

---

## A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES

### THE EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN RELATIONS: BETWEEN PRIVATE

*Luis Marcello Bessa Maretti<sup>1</sup>*

**RESUMO:** Objetiva-se fazer uma breve abordagem acerca da incidência ou não dos direitos fundamentais nas relações privadas, fenômeno conhecido como eficácia dos direitos fundamentais entre particulares. Destacam-se as teorias a respeito, tanto no plano externo como interno, como pontuam-se algumas decisões judiciais proferidas pelos Tribunais pátrios.

**Palavras Chave:** Direitos Fundamentais; Relações Privadas; Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

**ABSTRACT:** It aims to make a brief overview about the incidence or not of fundamental rights in private relationships, a phenomenon known as the effectiveness of fundamental rights between private parties. Most prominent are the theories, both externally and internally, as pointed to some judgments given by courts patriotic.

**Keywords:** Fundamental Rights; Private Relationships; Constitution of the Federative Republic of Brazil in 1988.

## INTRODUÇÃO

Hodiernamente, com a difusão do ideário de acesso à justiça e o aumento gradativo das relações estabelecidas entre particulares, em que o foco do poder se prolifera para além das fronteiras estatais, verifica-se que a noção tradicional de aplicação dos direitos e garantias fundamentais, até então restrita às relações firmadas entre o Estado e os seus cidadãos, vem cedendo espaço para a sua inserção no âmbito das relações privadas.

Não raro vê-se o grupo dirigente de uma associação esportiva ou recreativa alijar sumariamente de seus quadros um sócio que não comunga de seu pensamento ou que não concorda com os rumos adotados pela administração da entidade, sem lhe conferir quaisquer oportunidades de defesa.

Outrossim, comum a vedação de ingresso em determinados estabelecimentos de pessoas que possuam um certo patamar social, não desejado, normalmente de extrema pobreza, ou ainda, que detenham um credo não comungado pelos frequentadores destes lugares.

Tais práticas, que até poucos anos atrás eram consideradas como uma questão interna

---

<sup>1</sup> O autor é Procurador da Fazenda Nacional e Professor Temporário da Universidade Estadual de Londrina. Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, possui Especialização em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina.

das entidades privadas, vêm, nos dias atuais, sendo tratadas de forma distinta pelos estudiosos e aplicadores do direito, a fim de que lhes sejam conferidas a aplicação dos direitos e garantias fundamentais previstos na Carta Constitucional, hipótese denominada como “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”.

Eis a razão, portanto, de se tecer algumas linhas sobre o tema, dissertando-se sobre as teorias a respeito, tanto as que negam como as que defendem a incidência desta espécie de direitos nas relações privadas, bem como pontuando-se algumas decisões judiciais pátrias.

## **DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES**

Costumeiramente, sob uma ótica liberal, ainda formulada sob os auspícios da dicotomia entre direito público e direito privado, os direitos fundamentais apresentavam-se como uma forma de prevenir a atuação repressora do Estado, tendo como finalidade a proteção da sociedade contra as intromissões do poder político, sendo vistos como um instituto específico das relações mantidas entre o indivíduo e o Estado, a fim de salvaguardar a liberdade individual e social (ANDRADE, 2006, p. 274-275).

Ocorre, todavia, que esta visão tradicional da matéria começou a ser posta em xeque após a 2ª Guerra Mundial, na década de 50, do século passado, passando a se sustentar a possibilidade da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, sendo expoente desta discussão países como a Alemanha e os Estados Unidos da América.

Com razão, inicialmente, houve uma forte oposição doutrinária e jurisprudencial a esta nova conjuntura, especialmente por ainda estar impregnada da dicotomia liberal entre o público e o privado, até que na metade do século passado começou a formar-se movimentos no sentido de que os direitos fundamentais têm relação com a generalidade das relações humanas sejam na esfera pública sejam na esfera privada (CASTRO, 2003, p. 240).

Ingo Von Munch, assim disserta,

Uma vez desmoronado o dique que, segundo a doutrina precedente, separava o direito constitucional do direito privado, os direitos fundamentais se precipitaram como uma cascata no mar do Direito Privado (MÜNCH apud PEREIRA, 2003, p 121).

Para exemplificar a densidade da problemática cite-se as lições de Jane Reis Gonçalves Pereira, para quem,

É possível cogitar de uma série de hipóteses envolvendo potenciais lesões a direitos fundamentais na esfera privada, cabendo questionar: i) “se ou até que ponto as liberdades (religiosas, de residência, de associação, por exemplo) ou bens pessoais (integridade física e moral, intimidade, imagem) podem ser limitadas por contrato, com acordo ou consentimento do titular”, ii) se uma empresa pode celebrar contratos de trabalho com cláusulas pelas quais os trabalhadores renunciem a exercer atividade partidária ou a sindicalizar-se; iii) se um partido político pode impedir que participem das convenções destinadas a escolher seus candidatos nas eleições, indivíduos da raça negra; iv) se é legítimo que um clube social recuse o ingresso de novo sócio sem declinar a motivação, ou proíba o acesso de pessoas de determinada raça ou sexo; [...] (PEREIRA, 2003, p. 138-140).

