

Constituição e Direito Privado: Algumas Considerações sobre a Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas*

André Rufino do Vale

Mestrando pela Universidade de Brasília – UnB.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A doutrina da *drittwirkung der grundrechte*; 1.1 Algumas delimitações terminológicas sobre o conceito de *Drittwirkung*; 1.2 Origem e desenvolvimento da doutrina; 2 Teorias sobre a forma e o conteúdo da eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada; 2.1 A teoria da eficácia mediata ou indireta (*mittelbare Drittwirkung*); 2.2 A teoria da eficácia imediata ou direta (*unmittelbare Drittwirkung*); 2.3 A eficácia produzida por direitos frente ao Estado; 3 Uma análise crítica a respeito das construções teóricas; Conclusão: a criação de um modelo de níveis de eficácia.

INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais se apresentam na normativa constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e, ao mesmo tempo, como marco de proteção de situações jurídicas subjetivas.

Na medida em que o Estado Liberal evoluiu para formas de Estado Social de Direito, os direitos fundamentais deixaram de ser meros limites ao exercício do poder político, ou seja, garantias negativas dos interesses individuais, para transformar-se em um conjunto de valores diretivos da ação positiva dos poderes públicos.

No horizonte do constitucionalismo atual, os direitos fundamentais desempenham, assim, uma dupla função: no plano subjetivo, seguem atuando como garantias da liberdade individual, ainda que a esse papel clássico se acrescente a defesa de aspectos coletivos e sociais; no plano objetivo, assumiram uma dimensão institucional a partir da qual seu conteúdo deve funcionalizar-se para a consecução dos fins e valores constitucionalmente proclamados.

* Este ensaio é a reprodução de algumas das teses expostas no livro: VALE, André Rufino do. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2004.

Por ser expressão do conjunto de valores ou decisões axiológicas básicas de uma sociedade, consagrados na normativa constitucional, os direitos fundamentais contribuem com maior amplitude e profundidade a conformar toda a ordem jurídica infraconstitucional. Enfim, respondem a um sistema de valores e princípios de alcance universal que informam todo o sistema jurídico.

Concebidos inicialmente como instrumentos de defesa dos cidadãos frente à onipotência do Estado, considerou-se que os direitos fundamentais não tinham razão de ser onde se desenvolvem as relações entre particulares. Esse enfoque obedecia a uma concepção puramente formal da igualdade entre os diversos membros da sociedade. Porém, é fato notório que, na sociedade neocapitalista, essa igualdade formal não supõe uma igualdade material, e que nela o pleno desfrute dos direitos fundamentais se encontra, em muitas ocasiões, ameaçado pela existência, na esfera privada, de centros de poder não menos importantes de que os correspondentes aos órgãos públicos. Assim é que a passagem do Estado Liberal para o Estado Social de Direito haja suposto, neste plano, a extensão da incidência dos direitos fundamentais a todos os setores do ordenamento jurídico e, portanto, também ao âmbito das relações entre particulares.¹

O presente ensaio tem por escopo tecer algumas considerações sobre o debate teórico a respeito do problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, desenvolvido no contexto alemão pela doutrina da *Drittwirkung der Grundrechte*.

1 A DOCTRINA DA *DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE*

1.1 Algumas delimitações terminológicas sobre o conceito de *Drittwirkung*²

A idéia de *Drittwirkung* dos direitos fundamentais é uma criação da ciência jurídica alemã e representa, de acordo com INGO VON MÜNCH, um dos conceitos jurídicos mais interessantes dos tempos modernos.³

