sua esfera de direitos fundamentais.

---

19 Art. 17.1 da Constituição da Federação Russa de 1993. Disponível em: <http://www.brazil.mid.ru/embrus/textcon.htm>. Acesso em: 30 abr. 2012. Original em inglês: *Article 17.1) Human and civil rights and freedoms are guaranteed in the Russian Federation in accordance with generally recognized principles and norms of international law and in conformity with the present Constitution.*

20 Art. 35.3 da Constituição da Suíça de 1988. Disponível em: <http://www.admin.ch/ch/e/rs/1/101.en.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2012. Original em inglês: *Article 35. Upholding of fundamental rights: (...) 3) The authorities shall ensure that fundamental rights, where appropriate, apply to relationships among private persons.*

21 A análise de alguns direitos fundamentais previstos na Constituição pressupõe sua vinculação aos particulares (ex. direito a vida, direito à inviolabilidade do domicílio), o que pode fazer supor que o constituinte tratou de forma taxativa as hipóteses de vinculação aos particulares.

22 A Teoria da Dimensão Objetiva dos direitos fundamentais ainda é objeto de muita celeuma no campo acadêmico, não havendo certeza quanto aos seus efeitos. Como principal ponto de crítica, alega-se a insegurança jurídica que pode ser causada a um sistema alicerçado em meros valores. Para uma análise mais minuciosa: STEINMETZ, 2004, p. 104 e ss.; SARMENTO, 2004, p. 105 e ss.; SARLET, *op. cit.*, p. 141 e ss..

23 Precisamente no período do Estado Liberal (século XIX), conhecido também como *Estado Mínimo ou Estado Polícia.*

Entretanto, hodiernamente fala-se em Teoria da Dupla Dimensão dos direitos fundamentais, onde, para além da dimensão subjetiva que apenas impõe uma inação ao Estado, os direitos fundamentais comportam uma dimensão objetiva[24].

A teoria teve seu nascedouro na Alemanha, após o advento da Lei Fundamental de 1949, ganhando acolhida jurisprudencial a partir do famigerado caso Lüth, donde o Tribunal Constitucional alemão reconheceu a dimensão objetiva dos direitos fundamentais. A partir daí houve grande desenvolvimento e aceitação da tese no continente europeu[25], a despeito de a tese somente chegar a território nacional muito recentemente, ganhando, entretanto, rápida acolhida acadêmica devido sua grande repercussão jurídica.

Por dimensão objetiva entende-se, latentes nas normas de direitos fundamentais, princípios superiores do ordenamento jurídico constitucional, carregados com valores nucleares da ordem jurídica. É por meio deste enfoque, dado aos direitos fundamentais, que é compossível a obtenção de direitos transindividuais aplicáveis às relações jusprivadas.

Para melhor compreensão, é salutar a explicação de como se chegar ao caráter objetivo dos direitos fundamentais, quais sejam seus efeitos ou desdobramentos para a ordem jurídica e como a teoria está afeta à eficácia dos direitos fundamentais entre os particulares.

Nas palavras de Wilson Steinmetz (2004, p. 110), para se chegar ao caráter objetivo dos direitos fundamentais *é necessário fazer uma tríplice abstração: do titular do direito fundamental, do destinatário do direito fundamental (sujeito obrigado) e de determinadas peculiaridades de seu objeto*, desta forma, chegando-se à expressão do direito fundamental como *um dever ser*.

Tome-se como exemplo a liberdade de associação, expressa no art. 5º, incisos XVII e XX da Constituição Federal. O titular de tal direito seria o indivíduo e o destinatário, o Estado. Tem-se assim o direito do indivíduo de associar-se ou não e o dever do Estado de não intervir ou proibir a liberdade de associação. Ao retirar-se o titular do direito, tem-se apenas o dever do Estado de não intervir na liberdade de associação. Agora, se também retirar o destinatário do direito e as peculiaridades do objeto (dever do Estado de não intervir) encontrar-se-á o caráter objetivo do direito fundamental, a saber, o dever ser de liberdade de associação, ou genuíno princípio de liberdade de associação.

Quando se expressa o elemento objetivo do direito fundamental como um dever ser, evidencia-se o caráter deontológico do direito fundamental, manifestando a ideia de uma proposição imperativa que, embora de caráter geral e abstrato e sem destinatários específicos, reclama execução no mundo dos fatos.

24 Vale lembrar que as duas dimensões ora tratadas são enfoques dados a um mesmo objeto – direitos fundamentais – e que esses âmbitos não são, necessariamente, excludentes.

25 SARLET, *op. cit.*, p. 143 e ss..

Esta teoria permite a aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares na medida em que os princípios, mais abertos e flexíveis, não possuem destinatários específicos, permitindo deste modo que se extraia do princípio, através de um processo dedutivo, normas aplicáveis ao caso concreto.

O acolhimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais como princípios, normas fundantes do sistema jurídico, implica no reconhecimento de dois grandes efeitos ou desdobramentos[26], o primeiro, refere-se a sua *eficácia irradiante* e o segundo aos *deveres de proteção* (SARMENTO, 2004, p. 124 e ss.) conferidos ao Estado em relação aos direitos fundamentais.

Eficácia irradiante significa que todo o ordenamento jurídico, inclusive as normas que regulam as relações privadas, deve ser lido à luz dos direitos fundamentais (servindo como princípio hermenêutico), até porque são sustentáculos da própria ordem jurídica e, por consequência, estendem seus efeitos para todos os seus âmbitos. O efeito da eficácia irradiante seria igualmente encontrado se observado o Princípio da Supremacia Constitucional, visto os direitos fundamentais encontrarem-se consagrados na Carta Magna.

Sobre a importância da eficácia irradiante, Ingo Wolfgang Sarlet (2004, p. 148) tece o seguinte comentário:

> *(...) a ideia de os direitos fundamentais irradiarem efeitos também nas relações privadas e não constituírem apenas direitos oponíveis aos poderes públicos vem sendo considerada um dos mais relevantes desdobramentos da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais.*

Dever de proteção refere-se à mudança de postura adotada pelo Estado em relação aos direitos fundamentais. Se no período do Estado Liberal competia ao Estado apenas o dever de omissão na esfera dos direitos fundamentais, hoje, com o reconhecimento de sua dimensão objetiva, exige-se do Estado, que não se diz Liberal e sim Social, em suas três esferas de atuação, uma postura ativa de proteção e concretização dos Direitos Fundamentais[27], cabendo inclusive, a proteção contra violações perpetradas por particulares.

Nesse sentido, Paulo Barroso, citado por Gilmar Mendes[28] em seu voto proferido no Recurso Extraordinário 201.819-8 - Rio de Janeiro, ressalta que essa visão não está restrita ao direito doméstico:

---

26 Outros desdobramentos são possíveis, contudo, extrapolam aos limites do presente artigo.

27 A dimensão objetiva dos direitos fundamentais legitima o denominado ativismo judicial, onde o Poder Judiciário, no afã de concretização dos direitos fundamentais, age no vácuo deixado pelos Poderes Legislativo e Executivo, cabendo, em decorrência dos deveres de proteção, a responsabilização estatal por inobservância do dever de agir.

28 RE 201819-RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 27.10.2006, p. 64.

> *(...) É interessante notar que, também na esfera do direito internacional, vem-se firmando o princípio de que os direitos humanos não somente vinculam os Estados negativamente, impedindo-os de afetar os bens protegidos, como, por igual, criam para eles obrigações de agir em defesa desses bens. Serve de exemplo o caso "X e Y", Holanda, de 1985, em que a Corte Europeia de Direitos Humanos não hesitou em proclamar que os Estados convenentes estavam obrigados à adoção de medidas destinadas a assegurar o respeito à vida privada, mesmo na esfera das relações dos indivíduos entre si.*

Em julgamento realizado no dia 26 de abril de 2012, tratando sobre a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa, especificamente em relação à adoção de cotas para negros em universidades públicas, o Supremo Tribunal Federal declarou, por unanimidade de votos, que tais políticas dão materialidade ao princípio da igualdade, princípio este que estabelece deveres ao Estado voltados a transformar a norma em fato, *dever ser* em *ser*. Deste modo, o Estado adotaria, em suas universidades, uma postura ativa visando à igualação material dos indivíduos no seio da sociedade e, acima de tudo, endossaria a Teoria dos Deveres de Proteção, com destaque à vocação transformadora da Constituição nacional[29].

Pode-se extrair a eficácia aos particulares da seguinte proposição: quando o cidadão, vedado o exercício da autotutela, percebe ofendidos seus direitos fundamentais, nasce para o Estado o dever vinculante de protegê-los contra quaisquer violações, sejam elas perpetradas pelo próprio Poder Público ou até pelos particulares, gerando assim genuíno direito subjetivo às medidas de proteção e ações estatais cabíveis a proteger e concretizar os *ius fundamentalis*[30].

Assim, pode-se concluir que, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais robora sua eficácia aos particulares através de três funções: *função hermenêutica*, quando utilizados para interpretar as normas contidas na ordem jurídica; *função normativa*, quando de um princípio extraído de um direito fundamental se deduz uma norma jurídica aplicável ao caso concreto; e *função diretiva da ação estatal*, por conter deveres de ação dirigidos ao Estado visando à concreção dos valores fundamentais da sociedade erigidos nas normas de direitos fundamentais.

2º - Princípio da Supremacia Constitucional – Segundo o axioma, as normas constitucionais, sobretudo os direitos fundamentais[31], possuem posição hierárquica superior às demais normas do sistema jurídico e são destinadas a permear todos os setores da sociedade; todos os atos advindos dos particulares ou do Estado – abrangendo função executiva, legislativa ou judiciária – devem guardar relação de compatibilidade com a Constituição[32].

29 ADPF nº 186. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2691269>. Acesso em: 05 mai. 2012.

30 SARLET, *op. cit.*, p.149-150.

31 Pois estes possuem supremacia normativa, deduzida da condição topográfica dos direitos fundamentais, da limitação material ao poder reformador, instituída no art. 60, § 4º da Constituição Federal e do princípio da dignidade da pessoa humana, elevado a fundamento constitucional pelo art. 1º, inciso III da Constituição Federal.