Neste diapasão, importante destacar as diversas teorias surgidas para discutir a aplicação ou não dos direitos fundamentais na esfera privada, iniciando-se pela doutrina norte americana do “state action” que nega a eficácia dos direitos fundamentais nas relações particulares e sua amenização pela doutrina do “public function”, passando-se pelas doutrinas alemãs da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais na esfera privada, da eficácia direta e imediata, e finalizando-se, com a teoria dos deveres de proteção, analisadas a seguir.

Com efeito, logo após o surgimento da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, iniciou-se um forte movimento contrário nos Estados Unidos da América de sua aplicação, lastreado na posição clássica liberal de que os direitos fundamentais representavam exclusivamente direitos de defesa em face do Estado (state action), isto é, somente deveriam ser vistos em uma relação vertical e jamais horizontal. Dentre os argumentos utilizados, destacavam-se não só esta posição histórica, como também a autonomia individual, que seria fulminada no caso de se prevalecer tal tese, e a necessidade de se preservar o pacto federativo, pois lá, via de regra, compete aos Estados-Membros e não à União legislar sobre direito privado (SARMENTO, 2003, p. 193).

De acordo com Daniel Sarmento,

[...] É praticamente um axioma do Direito Constitucional norte-americano, quase universalmente aceito tanto pela doutrina como pela jurisprudência, a idéia de que os direitos fundamentais, previstos no Bill of Rights da Carta estadunidense, impõem limitações apenas para os Poderes Públicos e não atribuem aos particulares direitos frente a outros particulares, com exceção apenas da 13ª Emenda, que proibiu a escravidão. [...] (SARMENTO, 2003, p. 198-199)

A referida doutrina do “state action” na Suprema Corte americana inicia-se ainda no século XIX com o julgamento de cinco casos de pessoas indiciadas por terem cerceado o acesso

de negros a hotéis, teatros e trens, culminando na declaração de inconstitucionalidade da norma editada pelo Congresso Nacional daquele país (Civil Rights Act) sob o argumento de que a União teria recebido da Constituição apenas a competência para editar normas impedindo as discriminações praticadas pelos próprios Estados, mas não aquelas cometidas por indivíduos e empresas privadas (SARMENTO, 2003, p. 200).

Todavia, a própria Suprema Corte americana, em alguns casos específicos, a partir da década de 40 do século passado, passou a amenizar esta teoria da “state action” que negava totalmente a aplicação dos direitos fundamentais na esfera privada, adotando a chamada “public function theory”, segundo a qual quando particulares agirem no exercício de atividades de natureza tipicamente estatal, estarão sujeitos às limitações impostas pelos direitos fundamentais (SARMENTO, 2003, p. 201).

Comentando sobre a “public function theory”, Daniel Sarmento assim leciona,

[...] Esta teoria impede, em primeiro lugar, que o Estado se livre da sua vinculação aos direitos constitucionais pela constituição de empresas privadas, ou pela delegação das suas funções típicas para particulares, pois estes, quando assumem funções de caráter essencialmente público, passam a sujeitar-se aos mesmos condicionamentos constitucionais impostos aos Poderes Públicos.

Ademais, existem, segundo a Suprema Corte, certas atividades que, independentemente de delegação, são de natureza essencialmente estatal, e, portanto, quando os particulares as exercitam, devem submeter-se integralmente aos direitos fundamentais previstos na Constituição. [...] (SARMENTO, 2003, p. 201)

O caso mais importante de aplicação da “public function theory” ocorreu no precedente “Marsh v. Alabama” julgado em 1946 em que se discutia se uma empresa privada possuidora de uma determinada área com ruas, residências e estabelecimentos comerciais, poderia ou não proibir indivíduos da religião Testemunhas de Jeová de ali pregarem o seu credo. A Suprema Corte declarou inválida referida proibição, pois em seu entender a empresa se equiparava ao Estado e se sujeitava à 1ª Emenda da Constituição norte-americana que permite a liberdade de culto religioso (SARMENTO, 2003, p. 201).

Embora tenha havido um progresso da Suprema Corte americana quanto à aplicação dos direitos fundamentais na esfera privada, por meio da construção da “public function theory”, ainda há uma forte oposição à horizontalização desta espécie de direitos, culminando, inclusive, em obstáculos à possibilidade de tutela pelo legislador ordinário desta espécie de direitos nas relações privadas.

Do ponto de vista crítico, as doutrinas americanas da “state action” e da “public function theory” não representam os anseios protetivos da sociedade moderna, em que a opressão já não mais advém direta e unicamente da figura estatal, mas sim de outros poderes instituídos dentro da própria sociedade, normalmente detentores de capital, como as instituições privadas financeiras, empresariais, recreativas, dentre outras.

