

Reflexão Teórica Sobre a Eficácia dos Direitos Fundamentais

Magno de Aguiar Maranhão Junior

Pós Graduado em Direito Civil-Constitucional pela UERJ e Pós-Graduado em Direito pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ.

1. INTRODUÇÃO

A história aponta o poder público como destinatário precípua das obrigações decorrentes dos direitos fundamentais. Os desdobramentos originados pelas crises sociais e econômicas do século XX, entretanto, tornaram evidente a nova tarefa do estado de preservar a sociedade civil dos perigos de deterioração criados por ela própria. Tal fenômeno se demonstra similar àquele visualizado por HOBBS¹, designado pela expressão: *homo homini lupus*.

Tornou-se claro que outras forças sociais, como grupos econômicos ou políticos de peso, poderiam, da mesma forma, trazer para o indivíduo vários constrangimentos que se buscavam prevenir contra o Estado. Logo, as razões que conduziram, no passado, à proclamação dos direitos fundamentais são plenamente aptas a justificar que eles sejam invocados nas relações entre particulares seja de maneira direta, indireta ou através de uma ação estatal.

A percepção de que a força vinculante e a eficácia imediata apostas no art. 5º, § 1º da CR/1988, são inerentes aos direitos fundamentais, reforça a ideia de que os direitos fundamentais não podem deixar de ter aplicação na seara do Direito Privado.

A doutrina aponta duas vertentes de eficácia dos direitos fundamentais, dentre as quais se encontram a eficácia vertical e horizontal. Entende-se, pois, como eficácia vertical aquela que se insere na aplicação tradicional

¹HOBBS, Thomas. *O Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. OsPensadores, 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1998.

O termo em destaque foi extraído da obra de Plauto (254-184), dramaturgo Romano que viveu entre 230 a.C. e 180 a.C., denominada *Asinaria*. Em seu texto a frase é: “*Lupus est homo homini non homo*”. A expressão foi popularizada bem mais tarde por Thomas Hobbes, filósofo inglês do século XVIII, que afirmava que o egoísmo era o mais básico comportamento humano.

dos direitos fundamentais, substanciada na relação entre Estado - Particular, a qual o último é o detentor de tais garantias.

Como eficácia horizontal, privada ou efeito externo dos direitos fundamentais, compreendem as relações que têm como objeto o estudo da relação de particulares entre si. Eficácia esta que passou a ser discutida nos anos cinquenta², por meio do caso Lüth e a liberdade de expressão. E, mais tarde, na França, com o caso Morsang-sur-Orge na década de 90³.

Alguns países, contudo, a exemplo dos EUA, não admitem a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Não obstante, a posição defendida nesse trabalho aponta para a ocorrência da irradiação de eficácia dos direitos fundamentais tanto nas situações de manifesta desigualdade sócio-econômica entre os particulares como em circunstância na qual haja uma situação de supremacia de fato ou de direito que viole frontalmente os direitos fundamentais.

Obviamente, que aqui se está a tratar das relações privadas dentre as quais não há determinação expressa do Constituinte para que haja

²O primeiro caso apreciado pela Corte Constitucional Alemã sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é conhecido como o caso Lüth, em 1958. Eric Lüth tinha convocado o público alemão para realizar boicotes contra os filmes produzidos por VitHarlan (promitente diretor de cinema na era nazista), especificamente o filme “*Unsterbliche Geliebte*”. Na decisão proferida pelo tribunal de Hamburgo, ficou assentado que a incitação desses atos infringiam a relação civil alemã (§ 856 do BGB). O Tribunal Constitucional, porém, entendeu que a conduta de Lüth estava ajustada ao direito de liberdade de expressão (art. 5º, I da LF) e que esse direito haveria de ser ponderado com outras considerações constitucionais, devendo a legislação civil ser interpretada de acordo com essa ponderação. Resolvendo, por fim, que assistia razão à Lüth, havendo prevalência no direito de liberdade de expressão no caso concreto.