- 1 Cf. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998, p. 19-29.
- 2 A expressão *Drittwirkung*, segundo UBILLOS e INGO VON MÜNCH, parece ter sido formulada por H. P. IPSEN, em 1954. Op. cit., p. 271. GARCÍA TORRES e JIMÉNEZ-BLANCO, por outro lado, concedem essa façanha a J. SCHWABE. GARCÍA TORRES, Jesus; JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio. *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*. Madrid: Civitas, 1986, p. 11. MÜNCH, Ingo Von. *Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania*. In: CODERCH, Pablo Salvador (org.). *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*. Madrid: Civitas, 1997.
- 3 Op. cit., p. 29. De acordo com INGO VON MÜNCH, não há uma resposta demonstrável e concludente para a pergunta sobre quais circunstâncias concorreram para que a idéia de *Drittwirkung* de direitos fundamentais tenha nascido precisamente na Alemanha. Como explica o autor, talvez a razão esteja na história do período do nacional-socialismo vivido naquele país. De fato, durante a ditadura alemã, os direitos fundamentais foram vulnerados diariamente, de forma massiva, até deixarem praticamente de existir. Com efeito, o constitucionalismo alemão, a partir de 1945, se dedicou com especial atenção aos direitos fundamentais. Na Alemanha, a dogmática dos direitos fundamentais acabou “virando moda”. *Ibidem*, p. 30.

Com essa expressão alemã, denota-se a incidência dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas.⁴ Não obstante, deve-se enfatizar, desde logo, que a expressão *Drittwirkung der Grundrechte* expressa a “vigência de direitos fundamentais entre cidadãos no tráfico jurídico privado”, sendo mais restritiva do que a expressão “vigência de direitos fundamentais no direito privado”. Dessa forma, quando o Estado, ou alguma de suas entidades públicas, atua no âmbito de direito privado, não se trata de um problema de *Drittwirkung*, senão da denominada *Fiskalgeltung* de direitos fundamentais. Por esta se entende a questão de se os cidadãos, incluindo pessoas jurídicas privadas, podem invocar também direitos fundamentais frente ao Estado e seus entes, quando não se trate de uma relação de direito público, mas de direito privado.⁵ As análises aqui expendidas se centram na questão da *Drittwirkung* dos direitos fundamentais, ou seja, a incidência de direitos fundamentais nas relações entre cidadãos ou entes privados por excelência, deixando de lado o problema das relações privadas entre indivíduo e Estado.

Inicialmente, com os primeiros aportes doutrinários de sua criação, realizados por H. P. IPSEN, a denominação *Drittwirkung* buscou destacar os novos destinatários dos direitos fundamentais, os terceiros (*Dritte*), frente à já tradicional vinculação estatal.⁶

Posteriormente, a expressão *Drittwirkung* chegou a ser substituída por *Horizontalwirkung*, que possui o significado de “eficácia horizontal”, justamente para abranger um segundo âmbito de vigência dos direitos fundamentais, ou seja, ao lado de um plano vertical, onde se dá as relações entre indivíduo e Estado, existe um plano horizontal, formado pelas relações entre indivíduos e entes privados entre si. É dizer, o conceito de vigência horizontal de direitos fundamentais nasce em oposição ao de vigência vertical, ou seja, de um contraste entre uma relação de equiparação e outra de subordinação.⁷ Como bem coloca ALEXEY, ao tratar a respeito do tema, a relação Estado/cidadão é uma relação entre um titular de direito fundamen-

4 GARCÍA TORRES, Jesus; JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio. Op. cit., p. 11. INGO VON MÜNCH fala em “vigência de direitos fundamentais entre cidadãos no tráfico jurídico privado”. Segundo este autor, a literatura sobre o tema é, ultimamente, na Alemanha, quase inabarcável. Citando alguns exemplos da nova bibliografia: J. HAGER, *Grundrechte im Privatrecht*; P. LERCHE, *Grundrechtswirkungen im Privatrecht, Einheit der Rechtsordnung und materielle Verfassung*; S. OETER, *Drittwirkung der Grundrechte und die Autonomie des Privatrechts*. KONRAD HESSE cita outros, que reputa fundamentais para o estudo da questão: DÜRIG, G. *Grundrechte und Zivilrechtsprechung*. In: *Festschrift für Hans Nawiasky* (1956); LEISNER, W. *Grundrechte und Privatrecht* (1960); CANARIS, C. W. *Grundrechte und Privatrecht*; STERN, K. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*; RÜFNER, W. *Drittwirkung der Grundrechte*. In: *Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens* (1987). HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998, p. 278.