Outrossim, impende realçar que no âmbito do sistema jurídico pátrio, a Constituição da República de 1988 em nenhum momento procurou restringir a eficácia de suas normas às relações verticais, como a Constituição norte-americana, ao revés, como afirmado por Wilson Steinmetz “[...] a CF é uma Constituição que, além de normatizar as relações entre indivíduo e Estado, tem a pretensão de modelar, em questões fundamentais, as relações sociais (STEINMETZ, 2004, p.181).”

Deste modo, em sentido diametralmente oposto à teoria da “state action” norte-americana, surgiu na Alemanha em 1956, com Günter Dürig, a tese da eficácia horizontal mediata ou indireta dos direitos fundamentais, tornando-se concepção dominante naquele ordenamento jurídico (SARMENTO, 2003, p. 210).

Para esta teoria, os direitos fundamentais na esfera privada não representam um direito subjetivo de seu titular que possam ser invocados, inclusive judicialmente, com esteio na Carta Constitucional. Representariam apenas uma ordem de valores que deveriam nortear as relações privadas, sem, contudo, nenhuma eficácia impositiva, pois, do contrário, reduziria-se a quase nada a autonomia privada.

O argumento utilizado por esta teoria para negar a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares assemelha-se com aquele utilizado pelos defensores da “state action”. Todavia,

[...] A diferença essencial consiste no reconhecimento, pelos primeiros, que os direitos fundamentais exprimem uma ordem de valores que se irradia por todos os campos do ordenamento, inclusive sobre o Direito Privado, cujas normas têm de ser interpretadas ao seu lume (SARMENTO, 2003, p. 212).

Ressalte-se que para os adeptos da teoria da eficácia mediata e indireta dos direitos fundamentais a proteção nas relações entre particulares deve ser prevista pelo legislador, estabelecendo uma disciplina no próprio direito privado que se revele compatível com os ditames constitucionais. Ao Poder Judiciário sobraria apenas o papel de preencher as cláusulas indeter-

minadas editadas pelo legislador e declarar a inconstitucionalidade daquelas normas privadas incompatíveis com a Carta Fundamental (SARMENTO, 2003, p. 214).

Dentre as várias decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional alemão destaca-se o julgamento do caso “Lüth”. Tratava-se de tentativa de boicote a um filme dirigido por um cineasta de passado nazista pelo Clube de Imprensa de Hamburgo, presidido por Lüth. Após a decisão de primeira instância determinando a cessação do boicote, interpôs Lüth queixa constitucional junto à Corte Constitucional alemã. Esta, ao apreciar o recurso, deu-lhe provimento, assentando a premissa que aos tribunais civis, ao examinar litígios de natureza privada, devem levar em consideração os direitos fundamentais, interpretando os preceitos de direito civil de forma a harmonizá-los com os valores inerentes à Carta Fundamental (PEREIRA, 2003, p. 166).

A tese ora em estudo também prevalece nas Cortes de outros países do mundo, como na Áustria e na França (SARMENTO, 2003, p. 214).

Desta sorte, para os defensores desta corrente, por se tratar de relações no âmbito do direito privado, caberia aos seus representantes, membros do Poder Legislativo, a solução de eventuais conflitos surgidos, e não ao Poder Judiciário, cujos membros não foram escolhidos de maneira democrática pelo povo.

Do ponto de vista crítico, a teoria da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais, ao incumbir ao legislador e não ao juiz o dever de estabelecer o campo de proteção dos particulares, se por um lado garante uma maior legitimidade a esta decisão, uma vez que o primeiro é escolhido através de processo de consulta pública, no caso brasileiro por meio de eleições diretas, e o segundo sem a participação direta do povo, seja através de concurso público, seja através de indicação presidencial com aprovação do Congresso Nacional, por outro lado, deixa os particulares sujeitos às maiorias eventuais, bem como à morosidade na aprovação de leis pelo poder Legislativo.

Ademais, no direito pátrio, o poder constituinte originário pareceu claro ao conferir ao poder Judiciário, especialmente ao Supremo Tribunal Federal, por meio do artigo 102, I, a, e III, da Carta Magna, a incumbência de por último dizer a força de atuação dos comandos normativos constitucionais.

Assim, em que pese o avanço obtido com a teoria da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais, esta ainda não traduz as aspirações da sociedade moderna, tampouco denota a opção do constituinte originário pátrio, razão pela qual surgiu a chamada teoria da eficácia direta e imediata.

Com razão, contrapondo-se à teoria da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais, outros autores alemães no mesmo período histórico, especialmente Hans Carl Nipperdey, passaram a defender a possibilidade de se invocar diretamente os direitos fundamentais nas relações privadas, sem a necessidade de se esperar a atuação do legislador, conferindo-se um verdadeiro direito subjetivo ao seu titular (NIPPERDEY apud SARMENTO, 2003, p. 220).