32 Expressão notável do referido princípio é o sistema de controle de constitucionalidade adotado na Carta

Adota-se aqui a concepção de *Constituição-Fundamento* (SILVA, 2005, p. 112 e ss.), onde a Constituição é a Lei Fundamental de todas as relações sociais, sendo o Estado e a sociedade seus concretizadores, especialmente dos direitos fundamentais[33]. É o que Daniel Sarmento (2004, p. 50 e ss.) denomina *força normativa da Constituição,* pelo qual, nas palavras do autor, *a constituição tem uma pretensão de eficácia, pois aspira a ordenar os fatos sociais e influir sobre eles,* sublinhando deste modo a aptidão das normas jus fundamentais para regularem as relações privadas. É nesse sentido que atualmente se fala numa constitucionalização do direito privado, pois, inclusive nas relações entre particulares, a Constituição incidirá com força vinculativa.

Esse pensamento é bem sintetizado por Claus-Wilhelm Canaris (2003, p. 27-28), conforme segue:

> *Designadamente, o direito privado é apenas direito "ordinário", e está, enquanto tal, na estrutura hierárquica da ordem jurídica, num plano sob a Constituição. Constitui, pois, um imperativo da lógica normativa que a legislação no campo do direito privado esteja vinculada aos direitos fundamentais, segundo o princípio da primazia da* lex superior.

3º - Postulados da Unidade Material do Ordenamento Jurídico – Decorrente do Princípio da Supremacia Constitucional, a unidade material do ordenamento jurídico exprime a ideia de que o ordenamento jurídico não contém antinomias ou contradições. É um sistema lógico e coeso de normas que tem na Constituição o principal parâmetro da unidade. Disto decorre a seguinte sentença lógica: os direitos fundamentais, sendo previstos na Constituição, que é parâmetro de unidade para todo o ordenamento jurídico, inclusa a ordem privada, é possível concluir que os mencionados direitos também incidem sobre as próprias relações particulares. Não é outra a situação que trata Luís Roberto Barroso:

> *Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia –, mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Esse fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional.*
>
> *À luz de tais premissas, toda interpretação jurídica é também interpretação consti-*

Magna, onde a incompatibilidade de norma infraconstitucional ou ato normativo pode ser contestada por via principal ou direta (arts. 102, § 1º e 103 da Constituição Federal) e incidental (art. 102, § 3º da Constituição Federal).

33 Não se olvida aqui das críticas que se faz ao paradigma de Constituição ora adotado. Entretanto, tal discussão foge ao pretendido no presente artigo. Para análise pormenorizada: SILVA, 2005, p. 109 e ss..

tucional. Qualquer operação de realização do Direito envolve a aplicação direta ou indireta da Lei Maior (BARROSO, 2010, p. 364).

4º - Princípio da Dignidade da Pessoa Humana – Erigido como fundamento da República Federativa do Brasil[34], o princípio da dignidade humana é tido como princípio constitucional fundamental autônomo[35] e, projetando-se por todo o ordenamento jurídico, configura o fundamento maior de todo ordenamento jurídico.

Este princípio exprime a ideia onivalente, de origem religiosa, do *respeito ao próximo*; surge com a finalidade de repelir o utilitarismo[36] do Estado liberal e marca a passagem para o Estado Social. Tamanha sua importância para essa transição, que assim expressou-se Luís Roberto Barroso (2010, p. 252): "O desrespeito a esse princípio terá sido um dos estigmas do século que se encerrou e a luta por sua afirmação, um símbolo do novo tempo".

O conteúdo deste princípio é de difícil delimitação *in abstrato*, vez que torna jurídico um valor ético, somente sendo possível desvendar seu real conteúdo interpretando-o ao examinar um caso concreto (análise *in concreto*), até porque as hipóteses de violação à dignidade humana são insondáveis. Isto posto, tentar-se-á aqui apenas aproximar-se do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, sem a pretensão de exaustão de seus limites.

A partir do pensamento de Emmanuel Kant, compreende-se o princípio da dignidade da pessoa humana como um *imperativo categórico*, ou seja, uma *lei universal*, pois vinculativa segundo a razão a todos os seres humanos. Compreende-se a fórmula kantiana a partir do seguinte imperativo: "Aja sempre em conformidade com o princípio subjetivo, tal que, para você, ele deva ao mesmo tempo transformar-se em lei universal" (WEFFORT, 2006, p. 52).

Lendo-se o princípio da dignidade humana como um imperativo categórico tem-se:

> *Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio (STEINMETZ, 2004, p.115).*

Deste enunciado é possível obter alguns elementos, não excluindo outros. Assim, dão sentido ao princípio da dignidade humana: o ser humano é um fim em si mesmo – valor

34 Art. 1º, inciso III, da Constituição Federal.

35 Embora expressamente previsto na Constituição Federal, seria possível extraí-lo dos direitos e garantias fundamentais como princípio implícito e, de outro modo, se não existissem direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição também seria possível extraí-los do princípio da dignidade da pessoa humana. Importante notar que, como foi taxativamente embutido em nossa Constituição, o princípio da dignidade humana guarda relação de reforço com os direitos e garantias fundamentais.

36 Para esclarecimento quanto ao utilitarismo consultar: MILL, 2000.

intrínseco da pessoa; irredutibilidade do *status* de pessoa; autodeterminação da pessoa; autofinalidade da pessoa; infungibilidade da pessoa; e respeito à pessoa.

Todo esse conteúdo moral está juridicizado através do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e, como lei universal que é, obriga aos Poderes Públicos e aos particulares. Ademais, quem fere a dignidade humana não afeta somente o indivíduo diretamente atingido, mas reflexamente ofende o interesse social/humano por ele resguardado.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana guarda estreita relação com os direitos fundamentais, vez que inexistiria dignidade humana sem direitos fundamentais e, por sua vez, não seriam direitos fundamentais se não consagrassem a dignidade humana. Desta forma, resta evidente que, elevado a fundamento da República Federativa do Brasil, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana estende seus efeitos a toda ordem jurídica, inclusive aos espaços em que o Estado não participa[37], ou seja, nas relações privadas e, consequentemente, carrega junto a si todos os direitos fundamentais encontrados em nossa Carta Magna, concedendo-lhes eficácia.

Da mesma forma, seria ilógico que a Constituição excluísse os particulares - ante ao fato de serem potenciais violadores da dignidade da pessoa humana - à eficácia dos direitos fundamentais, concedendo-lhes autorização para perpetrarem violações contra os direitos fundamentais e, consequentemente, contra a dignidade da pessoa humana, baluarte do Estado Democrático de Direito.

Assim, pelos motivos anteriormente elencados, pode-se concluir que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 permite a eficácia dos direitos fundamentais às relações entre particulares[38]. Resta agora, a análise de *em que extensão* esta eficácia ocorre.

5. TEORIAS SOBRE A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Em face de toda a problemática que circunda o assunto, foram concebidas pela doutrina algumas teorias, as quais serão paulatinamente examinadas adiante[39].

Na realidade, todas as doutrinas a serem expostas partem do questionamento quanto à

37 A Constituição Federal de 1988, em diversos artigos, regula relações em que o Estado não participa diretamente, sobrelevando sua intenção de estender seus efeitos a todos os setores e relações de nossa sociedade; a título de estampa, os capítulos V e VII da Constituição Federal tratando, respectivamente, da comunicação social e da família, da criança, do adolescente e do idoso.

38 Aqui arrolam-se aqueles argumentos que parecem possuir maior força dogmática, todavia, outros fundamentos existem. Para uma análise mais detida: STEINMETZ, 2004, *passim*; SARMENTO, 2004, *passim*.

39 Diz-se isso devido à relativa numerosidade das teorias e ainda às ramificações respectivas, todas respeitáveis e de forte arcabouço jurídico-filosófico, como verificará *infra*.

possibilidade de se transladar o próprio particular ao polo passivo da destinação do direito fundamental – comumente ocupado pelo Estado.

Ab alto, não se poderia realizar a simples translação por ambos os sujeitos estarem, quando de uma relação privada, acobertados sob o pálio dos direitos fundamentais; os dois, em verdade, são legítimos titulares dos referidos direitos[40]. Assim sendo, como privilegiar um em detrimento do outro? Haveria, com efeito, choque de direitos fundamentais[41], ordinariamente inspirado de uma banda pelo Princípio da Autonomia da Vontade, e doutra, por direito outro do mesmo jaez. Neste caso, os direitos fundamentais de ambos os sujeitos entrariam em colisão, sendo que um deles restaria suprimido em virtude do sobejamento do colidente[42].

Doravante, antes de passar-se ao próximo ponto, é mister tecer alguns questionamentos para compreensão do estudo: ao aludir-se desta eficácia (*inter privates*) dos direitos fundamentais, de que mediata há tratar-se? De eficácia mediata - indireta - ou imediata - direta? Quer isto dizer, *de eficácia irradiando directamente (sic) dos direitos fundamentais* (direta), *ou de eficácia produzida através da actuação (sic) legiferante dos órgãos estaduais*[43] (indireta)? Ou, ainda talvez, que os direitos fundamentais nem devam produzir efeitos entre particulares – objeto do capítulo anterior –, mas preservar e maximizar o Princípio da Autonomia da Vontade, constitucionalmente assegurado[44]. Seguem assim, as teorias da *drittwirkung*[45].

40 Não olvida-se, entretanto, que há particulares que se sobrepujam a seus pares econômica e politicamente. É este, *v.g.*, o motivo fundante para o princípio basilar protetivo do trabalho e da proteção da hipossuficiência do consumidor. Nesta esteira, respectivamente: DELGADO, 2010, p. 183 e ss.; GRINOVER *et al.*, 2011, p. 73, 164 e ss..

