

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
ESPECIALIZAÇÃO EM ADVOCACIA DE ESTADO E DIREITO PÚBLICO

Marcelo da Rocha da Silveira

EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS  
A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais

Porto Alegre (RS)  
2017

Marcelo da Rocha da Silveira

EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS  
A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais

Monografia apresentada como pré-requisito para obtenção do título de Especialista em Advocacia de Estado e Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo Dieder Reverbel.

Porto Alegre (RS)  
2017

Dedico este trabalho ao meu filho Henrique.

## RESUMO

O trabalho examina a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: tema denominado como a “Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais”. Expõe a evolução histórica do tema a partir da original eficácia vertical – relações entre Estado e cidadão. Apresenta a crítica à Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais, embasada essencialmente na alegada incompatibilidade entre Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais e autonomia do direito privado. Expõe as diferentes teorias a respeito da forma de incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, se direta, sem necessidade de intermediação; ou indireta, com necessidade de intermediação. Relata que na teoria da eficácia indireta o influxo dos direitos fundamentais nas relações entre particulares ocorre por meio das cláusulas gerais do direito privado. Informa que a Alemanha foi o berço da Eficácia Horizontal, denominada *Drittwirkung*, e indica as razões para tanto. Apresenta o tratamento que é dado ao tema nos Estados Unidos da América por meio da aplicação da doutrina da *state action*. Elaboro estudo de dois casos tidos por emblemáticos do tema no Brasil: o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal dos recursos extraordinários 161.243-6/DF, caso Air France, e 201.819-8/RJ, caso União Brasileira de Compositores. Investiga qual seria a teoria encampada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento dos referidos casos. Conclui pela predominância da aceitação da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais, exceção feita aos Estados Unidos, cuja Suprema Corte aplica a doutrina da *state action*. Conclui que no Brasil, embora seja aceita a Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais, não está claro se é adotada a teoria da eficácia direta ou da eficácia indireta, e que esse tema ainda demanda definição. Conclui, ainda, que em lugar da criação de uma nova geração ou dimensão talvez a nova etapa de evolução dos direitos fundamentais seja a extensão desses direitos às relações entre particulares.

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais. Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais. Eficácia Horizontal Direta. Eficácia Horizontal Indireta. *Drittwirkung*. Doutrina da *State Action*.

## ABSTRACT

The work examines the efficacy of fundamental rights in private relationships: matter so-called “Horizontal Efficacy of Fundamental Rights”. It shows the historic evolution of the subject initiating at the original vertical efficacy –relationships between the State and citizens. It indicates the criticism to the Horizontal Efficacy, criticism based, in essence, on the claimed incompatibility between a horizontal efficacy of fundamental rights and private law autonomy. It introduces the different theories related to the ways of application of fundamental rights to the private relationships, if direct, meaning intermediation is not necessary; or indirect, meaning it is necessary a kind of intermediation. It relates that under indirect efficacy theory the influx of fundamental rights on private relationships occurs through general clauses of private law. It informs that the Horizontal Efficacy of Fundamental Rights has been born in Germany, and then called *Drittwirkung*, and indicates the reasons for that. It is shown how the treatment of the subject at the United States of America under the state action doctrine is. It examines two emblematic cases resolved in Brazil by the Supremo Tribunal Federal: the “Air France case”, constitutional appeal 161.243-6/DF, and the “União Brasileira de Compositores case”, constitutional appeal 201.819-8/RJ. It analyses which of these theories were adopted by the court. It concludes in terms of the predominance of the Horizontal Efficacy of Fundamental Rights, except on the United States, where the Supreme Court applies the state action doctrine. It figures out that in Brazil, although the Horizontal Efficacy of Fundamental Rights has been accepted, it is not clear which is the accepted way of application, if the direct or the indirect efficacy, and that this matter still demands a definition. It also concludes that, instead of a new generation or dimension for fundamental rights, a new stage of fundamental rights’ evolution may be the extension of these rights to private relationships.

**Key-Words:** Fundamental Rights. Horizontal Efficacy of Fundamental Rights. Direct Horizontal Efficacy. Indirect Horizontal Efficacy. *Drittwirkung*. State Action Doctrine.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>06</b>
<b>2</b>	<b>DIREITOS FUNDAMENTAIS</b>	<b>08</b>
2.1	Conceito	08
2.2	Características	10
2.3	Gerações/dimensões	11
2.4	Titularidade	12
<b>3</b>	<b>EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS</b>	<b>15</b>
3.1	Eficácia vertical	15
3.2	Eficácia horizontal	15
3.2.1	Negação da eficácia horizontal	18
3.2.2	Eficácia horizontal direta	20
3.2.3	Eficácia horizontal indireta	26
3.2.4	Equiparação da ação do particular à ação estatal – <i>state action</i>	29
<b>4</b>	<b>ESTUDOS DE CASO NO BRASIL</b>	<b>36</b>
4.1	O caso Air France – RE 161.243-6/DF	36
4.2	O caso União Brasileira de Compositores – RE 201.819-8/RJ	38
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO</b>	<b>42</b>
<b>6</b>	<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>45</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Historicamente os direitos fundamentais nasceram regulando as relações entre Estado e cidadão, estabelecendo direitos para estes e impondo um dever para aquele. Daí dizer-se que os direitos fundamentais operam em uma eficácia vertical, vinculando o Estado. Assim foi com a Magna Carta e cinco séculos depois com as revoluções americana e francesa, e assim se prosseguiu posteriormente.

Diz-se vertical a eficácia porque a relação entre Estado e cidadão é representada em uma linha vertical, ocupando o Estado o polo superior e o cidadão o inferior. A razão da superioridade do Estado é o fato de deter mais poder, o que lhe confere inclusive maior potencial para eventualmente violar os direitos nas relações jurídicas que entretém com o cidadão. Daí os direitos fundamentais destinarem-se originalmente a ele, Estado.

A evolução do Estado e dos direitos fundamentais manteve a máxima da eficácia vertical. Com o advento do Estado liberal, aliás, e o prestígio da autonomia privada, tal ideia foi inclusive reforçada. Não obstante isso, a partir do movimento do constitucionalismo do pós-guerra, que buscou conferir força normativa às constituições, e particularmente na Alemanha, onde houve forte ênfase na dignidade humana em reação ao período do nazismo, começou-se a debater a respeito dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. O tema ainda é objeto de debate e é conhecido como a “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”. Eficácia horizontal como corolário do que foi dito acima a respeito da eficácia vertical. Trata-se de analisar o tema nas relações entre particulares, entre iguais, daí dizerem-se horizontais as relações<sup>1</sup>.

No Brasil, ao inaugurar o Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, a Constituição da República de 1988 traz o extenso rol de direitos fundamentais do artigo 5º (não exaustivo), garantindo no *caput* desse artigo, aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. O parágrafo primeiro esclarecerá que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

---

<sup>1</sup> Embora a constatação de que mesmo os particulares não ocupam posições iguais virá a ter influência no desenvolvimento dos estudos a respeito da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares, como será visto no decorrer do trabalho.

Os 78 incisos do artigo 5º especificam os termos em que se dá tal garantia (homens e mulheres são iguais, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, ninguém será submetido à tortura, etc.).

Indaga-se: a dicção “garantindo-se” empregada no *caput* do artigo 5º da CRFB/1988 quer dizer que foi o Estado que concedeu o direito e por isso está ele, e apenas ele, obrigado a respeitá-lo? Ou quer dizer que, independentemente de ter sido ele, Estado, quem concedeu o direito, ele o respeitará e cuidará para que outros também o respeitem (o direito)? Em outras palavras, os direitos fundamentais têm uma eficácia apenas vertical, entre Estado e particular, ou também horizontal, entre particular e particular?

Esse é o tema deste trabalho. Discorrer sobre os estudos que a doutrina tem feito a respeito da denominada “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”, bem como a forma pela qual o Poder Judiciário tem tratado do tema. Para desenvolvê-lo partiu-se de algumas premissas, que podem ser deduzidas do até aqui exposto. A visão é de uma natureza contratual de Estado e, assim, dos direitos fundamentais, em oposição à concepção de direito natural. Por isso, são considerados direitos fundamentais aqueles positivados em uma constituição.

Procura-se fazer rápida incursão sobre a conceituação dos direitos fundamentais e suas gerações/dimensões para, então, adentrar-se no tema das eficácias. No âmbito da eficácia horizontal analisaram-se quatro teorias: a que nega a sua existência, defendendo que apenas o Estado é destinatário dos direitos fundamentais e o particular é sempre titular desses direitos; a que sustenta existir uma eficácia horizontal dos direitos fundamentais, mas de forma indireta; a que sustenta existir uma eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares; e, por fim, a que, embora não admita em princípio a eficácia horizontal, termina por aplicá-la por meio da equiparação de uma ação de particular à ação do Estado (doutrina da *state action*).

Analisam-se, por fim, os casos tidos por mais significativos na jurisdição constitucional brasileira, a saber os julgados dos RE 161.243-6/DF e RE 201.819-8/RJ, respectivamente os casos Air France e União Brasileira de Compositores.

Finalmente, procura-se oferecer, como resultado da análise, o que se conclui inclinarem-se a jurisprudência e a doutrina brasileiras a respeito do tema.



## 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 2.1 CONCEITO

Como adverte Ingo Wolfgang Sarlet<sup>1</sup>, o tão só fato de se utilizar a expressão “direitos fundamentais” já revela uma opção terminológica. O autor apresenta a distinção entre as expressões “direitos do homem”, “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, indicando para a expressão direitos do homem o sentido de direitos naturais ou não, não positivados. Direitos humanos seriam aqueles positivados na esfera do direito internacional. E, por fim, direitos fundamentais são os direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado.<sup>2</sup>

Direitos fundamentais, no âmbito deste trabalho, são aqueles assim reconhecidos por uma constituição. No caso do Brasil o artigo 5º da Constituição inaugura o Título II da Carta e apresenta um primeiro rol de direitos fundamentais. Com seus 78 incisos é o elenco por excelência dos direitos fundamentais, embora não exclusivo, dado que no próprio Título II da Constituição há expressa referência aos direitos sociais e políticos, por exemplo, e o Supremo Tribunal Federal já reconheceu que mesmo fora do Título II há direitos fundamentais, como por exemplo a anterioridade tributária<sup>3</sup>.

Para José Afonso da Silva:

...os direitos fundamentais designam, ‘no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que o [ordenamento jurídico] concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualitativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive’.<sup>4</sup>

No esforço para definir o direito fundamental Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco mencionam que Vieira de Andrade:

---

<sup>1</sup> Sarlet, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl.; 3.tir – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. pg. 27.

<sup>2</sup> *Ibidem*, pg. 30.

<sup>3</sup> Mendes, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. pg. 238.

<sup>4</sup> Silva, José Afonso da. *apud* Mendes, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Ibidem*, pg. 237.