Dissertando sobre o assunto, Carlos Roberto Siqueira Castro afirma que

[...] De acordo com esses autores, os direitos que a Constituição reconhece às pessoas e à coletividade configuram princípios básicos e objetivos da comunidade nacional vista em seu conjunto, destarte vinculantes tanto para o Estado quanto para os particulares e, de conseguinte, válidos e exigíveis para todas as relações sociais estabelecidas no interior da ordem jurídica estadual, sejam elas públicas ou privadas. [...] (CASTRO, 2003, p. 240)

Com efeito, a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais no âmbito privado visa abarcar a generalidade dos indivíduos, possuindo, assim eficácia erga omnes, assumindo uma posição de verdadeiro direito subjetivo em face de indivíduos privados, sejam eles dotados de posições de poder, sejam dotados de posições de igualdade.

Neste diapasão, importante mencionar que a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas não prega o fim da autonomia particular, mas defendem a necessidade de se ponderar o direito fundamental em jogo com a autonomia de cada um dos indivíduos presentes na relação.

Apesar de não ter logrado grande aceitação na Alemanha, esta tese é majoritária, tanto na Espanha, como em Portugal, na Itália e na Argentina (SARMENTO, 2003, p. 236).

Portanto, para os defensores desta tese, é possível aos indivíduos que tenham seu direito fundamental violado por particulares, pleitear diretamente em juízo, a obediência ao mesmo, traduzindo-se em um verdadeiro direito subjetivo garantido pelo ordenamento constitucional frente a qualquer espécie de pessoas, sejam elas públicas ou privadas.

Do ponto de vista crítico, esta tese parece ser a que melhor se adequa aos anseios da sociedade moderna, conferindo, primeiramente, aos direitos fundamentais, ampla dimensão, abrangendo não só as relações Estado-particulares, mas também as relações privadas; e em um segundo momento, ao poder Judiciário, marcado pela imparcialidade, a função de zelar pela observância dos direitos fundamentais nestas espécies de relações.

]Seguindo na linha do pensamento das teorias que admitem a eficácia dos direitos fundamentais nas relações horizontais, recentemente, um segmento da doutrina alemã, no qual se destacam autores como Joseph Isensee, Stefan Oeter, Klaus Stern e Claus-Wilhelm Canaris, passou a defender a teoria dos deveres de proteção em relação aos direitos fundamentais na esfera privada, cabendo ao Estado não só o dever de abster-se de violar os direitos fundamentais, mas também o dever de protegê-los contra lesões e ameaças advindos de todas as espécies de terceiros, inclusive os particulares (SARMENTO, 2003, p. 236).

Esta tese decorre de um desdobramento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, em que o Estado deve além de deixar de praticar qualquer ato que possa ir de encontro aos direitos fundamentais, atuar de forma positiva, protegendo os bens jurídicos fundamentais de quaisquer tipo de ameaças que provenham de outros indivíduos, sejam pessoas físicas, jurídicas, de direito público ou de direito privado (PEREIRA, 2003, p. 162).

Neste sentido José Carlos Vieira de Andrade, para quem

Actualmente, embora se verifique a prevalência das idéias de aplicabilidade mediata, nota-se uma tendência doutrinal para a superação desse modo de apresentar o problema, em favor da construção já referida de um dever de proteção estadual dos direitos fundamentais, que não valeria apenas relativamente aos poderes públicos (incluindo outros Estados), mas também perante privados.

Os preceitos relativos aos direitos fundamentais dirigir-se-iam em primeira linha às relações entre os particulares e os poderes públicos, mas estes, para além do dever de os respeitarem (designadamente de se absterem de os violar) e de criarem as condições necessárias para a sua realização, teriam ainda o dever de os proteger contra quaisquer ameaças, incluindo as que resultam da actuação de outros particulares.

[...]

E esse dever de protecção não se resumiria ao cumprimento pontual daquelas imposições expressamente estabelecidas na Constituição, constituiria, para além disso, um dever geral, decorrente do princípio do Estado de Direito e do correspondente monopólio estadual da autoridade e do uso da força legítima, visto que os particulares, salvo situações excepcionais, só podem evitar ou defender-se das agressões dos seus direitos por outros particulares se os poderes públicos proibirem, prevenirem e reprimirem tais ofensas.

Assim, estas teorias do dever de protecção, embora sejam tributárias de uma idéia de aplicabilidade mediata, alargam a aplicabilidade dos direitos fundamentais para além do tradicional preenchimento das cláusulas gerais de direito privado, impondo aos poderes públicos (ao legislador, à Administração e ao juiz) a obrigação de velarem efectivamente por que não existam ofensas aos direitos fundamentais por parte de entidades privadas (ANDRADE, 2006, p.281-282).