Sobre o caso, veja-se: ALEXY, Robert. *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*. Ratio Juris. V. 16, nº 2. 2003. p. 132 - 133.

³O “lançamento de anões” (em inglês: “*dwarf-tossing*”; em francês: “*lancer de nains*”) era um concurso grotesco no qual anões, vestindo roupas de proteção, iam sendo arremessados em direção a um tapete acolchoado dentro uma casa noturna, na cidade de *Morsang-sur-Orge*. Sagrava-se vencedor aquele que conseguisse lançar o anão mais longe. O prefeito da cidade, porém, interditou o espetáculo, entendendo que tal prática afrontava a dignidade da pessoa humana. Inconformada com a decisão administrativa, a empresa responsável, em litisconsórcio com o próprio anão - Sr. Wackenheim, impugnam a decisão. Porém, o Conselho de Estado francês manteve o ato do poder público local e reafirmou a indisponibilidade da dignidade da pessoa humana.

Para saber mais, ver: GOMES, Joaquim B. Barbosa. *O Poder de Polícia e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência Francesa..* in COAD/Seleções Jurídicas. nº. 12/96. p. 55 - 71.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003. p. 72.

intervenção, ou seja, daquelas que eram originalmente resolvidas no âmbito privado e, por suas peculiaridades, devem fazer incidir os dispositivos Constitucionais de forma direta ou indireta.

São nos direitos de natureza fundamental que estão contidos os valores mais importantes, consubstanciados nas crenças, convicções e aspirações da sociedade; consagrados pelos preceitos constitucionais penetrando pelos demais ramos do ordenamento jurídico, modelando assim suas leis e institutos.

Nesse sentido, os direitos fundamentais passam a ser observados do ponto de vista da sociedade como valores ou fins que essa se propõe a perseguir⁴.

Assim, seus efeitos não podem se esgotar na limitação do poder estatal, de modo que deverão se alastrar por todos os campos do ordenamento jurídico, impulsionando e ordenando a atividade estatal.

Tal perspectiva é observada pelo fenômeno, já mencionado, da Constitucionalização do Direito Privado ou despatrimonialização, que se trata de um processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito, passando a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional.

Sendo, no entanto, um movimento necessário para pautar as relações privadas em parâmetros mais justos, em que se concebe a Constituição como o topo hermenêutico direcionador da interpretação do restante do ordenamento, com o escopo de conformar o direito infraconstitucional nos valores da Lei Maior.

Assim, as normas de cunho fundamental deverão condicionar a interpretação e integração do sistema jurídico, vinculando o legislador, a administração pública e o judiciário na solução dos conflitos.

Daí a eficácia irradiante dos direitos fundamentais registrada por SARMENTO⁵ e consagrada na Jurisprudência do Tribunal Constitucional

⁴Os fins que a sociedade se propõe a perseguir estão diretamente relacionados aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, esculpido no art. 3º da CR/1998, visando assim a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais; e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁵SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 124.

Alemão que cunhou a expressão “efeito de irradiação” dos direitos fundamentais sobre os direitos privados⁶.

No Brasil, um dos principais óbices ao reconhecimento da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas refere-se à autonomia conferida constitucionalmente ao particular no tocante à realização de seus atos, invocando a autonomia da vontade e a liberdade de contratar. Representando, deste modo, um dos componentes essenciais da liberdade, pressuposto da democracia, estando indissociavelmente ligada à proteção da dignidade da pessoa humana.

Definir quando um direito fundamental incide na relação entre particulares não é tarefa simplória, pois demanda um exercício de ponderação entre o direito fundamental respectivo e a própria autonomia da vontade, corolário do princípio da liberdade previsto no art. 5º, *caput* da CR/1988.

Dessa forma, conclui-se que a autonomia da vontade também não se dá de maneira absoluta. Demonstrando-se imprescindível que o Estado intervenha em determinados casos com a finalidade de proteger a liberdade de outrem e garantir o interesse social.