41 Sobre colisão de direitos fundamentais, ver: CANOTILHO, 2003, p. 1268 e ss.; MENDES, 2011, p. 208 e ss..

42 Importante lembrar que o termo *Autonomia da Vontade* já não é pacífico na doutrina. Há vozes que suscitam ser mais consentâneo o uso da terminologia *Autonomia Privada*, haja vista a passagem do Estado Liberal ao Estado Social. É este o entendimento de Débora Vanessa Caús Brandão, ao pontificar que: "A teoria da autonomia da vontade foi concebida no período do liberalismo, quando o mundo vivia diferente contexto sócio-político-econômico, em que a classe burguesa precisava de maior autonomia em suas relações particulares. (...) Já a autonomia privada funda-se na possibilidade, conferida pelo ordenamento jurídico aos particulares, de criar normas jurídicas, cuja manifestação se dá por meio do negócio jurídico". (BRANDÃO, 2007, p. 20-21.) No mesmo sentido é Luiz Eduardo de Toledo Coelho, ao gizar que: "Foi com a evolução do Estado de Liberal para Social que a relativização da autonomia da vontade, no que se refere às condutas intersubjetivas, ganhou força. Haja vista que o que era, no passado (Estado Liberal), uma regra absoluta hoje não é mais, podendo ser amplamente modificada pela incidência dos direitos e garantias fundamentais". (COELHO, 2008, p. 216-233)

43 CANOTILHO, 2003, p. 1287-1288.

44 Prescrevem nesta esteira os artigos 1º, IV, e 5º, II, da Constituição da República, *in verbis:* "Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) IV – os valores sociais do trabalho e da **livre iniciativa.** (...) **Art. 5º.** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, **à liberdade**, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) II – **ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;** (...)". (grifou-se)

45 A doutrina alemã do *drittwirkung* indica justamente a corrente de pensamento que avalia e admite a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. (BRAMANTE, 2000, p. 1009-1016)

5.1. TEORIA DA NEGAÇÃO

Por motivos de ordem, graduar-se-á os tópicos pelo *grau* da irradiação dos efeitos dos direitos fundamentais entre os particulares; iminente então iniciar pela teoria mais estremada, contando hodiernamente, com reduzido número de adeptos, a teoria que nega a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares. Saliente-se, entretanto, que não figurando particular nos dois polos, mas o Estado como destinatário, já é tranquilo seu uso – a nominada eficácia vertical dos direitos fundamentais[46].

Neste item, há certa divergência doutrinária pela teoria de Schwabe e a *State Action Doctrine* estarem, não raras vezes, classificadas como negativas dos efeitos da *drittwirkung*[47]; doutro giro, ora são catalogadas como teorias alternativas[48]. Assim, pelos mesmos motivos que Virgílio Afonso da Silva (2005, p. 98) robora - reportados posteriormente -, arrolam-se ambas nas teorias alternativas ao fim do respectivo capítulo.

Os autores que negam os efeitos dos direitos fundamentais nas relações sobreditas têm em mira maior *autonomia do direito privado*, procurando assim refutar uma suposta posição hierarquicamente superior da Constituição – e consequentemente dos direitos fundamentais – em face, precipuamente, do Direito Civil. Entretanto, por via reflexa, acabam portando-se discordes ao próprio Princípio da Supremacia da Constituição, amplamente aceito – como dantes exposto[49]. Entre os poucos adeptos desta doutrina, tem-se Uwe Diederichsen[50]. O pensamento do referido autor é bem interpretado por Virgílio Afonso da Silva[51], a qual se transcreve:

> *Não se trata de mera questão de formalidade. Para reforçar seu argumento, Diederichsen lembra que, da mesma forma que muitos hoje encaram como ponto pacífico a supremacia dos valores constitucionais em confronto com o direito privado, no século*

46 Sendo justamente por este escopo a *criação* dos direitos fundamentais, já que sua origem está emaranhada aos *direitos de defesa* em face do Estado, exigida assim uma prestação negativa estatal. Diz-se *criação*, de forma genérica, porque, para os jusnaturalistas, os sobreditos direitos não seriam criados, mas ínsitos ao próprio substrato humano, tão só por *ser humano*, não havendo dizer, pois, de alguma criação, mas mera constatação no direito positivado. Neste esteio, explica André Ramos Tavares: "Estas ideias compreendem o processo de positivação dos direitos humanos como a consagração normativa de exigências que são prévias à própria positivação, ou seja, o reconhecimento, no plano das normas jurídicas, de faculdades que correspondem ao Homem pelo simples fato de sê-lo, vale dizer, em virtude de sua própria natureza". (TAVARES, 2010, p. 484.)

47 SARMENTO, 2004, p. 227 e ss.; LUZ, 2007/2008, p. 25 e ss..

48 SILVA, 2005, p. 100; STEINMETZ, 2004, p. 179 e ss.; entre outros.

49 *Tout court* para reforçar a ideia, transcreve-se célebre passagem de Ferdinand Lassale, que mesmo de época longínqua já enxergava o referido princípio, *in verbis:* "Colhem-se estes fatores reais de poder, registram-se em uma folha de papel, se lhes dá a expressão escrita e, a partir desse momento, incorporados a um papel, já não são simples fatores reais do poder, mas que se erigiram em direito, em instituições jurídicas, e quem atentar contra eles atentará contra a lei e será castigado". (LASSALE, 2002, p. 48).

50 DIEDERICHSEN, Uwe. Die Rangverhältnisse zwischen den Grundrechten und dem Privatrecht. *In: STARCK*, Christian (hrsg.). *Rangordnung der Gesetze*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1995, p. 38/97 *apud* SILVA, 2005, p. 73.

51 *Ibidem*, p. 73.

> *XIX o cenário era o oposto e eram os valores do direito privado que eram tidos como superiores. Tudo não passaria, assim, de variações argumentativas e valorativas que não têm relação necessária com a hierarquia formal entre constituição e legislação ordinária. Se assim não fosse, ou seja, se houvesse de fato uma relação hierárquica entre direitos fundamentais e direito privado, necessariamente todos os conflitos deveriam ser resolvidos a favor dos primeiros.*

Parece assim que o professor crê não haver necessária superioridade das normas e valores constitucionais à legislação ordinária. Haveria sim, cada qual dispositivo regrando determinada relação jurídica, sem a imprescindibilidade de tal hierarquia; seria apenas o devido manejo argumentativo em relação, *in concreto,* ao regime jurídico respectivo. Há várias críticas a essa compreensão, dentre elas a de Jorge Reis Novais[52], como se observa do seguinte:

> *Em primeiro lugar, parece pacífico que a recusa de qualquer eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares é inaceitável. O simples facto* (sic) *da existência de uma discussão que se prolonga por mais de cinquenta anos não permitiria, de resto, outra conclusão: alguma eficácia terá de haver, pois não pode toda a gente ter andado a discutir sobre o vazio durante todo esse tempo.*

Além disso, afirma Gilmar Mendes (MENDES, 2011, p. 46):

> *A assertiva de que a Constituição tem valor de norma - e de norma suprema do ordenamento jurídico -, se hoje passa por truísmo, é, na realidade, um produto do pensamento constitucionalista, que culmina uma sucessão de registros de inteligência sobre o tema, muitas vezes desencontrados. O prestígio da Constituição, no momento presente, é resultante da urdidura de fatos e ideias, em permanente e intensa interação recíproca, durante o suceder das etapas da História.*

Conquanto as irrepreensíveis lições, talvez o mero conformismo acabe sendo o mais forte dos argumentos para não se analisar mais detidamente a vertente teoria. Talvez não pela razão esposada por Uwe Diederichsen, mas outras ligadas à própria *essência dos direitos fundamentais*, que por este motivo merecem consignadas e repensadas, tanto para sua função vertical – Estado-cidadão – como aos particulares, pelas quais se passa a examinar.

Inicialmente, identifica-se nos tempos hodiernos ser indubitável a superioridade hierárquica de uma Lei Maior, que dispensasse um plexo de valores basilares para determinado Estado, a saber, a própria Constituição. Depois dos conhecidos horrores da Segunda Guerra Mundial, seria perigosíssimo apontar outro caminho senão este. Mas erigem-se

52 NOVAIS *apud* SARMENTO, 2004, p. 357.

certas perguntas que permanecem carentes de respostas: questiona-se o que seriam os direitos fundamentais; quais seriam albergados por este rótulo; ou se a Constituição seria o corpo normativo mais consentâneo para comportar tais direitos.

Norberto Bobbio, na obra "A era dos direitos", afirmou que os direitos fundamentais eram *mal definíveis* – por não haver conceito certo -, *variáveis* – por mutáveis com o transcurso do tempo[53] -, *heterogêneos* – a razão pela qual o direito fundamental é fundamental pode ser diferente para as pessoas, posto o que um intérprete reputa como fundamental, pode não o ser para outro – e ainda *antinômicos* – por estarem, diuturnamente, colidindo um ao outro[54]. Nesta ordem de ideias, indaga-se: supondo hipoteticamente, haver consenso sobre o próprio conceito de direito fundamental[55], *quem* seria o responsável para alçá-los a tal categoria? Quem determinaria que este ou aquele direito devesse receber o rótulo de fundamental? Poder-se-ia responder que nos Estados democráticos seria o povo detentor legítimo do Poder[56]. Outros ainda diriam ser o próprio Estado, mormente representado pelo Poder Constituinte Originário – também mero *longa manus* do povo, na inviabilidade ou impossibilidade de exercer o mencionado Poder. É o que, com efeito, depreende-se do seguinte extrato:

> *Constituição direciona-se, para além de regular o poder político, também para reger a conduta do povo que integra o território submetido à Constituição. Assim, se o Poder Constituinte estabeleceu que é fundamento do nosso ordenamento jurídico a proteção aos direitos fundamentais, isto significa que todos aqueles que estiverem sob o império do ordenamento jurídico brasileiro estão submetidos aos fundamentos dele, dentre os quais se encontra o respeito aos direitos fundamentais*[57].

A questão é tão delicada que até Carl Schmitt, citado por Paulo Bonavides (2006, p. 56), ao indicar formas de caracterização e definição dos direitos fundamentais, não consegue angariar um terreno seguro para suas ideias, cifrando-as em mero *ius positum*. Confira-se na passagem:

---

53 E o mestre italiano, explica: "Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade *sacre et inviolable*, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneos; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações. Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar, como o direito a não portar armas contra a própria vontade, ou o direito de respeitar a vida também dos animais e não só dos homens. (...) O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas". (BOBBIO, 1992, p. 38.)

54 *Ibidem*, p. 35 e ss..