Nesta senda, destaca-se uma importante decisão proferida em 1990 pela Corte Constitucional alemã em que se debatia a proibição prevista no Código Comercial alemão ao ex-representante comercial de exercer a mesma atividade por até dois anos, sem indenização, quando sua demissão ocorrer por justa causa. Um determinado ex-representante comercial ingressou em juízo sustentando que esta vedação violaria seu direito fundamental ao livre exercício da profissão. Ao julgar o caso, a Suprema Corte alemã reconheceu, primeiramente, que pelo princípio da autonomia da vontade, era válida a celebração de contrato de trabalho contendo cláusulas restritivas permitidas em lei, mas para a regularidade deste acordo de vontade era necessário verificar se à data de sua assinatura a parte prejudicada encontrava-se em situação de igualdade com a outra, cuja proteção era conferida pela Carta Constitucional. Assim, por não ter o legislador, ao estabelecer a norma do Código Comercial, observado o dever de proteção incutido na Constituição, afastou o Tribunal Constitucional alemão a vedação imposta pela norma legal, dando ganho de causa ao ex-representante comercial (SARMENTO, 2003, p. 238).

Do ponto de vista crítico, a teoria dos deveres de proteção aproxima-se da teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas, cabendo, a priori, ao legislador, e não ao juiz, o dever de evitar a lesão destes direitos, salvaguardando, contudo, a atuação do Poder Judiciário, quando o legislador não exercer adequadamente seu papel, seja protegendo os direitos fundamentais, seja protegendo o ícone liberal da autonomia privada.

E no Brasil? Qual teoria foi, de fato, adotada pela Carta Constitucional de 1988?

Pela leitura da Constituição de 1988, denota-se que esta tem um forte caráter intervencionista e social, dotada de um detalhismo minucioso, (BARROSO, 2000, p. 42) abrangendo em seu título II a proteção aos direitos individuais e coletivos, aos direitos sociais, aos direitos da nacionalidade, aos direitos políticos e aos direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos (MORAES, 2007, p. 23-24).

Este rol de proteção consagra um modelo de Estado do Bem Estar Social, voltado para a promoção da igualdade, não só formal, mas também material, inexistindo uma separação rígida entre o Estado e a sociedade civil, sendo, nos dizeres de Daniel Sarmiento “francamente incompatível com a tese radical, adotada nos Estados Unidos, que simplesmente exclui a aplicação dos direitos individuais sobre as relações privadas.” (SARMENTO, 2003, p. 245) Portanto, no Brasil, não houve a adoção da tese da “state action” norte-americana.

Por outro lado, forte ainda nas lições deste jurista pátrio,

[...] Da mesma forma, ela (Constituição de 1988) nos parece inconciliável com a po-

sição mais compromissória, mas ainda assim conservadora, da eficácia horizontal indireta e mediata dos direitos individuais, predominante na Alemanha, que torna a incidência destes direitos dependente da vontade do legislador ordinário, ou os confina ao modesto papel de meros vetores interpretativos das cláusulas gerais do Direito Privado (SARMENTO, 2003, p. 245-246).

Comungando deste entendimento, autores como Jane Reis Gonçalves Pereira (2003, p. 180-190) e Ingo Wolfgang Sarlet (apud SARMENTO, 2003, p. 257).

Vê-se, desta forma, que nossa Lei Fundamental também não adotou a tese da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, tampouco a teoria dos deveres de proteção.

Para Daniel Sarmiento nossa Constituição adotou a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, pois nada há no texto constitucional que sugira a idéia de vinculação destes direitos apenas ao Estado, ou ainda, e forma indireta e mediata aos particulares. Ao revés, afora alguns direitos cujo destinatário é o Estado, na maioria dos outros casos o constituinte não estabeleceu de antemão nenhuma limitação no pólo passivo das liberdades públicas que afastasse os particulares (SARMENTO, 2003, p. 247).

Há que se ter em conta que a Constituição de 1988 é uma Carta que não se baseia na miragem liberal de que o Estado é adversário do Direito, existindo vários direitos fundamentais endereçados contra a atuação privada, como, por exemplo, os direitos sociais trabalhistas, elencados em seu artigo 7º, sem prejuízo de outros tantos previstos no artigo 5º umbilicalmente ligados aos particulares, sem os quais não faria sentido a previsão constitucional.

Demais disso temos um dado empírico, a República Federativa do Brasil é um país extremamente desigual, cujas relações sociais normalmente são injustas e assimétricas, fato que justifica uma maior intervenção para proteção dos direitos fundamentais no âmbito privado.

Neste contexto, importante destacar os ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet, para quem

[...] inexistente respaldo suficientemente robusto a sustentar uma negativa no que diz com a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, ao menos nas hipóteses em que não tenham por destinatário exclusivo o poder público (SARLET apud SARMENTO, 2003, p. 257).

Na esteira desta digressão, também defendendo a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas temos Gustavo Tepedino (apud SARMENTO, 2003, p. 258), posicionamento ao qual se alinha com o apresentado no presente artigo.

Todavia, para a correta aplicação dos direitos fundamentais nas relações horizontais, sem reduzir o papel fundamental do princípio da autonomia da vontade, deve-se partir de algumas premissas básicas, também conhecidas como standards mínimos, estando a primeira ligada ao menor ou maior nível de desigualdade entre as partes. Quanto mais desigual for esta relação, maior deverá ser a incidência protetiva dos direitos fundamentais, e quanto menos desigual for esta relação, menor será a intervenção do Estado, seja na esfera legislativa, seja na esfera judicial, confiando-se na autodeterminação dos indivíduos participantes desta relação.