2. STATE ACTIONS

É assente na doutrina que já se encontra superado o entendimento de que os direitos fundamentais somente se aplicam nas relações entre o Estado e o particular e não nas relações restritas aos particulares.

A teoria americana da *state action*, ainda presa ao modelo liberal dos direitos fundamentais, parte da premissa de que as liberdades e garantias individuais constantes na *Bill of Rights*⁷ só podem ser invocadas nas relações privadas em face de uma violação por parte do Estado ou por parte de um agente particular no exercício de uma atividade estatal.

⁶CANARIS, Claus-Wilhelm. *A influência dos direitos fundamentais sobre o Direito Privado na Alemanha*, in SARLET, Ingo Wolfgang (org.), *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, 2. ed. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2006. p. 230.

⁷O *Bill of Rights* americano, que tomou a forma das dez primeiras emendas à Constituição dos Estados Unidos e se inspirou, por sua vez, nos *Bills of Rights* adotados pelas antigas colônias britânicas da América do Norte, não se confunde com o *Bill of Rights* inglês que consagrou a Revolução Gloriosa de 1689 e estabeleceu no Estado moderno a separação dos poderes como forma de garantia das liberdades civis.

A doutrina do *stateaction*, que teve como principal expoente o constitucionalista WinfriedBrugger⁸, ao invés de negar a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas, tem como objetivo definir em que situações um conduta privada está vinculada às disposições de direitos fundamentais.

O caso *Shelley v. Kraemer*⁹, em 1948, ilustra bem o que se quer expor.

Em suma, esse entendimento parte do pressuposto de que a discriminação que afronta a Constituição surge com a tutela jurisdicional concedida no juízo inferior consubstanciada no fato de que, ao julgar daquela forma, o Estado estaria utilizando seu poder coercitivo em favor de uma discriminação contrária à Constituição.

O problema dessa teoria é de que o reconhecimento da presença da *StateAction* no caso concreto, apesar de ter funcionado nesse caso, protege de forma indireta e demasiadamente pontual a incidência dos direitos fundamentais.

Outra crítica pertinente seria de que tal restrição ao modelo de eficácia vertical acarreta em uma situação de insegurança jurídica, ante a necessidade de serealizar um exercício interpretativo, muitas vezes, extensivo daquilo que pode se considerar como uma ação estatal para conferir o mínimo de proteção aos cidadãos nas relações privadas.

De acordo com DAMASKA¹⁰, não se confunde o Estado de perfil reativo, normalmente liberal, que é o caso dos EUA onde vigora o sistema calcado na *common Law*; com o Estado de perfil ativo, que segundo a doutrina é o mais desejável para o Estado democrático de direito.

Enquanto o Estado liberal se conforma com uma jurisdição, cujo principal objetivo é a resolução de conflitos de forma imediata e descompromissada com a busca pela Justiça, esse Estado carece de uma

⁸MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. e atual. Niterói, RJ, ed. Impetus. 2008. p. 485 – 487. *apud*BRUGGER, Winfried. *Grundrechte und Verfassungsgerichtbarkeit in der VereinigtenStaaten von Amerika*.Tübingen: Möhr, 1987. p. 30.

⁹FRIEDMAN, Michael Jay.Neely, MILDRED.Solá. DUDZIAK, Mary L. *JustiçaparaTodos: o legado de Thurgood Marshall*. InAtraindoos Tribunais para a Luta pelos Direitos Cívicos. FRIEDMAN, Michael Jay. Disponível em: <http://www.america.gov/media/pdf/books/marshall_port.pdf>. Acesso em 03 mai. 2010. p. 04.

¹⁰ DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. Yale: University Press, 2010. p. 73 - 96.

jurisdição empenhada na implementação de políticas e na concretização de valores constitucionais.

Sob uma análise mais profunda, no Estado reativo percebe-se uma menor preocupação com a Justiça no tocante ao exercício da jurisdição estatal, bastando, tão-somente, a solução célere da lide. Em contrapartida, no Estado ativo, há preocupação com a Justiça e a defesa dos direitos e garantias constitucionais¹¹.