55 Ou o que o jurista italiano chama por diversas passagens de sua obra de *fundamento último do direito*, imbricado, evidentemente com o conceito de direito fundamental, qual seja, o mais elementar e ao mesmo tempo de relevância indene que, por alocar em seu bojo tais preceptivos, deveria ser único e consensual a *urbi et orbi*.

56 O art. 1º, parágrafo único da Constituição Federal vaticina, *in verbis:* "Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição."

57 MENDONÇA, FERREIRA *apud* CAMARGO, 2007. p. 137-155.

Pelo primeiro, podem ser designados por direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional.

Pelo segundo, tão formal quanto o primeiro, os direitos fundamentais são aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança; ou são "imutáveis" (unabänderliche) *ou pelo menos de mudança "dificultada"* (erschwert), *a saber, direitos unicamente alteráveis mediante lei de emenda à Constituição.*

Já do ponto de vista material, os direitos fundamentais, segundo Schmitt, variam conforme a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra. Em suma, cada Estado tem seus direitos fundamentais específicos.

Note-se que o debate não é tão simples quanto parece, comportando, pois, não uma mudança de posição, mas análise advertida sobre o próprio *ser* dos direitos fundamentais[58].

Com relação a advirem-se atos ofensivos aos direitos fundamentais ou supressão dos mesmos – no mesmo momento constitucional ou até na ruptura do ordenamento jurídico por promulgação ou outorga de nova Constituição –, haveria igualmente proteção. No primeiro caso, sendo na vigência da mesma ordem constitucional, os Três Poderes deverão, na sua função primordial de proteger à Carta Magna, reprimir e elidir disposições legais ou atos atentatórios que tentem subverter os valores dos direitos fundamentais ou tenham tal escopo em sua motriz[59]. Da mesma forma, serão acobertados pelas cláusulas pétreas, que proscrevem a possibilidade de discussão de emendas ou novas leis que maltratem os direitos fundamentais[60]. Impende que não só os direitos individuais (expressamente arrolados no art. 60, § 4º, IV, CF e que englobariam só os previstos no art. 5º da *Lex Mater*) são defesos de serem debatidos, mas todos os direitos fundamentais, pois tais como aqueles, são hábeis a brotar no íntimo de seus titulares pretensões subjetivas, amoldando-se assim a *status* próprio de direitos individuais[61]. Doutra parte, se suprimidos em sede de outra ordem jurídica constitucional, resolvido seria pelo *princípio da vedação do retrocesso*[62], a qual tem como fito propulsor fazer com que o Estado atue sempre para maximizar as condições da população, sobremodo representado pelos (ou por meio dos) direitos fundamentais.

58 O que aqui, por motivo de delimitação do objeto do estudo, não cabe ater-se mais profundamente no subitem.

59 Prescreve o art. 2º da Constituição Federal, *in verbis:* "Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário."

60 Cláusulas pétreas dispostas no art. 60, § 4º, IV, nos seguintes termos: "Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) § 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV – os direitos e garantias individuais. (...)."

61 MARMELSTEIN, 2009, p. 265. Outrossim, exarado no voto do ministro Gilmar Mendes na Extradição nº 986/DF, julgado em 18/08/2007.

62 CANOTILHO, *2003*, p. 338 e ss.. Denote-se que os franceses conhecem tal direito por *efeito cliquet (effect cliquet)*, aduzindo a um método que os engenheiros usam para impedir a reversão de um dado processo.

Sobre outra ótica, há a inteligência de Susette Sandoz[63], para quem a eficácia horizontal dos direitos fundamentais seria uma confusão metodológica, posto não dever aplicar-se entre os particulares em vista de que a proteção do cidadão ante atos infensos estatais não poderiam ser equiparáveis em atos lesivos de um particular a outro, por serem muito distintos, na seara pública ou privada, os conceitos de forte ou fraco.

Inobstante a presente posição ser minoritária na doutrina, segue alerta: nem todos os direitos fundamentais são profícuos, por sua natureza, a gerar efeitos no âmbito particular; há alguns que têm como destinatário unicamente o Estado[64]. São exemplos os direitos políticos, os remédios constitucionais (*habeas corpus*, mandado de segurança, *habeas data,* entre outros) e alguns direitos sociais, como o direito à previdência social. Da mesma forma, há outros direitos fundamentais que parecem destinar-se, ao menos parcialmente, aos próprios particulares, por exemplo, o direito à indenização por dano material ou moral no caso do abuso no exercício da livre manifestação de pensamento (art. 5º, IV e V, CF), direito à inviolabilidade de domicílio (art. 5º, XI, CF) e outras hipóteses semelhantes[65].

Seguem-se os principais argumentos da doutrina contrária à *drittwirkung der Grundrechte*[66], bem sintetizados por Alexei J. Estrada[67]:

> *1. A* drittwirkung *vai de encontro à tradição histórica e ao conceito dos direitos fundamentais;*
>
> *2. A admissão da eficácia frente aos particulares deve estar condicionada a seu reconhecimento expresso pelo texto constitucional;*
>
> *3. A* drittwirkung *anula a autonomia privada e culminaria em destruir o direito privado, reduzindo-o a desnecessário, pois os juízes poderiam embasar suas decisões*

63 SANDOZ, Suzette. Effets horizontaux des droits fondamentaux: une redoutable confusion. *Revue Suisse de Jurisprudence* 83, n.13, 1987, p. 214/216 *apud* SILVA, 2005, p. 74.

64 SARLET, *op. cit.*, p. 376; MIRANDA, 1993, p. 284.

65 Art. 5º, IV, V e XI da Constituição Federal, *in vox:* "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (...) XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; (...)."

66 Eficácia entre terceiros dos direitos fundamentais.

67 No original: "*1. La Drittwirkung va en contra de la tradición histórica y el concepto de los derechos fundamentales. 2. La admisión de la eficacia frente a particulares debe estar supeditada a su reconocimiento expreso por el texto constitucional. 3. La Drittwirkung anula la autonomía privada, y terminaría por destruir el derecho privado, al hacerlo por completo innecesario pues los jueces podrían basar sus decisiones directamente en el texto constitucional prescindiendo de las prescripciones legales existentes. 4. Por último, se acusa a esta doctrina de retirar importantes ámbitos de la configuración social de las manos del legislador democrático, cuya libertad de configuración resulta restringida a causa de la interpretación extensiva de la Constitución, rasladándolos* (sic) *a los tribunales, donde por igual se sustraerían tanto del debate liberal como de la corrección democrática. De este modo se acabaría en un "Estado Judicial".*" (ESTRADA, 2000, p. 98-99.)

diretamente no texto constitucional, prescindindo das prescrições legais existentes;

4. Por último, se acusa a esta doutrina de retirar importantes âmbitos da configuração social das mãos do legislador democrático, cuja liberdade de configuração resulta restringida pela interpretação extensiva da Constituição, trasladando-os aos tribunais, onde igualmente subtrairiam tanto do debate literal como da correção democrática. Deste modo se acabaria em um "Estado Judicial". (tradução livre)

5.2. TEORIA DA EFICÁCIA MEDIATA OU INDIRETA

A teoria da eficácia mediata (*mittelbare Drittwirkung*), também alcunhada de eficácia indireta (*indirekte Dritwirkung*) teve como seu principal precursor Günther Dürig[68], que conquanto datado de meados dos anos 1950 só ganhou real notoriedade em 15 de janeiro de 1958 com o julgamento pelo Tribunal Constitucional alemão *(Bundesverfassungsgericht)* do caso Lüth[69], pelo qual Erich Lüth, então presidente do Clube da Imprensa de Hamburgo e crítico assíduo de cinema, exortava ao público alemão que boicotasse a exibição da até então nova película do diretor Veit Harlan[70], *Unsterbliche Geliebt* (Amantes Imortais ou Amada Imortal) donde, ao que parece, tecia apologias aos atos contrários aos direitos humanos cometidos durante a Segunda Grande Guerra. Sentindo-se sumamente prejudicado, Veit propôs, por meio de sua produtora, na Justiça Civil de Hamburgo, ação cominatória (§ 826 do Código Civil Alemão [BGB][71]) pedindo indenização por perdas e danos, além da cessação do referido boicote. O caso percorreu pela Justiça até ser julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão (FCC), posto ter Erich Lüth arguido em sua defesa que estaria havendo patente violação ao seu direito à livre manifestação do pensamento. Nesta instância, o aludido Tribunal julgou improcedente o pedido da produtora de Veit Halan, afirmando haver que *toda* (disposição do direito privado) *deve ser interpretada sob a luz dos direitos fundamentais* (SILVA, 2005, p. 80). Em verdade, a decisão consubstancia genuíno *leading case,* pois conquanto não adira expressamente à teoria da eficácia (i)mediata, sinala que os direitos fundamentais incidem nas relações privadas como sistema de

68 DURIG, Gunther. Grundrechte und Zivilrechtsprechung. *In*: MAUNZ, Theodor (hrsg.). Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung. *Festschrift zum 75.* München: Geburtstag von Hans Nawiasky, 1956 *apud* SILVA, 2005, p. 75.

69 *BVerfGE 7, 198 apud* STEINMETZ, 2004, p. 136.

70 O diretor era reputado pela grande maioria como o *número 1 da cinematografia nazista,* conforme pontifica Leonardo Martins e, mediante seu filme *Jüd Süß*, chegou a ser um dos grandes responsáveis pela incitação assassina dos alemães contra os judeus. Erich Lüth, em seu boicote, referia-se expressamente a este fato nos seguintes termos: "Pode ser que dentro da Alemanha e no exterior existam empresários que não fiquem repudiados com um retorno de Harlan. A reputação moral da Alemanha não pode, entretanto, ser novamente arruinada por pessoas inescrupulosas, ávidas por dinheiro. Com efeito, a volta de Harlan abrirá feridas que ainda não puderam sequer cicatrizar e provocar de novo uma terrível desconfiança que se reverterá em prejuízo da reconstrução da Alemanha. Por causa de todos esses motivos, não corresponde somente ao direito do alemão honesto, mas até mesmo à sua obrigação, na luta contra este representante indigno do filme alemão, além do protesto, mostrar-se disposto também ao boicote." (MARTINS, 2005, p. 384.)