Já a segunda premissa fundamental possui alicerce na fundamentalidade do direito à luz da ordem de valores prevista na Carta Magna, isto é, quanto mais fundamental for o direito, maior deverá ser a proteção a ele conferida.

Eis, portanto, um apanhado da posição doutrinária pátria a respeito da proteção constitucional conferida aos indivíduos nas relações privadas, defendendo-se a tese que nossa Carta Cidadã adotou a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais na esfera privada, detendo, qualquer pessoa que sofra uma lesão nos mesmos, um verdadeiro direito subjetivo de postular sua proteção em qualquer órgão jurisdicional.

## **A JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA A RESPEITO DA APLICAÇÃO HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Expostas algumas posições doutrinárias nacionais a respeito da matéria, passa-se agora à análise de algumas decisões judiciais proferidas pelos Tribunais pátrios, destacando-se, em primeiro lugar, uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos idos de 1996 em que, sem discutir as teorias acima elencadas, adotou a tese da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Com efeito, em 1996, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal julgou o caso em que uma determinada companhia aérea francesa pagava um salário para os seus funcionários brasileiros e outro, maior, para os seus funcionários franceses. Chegando a matéria ao Pretório Excelso, por meio do Recurso Extraordinário nº 161243/DF, de relatoria do então Ministro Carlos Velloso, foi consignado que referida diferenciação seria inconstitucional, por violação ao princípio da isonomia, amparado no artigo 5º, caput, da Carta Constitucional, estando a ementa desta decisão assim disposta,

CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHA-

DOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput.

I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput).

II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846(AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465.

III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso.

IV. - R.E. conhecido e provido (BRASIL, 1997).

Contudo, após estes julgados e alguns outros proferidos pelos Tribunais pátrios, chega ao Supremo Tribunal Federal, por meio do Recurso Extraordinário 201819/RJ, um caso versando sobre a aplicação dos direitos fundamentais na esfera privada, em que acabou se discutindo as diversas teses existentes sobre o tema.

Tratava-se de Recurso Extraordinário interposto pela União Brasileira de Compositores contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que havia confirmado sentença de primeira instância onde se determinara a reintegração de um sócio excluído dos quadros da associação sem lhe ter sido oportunizado o direito à ampla defesa e ao contraditório. Sustentava a referida associação que ao caso era inaplicável o princípio da ampla defesa, pois não possuía essa a qualidade de órgão da Administração Pública, mas de entidade de direito privado, dotada de estatutos e atos regimentais próprios que disciplinavam a relação com seus sócios.

A Relatora originária, Ministra Ellen Gracie, em 08 de agosto de 2004, votou no sentido do conhecimento e provimento do recurso, por entender não ser aplicável às associações privadas o princípio da ampla defesa e do contraditório, adotando a teoria do “state action” norte-americana.

Neste sentido,

[...] A controvérsia envolvendo a exclusão de um sócio de entidade privada resolve-se a partir das regras do estatuto social e da legislação civil em vigor. Não tem, portanto, o aporte constitucional atribuído pela instância de origem, sendo totalmente descabida a invocação do disposto no art. 5º, LV da Constituição para agasalhar a pretensão do recorrido de reingressar nos quadros da UBC.

[...]

Diante do exposto, conheço do recurso, e lhe dou provimento (GRACIE, 2004).

Após, o voto da Ministra Relatora, o Ministro Gilmar Mendes pediu vista dos autos, para melhor análise do mesmo, trazendo na sessão de 16 de novembro de 2004, por meio de um longo texto, em que abordara as diversas concepções acerca da matéria, o seu entendimento. Neste afirmou que, tendo em conta que a União Brasileira de Compositores possuía caráter público e geral, era legítima a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório no processo de exclusão de seu sócio, razão pela qual estaria desprovendo o recurso.

Nesta seara, Gilmar Ferreira Mendes, defende

[...] Estando convencido, portanto, de que as particularidades do caso concreto legitimam a aplicabilidade dos direitos fundamentais referidos já pelo caráter público – ainda que não estatal – desempenhado pela entidade, peço vênias para divergir, parcialmente, da tese apresentada pela eminente Relatora. Voto, portanto, pelo conhecimento do recurso e, no mérito, pelo seu desprovimento (MENDES, 2004).

Considerando a dimensão que a matéria alcançou, o Ministro seguinte, Joaquim Barbosa, entendeu por bem em pedir vistas, trazendo seu voto ao lume da Turma, em 26 de abril de 2005, acompanhando a posição tomada pelo seu predecessor,

[...] 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 de 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 da autonomia privada do indivíduo.

[...]

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.

Conheço, pois, do recurso extraordinário, e a ele nego provimento (BARBOSA, 2005).