O Estado liberal corresponderia a um Estado reativo, enquanto o Estado Social ou o Estado Democrático, a um Estado mais ativo. Cada um deles delineando um rosto diferente para a função jurisdicional e, conseqüentemente, para a construção da sua jurisdição constitucional e seus instrumentos.

O sistema da *civil Law*, que advém da tradição romano-germânica, adotado nos países do continente europeu, especialmente na Itália, França, Alemanha, Espanha e Portugal, assim como na América Latina colonizada por portugueses e espanhóis; tem por tradição a busca pela solução justa do conflito, se preocupando com a busca pela verdade material¹².

Assim, no Estado de perfil ativo, Estado social e Estado democrático, a resolução de conflitos subjetivos são pretextos para que seja possível encontrar a melhor solução para um problema social. Isso implica dizer que o direito, para além do frio texto de lei, tem sua substância moldada pela Constituição. Nesta perspectiva, toda e qualquer decisão deve partir dos princípios constitucionais e da implementação de direitos fundamentais, rom-

¹¹"Two ways of conceiving the office of government have now been outlined, which generate two contrasting ideas about the objective of the legal process. According to one, the process serves to resolve conflict; according to the other, it serves to enforce state policy. (...) while the one favors the contest morphology, the other prefer the morphology of inquest".

DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. Yale: University Press, 2010. p. 88 - 89.

¹²Optou-se aqui por utilizar o termo verdade material ao invés de verdade real, em consonância com o entendimento adotado por Eugênio Pacelli de Oliveira. No capítulo denominado "O mito e o dogma da Verdade Real", aduz o renomado autor que: "[...] a verdade judicial é sempre uma verdade processual. E não somente pelo fato de ser produzida no curso do processo, mas, sobretudo, por tratar-se de uma certeza de uma natureza exclusivamente jurídica. De fato, embora utilizados critérios diferentes para a comprovação dos fatos alegado em juízo, a verdade (que interessa a qualquer processo, seja cível, seja penal) revelada na via judicial será sempre uma verdade reconstruída, dependente do maior ou menor grau de contribuição das partes e, por vezes do juiz, quanto à determinação de sua certeza".

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris. 2008. p. 286.

pendo com um modelo econômico cujo fundamento não seja o da inclusão social.

Por isso, a utilização pura da teoria da *stateaction*, que se amolda à eficácia vertical dos direitos fundamentais, não é a mais indicada para o Estado brasileiro, que se propõe a resolver os conflitos e transformar a realidade social. Estando mais aproximado da figura do Estado ativo, sob a forma de um Estado Democrático de Direito¹³, admitindo tanto a eficácia vertical como a horizontal dos direitos fundamentais.

3. A DERROCADA DA *SUMMA DIVISIO* E AS MODALIDADES DE EFICÁCIA HORIZONTAL

Além das formas de Estado ativo e reativo que influenciam diretamente na escolha do modelo de eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas acrescidas das inclinações encontradas no corpo do texto Constitucional, é notório que o Código Civil não pode ser mais estudado como documento exaustivo em matéria de Direito Civil assim como toda legislação infraconstitucional.

O processo iniciado pela Constituição de Weimar no ano de 1919 fez com que se desenvolvesse um conjunto de valores reconhecido pelo Tribunal Constitucional Alemão e balizado pelos direitos fundamentais, pronto para orientar esta tábua axiológica por todo ordenamento. E isso ocorre em um momento no qual os interesses do particularismo e a autonomia no Código Civil já não eram tão robustos como outrora¹⁴.

A relação entre o direito civil e a Constituição vai sendo reavaliada a partir da conscientização de que o Direito deve ser visto como um só bloco monolítico, cujo plexo se subdivide em diversos ramos. E não mais como várias espécies de um mesmo gênero que não se comunicam entre si.