5 MÜNCH, Ingo Von. Op. cit., p. 27.

6 Cf. ESTRADA, Alexey Julio. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 90.

7 Cf. MÜNCH, Ingo Von. Op. cit., p. 31-32.

tal e um não-titular de direito fundamental; por outro lado, a relação cidadão/cidadão é uma relação entre titulares de direitos fundamentais.⁸

Porém, ainda que a denominação “eficácia horizontal” tenha a vantagem de ressaltar a existência de uma relação entre titulares de direitos fundamentais, aspecto descuidado pela concepção liberal, que somente reconhecia uma eficácia desses direitos nas relações verticais entre indivíduo e Estado, esse conceito ignora que em muitas relações privadas se verifica a presença dos chamados poderes privados, nos quais uma das partes goza de maiores poderes do que a outra, o que as faz assumir também a condição de relações verticais.⁹

Assim, outros autores, como LEISNER, optaram por termos aparentemente mais neutros, como *Geltung* (validade) e *Wirkung der Grundrechte im Privatrecht* (eficácia dos direitos fundamentais no direito privado).¹⁰

NIPPERDEY também se manifestava contra a utilização do termo *Drittwirkung*, afirmando que este, “não obstante, resulta impreciso, posto que os direitos fundamentais, em seu sentido clássico e mais estrito de direitos públicos subjetivos, somente vão dirigidos contra o Estado, pelo que seria mais correto falar de efeito absoluto de certos direitos fundamentais”.¹¹

Ultimamente, segundo INGO VON MÜNCH, a expressão *Drittwirkung* também tem sido substituída pela expressão “privatização dos direitos fundamentais”. Ressalta o autor, todavia, que essa expressão deve ser evitada, pois, apesar de sua vigência nas relações privadas, os direitos fundamentais continuam formando parte do direito constitucional.¹²

Ademais, deve-se lembrar que, posto que nem todos os direitos fundamentais são suscetíveis de *Drittwirkung*, deve-se substituir a expressão *Drittwirkung* dos (todos) direitos fundamentais por *Drittwirkung* de (alguns) direitos fundamentais.¹³

Percebe-se, com isso, de acordo com STERN, que as diferentes denominações utilizadas para designar a problemática em estudo, ainda que pretendam ter um significado objetivo e unificador, obedecem ao critério da casualidade e encerram um conteúdo ideológico e, portanto, uma tomada de posição antecipada ante o problema.¹⁴

8 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 511.

9 Cf. ESTRADA, Alexey Julio. Op. cit., p. 91.

10 Apud ESTRADA, Alexey Julio. Op. cit., p. 91.

11 Apud ESTRADA, Alexey Julio. Op. cit., p. 90.

12 Op. cit., p. 32.

13 MÜNCH, Ingo Von. Op. cit., p. 34-35.

14 Apud ESTRADA, Alexey Julio. Op. cit., p. 90.

Assim, como enfatiza ESTRADA, ante a ausência de uma terminologia unificadora, o melhor é utilizar indistintamente as diferentes acepções, de acordo com o aspecto que se queira destacar na questão sob análise.¹⁵

Portanto, no presente trabalho, para representar o problema em estudo, serão utilizados os termos *Drittwirkung*, *Horizontalwirkung*, eficácia entre terceiros, eficácia *inter privatos*, eficácia horizontal, eficácia absoluta, eficácia entre particulares etc., conforme o caso.

1.2 Origem e desenvolvimento da doutrina

A história do conceito jurídico de *Drittwirkung der Grundrechte* é relativamente recente.¹⁶

A partir da década de cinquenta, na Europa, começam a aparecer posições doutrinárias que apontam numa mesma direção: as normas constitucionais que reconhecem direitos fundamentais são eficazes por todo o ordenamento jurídico. Apesar da existência de divergências quanto ao modo de operação dessa eficácia, são cada vez mais numerosos os autores persuadidos da unidade do ordenamento e da imperiosa necessidade de proteção das liberdades frente aos poderes de fato, constatada a aproximação substancial entre as relações públicas e privadas de dominação. Gradualmente vai crescendo a convicção de que a tutela dos direitos fundamentais seria incompleta se não abarcasse de alguma maneira os ataques provenientes de sujeitos privados, ou até mesmo do Estado, quando atua como ente privado.¹⁷

Foi pelas mãos de HANS CARL NIPPERDEY¹⁸ que esses entendimentos ganharam os primeiros contornos teóricos.