... detendo-se no tema, pretende que, em última análise, o ponto característico que serviria para definir um direito fundamental seria a intenção de explicitar o princípio da dignidade da pessoa humana. Nisso estaria a fundamentalidade material dos direitos humanos.<sup>5</sup>

Mesmo tratando de apresentar a crítica que Canotilho faz à tentativa de entrelaçamento do princípio da dignidade da pessoa humana na natureza dos direitos fundamentais (basicamente porque a Constituição portuguesa consagra direitos fundamentais para pessoas jurídicas, hipótese na qual, evidentemente, não há correlação com dignidade de pessoa humana) Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paul Branco concluem que de fato a definição do que são direitos fundamentais passa pelo referido entrelaçamento com o princípio da dignidade da pessoa humana:

Não obstante a inevitável subjetividade envolvida nas tentativas de discernir a nota de fundamentalidade em um direito, e embora haja direitos formalmente incluídos na classe dos direitos fundamentais que não apresentam ligação direta e imediata com o princípio da dignidade humana, é esse princípio que inspira os típicos direitos fundamentais, atendendo à exigência do respeito à vida, à liberdade, à integridade física e íntima de cada ser humano, ao postulado da igualdade em dignidade de todos os homens e à segurança. É o princípio da dignidade humana que demanda fórmulas de limitação do poder, prevenindo o arbítrio e a injustiça.<sup>6</sup>

A respeito da denominação “direitos fundamentais” Marcelo Novelino cita Antonio Enrique Perez Luño para ensinar que “*A expressão direitos fundamentais (“droits fondamentaux”) surgiu na França (1770) no movimento político e cultural que deu origem à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789).*”<sup>7</sup>

Em um breve apanhado, portanto, direitos fundamentais são aqueles direitos entrelaçados com a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana, (fundamento da República Federativa do Brasil - inciso III do artigo 1º da Constituição), positivados no corpo da constituição<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> Mendes, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. pg. 236.

<sup>6</sup> *Ibidem*, pg. 237

<sup>7</sup> Novelino, Marcelo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Método, 2008. pgs. 221-222.

<sup>8</sup> No caso brasileiro, de forma majoritária, mas não necessária, no Título II da Constituição, capitulados como direitos individuais e coletivos, sociais e do trabalho.

## 2.2 CARACTERÍSTICAS

Os direitos fundamentais apresentam os atributos da universalidade, irrenunciabilidade, imprescritibilidade, inalienabilidade, relatividade ou limitabilidade, e da historicidade.

São universais porque “todas as pessoas são titulares de direitos fundamentais” e “a qualidade de ser humano constitui condição suficiente para a titularidade de tantos desses direitos.”<sup>9</sup> São imprescritíveis porque seu não exercício não implica prescrição ou perecimento. São inalienáveis porque não possuem um conteúdo patrimonial e não estão no comércio - não podem ser transferidos ou negociados.

Quanto à irrenunciabilidade há particularidades a serem consideradas. Dizer que os direitos fundamentais não podem ser renunciados não implica dizer que devem sempre ser exercidos. O exemplo clássico é o direito de propriedade, que é direito fundamental consagrado no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal mas que também integra o direito privado e pode ser objeto de renúncia (artigo 1.275, II, do Código Civil). O que a doutrina procura esclarecer no ponto é que ocorre uma espécie de renúncia ao exercício do direito em uma dada situação, mas que o direito, em sua dimensão de direito fundamental, subsiste. No exemplo da renúncia ao direito de propriedade do direito privado há na verdade renúncia à propriedade de um determinado bem, sem implicar que aquele renunciante tenha deixado de ser titular do direito de ser proprietário de algum bem.<sup>10</sup>

São relativos porque “podem sofrer limitações quando enfrentam outros valores de ordem constitucional, inclusive outros direitos fundamentais”<sup>11</sup>.

Por fim, quanto à historicidade, Bobbio é definitivo:

Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos

---

<sup>9</sup> Mendes, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. pg. 240.

<sup>10</sup> *Ibidem*, pgs. 242 e 243; e Silva, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1ª ed. – 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2014, pgs. 63-64.

<sup>11</sup> Mendes, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. pg.240.

poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.<sup>12</sup>

## 2.3 GERAÇÕES/DIMENSÕES

O atributo da historicidade, como visto, informa que os direitos fundamentais devem ser apanhados em um determinado contexto histórico, um tempo e um lugar. Quanto ao tempo, pode-se observar seu nascimento e evolução em três gerações.

Os direitos de primeira geração seriam os direitos individuais, as liberdades públicas; os direitos de segunda geração seriam os direitos sociais, o direito a prestações; e os direitos de terceira geração são os destinados à proteção de direitos de titularidade difusa.

Os direitos fundamentais de primeira geração surgem com as revoluções americana e francesa, com ênfase nas liberdades individuais. Exige-se do Estado uma atuação negativa, no sentido de abster-se de praticar condutas que violem os direitos dos cidadãos, essencialmente os direitos civis e políticos.

Os direitos de segunda geração surgem a partir do período da industrialização, quando o agravamento do quadro de desigualdade social e econômica passou a exigir do Estado que atuasse de forma positiva no sentido de promover a justiça social. É o advento dos direitos sociais, tais como saúde, previdência, educação, etc...

Por fim, os direitos de terceira geração estão ligados às ideias de fraternidade e solidariedade, marcando-se por sua titularidade difusa. Tratam-se do direito ao meio-ambiente ecologicamente preservado; à paz, ao desenvolvimento, à autodeterminação dos povos, etc...<sup>13</sup>

Atualmente a denominação dos direitos como de uma dada “geração” é criticada, pois induziria à impressão de que uma geração foi substituída por outra. Tem-se utilizado, diante disso, a denominação “dimensões” e não “gerações”, falando-se de direitos de primeira, segunda ou terceira dimensões. Nada obsta, contudo, o uso da expressão consagrada “gerações de direitos fundamentais”, cuidando-se de

---

<sup>12</sup> Bobbio, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. pg. 5. Citado por inspiração colhida em Mendes, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet, *Ibidem*, pg. 241.

<sup>13</sup> Mendes, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. *passim*; Novelino, Marcelo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Método, 2008. *Passim*.

ressalvar que não há substituição de direitos fundamentais de uma geração por outra, mas agregação de uma por outra.

## 2.4 TITULARIDADE

Ao falar-se da titularidade dos direitos fundamentais começa-se a abordar o problema objeto deste trabalho. Em primeiro lugar, é pacífico que o particular é o titular dos direitos fundamentais. Eles nasceram, aliás, para garantir o particular perante o Estado. O corolário, portanto, é que, de outro lado, seja o Estado o destinatário dos direitos fundamentais. Destinatário no sentido de ser o agente passivo, o obrigado, o devedor.

No polo ativo houve alguma indagação a respeito de quais pessoas seriam titulares dos direitos fundamentais. Como visto acima, o direito é qualificado como fundamental a partir de seu entrelaçamento com a dignidade da pessoa humana. Nesse contexto indagou-se se a pessoa jurídica também poderia titularizar direitos fundamentais. Em princípio, logicamente, a resposta seria não. Mas na definição dos direitos fundamentais também está o elemento da positivação na constituição. Em sendo assim, cumpre verificar se no catálogo de direitos fundamentais inscrito na Carta há algum passível de exercício por pessoa jurídica. E a resposta é positiva. A pessoa jurídica tem, por exemplo, garantido o direito de propriedade e não pode ser obrigada a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Evidentemente que, como lembram Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco<sup>14</sup>, há direitos fundamentais relacionados exclusivamente com a pessoa humana, como por exemplo as garantias que dizem respeito à prisão, os direitos políticos, como o de votar e ser votado, ou os direitos sociais. Tal constatação, contudo, não impede que se reconheça a possibilidade de que pessoa jurídica seja titular de direito fundamental quando presente compatibilidade entre o direito e a natureza da pessoa.

Quanto ao sujeito passivo dos direitos fundamentais, classicamente é o Estado<sup>15</sup>:

---

<sup>14</sup> Mendes, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. pg. 271.

<sup>15</sup> *Ibidem*, pg. 275.

A História aponta o Poder Público como o destinatário precípua das obrigações decorrentes dos direitos fundamentais. A finalidade para a qual os direitos fundamentais foram inicialmente concebidos consistia, exatamente, em estabelecer um espaço de imunidade do indivíduo em face dos poderes estatais.

Como os mesmos autores informam, contudo, os desdobramentos originados pelas crises sociais e econômicas do século XX tornou “claro também que outras forças sociais, como grupos econômicos ou políticos de peso, poderiam, da mesma forma, trazer para o indivíduo vários dos constrangimentos que se buscavam prevenir contra o Estado.”<sup>16</sup>

Virgílio Afonso da Silva, no ponto, trata da “Ameaça Horizontal a Direitos Humanos”:

Uma das principais mudanças de paradigma que, no âmbito do direito constitucional, foram responsáveis pelo reconhecimento de uma constitucionalização do direito e, sobretudo, de um rompimento nos limites de produção de efeitos dos direitos fundamentais somente à relação Estado-cidadãos foi o reconhecimento de que, ao contrário do que uma arraigada crença sustentava, não é somente o Estado que pode ameaçar os direitos fundamentais dos cidadãos, mas também outros cidadãos, nas relações horizontais entre si.<sup>17</sup>

E Manoel Gonçalves Ferreira Filho, na mesma linha, afirma prontamente que “o sujeito passivo desses direitos são todos os indivíduos que não o seu titular, a que se acrescentam todos os entes públicos ou privados, inclusive e especialmente o Estado.”<sup>18</sup>

A constatação de que os particulares podem figurar no polo passivo das relações jurídicas envolvendo direitos fundamentais é o cerne do estudo da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Praticamente responde ao questionamento que motiva as análises a respeito do tema, as quais indagam se existe uma tal eficácia.

Como ensinam Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco, depois de referirem à força vinculante e à eficácia imediata dos direitos fundamentais e sua posição no topo da hierarquia das normas jurídicas:

---

<sup>16</sup>Mendes, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. pg. 275.

<sup>17</sup> Silva, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1ª ed. 4ª tir. São Paulo. Malheiros Editores, 2011. pg. 52

<sup>18</sup> Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. pgs.45-46.

Tudo isso contribuiu para que se assentasse a doutrina de que também as pessoas privadas podem estar submetidas aos direitos fundamentais. A incidência das normas de direitos fundamentais no âmbito das relações privadas passou a ser conhecida, sobretudo a partir dos anos cinquenta, como o efeito externo, ou a eficácia horizontal, dos direitos fundamentais (a *drittwirkung* do Direito alemão). Desse efeito vem-se extraindo desdobramentos práticos não negligenciáveis, que traçam novas perspectivas para o enfrentamento de questões quotidianas.<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> Mendes, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. pg. 276.

### 3 EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

#### 3.1 EFICÁCIA VERTICAL

A eficácia vertical dos direitos fundamentais não guarda qualquer celeuma. Os direitos fundamentais nasceram na relação jurídica entre Estado e cidadão, verticalizada por si própria. A concepção clássica é que o Estado é o destinatário dos direitos fundamentais e o particular o titular desses direitos.

#### 3.2 EFICÁCIA HORIZONTAL

Antes foi dito que se admite atualmente que particulares figurem no polo passivo de relações jurídicas envolvendo direitos fundamentais. Tal constatação por si só reconhece a existência da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Apesar disso, há que se aprofundar a análise do tema, pois que, a par de existirem dúvidas a respeito da intensidade com a qual se dá tal eficácia, há ainda quem defenda a não vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

A questão que se põe é o contraponto entre os direitos fundamentais e a autonomia do direito privado. É no âmbito do direito privado que a matéria, de fato, ganha relevo, pois é nesse âmbito que se chocam as vontades e interesses de particulares. O direito do trabalho, em tese, seria campo também de avaliação, como o é em outros países, mas no caso do Brasil as relações de trabalho são de tal forma reguladas pelo legislador e pela própria Constituição que praticamente não há espaço para um eventual conflito entre particulares cuja busca de solução suscite a dúvida a respeito da possibilidade ou não de socorro ao catálogo de direitos fundamentais da constituição. Virgílio Afonso da Silva esclarece que, como a Constituição garante também direitos sociais e os chamados direitos dos trabalhadores, problemas verificados na Alemanha que deram início ao debate sobre o tema “não ensejam grandes controvérsias no caso brasileiro”.<sup>1</sup>

Cita o autor:

---

<sup>1</sup> Silva, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1ª ed. 4ª tir. São Paulo. Malheiros Editores, 2011. pgs. 23-24.