¹³A noção de Estado Democrático de Direito está indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais, porquanto se revela um tipo de Estado que busca profunda transformação do modo de produção capitalista com o objetivo de construir uma sociedade na qual possam ser implantados níveis sensíveis de igualdade e liberdade. Nesse sentido:

STRECK, Lenio Luiz. *Heremênutica Jurídica e(m) Crise*: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009. p. 36.

¹⁴ DONEDA, Danilo. *Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. p. 77.

Ganha assim mais vigor a discussão em torno da questão subjacente, qual seja a *summadvivisio*, consubstanciada na publicização do Direito Civil e na privatização do Direito Público.

Nessa esteira de raciocínio, fica clara a presença cada vez mais forte do fenômeno da Constitucionalização no direito brasileiro, tal como anunciava o britânico BasilMarkesinis quando falava em *Constitutionalization of Private Law* e o italiano Alberto Trabucchi quando abordava *Una CostituzioneAnche Del DirittoPrivato*¹⁵, cada qual tratando de seu direito interno.

Ultrapassada essa questão, é válido mencionar que na maioria dos ordenamentos jurídicos internos, está em voga a questão hierárquica sobre os dispositivos, na ocorrência do confronto entre as normas de direitos fundamentais em relação às normas de Direito Privado.

Se de um lado a Constituição, pela supremacia constitucional, tem um grau hierárquico mais elevado; de outro, não é o local habitual de se regulamentar as relações ínsitas ao Direito Privado.

Essa contraposição de forças, segundo CANARIS¹⁶, resulta uma certa relação de tensão entre o grau hierárquico constitucional e a autonomia privada. A corrente cuja ponta direcionará a solução dessas questões domésticas poderá, em certas ocasiões, ceder em função dos direitos fundamentais ou em razão da autonomia privada.

Na Alemanha, existiram alguns casos excepcionais em que restou imperativa a aplicação mediata dos direitos fundamentais em face das nor-

¹⁵ CANARIS. *Op.cit.*, p. 227.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ O pequeno jornal Blinkfüer continuou a publicar a programação das rádios da república democrática alemã mesmo após a construção do muro de Berlim em 13.08.1961. Por conta disso, a grande Springer dirigiu uma circular para todas as bancas e negócios de vendas de jornais ameaçando-os com a suspensão do fornecimento de jornais e revistas caso continuassem a vender o jornal Blinkfüer. Acarretando significativos prejuízos ao jornal, que formulou pretensão indenizatória que sucumbiu no *Bundesgerichtshof*– BHG (Supremo Tribunal de Justiça) e, doravante, obteve êxito no *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal). Entendendo o Tribunal que as opiniões contrapostas deveriam concorrer em pé de igualdade, utilizando-se de recursos de caráter exclusivamente intelectual.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 201.819-8, Relator(a) originário: Ellen Gracie. Relator(a) p/ o acórdão: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ. 27-10-2006, Ement. Vol-2253-4. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>>. Acesso em: 03 mai. 2010. p. 595.

mas que regem as relações privadas, tal como se deu no caso Lüth, do pequeno jornal Blinkfüer¹⁷ e no caso Wallraff¹⁸.

Porém, em outros casos, alguns doutrinadores¹⁹ aludem que a intervenção do Estado-juiz deve ocorrer de forma menos tímida, ou seja, direta. Daí a classificação identificada pela doutrina moderna como eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais e eficácia horizontal indireta dos direitos fundamentais²⁰.

4. Eficácia Horizontal Mediata (*Mittelbare, IndirekteDrittWirkung*)

A teoria da eficácia horizontal mediata tem por pretensão um maior resguardo do princípio da autonomia da vontade e do livre desenvolvimento

¹⁸No chamado caso Wallraff, um repórter, adotando falsa identidade, obteve um emprego como jornalista na redação do jornal sensacionalista *Bild-Zeitung*. Essa experiência forneceu-lhe material para escrever um livro. Em represália, a empresa jornalística moveu ação em face do repórter, que sucumbiu no *Bundesgerichtshof*– BHG (Supremo Tribunal de Justiça) e, doravante, obteve êxito no *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal). Entendeu o Tribunal, que era lícita a pretensão manifestada no sentido de impedir a publicação de informações obtidas através de artifícios dolosos.