NIPPERDEY inicia sua exposição com um estudo das normas compreendidas na seção de direitos fundamentais da Constituição alemã. Verifica o autor alemão que as disposições de direitos fundamentais possuem um conteúdo muito diverso entre si, pelo que sua significação, modo e grau de ação hão de ser verificados detalhadamente em cada caso particular. Afirma

15 Op. cit., p. 91.

16 A questão da incidência dos direitos fundamentais também sobre o tráfico jurídico privado já havia sido tratada nos tempos da Constituição de Weimar. Não obstante, uma discussão sistemática e profunda não se iniciou até a entrada em vigor da Lei Fundamental de 1949. MÜNCH, Ingo Von. Op. cit., p. 28.

17 UBILLOS, Juan María Bilbao. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del tribunal constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 270.

18 NIPPERDEY, um prestigioso especialista em direito civil e trabalhista e discípulo de KELSEN, defende essa tese em *Die Würde des Menschen*, um trabalho publicado em *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, obra coletiva dirigida por F. L. NEUMANN, H. C. NIPPERDEY y V. SCHEUNER, tomo II, Dunker & Humblot, Berlin, 1954; posteriormente, em ENNECERUS e H. C. NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1959. Apud, UBILLOS, Op. cit., p. 271.

NIPPERDEY que, em geral, a maioria dessas disposições do catálogo jurídico-fundamental contém direitos fundamentais autênticos (clássicos), ou seja, direitos subjetivos públicos do indivíduo frente ao Estado. Esses direitos fundamentais clássicos vinculam o poder público, garantindo ao indivíduo uma esfera de proteção contra as ações do Estado (*status negativus*), ou lhe conferindo direitos a determinadas prestações do Estado (*status positivus*), ou direitos a participar ativamente na configuração da vida estatal (*status activus*).¹⁹

Não obstante, NIPPERDEY reconhece a existência de disposições de direitos fundamentais que representam verdadeiros princípios do ordenamento jurídico. Essas disposições contém direito constitucional objetivo, que vincula todos os ramos do ordenamento, dele emanando não somente diretrizes ou regras de interpretação, mas uma regulação normativa de toda a ordem jurídica, da qual emanam diretamente direitos subjetivos privados do indivíduo.²⁰

Assim, para NIPPERDEY, algumas disposições de direitos fundamentais possuem uma dupla dimensão: além de sua tradicional significação de direitos subjetivos públicos, são também princípios objetivos que informam a totalidade do ordenamento jurídico, incluindo o direito privado.²¹

Dessa forma, segundo NIPPERDEY, a *Drittwirkung* aparece como a consequência lógica das transformações observadas no âmbito do Estado Social de Direito.

Nesse sentido, resultam incompreensíveis, de acordo com NIPPERDEY, as opiniões que defendem a exclusiva vinculação estatal aos direitos fundamentais, pois estas se negam a ver o evidente, é dizer, que o catálogo de direitos compreendido na Constituição alemã não pode ter o mesmo significado e alcance que teve nas Constituições anteriores. Em suas palavras: “uma Constituição há de ser o reflexo da ordem estatal no momento de sua promulgação, pelo que devem ser contempladas, na hora de interpretá-la, as tendências espirituais determinantes e as circunstâncias dadas nesse momento. Ao ver o alcance dos direitos fundamentais, como no século passado, em sua exclusiva destinação ao Estado, se sublinha que a proteção do indivíduo ante intromissões arbitrárias do Estado era então o propósito principal do constituinte ao incorporar direitos fundamentais no texto constitucional. Frente a isso, devia aparecer como secundária a proteção jurídico-constitucional de direitos fundamentais ante os poderes sociais e terceiros em geral, e sua necessidade ainda não se reconhecia claramente”.²²

19 Apud, ESTRADA, Alexey Julio. Op. cit., p. 103-104.

20 Apud, ESTRADA, Alexey Julio. Op. cit., p. 104.

21 Apud, ESTRADA, Alexey Julio. Op. cit., p. 105.

22 Apud, ESTRADA, Alexey Julio. Op. cit., p. 105.

Essa circunstância, afirma NIPPERDEY, sofreu uma radical transformação na época atual, quando o indivíduo depende cada vez mais dos grupos, das associações e das grandes empresas, motivo pelo qual precisa ser protegido também frente a esses poderes sociais.