Um caso paradigmático é a igualdade de salários entre homens e mulheres. Essa questão foi o ponto de partida, na Alemanha, de todo um debate sobre os efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, que, para o caso brasileiro, diante do previsto no art. 7º, XXX, tem pouca relevância.

...  
Diante disso, é de se supor que, no Brasil, especialmente no âmbito social-trabalhista, a extensão dos direitos fundamentais às relações entre particulares seja pouco problemática, em vista, sobretudo, do art. 7º da Constituição.<sup>2</sup>

Marcelo Schenk Duque também informa que foi na Alemanha que a questão em torno da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas encontrou o “seu mais alto desenvolvimento dogmático”<sup>3</sup>. E tal não seria por acaso, dado que “a trágica experiência trazida pelo nacional-socialismo contribuiu para a necessidade de se fortalecer os direitos fundamentais.”<sup>4</sup>

Ensina também o autor que, na Alemanha, foi no âmbito das relações de trabalho que o tema adquiriu seu impulso inicial. Foi nesse campo que “a desigualdade de poder, típica das relações de trabalho, revelou com considerável nitidez a possibilidade de uma parte – considerada mais forte, notadamente o empregador – restringir direitos fundamentais da mais fraca – o empregado.”<sup>5</sup> E, posteriormente, verificou-se essa mesma desigualdade em outros tipos de relações privadas.

Virgílio Afonso da Silva, na mesma linha, aponta que a constituição alemã é de cunho liberal<sup>6</sup>, não contemplando o rol de direitos sociais e dos trabalhadores que a brasileira contempla. Daí talvez a necessidade de maior atenção ao tema na Alemanha.<sup>7</sup>

Enfim, apontando-se que o debate sobre o tema nasceu em ramo do direito que no Brasil é diretamente regulado pela Constituição, e, portanto, onde não há polêmica, é de se indagar se efetivamente o tema tem relevo para nosso ordenamento ou se não se trataria de um problema meramente ilusório, questão levantada por Ingo Wolfgang Sarlet.<sup>8</sup>

<sup>2</sup> Silva, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1ª ed. 4ª tir. São Paulo. Malheiros Editores, 2011. pgs. 24-25

<sup>3</sup> Duque, Marcelo Schenk. *Direito privado e constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais. Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. pg. 41.

<sup>4</sup> *Ibidem*, pgs. 41-42.

<sup>5</sup> *Ibidem*, pg. 41.

<sup>6</sup> O que não afasta o caráter de Estado social da Alemanha, como o próprio autor ressalva.

<sup>7</sup> Silva, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1ª ed. 4ª tir. São Paulo. Malheiros Editores, 2011. pg. 24.

<sup>8</sup> Sarlet, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. Ed. 3. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. pg. 375.

O citado autor, contudo, responde que não:

Se até mesmo no direito lusitano, no qual a Constituição vigente expressamente consagra uma vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais (art. 18/1), não se registra um consenso quanto ao alcance e à forma desta vinculação, o que não dizer do direito constitucional pátrio, no qual inexiste cláusula similar?<sup>9</sup>

Virgílio Afonso da Silva também entende que o tema merece relevo, tendo concluído o trecho antes transcrito (a respeito de o artigo 7º da constituição brasileira tornar pouco problemática a extensão dos direitos fundamentais às relações entre particulares no âmbito social-trabalhista), com a seguinte frase: “Isso não significa, contudo, que em outros âmbitos, especialmente no âmbito jurídico-privado *stricto sensu*, a tensão entre direitos fundamentais e liberdade privada não existirá”.<sup>10</sup>

Marcelo Schenk Duque, no tópico, apresenta um rol de perguntas que, embora tratadas pela doutrina alemã, apresenta temas que podem ser discutidos no Brasil: um contrato privado pode impedir que uma parte renuncie à participação em competições de lutas esportivas? Que uma parte se comprometa em não contrair matrimônio? Um médico pode ser compelido a efetuar um aborto terapêutico, mesmo quando a sua convicção religiosa ou moral fale contra tal prática?<sup>11</sup>

Enfim, o tema tem relevo no Brasil. Particularmente diante da mudança de paradigma do Estado como a grande ameaça aos direitos fundamentais.<sup>12</sup>

A questão é que, admitindo-se que exista uma eficácia horizontal dos direitos fundamentais, os particulares, que são os titulares dos direitos, também seriam deles destinatários, o que confere uma grande complexidade à matéria.

Para lidar com tal complexidade foram desenvolvidas quatro teorias. A primeira, na verdade, nega a existência da eficácia horizontal. A segunda defende que os direitos fundamentais têm aplicação nas relações entre particulares, e essa aplicação se dá de forma direta. A terceira teoria defende da mesma forma que os direitos fundamentais têm aplicação nas relações entre particulares, mas que essa aplicação

---

<sup>9</sup> Sarlet, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. Ed. 3. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. pg. 375.

<sup>10</sup> Silva, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, 1ª ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. pg. 25.

<sup>11</sup> Duque, Marcelo Schenk. *Direito privado e constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais. Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. pg. 42.

<sup>12</sup> Silva, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1ª ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. pgs. 52-53.

se dá de forma indireta. E, por fim, uma quarta teoria, que na verdade recusa a eficácia horizontal, mas acaba por permiti-la por meio da equiparação do particular ofensor ao Estado (doutrina da *state action*).

Passa-se a discorrer a respeito de cada uma.

### 3.2.1 Negação da eficácia horizontal

Como dito acima, os direitos fundamentais nasceram vinculando Estado e cidadãos. Quase que seu pressuposto, nesses termos, é a eficácia vertical, e unicamente ela. Mesmo que a constatação de que agentes privados podem (no sentido de estarem aptos a, ou terem o potencial para) violar direitos fundamentais de outros particulares tenha ganho corpo, ainda assim restam vozes que negam a possibilidade de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

Nos Estados Unidos da América, por exemplo, a doutrina da *state action*, adiante melhor examinada, a rigor não admite a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, exigindo para ocorrer tal vinculação que uma das partes esteja de alguma forma agindo em nome do Estado<sup>13</sup>.

Virgílio Afonso da Silva aponta como fundamento mais usual contrário à eficácia horizontal dos direitos fundamentais uma razão de cunho histórico, dado que esses direitos surgiram “com uma função bem definida: proteger os indivíduos contra violações por parte do Estado.”<sup>14</sup>

O mesmo autor também esclarece, contudo, que há outros argumentos em defesa da tese da negação da eficácia horizontal.<sup>15</sup> São eles a autonomia do direito privado e a distinção que se deve fazer entre a ameaça que a atividade estatal faz aos direitos fundamentais dos cidadãos e o desequilíbrio de poderes entre os particulares.

---

<sup>13</sup> “*These holdings remain undisturbed: the Constitution does not prohibit private deprivations of constitutional rights. Private behavior need comply with the Constitution only if the state is so intimately involved in the conduct – that is, if the nexus to the state is so great – that the state can be held responsible for the activity.*” Chemerinsky, Erwin. *Rethinking State Action*. Northeastern University Law Review. Vol. 80. Fall 1985. Number 3. Pg. 508. Em tradução livre: “Essas diretivas permanecem incólumes: a Constituição não proíbe a violação de direitos constitucionais por particulares. A conduta do particular está vinculada à Constituição apenas se o Estado estiver de tal forma intimamente envolvido na conduta – isto é, se o nexo com o Estado é tão forte – que o Estado pode ser responsabilizado pela atividade.”

<sup>14</sup> Silva, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1ª ed. 4ª tir. São Paulo. Malheiros Editores, 2011. pg. 70.

<sup>15</sup> *Ibidem*, pg. 71.

Quanto ao primeiro argumento, da autonomia do direito privado, Virgílio Afonso da Silva cita Uwe Diederichsen como um dos poucos a defendê-la abertamente, e informa que a teoria conta com grande simpatia entre civilistas no Brasil.<sup>16</sup>

Em apertado resumo, não se nega a superioridade hierárquica da constituição sobre o direito privado. Mas essa superioridade é formal, não é axiológica (os valores não adquirem superioridade pelo simples fato de serem previstos na constituição<sup>17</sup>):

Os valores de ambos os sistemas normativos estão, assim, em uma relação de concorrência, e não em uma relação de hierarquia. Com isso, é possível que às vezes os valores constitucionais tenham preferência, mas também que às vezes essa preferência seja dada aos valores do direito privado.<sup>18</sup>

A preferência por um ou outro valor será dada em razão da *superioridade argumentativa*<sup>19</sup>, e, portanto:

...a questão dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações de direito privado deve ser encarada de outra forma, pois deixa de ser uma produção de efeitos necessária, baseada em uma questão hierárquica, e passa a ser, quando muito, apenas possível, dependente de outros fatores, entre sistemas normativos de nível igual.<sup>20</sup>

O outro argumento referido por Virgílio Afonso da Silva é o defendido por Suzette Sandoz. Basicamente, defende a autora que a distinção forte/fraco tem contornos diferentes em direito público e em direito privado. Na lógica do direito público o forte é sempre o Estado (desigualdade de direito presumida); e na lógica do direito privado deve ser provado quem é a parte forte e quem é a parte fraca (desigualdade fática).<sup>21</sup>

Veja-se que a crítica da autora passa pelo pressuposto de que o fundamento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais é a desigualdade entre os particulares. O que ela não admite é que essa desigualdade possa ser presumida na mesma forma como se presume ser o Estado a parte mais forte em uma relação. A posição da autora é explicada por Virgílio Afonso da Silva:

---

<sup>16</sup> Silva, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1ª ed. 4ª tir. São Paulo. Malheiros Editores, 2011. pg. 71.

<sup>17</sup> *Ibidem*, pg. 72.

<sup>18</sup> *Ibidem*, pg. 72.

<sup>19</sup> *Ibidem*, pg. 72.

<sup>20</sup> Silva, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1ª ed. 4ª tir. São Paulo. Malheiros Editores, 2011. pg. 73.

<sup>21</sup> *Ibidem*, pg. 74.

Tentar introduzir, no direito privado, uma distinção “clara e estática” entre fortes e fracos, nos moldes da distinção existente na ordem constitucional, ou seja: tratando sempre o empregador, o vendedor e o locador como fortes e o empregado, o comprador e o locatário como fracos, tem como consequência alterar gravemente a maleabilidade indispensável ao direito privado, distorce o conceito de boa-fé e politiza as relações privadas.<sup>22</sup>

Conforme Marcelo Schenk Duque, foi no início da década de 70 que teve início o “que se poderia chamar de final da tranquilidade em torno do debate da *Drittwirkung*”<sup>23</sup>. Esse período de tranquilidade teria tido início com a sentença *Lüth*, marco inicial da *Drittwirkung* na Alemanha, a ser melhor desenvolvida adiante.