Ibid. p. 596 e 697.

¹⁹Nesse sentido:

NIPPERDEY, Hans Carl. *Grundrechte und Privatrecht*. 1. ed. München: C.H. Beck, 1962. p. 13. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Atual, rev. e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 375.

²⁰Verifica-se um dissenso no que tange a terminologia adotada, sendo cada vez maiores as críticas em relação às expressões mais conhecidas, como é o caso da *Drittwirkung*, que se refere à eficácia em relação a terceiros ou eficácia externa e também da expressão eficácia horizontal, que não dá conta das situações de manifesta desigualdade de poder entre os indivíduos e portadores de poder social, que assumem feições manifestamente verticalizadas – similares àquelas entre particulares e o poder público. Por estas razões, SARLET prefere falar em eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Ibid. p. 375.

Nesta obra, optou-se por adotar a terminologia eficácia horizontal, porquanto ainda que a relação seja entre desiguais, continuará sendo entre particulares. Formada por uma linha, *prima facie*, horizontal. Não havendo, portanto, uma flagrante verticalização tal como ocorre na relação entre o poder público e um particular, cuja supremacia e o desequilíbrio das forças é inerente à própria relação. A iniquidade da relação entre particulares dependerá de inúmeros fatores que serão determinados somente diante das circunstâncias do caso concreto.

Considera-se, pois, corretas tanto esta terminologia, quanto aquela proposta por SARLET.

da personalidade. Dessa maneira, tem por escopo uma menor ingerência do Estado nas relações privadas.

Inicialmente formulada por Günter DÜRING²¹, a teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais introduziu a possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais por intermédio das cláusulas abertas, contidas no diploma legal reitor das relações privadas.

O primeiro passo para a análise da influência dos direitos fundamentais no campo do Direito Privado brasileiro seria a sua interferência na exegese das normas que regulamentam as relações entre particulares, resultado da eficácia irradiante das normas de direitos fundamentais.

Nesse sentido, para evitar a insuperável objeção, o legislador contemporâneo adota amplamente a técnica das cláusulas gerais, as quais, conforme aduz TEPEDINO²², cuidam-se de normas (dispositivos) que não prescrevem uma determinada conduta, mas simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos.

Dessa forma, ao adotar o sistema de cláusulas gerais para realizar o processo de codificação das relações jurídicas calcadas, principalmente, no âmbito do Direito Privado, o legislador confere ao intérprete a tarefa de preencher as lacunas da lei.

De acordo com essa teoria, os direitos fundamentais deveriam aflorar por meio dos pontos de irrupção do ordenamento civil corroborados pelas cláusulas gerais da boa-fé, dos bons costumes, da ordem pública e da função social.

Verifica-se, no entanto, que o verdadeiro objetivo do legislador infra-constitucional é o de se utilizar de conceitos alocados no próprio ordenamento jurídico pátrio para complementar os dispositivos legais através de uma análise sistemática do corpo normativo, que preza pela supremacia constitucional.

Consoante HESSE²³, o Tribunal Constitucional Alemão circuns-

²¹MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. e Atual. Niterói, RJ: Impetus. 2008. p. 485 - 487. *apud* DÜRING, Günter. *GrundrechteundZivilrechtsprechung*. München: Isar-Verlag. 1956. p. 27.

²²TEPEDINO, Gustavo. *Crise de Fontes Normativas e Técnica Legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002*, A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. XIX.

²³HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 1991. p. 94.

creveu a influência dos direitos fundamentais sobre o Direito Privado, no sentido de que o conteúdo jurídico dos direitos fundamentais como normas objetivas se desenvolve indiretamente por meio dos preceitos que regem imediatamente tais matérias. Tendo como *leading case*, na Alemanha, o caso Lüth, previamente citado.