Na mesma sessão, em que pesem os votos divergentes dos Ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa, entendeu o Ministro Carlos Velloso, apesar de reconhecer que na esfera de direitos trabalhistas estes vinculam direta e imediatamente os particulares, em acompanhar o raciocínio da Ministra Ellen Gracie, dando provimento ao recurso sob o fundamento de que a posição tradicional daquele Excelso Pretório era de que para regularidade da garantia do devido processo legal bastava a observância da lei que remetia ao estatuto da associação. Tendo sido o processo de exclusão pautado no mencionado estatuto, não haveria que se falar em violação à cláusula do devido processo legal.

Neste diapasão,

[...] Temos, no caso, a mesma doutrina que aplicamos quando se alega o descumprimento do devido processo legal. É que devido processo legal se exerce de conformidade com a lei. Ora, neste caso, exerce-se de conformidade com o Estatuto do clube a que ele aderiu. O novo Código Civil manda observar essas prescrições de defesa e a questão continua, entretanto, no âmbito infraconstitucional; ter-se-á, então, questão de ilegalidade se entender necessária esta interferência, esta defesa, nos termos do novo Código Civil. Questão infraconstitucional, portanto.

[...]

Acompanho a Sra. Ministra-relatora, data vênica do Sr. Ministro Joaquim Barbosa (VELIOSO, 2005).

Empatado o julgamento, o então Ministro-Presidente da Turma, Celso de Mello, entendera por bem estudar melhor o caso, trazendo à discussão da Corte a matéria em 11 de outubro de 2005, sessão na qual votou no sentido do desprovimento do recurso, acolhendo a tese da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais na esfera das liberdades públicas.

Neste sentido, Celso de Mello assim averberou,

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 de 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.

[...]

Concluo, pois, Senhores Ministros, no sentido de reconhecer que assiste, ao associado, no procedimento de sua expulsão referente à entidade civil de que seja membro integrante, a prerrogativa indisponível de ver respeitada a garantia do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, consoante prescreve, em cláusula mandatória, a Constituição da República, em seu artigo 5º, LV, não obs-

tante se trate, como no caso, de ato praticado na esfera e sob a égide de uma típica relação de ordem jurídico-privada.

Sendo assim, consideradas as razões expostas e na linha de divergência iniciada pelo eminente Ministro Gilmar Mendes e reafirmada pelo eminente Ministro Joaquim Barbosa, peço vênia para conhecer e negar provimento ao presente recurso extraordinário, mantendo, em consequência, por seus próprios fundamentos, o v. acórdão emanado do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (MELLO, 2005).

Assim, colhidos os votos de todos os integrantes da Segunda Turma, fora o Recurso Extraordinário interposto pela União Brasileira de Compositores, por maioria, conhecido e desprovido, estando a sua ementa assim vazada,

SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS.

As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.

II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES.

A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO.

As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência eco-

nômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88).

IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO (BRASIL, 2006).

Ressalte-se, que em que pese o Pleno do Supremo Tribunal Federal não ter conhecido, ainda, da matéria, denota-se pelas decisões de sua Segunda Turma, um claro posicionamento no sentido de se prover aos direitos fundamentais uma eficácia direta e imediata na órbita das relações privadas.

No compasso desta digressão, mais recentemente, imbuídos desta nova visão a respeito dos direitos fundamentais, já acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, os Tribunais de Justiça dos Estados têm adotado, sem titubear, a tese da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações horizontais.

Neste diapasão, colaciona-se, dentre várias, a ementa do seguinte julgado proferido pela Décima Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no bojo da Apelação Cível 2006.001.56147, Relator Desembargador Luiz Fernando de Carvalho, cuja sessão ocorrera em 16.10.2007, versando sobre a conduta afrontosa à honra e intimidade de certo empregador para com seus empregados, em razão de furto ocorrido no local de uma determinada obra,

RESPONSABILIDADE CIVIL E CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. FURTO EM LOCAL DE OBRA.

Operários que são conduzidos de carro pelo dono da obra a suas próprias casas, em meio ao trabalho, sob o pretexto de carona, para que buscar documentos de identidade para depor em inquérito policial, lá sendo constrangidos pela entrada não-consentida de seu contratante nas residências, em atitude inquisitiva e sugestiva da participação dos trabalhadores no furto. Ações fundadas no mesmo conjunto de fatos, com