71 O § 826 do BGB assim prescreve: "Aquele que dolosamente causa dano a outro de maneira contrária aos bons costumes está obrigado a repará-lo." *(Wer in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise einem anderen Schaden zufügt, ist dem anderem zum Ersatze des Schadens verpflichtet).*

valores (*Wertsystem*) ou numa ordem objetiva de valores. Pela relevância, transcreve-se um trecho da decisão do litígio, que Wilson Steinmetz[72] aponta como *expressa construção* do Tribunal Alemão:

> *Esse sistema de valores [direitos fundamentais na* "Grundgesetz" *(Lei Fundamental de 1949), que tem seu centro no livre desenvolvimento da personalidade humana e sua dignidade no interior da comunidade social, deve reger como decisão constitucional básica em todos os âmbitos do direito; dele recebem diretrizes e impulso a legislação, a administração e a jurisdição. Dessa forma, influi evidentemente também sobre o direito civil; nenhuma disposição jurídico-civil deve estar em contradição com ele e todas elas devem interpretar-se conforme ao seu espírito.*

Ainda, pela importância do julgado, segue trecho de artigo comemorativo aos 50 anos da decisão Lüth:

> *A decisão Lüth pode ser vista como um momento fundamental para, pelo menos, duas mudanças na evolução do pensamento constitucional Pós-Guerra, que continuam a influenciar o sistema legal no mundo todo.*
>
> *O julgamento, primeiramente, está na fenomenal propagação na aceitação de doutrinas sobre a "eficácia horizontal" das normas constitucionais. Com o princípio e a resposta afirmativa para "a questão fundamental de saber se as normas constitucionais afetam o Direito Privado", a decisão do FCC influenciou a esfera de direitos de países tão diversos como a África do Sul e o Canadá, e que indiscutivelmente culminou na decisão do [então] ano passado do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia sobre o "efeito horizontal" das regras da Comunidade em matéria de liberdade de manifestação. Em segundo lugar e, se possível, ainda mais importante, a decisão Lüth pode ser considerada como a base do que viria a ser chamado de "Paradigma do Pós-Guerra" sobre julgamentos de direito constitucional. Com Lüth – e com a decisão Apotheken de alguns meses mais tarde – um movimento iniciou-se nos Tribunais ao redor do mundo de adotar a linguagem do equilíbrio judicial para justificar as suas decisões sobre os direitos constitucionais*[73]. (tradução livre)

72 *BVerfGE 7, 198 apud* STEINMETZ, 2004, p. 139.

73 No original: "*The Lüth decision can be seen as a foundational moment for at least two transformative Post-War developments in constitutional thinking that continue to influence legal systems around the world. The judgment, first of all, stands at the origin of the phenomenal spread in the acceptance of doctrines on the "horizontal effect" of constitutional norms. With its principled and affirmative answer to "the fundamental question of whether Constitutional norms affect private law", the FCC set in motion an expansion of the sphere of influence of rights that has rippled through countries as diverse as South Africa and Canada, and that has arguably culminated in last year's decision of the Court of Justice of the European Communities on the "horizontal effect" of Community rules on freedom of movement. Secondly, and, if possible, even more importantly, the Lüth decision can be regarded as the foundation of what has come to be called the 'Postwar Paradigm' of constitutional rights adjudication. With Lüth – and with the Apotheken decision of a few months later - a movement began on the part of increasing numbers of courts around the world to adopt the language of judicial balancing to justify*

A presente teoria embasa-se em certos pilares e premissas, a qual se passa brevemente à exposição: a) os direitos fundamentais têm, como precípua característica, serem direitos subjetivos de defesa em face do Estado; b) todo indivíduo é titular de direitos fundamentais, sendo o Estado o destinatário de tais normas, que ordinariamente sofre efeitos imediatos e diretos das supracitadas; c) se assim for, não seria, *a priori*, compossível a eficácia dos direitos fundamentais de um particular contra o outro, por ambos serem titulares e detentores legítimos do *ius fundamentalis*, havendo dizer-se de colisão de direitos fundamentais que deverá, pela presente teoria, ser regida pelos verbetes do Direito Civil. Konrad Hesse[74], neste diapasão, bem salienta que:

> *Com efeito, em um conflito jurídico entre privados "todos" os interessados gozam da proteção dos direitos fundamentais, enquanto que na relação do cidadão com o Estado tal tutela não corresponde ao poder público. Mas, os direitos fundamentais atuam em favor e contra todos que tomam parte em uma relação jurídica-privada, se produzira ordinariamente uma colisão de direitos fundamentais. No caso de conflito, ao Direito Civil lhe corresponde, assim, a tarefa sumamente complicada de encontrar por si mesmo o modo e a intensidade da influência dos direitos fundamentais mediante o equilíbrio ou a ponderação dos direitos fundamentais que entram em conflito. (tradução livre)*

Justamente pelo motivo esposado é que se aplica a eficácia mediata dos direitos fundamentais. No particular, se houvesse a aplicação indistinta dos direitos fundamentais, tanto no campo público, como no sítio privado, haveria colisão de direitos fundamentais, posto ambos os sujeitos envolvidos serem titulares dos referidos direitos. *In casu,* remete-se ao Poder Legislativo, no seu mister de editar leis, e ao Judiciário, ao dizer o direito, *a mediação e a ponderação deste choque entre direitos fundamentais*, devendo lançar mão sobremaneira das disposições legislativas conhecidas como *cláusulas gerais.* Assim, os direitos fundamentais incidiriam em sua eficácia privada *ex legislatione*, isto é, quando houvessem enunciados infraconstitucionais que regrassem aquela determinada situação fática, dando maior concretude à previsão constitucional. Este *regramento legislativo* seria caracterizado pela existência de cláusulas gerais, que seriam suscetíveis ou, antes disso, requereriam uma colmatação valorativa pelo intérprete, pois são vulgarmente conhecidas, outrossim, como

---

their decisions on constitutional rights." (BOMHOFF, Jacco. *Lüth's 50th Anniversary:* Some Comparative Observations on the German Foundations of Judicial Balancing. Disponível em: <http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=900>. Acesso em: 14 mai. 2012.)

74 No original: "*En efecto, em um conflicto jurídico entre privados "todos" los interesados gozan de la protección de los derechos fundamentales, mientras que em la relación del ciudadano com el Estado tal tutela no corresponde al poder público.Pero si los derechos fundamentales actúan em favor y em contra todos los que toman parte em uma relación jurídico-privada, se producirá ordinariamente uma colisión de derechos fundamentales. Em caso de conflicto, al Derecho Civil le corresponde así la tarefa, sumamente complicada, de encontrar por sí mismo el modo y la intensidad de la influencia de los derechos fundamentales mediante el equilíbrio o la ponderación de los derechos fundamentales que entran em consideración.*" (HESSE, 1995, p. 60)

conceitos abertos ou *indeterminados*, a qual terá seu conteúdo delineado pela respectiva valoração do aplicador do direito[75].

Denote-se ainda a teoria examinada ser a que soma mais adeptos na doutrina atual[76]. Entretanto, subdivide-se em matizações teóricas, máxime na hipótese de não haver dispositivo infraconstitucional que regesse a determinada situação entre particulares. Para a maioria, os direitos fundamentais deveriam ser aplicados pelos juízes, incidindo-os de forma imediata aos particulares[77].

Para finalizar este item, colhe-se o ensinamento de Flávia Piovesan[78], que prevê a eficácia imediata dos direitos fundamentais em face do Estado-legislador, não podendo este negar-se a exercitar o respectivo *munus, in verbis:*

> *Com efeito, a partir do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, toda e qualquer norma definidora de direitos e garantias fundamentais há de alcançar aplicação imediata e, neste sentido, devem se orientar os poderes públicos. Vale dizer, cabe aos Poderes Públicos conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito constitucional definidor de direito e garantia fundamental.*

5.3. TEORIA DA EFICÁCIA IMEDIATA OU DIRETA

75 SILVA, 2005, p. 78. No pertinente às cláusulas gerais, Karl Larenz pugna que *a sua "aplicação" exige sempre a concretização, quer dizer, a determinação ulterior do seu conteúdo, e esta por seu lado retroage à "aplicação" da pauta em casos futuros semelhantes, pois em cada concretização (alcançada) serve de caso de comparação e torna-se assim ponto de partida para concretizações ulteriores* (LARENZ, 1997. p. 312). Ainda, António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro vislumbra três tipos distintos de cláusulas gerais, quais sejam, regulativo, extensivo e restritivo, como depreende-se: "O tipo restritivo opera contra uma série de permissões singulares, delimitando-as, como a restrição operada pela cláusula geral da função social do contrato às regras, contratuais ou legais; o tipo extensivo, uma regulação dispersa em vários preceitos, opera a introdução de princípios e regras próprias de outros textos normativos; o tipo regulativo não se ordena, como as anteriores, em função de outras disposições, a exemplo da regulação da responsabilidade civil por culpa" (MENEZES CORDEIRO, 2001, p. 1184).

76 Conforme Thiago Penido Martins (2010, p. 60), alguns dos adeptos são Konrad Hesse, Klaus Stern, Hans Peter Schneider, Claus-Wilhelm Canaris, Pedro Cruz Villalón, Jesús García Torres, Jesús Alfaro Aguila-Real, Carlos Alberto da Mota Pinto. Disponível em: <http://www.mcampos.br/posgraduacao/mestrado/dissertacoes/2010/thiagopenidomartinsaeficaciadodireitofundamentalasaudenasrelacoes.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2012. Entretanto, Wilson Steinmetz (2004, p. 137) cita além destes outros nomes de peso como Ekkehart Stein, José Carlos Vieira de Andrade, Jean Rivero e outros. Com relação à Claus-Wilhelm Canaris, Luiz Guilherme Arcaro Conci bem sintetizou o entendimento do professor de Munique, *verbis ad verbum:* "Ao nosso ver, são estes os principais pontos trazidos pelo autor: a) haveria uma eficácia imediata dos direitos fundamentais na atuação do legislador privado e do judiciário; b) esta eficácia se dá sob a forma de proibições de intervenções ou sob imperativos de tutela; c) não são, em regra, imediatamente aplicáveis aos direitos fundamentais em caso de relações entre particulares, ou seja, não são estes destinatários dos direitos fundamentais, não sendo estes direitos fundamentais vinculadores das relações jurídicas de direito privado. Em casos como estes, deve o Poder Judiciário, como vinculado diretamente aos direitos fundamentais, proteger os sujeitos privados em posição de dominação." (CONCI, 2005, p. 349-356).