A eficácia horizontal mediata dos direitos fundamentais seria um passo além da mera utilização dos direitos fundamentais como diretrizes hermenêuticas das normas de Direito Civil nas relações privadas, porquanto este visa tão-somente à busca pela interpretação conforme – a adequação da *mens legis* às normas constitucionais –, enquanto a eficácia horizontal mediata transcende a interpretação e impõe a aplicação do direito fundamental pertinente no caso concreto através da cláusula geral, *generalklausel*.

A integração da norma constitucional à norma de direito infra-constitucional se daria por meio da técnica da harmonização.

Dessa forma, a Constituição seria vista como um sistema de valores, centrada especialmente no princípio da dignidade da pessoa humana que se irradia no âmbito das relações particulares por intermédio de suas cláusulas gerais, comumente denominadas de “portas de entrada”, *einbruchstelle*.

A crítica principal ao modelo baseia-se na possibilidade de ineficácia da proteção dos direitos fundamentais nessas relações quando o direito tutelado não for alcançado por intermédio das cláusulas gerais, ou cláusulas abertas.

Além do fato de que a adoção dessa teoria pode remontar a observação supérflua do ordenamento jurídico, reconduzindo a uma mera interpretação conforme, caso o direito fundamental não transcenda a aplicação da regra pura.

5. Eficácia Horizontal Imediata (*Unmittelbare, DirekteDrittwirkung*)

A partir do início da década de 50 na Alemanha, tendo como pioneiro Hans Carl NIPPERDEY²⁴, surgiu a teoria da eficácia direta ou

²⁴MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. e Atual. Niterói, RJ: Impetus. 2008. p. 485 – 487. *apud* NIPPERDEY, Hans Carl. *Grundrechte und Privatrecht*. 1. ed. München: C.H. Beck, 1962. p. 13.

imediate dos direitos fundamentais, fundada na premissa de que esses direitos são aplicáveis de forma direta nas relações traçadas entre atores privados.

O Tribunal Superior do Trabalho alemão firmou o entendimento em favor dessa orientação, justificando que:

[...] em verdade, nem todos, mas uma série de direitos fundamentais, destinam-se não apenas a garantir os direitos de liberdade em face do Estado, mas também estabelecer bases essenciais da vida social. Isso significa que as disposições relacionadas com os direitos fundamentais devem ter aplicação direta nas relações privadas entre os indivíduos²⁵.

A teoria da eficácia direta ou imediata sustenta que os direitos fundamentais devem ter a pronta aplicação sobre decisões das entidades privadas que desfrutem de considerável poder social, ou em face de indivíduos que estejam, em relação a outros, numa situação de supremacia de fato ou de direito²⁶.

Tal entendimento guarda íntima ligação com o disposto no art. 5º, § 1º da CR/1988, que prega a máxima efetividade das normas constitucionais, partindo da aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

A principal diferença entre os modelos de vinculação direta e indireta reside na desnecessidade de mediação legislativa para que as garantias essenciais produzam efeitos nas relações entre privados. Pode-se assim dizer que seus efeitos são imediatos e diretos, pois incidem diretamente no caso concreto.

Por isto, as normas constitucionais *lato sensu* prescindiriam das brechas na legislação privada para incidir nos casos concretos, haja vista que são aplicáveis de forma direta a todas as relações jurídicas.

²⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 201.819-8, Relator(a) originário: Ellen Gracie. Relator(a) p/ o acórdão: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ. 27-10-2006, Ement. Vol-2253-4. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>>. Acesso em: 03 mai. 2010. p. 590 e 591.

²⁶MENDES. *et al.* *Op.cit.*. p. 279.

Isso não significa, contudo, que a vinculação por meio de efeitos diretos implica que todo o direito fundamental seja obrigatoriamente aplicável a toda e qualquer relação privada.

A verificação dessa aplicabilidade deve ser individualizada, estando adstrita às peculiaridades do caso em relação aos dispositivos constitucionais em foco.