idênticas causas de pedir e pedidos. Conexão factual. Sentenças de improcedência. Apelações dos autores. Circunstância incontroversa de que os autores trabalhavam em obra do réu no período do furto, sendo por ele conduzidos de carro às suas casas, nelas entrando aquele, apesar de instado em contrário. Ausência de refutação pelo réu. Constatação do intuito de pressionar e constranger os autores, em conduta afrontosa, praticada em público, em vizinhança modesta de cidade interiorana, com abuso da subordinação jurídica dos autores pelo réu. Atitude policialesca e acusatória, que implicou na violação dos direitos fundamentais à intimidade, à honra e à imagem (art. 5º, X, CRFB). Prova testemunhal que corrobora as narrativas dos autores. Direitos cuja eficácia não se restringe ao aspecto vertical, como defesa dos cidadãos perante o estado, mas também horizontal, aplicando-se às relações privadas, pois é incompreensível uma ordem jurídica na qual apenas os entes públicos - e não os particulares - estejam jungidos ao respeito aos direitos fundamentais. Precedentes do STF. Ilicitude. Dano à esfera extrapatrimonial dos autores, que se mostra *in re ipsa* e excede em gravidade, em razão das circunstâncias, aquele comumente reconhecido em hipóteses de negatização indevida e de publicação de matéria meramente injuriosa, ao qual deve ser atribuída reparação que expresse a concorrência entre o *pretium doloris* e o valor de desestímulo, fixando-se, portanto, em quantia equivalente a 60 salários mínimos na data da sentença, com os acréscimos e atualização legais. Pleito de publicação de matéria de desagravo que se rejeita, em vista do tempo decorrido desde o fato e de um dos autores que o formularam já ter falecido, não podendo a prestação voltar-se para a recomposição de sua imagem. Provimento parcial do apelo (BRASIL, 2007).

Como salientado, já é possível observar decisões judiciais pátrias que determinam a aplicação dos direitos fundamentais na esfera privada, adotando-se, como regra, a tese da eficácia direta e imediata desta espécie de direitos nas relações horizontais.

E é neste sentido que se conclui o presente estudo, por meio do cotejo entre a Constituição da República, a tese da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas e a jurisprudência pátria sobre o assunto.

## CONCLUSÃO

O instituto dos direitos fundamentais sempre foi visto como forma de proteção e limitação da atuação estatal frente aos indivíduos. Ocorre, todavia, que esta realidade vem se alterando dia após dia, com a transferência do poder das mãos do Estado para as mãos de particulares, fato que faz surgir novas relações possíveis de violação dos direitos garantidos pela Carta Fundamental.

Por esta razão é que se fala hoje em aplicação horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas. Surgem novos pólos de poder que necessitam ser limitados como forma de proteção aos indivíduos.

Sobre o tema, dissertou-se sobre as diversas correntes a respeito da aplicação ou não desta espécie de direitos nas relações entre particulares, desde a posição tradicional norte-americana do “state action”, que nega a sua incidência na órbita privada, como a sua amenização por meio da “public function theory”, e as teorias da eficácia indireta e mediata, direta e imediata e deveres de proteção, todas, com suas especificidades, defendendo-se a inserção da noção de direitos fundamentais nas relações privada.

Concluiu-se que a Constituição de 1988 adotara a corrente da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais não só nas relações verticais como também nas relações horizontais, tese que vem prevalecendo no âmbito doutrinário e jurisprudencial, consoante explicitado e acolhido por este trabalho.

Sem mais delongas, chega-se ao final deste artigo, com a certeza de que o debate sobre o assunto ainda está em seu início. Pela simples leitura deste estudo, verifica-se tratar de tema extremamente complexo, em que há muito o que se acrescentar para sua maior utilização na prática forense.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BARBOSA. Joaquim. Supremo tribunal federal. RE 201819/RJ. Sessão de julgamento 26.04.2005. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 18.06.2008.

BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BRASIL. Constitucional. Sociedade civil sem fins lucrativos. União brasileira de compositores. Exclusão de sócio sem garantia da ampla defesa e do contraditório. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. – R.E. Conhecido e desprovido. RE 201819/RJ, relatora originária ministra Ellen Gracie. relator para acórdão ministro Gilmar Mendes. DJU 27.10.2006. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 18.06.2008.

BRASIL. Constitucional. Trabalho. Princípio da igualdade. Trabalhador brasileiro empregado

de empresa estrangeira: estatutos do pessoal desta: aplicabilidade ao trabalhador estrangeiro e ao trabalhador brasileiro. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput. – R.E. conhecido e provido. RE 161243/DF, relator ministro Carlos Velloso. DJU 19.12.1997. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 18.06.2008.

BRASIL. Responsabilidade civil e constitucional. Violação de direitos fundamentais. Ação indenizatória por danos morais. Furto em local de obra. – Apelo provido. AC 2006.001.56147, relator desembargador Luiz Fernando de Carvalho. Julg. 16.10.2007. Disponível em <<http://tj.rj.gov.br>>. Acesso em 22.06.2008.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. A constituição aberta e os direitos fundamentais. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GRACIE, Ellen. Supremo tribunal federal. RE 201819/RJ. Sessão de julgamento 08.06.2004. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 18.06.2008.

MELLO, Celso de. Supremo tribunal federal. RE 201819/RJ. Sessão de julgamento 26.04.2005. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 18.06.2008.

MENDES, Gilmar. Supremo tribunal federal. RE 201819/RJ. Sessão de julgamento 16.11.2004. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 18.06.2008.

MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.), A nova interpretação constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.), A nova interpretação constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

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

VELLOSO, Carlos. Supremo tribunal federal. RE 201819/RJ. Sessão de julgamento 26.04.2005. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 18.06.2008.

RECEBIDO: 30/10/2010  
APROVADO: 03/12/2010