77 STEINMETZ, 2004, p. 150. Para conferir as demais posições: *Ibidem*, p. 149-150.

78 PIOVESAN, 1995, p. 89.

A teoria da eficácia imediata (*unmittelbare Drittwirkung*), também cunhada de eficácia direta (*direkte Drittwirkung*) ou eficácia horizontal foi criada em meados de 1954 por Hans Carl Nipperdey[79] e Walter Leisner[80], que pregavam os direitos fundamentais terem efeitos *absolutos*, e por tal motivo dispensarem, para produzir efeitos na seara privada, de qualquer *mediação legislativa* ulterior[81]. Os direitos fundamentais incidiriam seus valores axio-positivos *tout court* por estarem na Carta Maior, sendo desnecessário o sopesamento positivado pelo legislador infraconstitucional. É o pensamento de Virgílio Afonso da Silva[82], a qual, *permissa venia,* transcreve-se:

> *A grande diferença entre o modelo de aplicabilidade direta e modelo de efeitos indiretos (...) consiste na desnecessidade de mediação legislativa para que os direitos fundamentais produzam efeitos nas relações entre particulares. Essa é uma diferença fundamental, já que, mesmo sem o material normativo de direito privado ou, mais ainda, a despeito desse material, os direitos fundamentais conferem, diretamente, direitos subjetivos aos particulares em suas relações entre si.*

Seriam os direitos fundamentais, por esta vereda, aplicáveis diretamente a todas relações privadas, gerando, neste passar, direitos subjetivos individuais para fazer valer o *ius fundamentalis* contra atos de seus pares ou até de pessoas jurídicas. Importante observação é no sentido de que, para a teoria presente, não haveria dizer da desigualdade entre os concidadãos; ao inverso, deveriam aplicar-se os direitos fundamentais mesmo em uma contenda que tenha em ambos os polos, particulares em substancial igualdade – econômica, política etc. –, haja vista a Constituição ter conferido a todos os aduzidos direitos – Princípio da Igualdade –, motivo pelo qual independeria do poder ou influência de um dos sujeitos.

Lançando luz sobre a matéria, colaciona-se a lição do próprio Nipperdey[83], *in verbis:*

> *Na direção do estado os direitos fundamentais valem ilimitadamente, porque aqui está defronte do titular de direitos fundamentais, exclusivamente, o estado vinculado aos direitos fundamentais. Ao contrário, deve, na relação dos sujeitos de direito privado um com o outro, ser observado que cada um deles é titular de direitos fundamentais e pode apoiar-se nos direitos de liberdade.*

79 As obras principais do autor são *Die Würde des Menschen* (A dignidade do ser humano), de 1954, e *Grundrechte und Privatrecht* (Direitos fundamentais e direito privado), de 1962. A aludida teoria teve maior aceitação pelo Tribunal Federal do Trabalho, na Alemanha, posto o jurista ter sido presidente do colendo Tribunal na indigitada época.

80 Sua principal obra é *Grundrechte und Privaterecht* (Direitos fundamentais e direito privado), datada de 1960.

81 Ressalte-se que, a despeito de advogar os efeitos absolutos dos direitos fundamentais, Nipperdey não menciona os referidos direitos, como de *per si,* direitos absolutos. Se assim fossem considerados, não poderiam sofrer, *in concreto*, nenhum tipo de sopesamento ou ponderação em face doutro, elidindo destarte, o respectivo efeito, já que evidentemente haverá conflito de direitos fundamentais quando da aplicação da referida teoria. Esta é a advertência de Virgílio Afonso da Silva. (SILVA, 2005, p. 87-88)

82 *Ibidem,* p. 89.

83 NIPPERDEY *apud* HECK, 2011, p. 63.

Ainda, cite-se que para essa teoria haveria graus ou sub-ramos sobre a aplicabilidade dos direitos fundamentais na seara privada, a graduar-se de *forte*[84], *fraca*[85] ou *intermediária*[86]; inobstante, por extravasar do âmbito de incidência do presente artigo, só se indicou o ponto mais sumário de ambas[87].

Entretanto, como objeção ao referido teorema, tem-se que estaria ao lançar mão imediatamente dos direitos fundamentais, ameaçando a existência do próprio direito privado, pois este restaria inócuo ao sofrer tamanha ingerência do Direito Constitucional (HESSE, 1995, p. 61). Por outra crítica - esta mais contundente -, infere que ao ter-se a eficácia direta dos direitos fundamentais na seara particular, teria, outrossim, colisão dos ditos direitos, haja vista que os integrantes dos dois polos seriam seus titulares. Assim, deveria, *in concreto*, sopesar ou usar do Princípio da Proporcionalidade[88], para que o juiz solucione o referido conflito[89].

Por fim, cumpre que a teoria da eficácia é amplamente minoritária em quase todos os países que o assunto é estudado de forma sistemática; entretanto, no atual cenário europeu vem se prestigiando cada vez mais a sobredita corrente (SILVA, 2005, p. 94-95).

5.4. TEORIAS ALTERNATIVAS: A DOUTRINA DA EQUIPARAÇÃO E DA IMPUTAÇÃO

Pode-se exemplificar, com efeito, inúmeros autores que classificam as teorias presentes naquela que nega a eficácia dos direitos fundamentais[90]. *Data venia,* a topografia parece equivocada. Realmente ambas, *a prima facie*, negam a eficácia dos direitos fundamentais entre os particulares; mas, em verdade, é apenas aparente o rechaçamento, pois usam da equiparação do particular ao próprio Estado para aceitar a aduzida aplicabilidade (SILVA, 2005, p. 98). Subdivide-se, destarte, em dois entendimentos: na Alemanha, com Jürgen Schwabe, a partir da década de 1970, e nos Estados Unidos, por força dos precedentes judiciais[91], chamada de doutrina da *State Action*.

A *State Action* (Teoria da Equiparação) defende, primeiramente, que *só poderá haver eficácia dos direitos fundamentais*, se presente a relação entre privado-Estado. Isto é assim devido ao que Bilbao Ubillos (1997, p. 1) bem destacou acerca da Constituição americana,

84 É a posição capitulada por Hans Carl Nipperdey, como observa-se no trecho transcrito.
85 É a inteligência de Juan María Bilbao Ubillos (1997, p. 360 e ss.).
86 É a posição de J. J. Gomes Canotilho (2003, p. 1288).
87 Para aprofundamento consultar: STEINMETZ, 2004, p. 169 e ss..
88 Para advertido estudo sobre o Princípio da Proporcionalidade, conferir na doutrina: ÁVILA, 2006.
89 Dando margem a outra objeção, agora no tocante ao Princípio da Separação dos Poderes, que Wilson Steinmetz bem exara em sua obra: "Em relação aos princípios democrático e da separação dos poderes, argumenta-se que a decisão sobre a vinculação dos particulares a direitos fundamentais é da competência do legislador e não do juiz." (STEINMETZ, 2004, p. 173).
90 SARMENTO, 2004, p. 227 e ss.; LUZ, 2007/2008, p. 25 e ss.; SARLET, 2005, p. 193/259; entre outros.
91 Como no *Common Law*, sistema jurídico norte-americano.

ensinando ser esta Constituição *limite à ação pública, à livre iniciativa dos poderes públicos em suas relações com os cidadãos, não atribui a um cidadão particular direitos frente a outros particulares;* salvante a hipótese prevista na Emenda nº 13. Entretanto, nos julgamentos tópicos da Suprema Corte norte-americana são sempre encontrados *subterfúgios argumentativos* para igualar o ato privado a atos estatais. É o que ocorreu, *e.g.*, no caso Shelley *vs.* Kramer[92], que pretendendo evitar a vinda de negros em indigitado loteamento na cidade de Saint Louis, estipulou-se contratualmente a proibição de venderem-se terrenos ali localizados à referida etnia. Nada obstante, um dos donos transferiu sua propriedade à família Shelley, toda composta de negros, ato pelo qual, *incontinenti*, fora impugnado no Judiciário estadunidense. O pedido foi provido no Tribunal Estadual de Missouri e acabou subindo à Suprema Corte, que se manifestou no sentido de que a cláusula epigrafada afrontava a Emenda nº 13ª da Constituição americana, única oponível *adversus omnes*[93]. Entretanto, não por esta razão que haveria a nódoa, mas pela *ação estatal* configurada na própria decisão do Tribunal de Missouri, que ratificou a discriminação racial[94]. Não houve, deveras, *desrespeito ao direito fundamental de igualdade praticado pelo particular,* mas ocorreu o ato ofensivo no momento em que a Instância Inferior deu provimento ao pedido de anulação da venda, sendo a referida sentença *um ato estatal.* Assim, quem praticou o ato lesivo ao direito fundamental de igualdade foi o Estado, não o particular na celebração da cláusula discriminatória.

Entretanto, aqui parece ser cabida a percuciente crítica apresentada por Virgílio Afonso da Silva[95] referente ao caso Shelley *vs.* Kramer, pela qual transcrita:

> *Não é possível que a inconstitucionalidade surja somente com a decisão judicial inferior, já que ela nada mais fez do que fazer valer uma cláusula contratual. Se a cláusula contratual é constitucional, a decisão de manter seus efeitos também deve ser. E a recíproca tem que ser verdadeira.*

Outro caso paradigmático foi o Marshal *vs.* Alabama[96], julgado em 1946, pelo qual G. Marshal, testemunha de Jeová, foi detida em Chickasaw (que, até então, era uma cidade privada gerenciada pela empresa Gulf Shipbuilding Co.), por distribuir material religioso, sabendo defeso na área em que residia.

92 ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. 334 U.S. 1 (1948). Disponível em: <http://www.supremecourt.gov/>. Acesso em: 16 mai. 2012.