A tese contrária à possibilidade da *Drittwirkung* foi defendida por Jürgen Schwabe, no sentido de “uma atuação privada que não se encontre em consonância com os direitos fundamentais tem que ser atribuída aos poderes públicos.”<sup>24</sup> Basicamente, defende-se que a eventual violação de um direito fundamental em relações entre particulares deve ser imputada não ao particular, mas ao Estado, seja ao Estado-Juiz, porque no plano concreto não atuou de forma a preservar o direito fundamental, seja ao Estado-Legislador, porque não atuou no plano genérico e abstrato, próprio da legislação, de forma a preservar o mesmo direito:

Assim, tanto o legislador quanto um tribunal, na condição de órgãos estatais, interviriam em um direito fundamental de um particular, a partir do momento em que não observassem de forma suficiente o significado desse direito por ocasião da elaboração de uma lei ou de uma decisão judicial.<sup>25</sup>

### 3.2.2 Eficácia horizontal direta

Em total oposição à teoria que nega a eficácia horizontal dos direitos fundamentais estão aqueles que pregam a aplicação direta desses direitos nas relações entre particulares.

---

<sup>22</sup> Silva, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1ª ed. 4ª tir. São Paulo. Malheiros Editores, 2011. pg. 74.

<sup>23</sup> Duque, Marcelo Schenk. *Direito privado e constituição. Drittwirkung dos direitos fundamentais. Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. pg. 93.

<sup>24</sup> Duque, Marcelo Schenk. *Direito privado e constituição. Drittwirkung dos direitos fundamentais. Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. pg. 93.

<sup>25</sup> *Ibidem*, pg. 93

Marcelo Schenk Duque ensina que essa teoria foi cunhada na Alemanha sob a denominação *Unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte*<sup>26</sup>. Seu grande defensor foi Hans Carl Nipperdey. Posteriormente, ensina Marcelo Duque que Walter Leisner reforçou a tese de Nipperdey no sentido do “reconhecimento de uma eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas”<sup>27</sup>, passando os dois a serem reconhecidos como os pilares da teoria.

Marcelo Duque constata, ainda, que a fundamentação da teoria tem base em decisões relacionadas ao direito do trabalho, o que se deu razão da “estreita ligação de Nipperdey” com esse ramo.<sup>28</sup> Nipperdey, de fato, foi Presidente do Tribunal Federal do Trabalho na Alemanha<sup>29</sup>.

Conforme Virgílio Afonso da Silva, segundo Nipperdey “os direitos fundamentais têm efeitos absolutos e, nesse sentido, não carecem de mediação legislativa para serem aplicados a essas relações”<sup>30</sup> (entre particulares). Desse modo, não seriam necessárias “artimanhas interpretativas” para aplicação dos direitos fundamentais nas relações em que o Estado não esteja presente em um dos polos<sup>31</sup>.

A construção da teoria a partir de decisões judiciais proferidas a respeito de relações de trabalho pode ser explicada porque, como dito acima, na Alemanha, embora se trate de um Estado-social, a constituição não regula as relações trabalhistas com o grau de detalhe que faz a brasileira, por exemplo. Em razão disso, houve a necessidade de socorro aos direitos fundamentais catalogados na constituição alemã a fim de regular relações que, a rigor, estavam no âmbito do direito privado.

Conforme Marcelo Duque, no ano de 1955 foi proferida a primeira decisão significativa aplicando a teoria<sup>32</sup>, quando se afirmou que os particulares também deveriam obedecer ao princípio da igualdade em termos de salários. Outro exemplo importante foi a decisão relativa às “cláusulas de celibato”, contratos entre hospitais

---

<sup>26</sup> Duque, Marcelo Schenk. *Direito privado e constituição. Drittwirkung dos direitos fundamentais. Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. pg. 103

<sup>27</sup> *Ibidem*, pg. 103

<sup>28</sup> *Ibidem*, pg. 103.

<sup>29</sup> Silva, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1ª ed. 4ª tir. São Paulo. Malheiros Editores, 2011. pg. 91.

<sup>30</sup> *Ibidem*, pg. 87.

<sup>31</sup> *Ibidem*, pg. 87.

<sup>32</sup> Duque, Marcelo Schenk. *Direito privado e constituição. Drittwirkung dos direitos fundamentais. Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. pg. 104.

(empregadores) e enfermeiras (empregadas) prevendo o despedimento das profissionais se contraíssem matrimônio. O interesse perseguido pelo empregador, conforme Duque, era não incorrer nas responsabilidades sociais decorrentes da gravidez de empregados. O Tribunal do Trabalho invalidou a cláusula em razão da violação à proteção do matrimônio e da família, da dignidade humana e em razão da garantia de livre desenvolvimento da personalidade.<sup>33</sup>

Duque destaca a decisão, informando que:

Essa decisão causou sensação, justamente pelo fato de que os seus elementos sustentadores basearam-se na teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais invocados pelas trabalhadoras. A argumentação do BAG seguiu a linha das decisões já aqui citadas, citando a característica dos direitos fundamentais como preceitos ordenadores da vida social, com significado direto para as relações privadas e, especificamente, o fato de que acordos e negócios jurídico-privados em geral não podem situar-se em contradição com aquilo que se pode denominar de arranjo estrutural ou ordem pública de um ordenamento jurídico-estatal concreto.<sup>34</sup>

De todo modo, com o passar do tempo a tese enfraqueceu na Alemanha, e o próprio Tribunal do Trabalho segue atualmente a teoria da eficácia indireta<sup>35</sup>. Virgílio Afonso da Silva também ensina que a teoria é hoje “amplamente minoritária em praticamente todos os países em que o tema é objeto de estudo sistemático”.<sup>36</sup>

As dificuldades em sustentar a teoria residem basicamente na questão do conflito com a autonomia privada. Como se verá adiante, na teoria dos efeitos indiretos (eficácia horizontal indireta) esse conflito também se dá. Na verdade, a tão só aceitação da eficácia horizontal já é geradora do conflito entre direitos fundamentais e autonomia privada, promovendo uma complexa intersecção entre direito público e direito privado. Mas na teoria dos efeitos indiretos esse conflito é melhor resolvido, o que se faz com socorro na teoria da irradiação e nas cláusulas gerais do direito privado.

Marcelo Duque defende que:

---

<sup>33</sup> Duque, Marcelo Schenk. *Direito privado e constituição. Drittwirkung dos direitos fundamentais. Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. pgs. 104-105.

<sup>34</sup> Duque, Marcelo Schenk. *Direito privado e constituição. Drittwirkung dos direitos fundamentais. Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. pg. 105.

<sup>35</sup> *Ibidem*, pg. 106.

<sup>36</sup> Silva, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1ª ed. 4ª tir. São Paulo. Malheiros Editores, 2011. pg. 94.

... o reconhecimento geral de uma eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas pode ser afastado por uma linha argumentativa estruturada no seguinte sentido: conjunto da tradição histórica, natureza e função dos direitos fundamentais, impossibilidade de recondução à cláusula de aplicabilidade imediata e incompatibilidade com o princípio da autonomia privada.<sup>37</sup>

Com relação à questão histórica, lembra que a *Drittwirkung* direta encontrava justificção no particular momento vivido na Alemanha do pós-guerra, quando se fazia necessária uma “afirmação demasiada dos direitos fundamentais após anos de degradação da pessoa”<sup>38</sup>. A experiência do nacional-socialismo, de fato, representou uma violação em tal grau da dignidade da pessoa humana que a reação à uma tal experiência naturalmente ocorreria no mesmo grau de intensidade, mas em sentido inverso, no sentido da proteção e promoção do princípio da dignidade da pessoa humana. Como os direitos fundamentais voltam-se exatamente para essa proteção e promoção, a vinculação direta de todos os entes, públicos ou privados, a eles foi uma etapa natural e talvez necessária.

Quanto à natureza e função dos direitos fundamentais, lembra o autor que o próprio Nipperdey abandonou a teoria da aplicação direta:

... quando em escritos posteriores sobre o tema admitiu que os direitos fundamentais vigem no direito privado apenas em sua qualidade de garantias institucionais e normas principiológicas e não, ao contrário, no sentido abrangente de direitos públicos subjetivos.<sup>39</sup>

No que tange à questão da *aplicabilidade imediata*, expressão literalmente inscrita no parágrafo primeiro do artigo 5º da nossa Constituição Federal<sup>40</sup>, Duque defende que tal cláusula não implica *eficácia horizontal direta*. A questão é distinguir os âmbitos. Dizer que os direitos fundamentais têm aplicação imediata não implica dizer que eles incidem de forma direta nas relações entre particulares. Em outras palavras, a expressão *aplicabilidade imediata*, nos termos da constituição, não alarga

<sup>37</sup> Duque, Marcelo Schenk. *Direito privado e constituição. Drittwirkung dos direitos fundamentais. Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. pg. 118.

<sup>38</sup> Duque, Marcelo Schenk. *Direito privado e constituição. Drittwirkung dos direitos fundamentais. Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. pg. 119.

<sup>39</sup> *Ibidem*, pg. 123.

<sup>40</sup> As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.



o âmbito das relações jurídicas que devem observar, com *eficácia imediata*, os direitos fundamentais.

O autor sustenta que o modelo adotado pelo Brasil é o mesmo da Alemanha, que dirige a aplicabilidade imediata ao Estado:

A cláusula de aplicabilidade direta está prevista na Constituição Federal. Ela não é um achado brasileiro. A LF contém dispositivo semelhante, muito embora mais nitidamente direcionado quanto aos seus destinatários. Enquanto a versão brasileira limita-se a afirmar que os direitos fundamentais têm aplicação imediata, a alemão especifica que essa aplicação imediata, na forma de vinculação, dirige-se aos poderes públicos. A tese aqui sustentada é que o conteúdo da cláusula de aplicabilidade direta na Constituição Federal não difere do conteúdo de sua correspondente alemão, que ao lhe anteceder, serviu-lhe de modelo. Isso significa que a cláusula de aplicabilidade imediata da Constituição Federal deve ser entendida como uma cláusula de vinculação dos órgãos estatais aos direitos fundamentais.<sup>41</sup>

O problema relativo ao parágrafo primeiro do artigo 5º da Constituição Federal, e sua referência à *aplicabilidade imediata* dos direitos fundamentais, também é trabalhado por Virgílio Afonso da Silva, para quem “aplicabilidade, portanto, é um conceito que envolve uma dimensão fática que não está presente no conceito de eficácia.”<sup>42</sup>

Ainda Virgílio Afonso da Silva concluirá, de forma bastante direta, que:

... a simples prescrição constitucional de que as normas definidoras de direitos fundamentais terão “aplicação imediata” não diz absolutamente nada sobre quais relações jurídicas sofrerá seus efeitos, ou seja, não traz indícios sobre o tipo de relação que deverá ser disciplinada pelos direitos fundamentais. Prescrever que os direitos fundamentais têm “aplicação imediata” não significa que essa aplicação deverá ocorrer em todos os tipos de relação ou que todos os tipos de relação jurídica sofrerão algum efeito das normas de direitos fundamentais.<sup>43</sup>

Resta a questão da incompatibilidade entre a eficácia direta e o princípio da autonomia privada.

Virgílio Afonso da Silva cita Konrad Hesse em trecho que retrata o tema: “...o princípio básico de nosso direito privado, a autonomia privada, seria colocado em

---

<sup>41</sup> Duque, Marcelo Schenk. *Direito privado e constituição. Drittwirkung dos direitos fundamentais. Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. pg. 136.

<sup>42</sup> Silva, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1ª ed. 4ª tir. São Paulo. Malheiros Editores, 2011. pg. 56.