Segundo os defensores da teoria da eficácia direta, os particulares devem obedecer aquele antigo adágio constante na declaração dos direitos do homem e do cidadão, referido no art. 4º, *inverbis*:

“A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos [...]”.

Ademais, a falta de dispositivo constitucional determinando a aplicação imediata do direito fundamental nas relações de Direito Privado não pode ser vista como empecilho para sua aplicabilidade. Trata-se de uma questão constitucional que demanda uma construção dogmática pela doutrina e jurisprudência.

A teoria da eficácia imediata, porém, não é alheia a críticas e dificuldades, que são em muitas das vezes, traduzidas pelo princípio da isonomia ou pelo fenômeno da panconstitucionalização²⁷.

O postulado da igualdade, de acordo com MENDES²⁸, traduz-se, em boa medida, como um comando proibitivo de decisões arbitrárias, um imperativo de racionalidade de conduta.

Exigir que o indivíduo aja em todo o momento em função de critérios absolutamente racionais é desconhecer a natureza humana, uma vez que o indivíduo também age por emoção e pelos instintos de auto-preservação e de sobrevivência²⁹.

²⁷O fenômeno da panconstitucionalização representa a colonização do Direito Privado eventualmente operada pela hipertrofia, oriunda da inchação da eficácia irradiante dos direitos fundamentais, levando assim à banalização das normas constitucionais.

²⁸MENDES. *et al. Op.cit.*, p. 280.

²⁹“Há épocas em que o homem racional e o homem intuitivo ficam lado a lado, um com medo da intuição, o outro escarnecendo da abstração; este último é tão irracional quanto o primeiro é inartístico”.

O reconhecimento da vinculação dos particulares à Constituição demanda a realização de uma tarefa delicada, cujo grande perigo é o de imposição às pessoas, supostamente em nome de valores constitucionais, a adotar determinados comportamentos e estilos de vida rejeitados pela própria sociedade. O que beiraria um “autoritarismo constitucional”, eivado de decisões arbitrárias com base nos princípios constitucionais.

Em contrapartida, a teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais também é merecedora de reparos. Em sendo o legislador o primeiro a realizar a tarefa de compatibilizar o conteúdo dos direitos fundamentais nas relações privadas e estando ele vinculado aos direitos fundamentais³⁰ tanto de maneira positiva como negativa, no caso de lacuna legislativa, haverá dupla falha caso não seja feita a aplicação direta dos direitos fundamentais.

Assim, sem desprezar o papel protagonista das instâncias democráticas na definição do direito, consubstanciado nas leis, o julgador deve ter cuidado redobrado ao apreciar as questões que tratam da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, racionalizando sua aplicação. Não permitindo que os problemas de direitos fundamentais se transformem em um *joker* argumentativo contra os princípios básicos da autonomia privada, na linguagem de CANOTILHO³¹.

Logo, a solução é a realização do diálogo entre as teorias (direta e indireta), adotando-se soluções diferenciadas conforme a situação que se apresenta.

Apesar dos defeitos apontados para cada uma das teorias, deve-se racionalizar o seu uso, operacionalizando-as por meio do diálogo, conforme a hipótese concreta. Buscando assim a justa medida, consubstanciado

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Obras Incompletas*. In. Os Pensadores. Trad. Rubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Nova Cultural. 1999. p. 60.

³⁰Neste contexto, cumpre referir a paradigmática e multicitada formulação de Krüger, no sentido de que hoje não há mais que falar em direitos fundamentais na medida da lei, mas, sim, em leis apenas na medida dos direitos fundamentais [...].”

SARLET. *Op.cit.*..p. 367.

³¹CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra . 2008. p. 86.

Aqui a expressão *joker*, se refere à carta de baralho denominada coringa que, em determinados jogos, pode mudar seu naipe ou valor, adequando-se ao *bel prazer* do jogador.

no melhor resultado possível naquela ocasião determinada. Valorizando tanto o texto Constitucional como as próprias regras civilistas, de modo que seja aliviada a tensão entre a autonomia privada e os direitos fundamentais positivados na Constituição.