93 É o que infere-se pela redação da 13ª Emenda do *Bill of Rights, in verbis:* "Nem a escravidão, tampouco a servidão involuntária, exceto como punição por crime pelo qual o réu tenha sido devidamente condenado, deve existir dentro dos Estados Unidos ou em qualquer lugar sujeito à sua jurisdição." (Tradução livre) No original: "*Neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction.*"

94 SILVA, 2005, p. 99.

95 *Ibidem*, p. 101.

96 Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=CASE&court=US&vol=326&page=501>. Acesso em: 16 mai. 2012.

Embora dominante nos Estados Unidos, parece que a teoria da equiparação seria apenas *uma forma de interpretação* em meio às circunstâncias apertadas da *Bill of Rights*[97], na qual se consubstancia pela maneira a qual a Suprema Corte encontrou de fazer valer os direitos fundamentais aos particulares. Deveras, não se acredita ser o modo mais indicado para outras realidades, como a indígena, por ter-se a cá leque mais amplo de possibilidades devido aos dispositivos constitucionais[98].

Fazem-se duas anotações quanto à teoria: o ato privado só poderia ser equiparado ao público havendo sentença que julgasse ao arrepio do previsto na Constituição. Daí *resultaria o ato estatal que empolgaria a violação dos Direitos Fundamentais do particular*, isto é, mediante a decisão (Estado-juiz) que julgou *contra constitucione*. Ao inverso, se a sentença exarada, de plano, repudiar o ato atentatório aos Direitos Fundamentais, alijaria do procedimento analisado; inobstante, estaria em Instância Inferior analisando, de um modo ou de outro, o desrespeito ao Direito Fundamental do particular por outro do mesmo cabedal – que iria contra a doutrina do *State Action*. Outra observação é que se ficaria despido de sentido o Princípio da Separação dos Poderes, posto estar encerrado no juiz poderes que originariamente não lho competiria[99]. Poderia, às últimas consequências, pensar do juízo *a quo* julgar, inclusive, intencionalmente contrário à Constituição, endossando atos atentatórios aos Direitos Fundamentais para, *ex post*, ser a referida decisão revista no juízo *ad quem* como lesiva aos Direitos Fundamentais. Contrassenso este que não deve ser olvidado, indo frontalmente de encontro ao dever do Judiciário de, precipuamente, zelar pela Constituição e aos valores que a respectiva Carta dispensa.

Noutra banda, há a teoria da imputação, preconizada pelo alemão Jürgen Schwabe[100], que tal qual o entendimento anterior nega, *a priori*, a vinculação dos privados aos Direitos Fundamentais. Só haveria de falar-se em arrepio a tais direitos por outro particular, *quando e se* o Estado-legislador tivesse disciplinado a matéria[101]. Caso o Estado tenha se omitido em legislar e em decorrência sobrevenha ofensa a Direito Fundamental do *concidadão* – portanto, no sítio particular -, o ato seria imputado ao Estado, pois, na obrigação de proibir a conduta realizada, não a fez. Assim, toda e qualquer lesão praticada por particular a Direito Fundamental deveria incidir na responsabilidade estatal, pois, em última análise, adviria ou de uma permissão estatal ou de uma não-proibição (tolerância), salvo na hipó-

97 E assim é pelo momento a qual a Carta fora promulgada. Era patente a preocupação em relação aos abusos do Estado ao cidadão, preocupando-se sobremaneira aos *direitos de defesa* do particular frente ao Estado.

98 Caracterizada por ser Constituição analítica, em oposição à *Bill of Rights*, considerada sintética.

99 O que, nada obstante, é consentâneo com o *Common Law*, por embasar-se na força dos precedentes judiciais.

100 Suas principais obras são *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte* (A chamada eficácia entre terceiros dos Direitos Fundamentais), de 1971. e *Probleme der Grundrechtsdogmatik* (Problemas da dogmática dos Direitos Fundamentais), datada de 1977.

101 Ainda, Virgílio Afonso da Silva aponta que a matéria deveria ser disposta em legislação infraconstitucional (SILVA, 2005, p. 104.)

tese de expressa proibição.

Muito embora haja esse ponto pacífico na dogmática, resta controvérsia sobre *que tipo de ato o Estado omitir-se-ia.* Virgílio Afonso da Silva aponta que, para não incorrer em imputação, deveria dispor e pormenorizar determinada matéria constitucional em legislação infraconstitucional[102]. Já, Wilson Steinmetz (2004, p. 176) concede, em sua exegética, maior abrangência dos atos pelos quais o Estado, ao abster-se de realizar, incorre em responsabilidade. Confira-se pelo excerto abaixo:

> *Segundo Schwabe, toda lesão de direito fundamental entre particulares deve ser imputada ao Estado, porque a lesão, em última análise, resulta de uma permissão estatal ou de uma não-proibição estatal. Se o Estado – por meio da legislação, jurisdição e administração – não proíbe uma violação de direito fundamental entre particulares, então o Estado a permite.*

Note-se que, a despeito de Schwabe ter se ocupado em inovadora teoria, patente é a fragilidade argumentativa *sub examen.* Capitaneia-se que, ao inverso de que Schwabe sustenta, toda conduta humana que não proscrita em lei é tolerada ou até permitida pelo Estado. É o conceito capital do Princípio da Legalidade[103]. Ademais, o Estado seria alçado à garante geral, responsável por todo e qualquer ato lesivo aos Direitos Fundamentais que do particular possa advir, mesmo inexistentes quaisquer nexos causais; seria, desta guisa, estreme responsável pela conduta do privado, também quando ausente negligência imputável ao Estado, *in concreto.*

De todo acima exposto, configura-se em linhas gerais o sumaríssimo conteúdo das principais teorias que versam sobre a eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações jurídicas privadas.

6. CASOS PRÁTICOS

A explanação dos aspectos abstratos dos institutos não pode ser dissociada da prática. A análise de casos práticos, quiçá, é aquela que melhor revela a importância do assunto tratado ao longo deste trabalho, denotando o quão correntias são as contendas que, inexoravelmente, desafiam os tribunais[104]. Pois então, nas próximas linhas elencam-se quatro casos paradigmáticos extraídos da jurisprudência e da doutrina especializada para demonstrar a premência do tema. Também a reparar-se que a matéria está imbricada indissociavelmente a ideia de renunciabilidade ou negociabilidade dos Direitos Fundamentais, trazendo igualmente esta celeuma à baila. Seguem os casos:

102 *Ibidem*, mesma página.

103 André Ramos Tavares é claro em afirmar que: "A diferenciação vale-se aqui do velho brocardo segundo o qual ao Poder Público só é lícito fazer aquilo que for previsto em lei, enquanto ao particular é assegurado fazer tudo quanto não seja proibido por lei. Identifica-se, na primeira referência (Poder Público), a imposição da reserva de lei, e no segundo caso, a exigência da legalidade." (TAVARES, 2010, p. 663)

104 Não só pátrios, mas do mundo inteiro.

6.1. CASO BOSMAN *VS.* UEFA[105]

Em meados de 1990, o jogador belga Jean-Marc Bosman, até então atuante pelo clube de futebol europeu Royal Liège, impugnou o estatuto da União Europeia de Futebol (UEFA), alegando ofensa ao seu direito de livre exercício da profissão, expressamente acobertado pelo art. 48 do Tratado de Roma, que dispõe *a livre circulação de trabalhadores deve ficar assegurada*. A alegada lesividade seria oriunda de norma estatutária da UEFA de que os clubes não poderiam ter mais de três estrangeiros em seu elenco, além de prever uma taxa a ser paga à instituição futebolística quando da transferência do atleta de um time para outro.

Neste diapasão, a UEFA, como entidade particular, deveria obedecer ao direito substanciado no art. 48 do respectivo Tratado. Não agindo deste modo, resultou violado um Direito Fundamental do jogador. Bosman, após ajuizar a ação na Justiça comum, teve seu pedido provido para atuar em outro clube europeu, derrubando a chamada Lei do Passe, também denominada vulgarmente de "3+2", por permitir apenas três estrangeiros no time, além de mais dois que estivessem atuando no clube há pelo menos cinco anos. Assim, o Estado protegeu o Direito Fundamental de livre iniciativa e de exercício da profissão, o qual Bosman vislumbrara constrangido[106].

6.2. CASO DA AMERICAN AIRLINES E O DETECTOR DE MENTIRAS[107]

Como cediço, após o atentado terrorista de 11 de Setembro de 2001, as empresas de serviços em linhas aéreas redobraram as precauções, no temor de que, mais uma vez, pudessem os aviões ser usados como meio para outro ato nefasto; com a American Airlines não foi diferente. Entretanto, a empresa, sendo de grande porte e fazendo constantes voos internacionais, resolveu inovar: submetia os interessados em trabalhar na companhia à entrevista com teste de polígrafo (detector de mentiras).

Mirian foi, assim, indicada a trabalhar na American Airlines e, como procedimento padrão, aceitou à entrevista com o polígrafo. Foi perguntado a ela, no certame, se já teve contato com tráfico de drogas, se usava entorpecentes, se era procurada pela polícia, entre outros questionamentos. Ao final, Mirian foi reprovada no teste.

Ela então moveu ação na Justiça do Trabalho, alegando que teve seu direito à intimidade violado, pleiteando indenização por danos morais. Doutra parte, a American Airlines defendeu-se alegando que a pretensa funcionária aceitou o procedimento da empresa e que tal rito era realizado justamente em prol da segurança dos voos, dos passageiros e dos

105 Caso relatado por: SILVA, 2005, p. 95.

106 Disponível em: <http://futebolinteriorano.blogspot.com.br/2011/03/sobre-o-caso-bosman.html>. Acesso em: 17 mai. 2012.

107 MARMELSTEIN, 2009, p. 476 e ss..

próprios prestadores de serviços. Em Primeira e Segunda Instância, Mirian teve seu pedido acolhido, havendo recurso à Superior Instância trabalhista. No Tribunal Superior, entretanto, mudou-se o posicionamento, indeferindo o pedido sob o argumento de que *é dever da companhia aérea proteger seus passageiros e que a submissão de seus funcionários ao teste da mentira se revela "medida preventiva de segurança, visando o bem-estar da comunidade, o que por si só já justificaria o procedimento"* (MARMELSTEIN, 2009, p. 476-477).