<sup>43</sup> *Ibidem*, pg. 58.

perigo se as pessoas não pudessem, em suas relações entre si, contornar as disposições de direitos fundamentais.”<sup>44</sup>

A questão que se coloca é que há um direito geral de liberdade reconhecido pela maioria das constituições das democracias ocidentais<sup>45</sup> (no caso do Brasil no *caput* do artigo 5º) que:

... inclui também a liberdade de que devem gozar os participantes em uma relação de direito civil de ‘evitar’ as disposições de direitos fundamentais que para a ação estatal são incontornáveis. Sem essa liberdade de contornar a aplicabilidade dos direitos fundamentais a liberdade contratual ficaria comprometida.<sup>46</sup>

Aponta-se, também, para o risco de constitucionalização de todo o direito privado e, inclusive, a consequente transformação do STF em corte de revisão, pois todas as matérias passariam a ter índole constitucional.<sup>47</sup>

Marcelo Schenk Duque conclui dizendo que:

... uma *Drittwirkung* direta, vale dizer, uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais em sentido análogo à vinculação a que os poderes estatais estão sujeitos conduz, de acordo com a concepção geral da constituição e dos próprios direitos fundamentais, a uma sensível restrição à autonomia privada, gerando, com isso, uma supressão significativa da liberdade autorresponsável, cujo resultado imediato seria uma modificação do próprio significado do direito privado.

Não obstante as considerações acima, e sendo reconhecidamente minoritária a corrente que defende a eficácia horizontal imediata dos direitos fundamentais, no Brasil a matéria não está clara. Ingo Wolfgang Sarlet, por exemplo, é taxativo ao defender a teoria da aplicação imediata:

Se a tese da assim designada eficácia mediata (indireta) segue dominante na doutrina e jurisprudência alemãs, inclinamo-nos hoje – pelo menos à luz do direito constitucional positivo brasileiro – em prol de uma necessária vinculação direta (imediata) *prima facie* também dos particulares aos direitos fundamentais, sem deixar de reconhecer, todavia, na esteira de Canotilho e outros, que o modo pela qual se opera a aplicação dos direitos fundamentais

<sup>44</sup> Silva, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1ª ed. 4ª tir. São Paulo. Malheiros Editores, 2011. pg. 97.

<sup>45</sup> *Ibidem*, pg. 75.

<sup>46</sup> Silva, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1ª ed. 4ª tir. São Paulo. Malheiros Editores, 2011. pg. 75.

<sup>47</sup> Tavares, André. *Apud* Duque, Marcelo Schenk. *Direito privado e constituição. Drittwirkung dos direitos fundamentais. Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. pg. 186.

às relações jurídicas entre particulares não é uniforme, reclamando soluções diferenciadas.<sup>48</sup>

O tema, vê-se, permanece complexo, cabendo anotar, ainda, que, na visão de Virgílio Afonso da Silva, no Brasil “o STF nunca se dedicou a desenvolver uma tese sobre o problema ou a aplicar algum modelo a tais casos”<sup>49</sup> (relativos à vinculação dos particulares a direitos fundamentais, anotamos).

### 3.2.3 Eficácia horizontal indireta

Intermediária entre as duas teorias anteriores, e hoje majoritária na doutrina, a teoria dos efeitos indiretos admite a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, isto é, que devam vincular os particulares em relações jurídicas havidas no âmbito do direito privado, mas não de uma forma *direta*, com isso querendo-se dizer que há necessidade de uma *intermediação* entre direitos fundamentais e direito privado.

Segundo Virgílio Afonso da Silva:

Para conciliar direitos fundamentais e direito privado sem que haja um domínio de um pelo outro, a solução proposta é a influência dos direitos fundamentais nas relações privadas por intermédio do material normativo do próprio direito privado. Essa é a base dos efeitos indiretos.<sup>50</sup>

A teoria foi elaborada por Günter Dürig, havendo trabalhos anteriores formulados por Herbert Krüger, Walter Jellinek e Alfred Hueck<sup>51</sup>. Tais trabalhos propunham que a cláusula geral dos bons costumes do direito civil alemão fosse interpretada com base nos direitos fundamentais<sup>52</sup>. Daí nasce a ideia de que os direitos fundamentais não poderiam dominar absoluta e diretamente o direito privado, mas que por meio das cláusulas gerais deste último se poderia permitir o influxo dos direitos fundamentais para dentro do direito privado.

<sup>48</sup> Sarlet, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. - 3 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. pgs. 382-383.

<sup>49</sup> Silva, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, pg. 93.

<sup>50</sup> Silva, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1ª ed. 4ª tir. São Paulo. Malheiros Editores, 2011. pg. 76.

<sup>51</sup> Duque, Marcelo Schenk. *Direito privado e constituição. Drittwirkung dos direitos fundamentais. Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. pg. 195.

<sup>52</sup> *Ibidem*, pg. 195

O destaque é que, em sendo assim, esse influxo é estabelecido por um mecanismo do *próprio* direito privado, quais sejam suas cláusulas gerais. Essas seriam as *portas de entrada* dos direitos fundamentais no direito privado:

Essa conciliação entre direitos fundamentais e direito privado, por meio da produção indireta de efeitos dos primeiros no segundo, pressupõe a ligação de uma concepção de direitos fundamentais como um sistema de valores com a existência de portas de entrada desses valores no próprio direito privado, que seriam as cláusulas gerais.<sup>53</sup>

Virgílio Afonso da Silva ensina que a teoria tem por fundamento a construção de um novo paradigma para os direitos fundamentais no pós-guerra, para além da atribuição de um caráter normativo e não apenas declaratório para esses direitos. No novo paradigma os direitos fundamentais “desempenhariam uma função adicional: eles expressariam um sistema de valores, válido para todo o ordenamento jurídico.”<sup>54</sup>

Esse sistema de valores não pode ser confundido com uma mera declaração de intenções. Pelo contrário, ele assume um caráter vinculante, promovendo a constitucionalização do direito e ampliando a força normativa da constituição.<sup>55</sup> Ensina, ainda, Virgílio Afonso da Silva, que:

É a partir dessa concepção de direitos fundamentais como sistema de valores, que se irradiam por todo o direito, que Dürig e o Tribunal Constitucional alemão construíram suas teorias dos efeitos indiretos dos direitos fundamentais no direito privado.<sup>56</sup>

A aplicação da teoria teve início com o caso da sentença Lüth, “uma das mais marcantes decisões da história do direito constitucional”, como define Marcelo Schenk Duque.<sup>57</sup>

O caso, resumidamente, foi o seguinte: na Alemanha do pós-guerra, mais precisamente em 1950, o cidadão Erich Luth, presidente de uma associação de imprensa, propôs boicote a um filme do diretor Veit Harlan, que na época do regime

<sup>53</sup> Silva, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1ª ed. 4ª tir. São Paulo. Malheiros Editores, 2011. pg.76.

<sup>54</sup> Silva, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1ª ed. 4ª tir. São Paulo. Malheiros Editores, 2011. pg. 77.

<sup>55</sup> *Ibidem*, pg. 77.

<sup>56</sup> *Ibidem*, pg. 78.

<sup>57</sup> Duque, Marcelo Schenk. *Direito privado e constituição. Drittwirkung dos direitos fundamentais. Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. pg. 68.

nazista havia dirigido filme anti-semita de cunho propagandista das ideias do regime. A produtora do filme de 1950, defendendo que esse filme (*Unsterbliche Geliebte – Amantes imortais*) não tinha caráter anti-semita, racista ou propagandístico do regime nazista (e de fato não o tinha), exigiu que Erich Luth fosse proibido de continuar defendendo o boicote com base no § 826 do Código Civil alemão (“aquele que, de forma contrária aos bons costumes, causa prejuízo a outrem, fica obrigado a indenizá-lo”). Em primeira instância e no tribunal estadual o produtor obteve a concessão de medida determinando que Luth se abstinhasse de boicotar o filme. Luth, então, recorreu ao Tribunal Constitucional alegando que seu direito fundamental de liberdade de expressão havia sido violado, e que tal direito “protege também a possibilidade de influir sobre os outros mediante o uso da palavra.”<sup>58</sup> O Tribunal acolheu as razões do recurso e anulou as decisões inferiores sob o fundamento de que haviam ferido o direito de Luth à livre manifestação de seu pensamento. Para fazê-lo, entretanto, o Tribunal Constitucional não aplicou de forma direta os direitos fundamentais ao caso concreto. Em lugar disso determinou que a cláusula dos bons costumes inscrita no § 826 do Código Civil alemão deveria ser interpretada à luz dos direitos fundamentais.<sup>59</sup>

Vê-se que a cláusula geral foi utilizada, portanto, como a porta de entrada, no direito privado, do direito fundamental à liberdade de expressão, caracterizando a teoria da eficácia horizontal indireta dos direitos fundamentais.

A teoria, como as demais, também recebeu críticas. Virgílio Afonso da Silva sintetiza-as em três pontos: a crítica à noção de sistema de valores, base da teoria (os direitos fundamentais configuram um sistema de valores que se infiltra no direito privado por meio das cláusulas gerais); a insuficiência das cláusulas gerais; e a autonomia do direito privado<sup>60</sup>.

Quanto à primeira crítica, ensina que teve início com Forsthoff e Schmitt, que viam “na ideia de ordem de valores uma tirania dos direitos fundamentais, que passariam a determinar toda a legislação e todas as relações jurídicas, das mais importantes às mais insignificantes.” A segunda crítica, que de certa forma parece enfraquecer a primeira, radica na alegação de que fazer com que os direitos

---

<sup>58</sup> Duque, Marcelo Schenk. *Direito privado e constituição. Drittwirkung dos direitos fundamentais. Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. pg. 69.

<sup>59</sup> Silva, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1ª ed. 4ª tir. São Paulo. Malheiros Editores, 2011. pg. 82.

<sup>60</sup> *Ibidem*, pgs. 83-86.

fundamentais alcancem as relações entre particulares apenas e tão somente por meio de cláusulas gerais implica restringir a eficácia dos direitos fundamentais, conferindo proteção ineficaz àquelas relações entre particulares. Virgílio Afonso da Silva destaca que Canaris advoga tal ideia, “ao afirmar que não há como se esperar que uma cláusula geral como a boa-fé, cujo âmbito de aplicação se limita a poucos casos, possa oferecer uma proteção suficiente aos direitos fundamentais nas relações entre particulares.”<sup>61</sup> A última crítica diz respeito à autonomia do direito privado, como visto também nas críticas à teoria da eficácia direta, mas agora com ênfase na questão jurisdicional, e não na questão teórica. Isso porque na teoria da eficácia indireta não haveria o risco de dominação de um ramo do direito por outro (do direito constitucional sobre o direito privado), mas de uma “dominação da jurisdição ordinária por parte do tribunal constitucional ou de uma corte suprema similar”<sup>62</sup>, dado que, diante da necessidade de se interpretar as cláusulas gerais do direito privado à luz dos direitos fundamentais, a consequência seria que toda a matéria de direito privado terminaria por se transformar um caso de direito constitucional.

Apesar das críticas, a teoria é francamente majoritária nas democracias ocidentais.

### 3.2.4 Equiparação da ação do particular à ação estatal – *state action*

Nos Estados Unidos da América está sedimentado que os direitos fundamentais vinculam o Estado, não se aplicando às relações entre particulares. Virgílio Afonso da Silva discorda da assertiva, defendendo que essa negação de efeitos somente se dá “à primeira vista”, “é aparente, um artifício”<sup>63</sup>. O artifício consistiria em equiparar a ação do particular aos atos estatais. O resultado dessa equiparação é, ao final, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. O autor critica, no ponto, as conclusões de Daniel Sarmiento, “que iguala a doutrina da *state action* a uma não aceitação de efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares”<sup>64</sup>.

---

<sup>61</sup> Silva, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1ª ed. 4ª tir. São Paulo. Malheiros Editores, 2011. pg. 85.

<sup>62</sup> *Ibidem*, pg. 86.

<sup>63</sup> *Ibidem* pg. 98.

<sup>64</sup> *Ibidem* pg. 99.

Apesar da crítica, parece que ambas as posições estão, talvez pelo menos parcialmente, corretas. A doutrina da *state action* nega sim a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, mas também o Judiciário norte-americano atua no sentido de equiparar a ação do ente privado ao ente público quando pretende que o caso seja julgado à luz dos direitos fundamentais.

Veja-se a seguinte definição de *state action*:

*Is is firmly established that the Constitution applies only to governmental conduct, usually referred to as "state action". The behavior of private citizens and corporations is not controlled by the Constitution. In 1879, no long after the ratification of the fourteenth amendment, the Supreme Court declared that "the provisions of the Fourteenth Amendment of the Constitution.. . all have reference to State action exclusively, and not to any action of private individuals." Similarly, in the Civil Right Cases, in 1883, the Court held that "[i]t is state action of a particular character that is prohibited. Individual invasion of individual rights is not the subject-matter of the amendment."*

*The holdings remains undisturbed: the Constitution does not prohibit private deprivations of constitutional rights. Private behavior need comply with the Constitution only if the state is so intimately involved in the conduct – that is, if the nexus to the state is so great – that the state can be held responsible for the activity. Therefore, courts are powerless to halt private infringements of even the most basic constitutional values. The Supreme Court repeatedly has stated that the Constitution offers no shield against "private conduct, 'however discriminatory or wrongful.'"*<sup>65</sup>

“A Constituição não oferece escudo contra a conduta de particulares, embora discriminatória ou ilícita.” Fica claro que efetivamente não se acolhe nos Estados Unidos da América a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

De outro lado, a análise de casos concretos faz com que também se dê razão à Virgílio Afonso da Silva, pois de fato em algumas situações parece ter ocorrido um

---

<sup>65</sup> Chemerinski, Erwin. *Rethinking state action*. Volume 80. Fall 1985. Number 3. Northwestern University Law Review. Pgs. 503-557 (1985). pgs. 507-509. Em tradução livre: “É firmemente estabelecido que a Constituição aplica-se apenas à conduta governamental, usualmente referida como ‘state action’. O comportamento de cidadãos particulares e corporações não é controlado pela Constituição. Em 1879, não muito depois da ratificação da décima-quarta emenda, a Suprema Corte declarou que ‘as provisões da Décima-Quarta Emenda da Constituição.. . todas fazem referência exclusivamente à ação estatal, e não a qualquer ação de indivíduos particulares.’ Similarmente, nos Civil Right Cases, em 1883, a Corte fixou que ‘é ação estatal de uma particular característica que é proibida. A invasão individual de direitos individuais não é matéria sujeita à emenda.’ As definições permanecem inalteradas: a Constituição não proíbe violações privadas de direitos constitucionais. O comportamento privado precisa observar a Constituição apenas se o Estado está tão intimamente envolvido na conduta – isto é, se o nexo com o Estado é tão grande – que o Estado pode vir a ser responsabilizado pela atividade. Dessa forma, as cortes não tem poder para impedir infrações de particulares mesmo aos mais básicos valores constitucionais. A Suprema Corte repetidamente tem estabelecido que a Constituição não oferece escudo contra “a conduta de particulares, ‘embora discriminatória ou ilícita’”.

demasiado esforço interpretativo a fim de equiparar-se a conduta de um particular à conduta estatal.

O exemplo citado pelo autor é o caso *Shelley v. Kramer*, no qual, resumidamente, em um determinado loteamento na cidade de Saint Louis exigia-se contratualmente que os compradores de lotes não os vendessem posteriormente para indivíduos não brancos. Um dos proprietários não respeitou a cláusula contratual e alienou seu lote para um casal de negros. A venda foi contestada judicialmente e o Tribunal Estadual do Missouri acolheu o pedido anulando a venda. Submetido o caso à Suprema Corte, a decisão estadual foi reformada por entender-se violada a XIV Emenda.

O argumento utilizado pela Suprema Corte foi que, caso o contrato fosse cumprido voluntariamente pelas partes, a discriminação ali contida não transcenderia a esfera privada. De outro lado, em caso de inadimplemento contratual (isto é, caso desrespeitada a cláusula que proibia a venda naquelas condições), nessa hipótese a questão deveria ser resolvida pelos Tribunais, isto é, pelo Estado. Diante disso, outra seria a questão, não mais envolvendo uma mera relação entre particulares, mas uma relação agora envolvendo o Estado. Caso o Judiciário acolhesse a tese da violação contratual a consequência seria a execução judicial do contrato. E a execução judicial do contrato configuraria a ação estatal, a *state action*. Promovendo a execução de cláusula contratual em termos que violavam a igualdade (XIV Emenda) estaria então o Estado violando direito fundamental, o que evidentemente é vedado pela própria Emenda<sup>66</sup>.

Nesses termos, parece válida a crítica de Virgílio Afonso da Silva que entende não ser “possível que a inconstitucionalidade surja somente com a decisão judicial inferior, já que ela nada mais fez do que fazer valer uma cláusula contratual.”<sup>67</sup> De fato, “se a cláusula contratual é constitucional, a decisão de manter seus efeitos também deve ser.”<sup>68</sup>

Nesse sentido o mesmo autor cita estudo quantitativo a respeito do tema:

Uma análise quantitativa da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana – como a levada a cabo por Thomas Giegerich – pode fornecer

---

<sup>66</sup> Galiza, Andréa Karla Amaral de. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares: teoria e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: fórum, 2011. pg. 63.

<sup>67</sup> Silva, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1ª ed. 4ª tir. São Paulo. Malheiros Editores, 2011. pg. 101.

<sup>68</sup> *Ibidem*, pg. 101.



ainda mais indícios para a tese aqui sustentada, segundo a qual a Corte, quando pretende coibir um ato privado violador de direitos fundamentais, encontra algum artifício para equipará-lo a um ato público. Segundo Giegerich, com exceção de dois casos, em todas as decisões em que se equiparou uma conduta privada a uma ação estatal houve, ao mesmo tempo, o reconhecimento de violações a direitos fundamentais. Ora, se essa equiparação não fosse um mero pretexto para se concluir pela violação de algum direito fundamental, seria de se esperar que houvesse mais casos em que, a despeito de um particular ter agido de forma equiparável a uma ação estatal, não houvesse ocorrido nenhuma violação.<sup>69</sup>

Na mesma linha, depois de indicar outros casos nos quais a Suprema Corte equiparou a conduta de particulares à ação estatal<sup>70</sup>, e outros em que com argumentos semelhantes não equiparou<sup>71</sup>, Andréa Karla Amaral de Galiza adverte que “os critérios adotados para definir os contratos entre as ações estatais e as ações privadas, na prática, têm gerado inúmeras dificuldades interpretativas”<sup>72</sup>, não sendo “suficientes para impedir que situações semelhantes do ponto de vista dos direitos envolvidos sejam decididas de forma discrepante...”<sup>73</sup>.

Conclui a autora:

A análise dos casos retratam *sic* um emaranhado de decisões que não podem ser reunidas em critérios efetivamente coerentes, aplicáveis aos casos futuros a serem analisados pela Corte, de modo que nos julgamentos tem se reconhecido que o envolvimento do Estado depende da análise casuística das circunstâncias (TRIBE, 1988, p. 1960).<sup>74</sup>

Observando as datas das decisões citadas a título de exemplo (as que admitem a equiparação são anteriores a 1969 e as que não admitem posteriores) é possível compreender a crítica tecida por Erwin Chemerinsky no sentido de que a Corte Burger, iniciada naquele ano de 1969<sup>75</sup>, foi hostil a qualquer relaxamento da doutrina da *state action*:

<sup>69</sup> Silva, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1ª ed. 4ª tir. São Paulo. Malheiros Editores, 2011. pg. 102.

<sup>70</sup> *Burton v. Wilmington Parking Authority* (365 U.S. 725 (1961)) e *Reitman v. Mulkey* (387 U.S. 369 (1967)), citados por Galiza, Andréa Karla Amaral de. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares: teoria e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: fórum, 2011. pg. 64.

<sup>71</sup> *Moose Lodge Number 107 v. Irvis* (407 U.S. 163 (1972)); *Columbia Broadcasting System v. Democratic National Committee* (412 U.S. 94 (1972)) e *San Francisco Arts & Athletics Inc. v. United States Olympic Committee* (483 U.S. 522 (1987)), citados por Galiza, Andréa Karla Amaral de. *Ibidem*, pg. 65.

<sup>72</sup> Galiza, Andréa Karla Amaral de. *Ibidem*, pg. 65.

<sup>73</sup> *Ibidem*, pg. 65.

<sup>74</sup> *Ibidem*, pg. 66.

<sup>75</sup> *The Burger Court, 1969-1986. Chief Justice Warren Burger*.

*For twenty years, scholars persuasively argued that the concept of state action never could be rationally or consistently applied. The inability to construct principled state action doctrines led many experts to predict that the concept might completely vanish. From its earliest days, however, the Burger Court has been hostile to any relaxation of state action requirement.<sup>76</sup>*

Enfim, a doutrina da *state action* pressupõe que o influxo dos direitos fundamentais nas relações entre particulares dar-se-á apenas nos casos em que a conduta do agente violador possa ser equiparada a uma ação estatal. Se assim não for, a *Constituição não oferece escudo contra a conduta de particulares*.

Como visto, a doutrina é alvo de crítica severa. Implica, a rigor, a negação da eficácia horizontal. O sentido é totalmente oposto ao observado na Alemanha, onde o maior debate é se a eficácia horizontal é mediata ou imediata, direta ou indireta, ou seja, a própria eficácia horizontal é pressuposta.

Não é o tema deste trabalho, e sua investigação demandaria outra pesquisa, mas dele não destoa uma rápida abordagem sobre a razão de tal diferença em países que simbolizam a democracia ocidental e seus valores. Na obra *Dignity and Liberty - Constitutional Visions in Germany and the United States*, Edward J. Eberle trabalha a ideia de que esses países priorizam diferentes princípios em seus ordenamentos jurídicos. A Alemanha do pós-guerra acentua a dignidade humana, enquanto os Estados Unidos põem foco na liberdade. Admitida essa distinção, e considerando o potencial de conflito entre direitos fundamentais e liberdade, leia-se autonomia privada, efetivamente se poderia explicar a razão pela qual ocorrem os distintos tratamentos, dado que de fato a dignidade humana está mais fortemente ancorada nos direitos fundamentais, ou deles demanda maior proteção.