6.3. CASO DA COOPERATIVA MISTA SÃO LUIZ[108]

A Cooperativa Mista São Luiz, do Rio Grande do Sul, inobservando regras estatutárias e ofendendo ao Princípio da Ampla Defesa e Contraditório, excluiu alguns de seus associados sem dar-lhe oportunidade de resposta ou defesa. Ainda, a sociedade alegou que a expulsão decorrera do fato de que os ditos membros desafiaram-na a tomar tal atitude, por meio da imprensa local. Evidente, *in casu*, tratar-se de relação privada.

O problema chegou ao Supremo Tribunal Federal[109], que assim manifestou-se pela ementa:

> *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. (...) 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 assembleia geral, no que toca à exclusão, não é de mole a atrair a adoção do processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa.*

6.4. CASO DA UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES (UBC)[110]

Como já propugnado anteriormente, em 11 de outubro de 2005, o STF enfrentou mais uma vez questão de semelhante teor. Agora, rezante sobre a expulsão do músico Arthur R. Villarinho da União Brasileira de Compositores (UBC), pelo qual, desrespeitando o Direito à Ampla Defesa e ao Devido Processo Legal, elidiu resposta ao músico. Aparentemente, o STF[111] aderiu, neste julgado, à Teoria da Eficácia Imediata dos Direitos Fundamentais, como transcreve-se na ementa do referido acórdão:

> *SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE*

108 WOLOWSKI, Andréa Cristina Dall'Ago. *A eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares:* dogmática e análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Monografia. 2010. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/27426/000765016.pdf?sequence=1>. Acesso em: 28 mai. 2012.

109 RE 158.215-4 – RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ. 7.6.1996, pág. 19.830.

110 WOLOWSKI, 2010.

111 RE 201.819-RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 27.10.2006, p. 64.

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. (...) 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.

(...) IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.

Assim, ao que parece, o Supremo Tribunal Federal, a partir do RE 201819-RJ, filiou-se a Teoria da Eficácia Imediata dos Direitos Fundamentais na seara privada, já examinada no presente artigo.

7. CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais são fruto de lento processo histórico no sentido da criação de normas jurídicas voltadas à proteção da liberdade das pessoas contra o Poder do Estado.

O constitucionalismo moderno optou pela inclusão dessas garantias no próprio texto constitucional como pautas mínimas para a garantia da liberdade e o consequente desenvolvimento do ser humano.

Em conformidade à ampliação dos anseios sociais houve a expansão das dimensões dos

direitos fundamentais, que passaram de uma esfera negativa do Estado (liberdade negativa) para outra positiva (liberdade positiva) acerca da realização de prestações estatais a garantir a liberdade e igualdade, para em seguida agregar ainda aos direitos fundamentais, os direitos difusos; tudo sem perda das conquistas anteriores.

A pós-modernidade, por meio da exasperação da liberdade das pessoas e a consequente mudança do papel do Estado no sentido da regulação e não mais intervenção na esfera privada, redundou na criação dos poderes privados ou particulares, normalmente representados formalmente pelo contrato.

Assim, surge um novo paradigma de proteção das pessoas, ou seja, há necessidade da tutela da liberdade e igualdade no espaço privado, pois o poder dos grandes conglomerados econômicos, não raras vezes superior a muitos Estados, passa a ser uma ameaça constante à liberdade dos seres humanos.

É nesse contexto que cabe a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas como forma de realização do ser humano na atual sociedade pós-moderna e complexa.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* (Trad. Virgilio Afonso da Silva). São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo.* 29.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2.ed. São Paulo. Saraiva: 2010.

BENACCHIO, Marcelo. A regulação jurídica do mercado pelos valores do capitalismo humanista. *In*: SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; MEZZAROBA, Orides. *Empresa, sustentabilidade e funcionalização do Direito.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Responsabilidade civil contratual.* São Paulo: Saraiva, 2011.

BILBAO UBILLOS, Juan María. *Los derechos fundamentales em la frontera entre lo público y lo privado (la noción de* state action *em la jurisprudencia norteamericana).* Madrid: Mc-

GrawHill, 1997.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.* Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 19.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BRAMANTE, Ivani Contini. Eficácia do contraditório e ampla defesa nas relações interprivadas. *Revista LTr.* São Paulo: LTr, v. 64, n.8, p. 1009-1016, 2000.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. *Regime de bens no novo Código Civil.* São Paulo: Saraiva, 2007.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito Constitucional ao alcance de todos.* 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional.* 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COELHO, Luiz Eduardo de Toledo. Os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana aplicados às relações privadas. *Revista de Direito Constitucional e Internacional.* São Paulo: Editora RT, v. 62, p. 216-233, 2008.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Direitos fundamentais e direito privado, Claus-Wilhelm Canaris. *Revista Brasileira de Direito Constitucional (RBDC).* São Paulo: ESDC, n.5, p. 349-356, 2005.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. O novo paradigma do Direito na pós-modernidade. *Revista Bonijuris.* Curitiba: Instituto de Pesquisas Jurídicas Bonijuris, v. 23, n.11, p. 12-20, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado.* 29.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho.* 9.ed. São Paulo: LTr, 2010.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ESTRADA, Alexei Julio. *La eficácia de los derechos fundamentales entre particulares.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*: técnica, decisão, dominação. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GIDDENS, Anthony. Sociologia: questões e problemas. *In*: GIDDENS, Anthony. *Sociologia*: uma breve porém crítica introdução. (Trad. A. Oliva e L. A. Cerqueira). Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1984.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.*. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. v.I. Direito Material. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais.* São Paulo: RCS, 2007.

HAYEK, Friedrich August von. *Law, legislation and liberty.* v.3. Chicago: Universityof Chicado Press, 1979.

HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado.* (Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez). Madrid: Civitas, 1995.

KUHN, Thomas Samuel. *A estrutura das revoluções científicas.* (Trad. Beatriz Viana Boeira e Nelson Boeira). São Paulo: Perspectiva, 2007.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito.* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* (Trad. Hiltomar Martins Oliveira). Belo Horizonte: Líder, 2002.

LUÑO, Antonio E. Perez. *Los derechos fudamentales.* Madrid: Tecnos, 2007.

LUZ, Ebe Pimentel Gomes. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais nas relações entre terceiros.* (Tese de Doutorado). Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2007/2008. Disponível em: <http://www.old.icjp.pt/system/files/papers/637-954.pdf>. Acesso em: 28 mai. 2012.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais.* 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARTINS, Leonardo. *50 anos de jurisprudência no Tribunal Constitucional alemão.* Mon-

tevidéu: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

MARTINS, Thiago Penido. *A eficácia do direito fundamental à saúde nas relações jurídicas entre operadoras de planos de assistência à saúde e seus beneficiários.* (Dissertação de Mestrado). Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos, 2010.

MEIRELES, Rose Melo Venceslau. *Autonomia privada e dignidade humana.* Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional.* 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDONÇA, Andrey Borges de; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. *In*: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). *Leituras complementares de direito constitucional*: direitos fundamentais. 4.ed. Salvador: JusPodivm, 2007.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *A boa fé no Direito Civil.* Coimbra: Almedina, 2001.

MILL, John Stuart. *A liberdade/utilitarismo.* (Trad. Eurenice Ostrensky). São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional,* v.IV. 2.ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 1993.

MONCADA, Luís S. Cabral. *Direito Económico.* Coimbra: Coimbra, 2007.

NASPOLI SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra; BENACCHIO, Marcelo. A efetivação dos direitos humanos sociais no espaço privado. *In:* BAEZ, Narciso Leandro Xavier; BRANCO, Gerson Luiz Carlos; PORCIUNCULA, Marcelo. *A problemática dos direitos humanos fundamentais na América Latina e na Europa.* Joaçaba: Unoesc, 2012.

NIPPERDEY, Hans Carl. Direitos fundamentais e direito privado. *In*: HECK, Luís Afonso (org. e trad.). *Direitos fundamentais e direito privado*: textos clássicos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2011.

NOVAIS, Jorge Reis. Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. *In*: SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes (org.). *A constitucionalização do Direito.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PIOVESAN, Flávia C. *Proteção judicial contra omissões legislativas*: Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Editora RT, 1995.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice*: o social e o politico na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

_____. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*. Seção IV: Ordem Pública e Relações Jurídicas Privadas. Brasília: Editora Escola Superior do Ministério Público da União [ESMPU], a.4, n.16, p. 193-259, 2005.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. *O capitalismo humanista*. Petrópolis: KBR, 2011.

SCHIMITT, Carl. *Dottrina della Costituzione*. (Trad. Antonio Carracciolo). Milano: Giuffrè Editore, 1984, p. 173.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

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

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

WEFFORT, Francisco Correa (org.). *Os clássicos da política*. 11.ed. São Paulo: Ática, 2006.

SITES

ASSEMBLEIA da República. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2691269>.

EMBAIXADA da Federação da Rússia no Brasil. Disponível em: <http://www.brazil.mid.ru/embrus/textcon.htm>.

FACULDADES Milton Campos. Disponível em: <http://www.mcampos.br/posgraduacao/mestrado/dissertacoes/2010/thiagopenidomartinsaeficaciadodireitofundamentalasaudenasrelacoes.pdf>.

FIND LAW. Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=CASE&court=US&vol=326&page=501>.

FUTEBOL INTERIORANO. Disponível em: <http://futebolinteriorano.blogspot.com.br/2011/03/sobre-o-caso-bosman.html>.

GERMAN Law Journal. Disponível em: <http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=900>.

INSTITUTO de Ciências Jurídico-Políticas. Disponível em: <http://www.old.icjp.pt/system/files/papers/637-954.pdf>.

SUPREME COURT of the United States. Disponível em: <http://www.supremecourt.gov/>.

SWISS CONFEDERATION. Disponível em: <http://www.admin.ch/ch/e/rs/1/101.en.pdf>.

UFRGS – Universidade do Rio Grande do Sul. Lume. Repositório Digital. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/27426/000765016.pdf?sequence=1>.