Nas palavras do autor:

*While Germany and the United States share many features in their constitutional structures, such as separation of powers, federalism, and an independent court committed to judicial review, each country ultimately has a different constitutional strategy to realize the objective of securing liberty and human happiness. Americans believe in individual liberty more than any other value. For Americans, this means freedom to do what you choose. From a legal standpoint, such freedom actually means freedom from government and official control.*

---

<sup>76</sup> Chemerinski, Erwin. *Rethinking state action*. Volume 80. Fall 1985. Number 3. Northwestern University Law Review. Pgs. 503-557 (1985). pg. 505. Em tradução livre: “Por vinte anos doutrinadores persuasivamente defenderam que o conceito de *state action* nunca poderia ser aplicado de forma racional ou consistente. A inabilidade para construir uma doutrina baseada em princípios levou muitos especialistas a predizer que o conceito poderia desaparecer completamente. Desde seus primeiros dias, contudo, a Corte Burger tem sido hostil a qualquer relaxamento da doutrina da *state action*.”

.....  
*Germany has a different constitutional strategy. Arising from the horrors of the Nazi time, the founder of the Federal Republic drew deep upon Germany tradition to found the legal order on moral and rational idealism, particularly that of Kant and Hegel. The framers of the basic charter, the Basic Law, thus designed a legal system around objectively ordered principles, rooted in justice and equality, that restore the centrality of humanity to the social order, and thereby secure a democratic society on this basis. These principles are not to be sacrificed for the exigencies of the day, as had been the case during the Nazi era.*

*At the top of this value structure is human dignity, which “shall be inviolable.” By human dignity Germans mean that each person must always be treated as an end in himself or herself, and that the intrinsic dignity of each person consists of realizing and acknowledging that person as an independent personality.<sup>77</sup>*

Erwin Chemerinsky, ao elaborar o artigo “Rethinking state action”, antes mencionado, defende que a doutrina da *state action* deve ser repensada:

*I suggest that is time to begin rethinking state action. It is time to again ask why infringements to the most basic values – speech, privacy, and equality – should be tolerated just because the violator is a private entity rather than the government.<sup>78</sup>*

---

<sup>77</sup> Eberle, Edward J. *Dignity and Liberty: constitutional visions in Germany and the United States*. Westport Connecticut, Praeger, 2002. pgs. 6-7. Em tradução livre: “Embora Alemanha e Estados Unidos compartilhem muitas características em suas estruturas constitucionais, como a separação de poderes, federalismo e uma corte independente competente para o controle de constitucionalidade, cada país possui uma diferente estratégia constitucional para alcançar o objetivo de assegurar a liberdade e felicidade humanas. Os americanos acreditam em liberdade individual mais do que qualquer outro valor. Para eles, isso significa a liberdade para fazer o que se escolher. De um ponto de vista legal, essa liberdade realmente significa liberdade do governo e do controle oficial.

.....  
 A Alemanha tem uma estratégia constitucional diferente. Saindo dos horrores do período nazista o fundador da República Federal buscou nas profundezas da tradição alemã para encontrar a ordem legal no idealismo moral e racional, particularmente aquele de Kant e Hegel. Os redatores da carta básica, a Lei Fundamental, desenharam um sistema legal sobre princípios objetivamente ordenados, radicados na justiça e na igualdade, que restaurassem a centralidade da humanidade na ordem social, e dessa forma assegurassem uma sociedade democrática sobre essas bases. Esses princípios não podem ser sacrificados pelas exigências do momento, como foi o caso durante o período nazista.

No topo dessa estrutura de valores está a dignidade humana, que ‘deve ser inviolável’. Por dignidade humana os alemães querem dizer que cada pessoa deve sempre ser tratada como um fim em si mesma, e que a dignidade intrínseca de cada pessoa consiste em perceber e reconhecer aquela pessoa como uma personalidade independente.”

<sup>78</sup> Chemerinski, Erwin. *Rethinking state action*. Volume 80. Fall 1985. Number 3. *Northwestern University Law Review*. Pgs. 503-557 (1985). pg. 505. Em tradução livre: “Eu sugiro que é hora de começar a repensar a *state action*. É tempo de novamente indagar por que infrações aos mais básicos valores – liberdade de expressão, privacidade, e igualdade – devem ser tolerados simplesmente porque o violador é um ente privado e não o governo”.

E que a próxima etapa de expansão da proteção de direitos, depois dos marcos representados pela Magna Carta, pela Constituição americana e pela XIV Emenda, deveria ser a limitação das violações de direitos (fundamentais, anotamos) feitas por entes privados:

*... I contend that the next major expansion in the protection of rights must be to limit infringements of rights made by private entities. The Constitution's declaration of personal liberties must be viewed as a code of social morals that may not be violated without a compelling justification.<sup>79</sup>*

---

<sup>79</sup> Chemerinski, Erwin. Rethinking state action. Volume 80. Fall 1985. Number 3. Northwestern University Law Review. Pgs. 503-557 (1985). pg. 507. Em tradução livre: "... eu defendo que a próxima grande expansão da proteção de direitos deve ser a limitação das violações de direitos por entes privados. A declaração constitucional de liberdades pessoais deve ser vista como um *código de moral social* que não pode ser violado sem uma poderosa justificativa."

## 4 ESTUDOS DE CASO NO BRASIL

No Brasil os estudos a respeito da eficácia horizontal dos direitos fundamentais têm sido realizados majoritariamente no campo teórico, procurando-se entender os fundamentos das diversas teorias a respeito e analisando o direito comparado, particularmente o alemão e o norte-americano. Não se verifica ainda, contudo, uma construção a respeito de qual linha seria adotada pelo direito brasileiro. Em parte isso se dá pelo detalhamento com que a Constituição trata de diversos temas, pelo que o problema sobre a eficácia por vezes não surge, ou está previamente resolvido. É o exemplo das relações trabalhistas, como visto no corpo deste trabalho.

Quando a matéria chega no Supremo Tribunal Federal e o tema é claramente abordado há outras questões, contudo, que devem ser analisadas pela corte e fundamentar a decisão, de modo a não deixar ver com clareza qual seria o alinhamento doutrinário seguido. No ponto, no julgamento do caso que é paradigma para o estudo da eficácia horizontal no Brasil (União Brasileira de Compositores - RE 201.819-8/RJ) cabe transcrever emblemático excerto do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, relator para o acórdão: “Não estou preocupado em discutir no atual momento qual a forma geral de aplicabilidade dos direitos fundamentais que a jurisprudência desta Corte professa para regular as relações entre particulares”.

Destaque-se que, apesar disso, o Ministro ressalta “que o Supremo Tribunal Federal já possui histórico identificável de uma jurisdição constitucional voltada para a aplicação desses direitos às relações privadas”. Assim, em princípio seria possível buscar identificar-se a referida forma geral de aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações entre particulares.

Abaixo seguem dois estudos de casos analisados pelo Supremo Tribunal Federal envolvendo o tema, os casos Air France (RE 161.243-6/DF) e o ora referido caso União Brasileira de Compositores (RE 201.819-8/RJ).

### 4.1 O CASO AIR FRANCE – RE 161.243-6/DF

Tratava-se de reclamatória trabalhista movida por empregado contra a Air France, requerendo a aplicação do Estatuto de Pessoal da reclamada. O Estatuto não teria sido aplicado na relação em exame porque destinado exclusivamente aos empregados de nacionalidade francesa, o que não era o caso do reclamante. A

respeito do tema o Tribunal Superior do Trabalho havia acolhido a alegação da reclamada no sentido de que não sendo o reclamante cidadão francês não fazia jus à aplicação do Estatuto.

Interposto recurso extraordinário alegando ofensa ao princípio da igualdade o Supremo Tribunal Federal deu provimento ao recurso aplicando ao caso a lição clássica de Celso Antonio Bandeira de Mello a respeito do princípio (O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade). Tratamento desigual exigiria, para que fosse admitido, “correlação lógica entre o fator erigido em critério de discrimen e a discriminação legal decidida em função dele”. E deveria haver “uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo”.

O Supremo Tribunal Federal entendeu que o fator desigualizador no caso teria sido apenas a nacionalidade do empregado, sem conexão lógica e racional que justificasse o tratamento diferenciado. Além disso, esse tratamento diferenciado não teria afinidade com o sistema normativo vigente. Em função disso, consideraram-se ausentes os fatores que justificariam o tratamento diferenciado, concluiu-se que “iguais foram tratados desigualmente, o que é ofensivo ao princípio isonômico que a Constituição consagra...” e deu-se provimento ao recurso.

Vê-se que, na verdade, o Tribunal não abordou o tema a respeito da possibilidade ou não de aplicação de um direito fundamental, o direito à igualdade, em uma relação entre particulares. O que o Tribunal fez foi aferir se, materialmente, seria admissível o tratamento desigual, e o fez com base na teoria majoritariamente aceita a respeito do assunto (a de Celso Antonio Bandeira de Mello).

Essa, contudo, é a questão de fundo. O Tribunal decidiu se o empregador podia ou não tratar de forma diferenciada seus empregados não com base na possibilidade ou não do influxo do direito fundamental ao tema. Esse ponto foi dado, foi pressuposto que haveria o influxo. O que o Tribunal fez foi averiguar se o próprio princípio da igualdade autorizava a distinção de tratamento, com base na máxima de tratar de forma igual os iguais e desigual os desiguais.

O tema eficácia horizontal dos direitos fundamentais, assim, ficou ao largo da questão. E, na verdade, como dito no corpo deste trabalho, é de certa forma natural e esperado que ficasse, pois se estava a tratar de relação trabalhista, e a Constituição brasileira trata direta e expressamente do tema.

Nesse sentido, não no voto do relator, que tratou de aferir a presença ou não de discrimen autorizativo de tratamento desigual, mas no voto do presidente é que se pode ver a menção ao inciso XXX do artigo 7º da Constituição Federal, que proíbe diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. A Constituição não cita expressamente a diferença em razão da nacionalidade, é verdade, mas o referido voto considerou-a igualmente proibida.

Enfim, o Tribunal não parece ter atentado especificamente para o problema da aceitação ou não da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Não está claro se essa eficácia foi pressuposta – haveria que se aplicar o princípio da isonomia com fundamento no artigo 5º, direitos individuais – ou se o tratamento diferenciado foi afastado pela aplicação do artigo 7º, direitos sociais. Ambos os fundamentos constam nos votos.

De todo modo, a conclusão mais consentânea com o teor dos votos parece inegavelmente ser no sentido de que o Tribunal admite a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, e de forma direta, dado que sequer indaga a respeito do tema.

#### 4.2 O CASO UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES – RE 201.819-8/RJ

O autor da ação defendia que havia sido excluído da associação em procedimento que não obedecera ao devido processo legal. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro anulou a penalidade de exclusão do sócio sob o fundamento de que o procedimento teria violado o princípio constitucional da ampla defesa (artigo 5º, LV, da Constituição da República). A associação recorreu ao Supremo alegando ser inaplicável ao caso o princípio constitucional da ampla defesa, pois se tratava de entidade de direito privado, com estatuto próprio, e não de órgão da administração pública.

No Supremo a relatoria coube originalmente à Ministra Ellen Gracie, que em seu voto observou que o procedimento previsto no estatuto da associação havia sido observado, e que por se tratar de associação de natureza privada os particulares podiam ou não se associar à entidade, e ao associarem-se concordavam livremente com as cláusulas do estatuto. Em razão disso dava provimento ao recurso extraordinário.

Pediram vista os Ministros Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes, que em seus votos analisaram a questão à luz do tema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

O Ministro Gilmar Mendes trouxe em seu voto uma ampla abordagem a respeito do tema, tanto doutrinária quanto jurisprudencial. Abordou a jurisprudência do próprio Supremo a respeito do tema e citou estudo de Daniel Sarmiento a respeito:

Daniel Sarmiento, após analisar detalhadamente a jurisprudência do STF e dos demais tribunais pátrios sobre o assunto, observa:

... é possível concluir que, mesmo sem entrar na discussão das teses jurídicas sobre a forma de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, a jurisprudência brasileira vem aplicando diretamente os direitos individuais consagrados na Constituição na resolução de litígios privados.” (Sarmiento, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 297).

Seria possível concluir, assim, que há concordância com a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Mas tal conclusão não é definitiva, pois o fundamento do voto (que deu provimento ao recurso) terminou por ser, na verdade, o fato de que a associação em questão, a União Brasileira de Compositores, integra a estrutura do Escritório Central de Arrecadação de Direitos Autorais, o ECAD:

Essas considerações parecem fornecer diretrizes mais ou menos seguras e, até certa parte, amplas, para a aplicação do direito de defesa no caso de exclusão de associados.

Todavia, afigura-se-me decisivo no caso em apreço, tal como destacado, a singular situação da entidade associativa, integrante do sistema ECAD, que, como se viu na ADI nº 2.054-DF, exerce uma atividade essencial na cobrança de direitos autorais, que poderia até configurar um serviço público por delegação legislativa.

Esse caráter público ou geral da atividade parece decisivo aqui para legitimar a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF) ao processo de exclusão de sócio de entidade.

Assim, parece, apesar das anotações doutrinárias favoráveis à tese da eficácia direta, que o efetivo fundamento do voto é o fato de que a associação exercia atividades de caráter público, aproximando a solução daquelas adotadas pela Corte Suprema dos Estados Unidos da América na aplicação da *state action doctrine*.

Por outro lado, quando o Ministro Joaquim Barbosa proferiu seu voto referiu que o voto da Ministra Ellen Gracie é que se teria aproximado da doutrina da *state action*, pois não teria acolhido a tese da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.



Alinhou-se com a divergência inaugurada por Gilmar Mendes acolhendo a tese de que os direitos fundamentais têm eficácia nas relações entre particulares, ressalvando, contudo, que isso não deveria necessariamente se verificar em todas as situações, a fim de evitar que se “comprima em demasia a esfera de autonomia privada do indivíduo”:

Senhor Presidente, noto que a eminente relatora, em seu voto, adotou sem nuances a doutrina da *state action* do direito norte-americano, segundo a qual as limitações impostas pelo *bill of rights* se aplicam prioritariamente ao Estado e ao quem lhe faz as vezes, jamais aos particulares.

De minha parte, a exemplo do ministro Gilmar Mendes, penso, ao contrário, que os direitos fundamentais têm, sim, aplicabilidade no âmbito das relações privadas. Tomo a cautela de dizer que não estou aqui a esposar o entendimento de que essa aplicabilidade deva verificar-se em todas as situações. No campo das relações privadas, a incidência das normas de direitos fundamentais há de ser aferida caso a caso, com parcimônia, a fim de que não se comprima em demasia a esfera de autonomia privada do indivíduo.

A conclusão do voto foi a seguinte:

Assim, na linha do que foi sustentado no voto divergente, e em virtude da natureza peculiar da associação em causa (que tem natureza ‘quase pública’), peço vênias à ministra Ellen Gracie para dela divergir, concordando com o entendimento de que os princípios constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal no caso têm plena aplicabilidade para fins de exclusão do sócio da sociedade.

Quando o ministro Celso de Mello votou bem definiu os contornos da matéria a ser examinada:

A questão constitucional em debate no processo ora em julgamento – que estimula reflexões em torno do tema pertinente à eficácia externa (ou eficácia em relação a terceiros) dos direitos, liberdades e garantias, também denominada eficácia horizontal dos direitos fundamentais na ordem jurídico-privada – resume-se, em seus elementos essenciais, à seguinte indagação, que, formulada por J.J. Gomes Canotilho (‘Direito Constitucional e Teoria da Constituição’, p. 151, Almedina), bem delinea o aspecto central da matéria em análise:

‘Em termos tendenciais, o problema pode enunciar-se da seguinte forma: as normas constitucionais consagradoras de direitos, liberdades e garantias (e direitos análogos) devem ou não ser obrigatoriamente observadas e cumpridas pelas pessoas privadas (individuais ou colectivas) quando estabelecem relações jurídicas com outros sujeitos jurídicos privados?’

O ministro concluirá pela eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares:

É por essa razão que 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.

O fechamento do voto, contudo, coloca forte ênfase no aspecto de tratar-se de uma associação, fazendo referência ao fato de que o Código Civil “expressamente proclama a necessária submissão das entidades civis às normas que compõem o estatuto constitucional das liberdades e garantias fundamentais (o direito à plenitude de defesa, dentre eles), considerada a vinculação imediata dos indivíduos, em suas relações de ordem privada, aos direitos básicos assegurados pela Carta Política”.

De fato, como citado no voto, o artigo 57 do Código Civil estabelece:

Art. 57. A exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto.

Enfim, o resultado do julgamento foi no sentido de reconhecer que os direitos fundamentais têm eficácia nas relações entre particulares, não ficando claro, contudo, se o reconhecimento é no sentido da eficácia direta ou da eficácia indireta.

## 5 CONCLUSÃO

A partir do momento histórico em que as constituições passaram a ter força normativa a extensão da eficácia dos direitos fundamentais também às relações entre particulares era uma consequência lógica. Constatando-se que não apenas o Estado, mas também os particulares poderiam colocar em risco direitos fundamentais, não haveria como os sistemas jurídicos furtarem-se à necessidade de admitir o influxo desses direitos nas relações privadas. Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco citam Jean Rivero e sua defesa da impossibilidade de convivência de duas éticas distintas, conforme o Estado esteja ou não presente na relação, admitindo-se, quando não presente o Estado, uma violação a direito fundamental. Transcrevem citação do referido autor que bem ilustra o que talvez seja o principal fundamento a justificar a *drittwirkung*: “Escapar da arbitrariedade do Estado para cair sob a dominação dos poderes privados seria apenas mudar de servidão”.<sup>1</sup>

De outro lado, contudo, o direito privado apresenta particularidades e é o campo de exercício também de um direito fundamental, a liberdade. No caso brasileiro, aliás, e caso a topologia efetivamente guarde valor de referência na atividade de interpretação, a liberdade é o segundo direito catalogado no *caput* do artigo 5º da Constituição, a ele precedendo apenas o direito à vida. Essa análise topológica do artigo 5º bem deixa evidente a magnitude da questão envolvendo direitos fundamentais e a autonomia privada, consectária do direito à liberdade.

A partir da análise a respeito do conflito entre constituição e direito civil, entre direitos fundamentais e autonomia privada, formaram-se, como quase todos os conflitos de ideias em Direito, duas correntes em total oposição uma a outra, e uma corrente intermediária.

Até meados do século XX o problema não existia. Vivia-se sob o paradigma do direito civil como centro da vida privada e as constituições em regra padeciam de forma normativa. A partir daquele momento histórico, e pelo mesmo motivo que determinou o fortalecimento das constituições e sua força normativa, qual seja a impressionante intensidade com que se violou a dignidade humana no curso da segunda guerra mundial, teve início a construção da teoria professando que também

---

<sup>1</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. pg. 275.

as relações entre particulares deveriam ser regidas pelos direitos fundamentais. Em um primeiro momento, na Alemanha especificamente, essa regência, denominada de eficácia horizontal dos direitos fundamentais (*Drittwirkung*), foi compreendida como direta, ou seja, o influxo dos direitos fundamentais nas relações privadas ocorria sem qualquer filtro ou intermediação. A seguir a *drittwirkung* indireta ganhou força, compreendendo-se as cláusulas gerais do direito civil como as portas de entrada dos direitos fundamentais no direito privado. A teoria que nega a eficácia horizontal ganha corpo a partir do início da década de 70, mas permaneceu francamente minoritária.

Os Estados Unidos da América trilharam outro caminho. A teoria da eficácia horizontal nunca foi majoritária, seja pela vertente da eficácia direta ou da indireta. A doutrina da *state action* reconhece, de forma limitada, a possibilidade do influxo dos direitos fundamentais nas relações privadas, mas apenas e tão somente caso a conduta do particular tido por violador do direito fundamental possa ser equiparada à conduta do Estado.

No Brasil está clara a aceitação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. O que não está claro é se essa eficácia é direta ou indireta. Grandes expoentes do estudo dos direitos fundamentais, como Ingo Wolfgang Sarlet, defendem a eficácia direta, mas a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não adota explicitamente uma ou outra posição. Veja-se nos estudos de caso abordados neste trabalho que, a par das discussões a respeito do tema, as decisões terminaram por ser pautadas por elementos que não ajudam a compreender qual a teoria aplicada. No caso Air France a decisão foi pautada pela impossibilidade de tratamento desigual para empregados, ou seja, o socorro foi no direito do trabalho regulado pela Constituição. E no caso da União Brasileira de Compositores o campo de atuação da associação, bastante próximo do direito público (arrecadação e distribuição de direitos autorais por vinculação com o ECAD) terminou por assumir posição de relevo na fundamentação da decisão.

Nos Estados Unidos, ainda que reste prevalente a *state action doctrine*, mesmo lá tem sido deduzidas propostas de reavaliação da doutrina ante a constatação de que violações a direitos fundamentais ocorrem também em relações privadas, que de alguma forma deveriam ser coibidas. Feita essa observação quanto a particular situação dos Estados Unidos, no restante das democracias ocidentais vigora a constatação da efetiva existência de uma “ameaça horizontal a direitos humanos”,

como refere Virgílio Afonso da Silva<sup>2</sup>, consistente no reconhecimento de que não somente o Estado pode ameaçar direitos fundamentais, mas também os particulares nas relações entre si. A partir dessa constatação, e como forma de coibir tal ameaça ou violação, tem sido majoritariamente admitida a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Se essa eficácia é direta ou indireta, ponderando-se a necessidade de preservação de um âmbito de exercício da autonomia privada com a força normativa da constituição, é o tema que falta definir, particularmente no Brasil.

Enfim, e lembrando o caráter de historicidade dos direitos fundamentais e seu nascimento em gerações e/ou dimensões, talvez uma nova etapa histórica dos direitos fundamentais não seja a geração de novos direitos, mas sim a etapa iniciada a partir da década de 50 na Alemanha, caracterizada pelo rompimento dos limites que cercavam a aplicação dos direitos fundamentais às relações entre Estado e cidadãos e pelo extravasamento dos direitos fundamentais para o âmbito das relações privadas.

---

<sup>2</sup> Silva, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1ª ed. 4ª tir. São Paulo. Malheiros Editores, 2011. pg. 52

## REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Planalto. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 24 abr. 2017.

CHEMERINSKY, Erwin. **Rethinking state action**. Volume 80. Fall 1985. Number 3. *Northwestern University Law Review*. Pgs. 503-557 (1985). Disponível em <[http://scholarship.law.duke.edu/faculty\\_scholarship/802](http://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/802)> Acesso em 24 abr. 2017.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição – *Drittwirkung* dos direitos fundamentais. Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

EBERLE, Edward J. **Dignity and Liberty. Constitutional Visions in Germany and the United States**. Praeger. Westport, Connecticut, and London, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GALIZA, Andréa Karla Amaral de. **Direitos fundamentais nas relações entre particulares: teoria e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Editora Método, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª ed. – 3ª tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1ª ed. – 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2014.