Assim, NIPPERDEY se conscientiza de que, na sociedade de massas, determinados grupos dispõem de importantes parcelas de poder social e econômico, capazes de afetar intensamente, em aspectos relevantes, um grande número de indivíduos. Com efeito, os direitos fundamentais, em sua dupla dimensão, como direitos subjetivos e como princípios objetivos do ordenamento jurídico, devem garantir a cada cidadão uma esfera de liberdade constitucionalmente protegida não somente frente ao Estado, mas também frente aos poderes sociais, aos grupos e às organizações cujo descomunal poderio ameaça o indivíduo impotente.²³

As reflexões de NIPPERDEY, que exercia a presidência do Tribunal Federal do Trabalho alemão, foram logo percebidas na jurisprudência desse tribunal, que passou a tratar os direitos fundamentais como “princípios ordenadores para a vida social”, que possuem um “significado direto” também para o tráfico jurídico entre cidadãos.²⁴

Segundo informa INGO VON MÜNCH, a primeira sentença de um tribunal federal superior na Alemanha versou sobre um caso de direito do trabalho. A demandante era uma jovem que trabalhava em um hospital privado para formar-se na profissão de enfermeira. O contrato de trabalho e formação previa que, em caso de matrimônio, o empresário poderia extinguir a relação laboral e de formação. Com base nesta cláusula, a demandante foi despedida após contrair matrimônio. O Tribunal Federal do Trabalho, na famosa sentença de 5 de maio de 1957, resolveu a demanda declarando nula a cláusula contratual por vulnerar direitos fundamentais de proteção ao matrimônio e à família, de dignidade da pessoa humana e ao livre desenvolvimento da personalidade. A sentença causou sensação não tanto pela solução adotada, mas por sua fundamentação. O tribunal baseou-se explicitamente na *Drittwirkung* direta (*unmittelbare*) dos direitos fundamentais invocados, deduzindo-a das mudanças experimentadas pelos direitos fundamentais, que já não eram somente direitos de defesa frente ao Estado, mas regras de ordenação da vida social. Assim sendo, os contratos privados não poderiam colisionar com o que se poderia denominar de a ordem pública do ordenamento jurídico de um Estado.²⁵

23 Apud UBILLOS, J. M. Bilbao. Op. cit., p. 271. Nesse sentido, também: GARCÍA TORRES, Jesus; JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio. Op. cit., p. 22. A *Drittwirkung*, no entanto, não se detém somente a esses casos de manifesta desigualdade entre as partes, envolvendo da mesma forma relações de igualdade recíproca.

24 GARCÍA TORRES, Jesus; JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio. Op. cit., p. 22.

25 Op. cit., p. 35.

A *Drittwirkung der Grundrechte* chegou ao Tribunal Constitucional Federal alemão com o famoso caso *Lüth-Urteil* (BverfGE 7, 198), de 15 de janeiro de 1958, que entrou para a história constitucional e foi tema de vasta literatura jurídica a respeito do tema. A demanda se deu nestes termos: em 1950, Erich Lüth, presidente de um clube de imprensa privado de Hamburgo, em um discurso diante de distribuidores e produtores cinematográficos, por ocasião de um festival cinematográfico, incitou ao boicote do filme *Unsterbliche Geliebte* (Amante Imortal), com o argumento de que o diretor havia dirigido, na época de Hitler, um filme anti-semita, além de outros filmes que propagavam a ideologia nacional-socialista. O produtor do filme apresentou uma demanda ao juiz civil de Hamburgo, baseando-se no § 826 do BGB (quem, de modo contrário aos bons costumes, cause danos dolosamente a outro, está obrigado a repará-los), obtendo êxito. Em resposta ao recurso interposto por Erich Lüth, o Tribunal Constitucional invalidou a sentença do tribunal civil, por considerar que esta vulnerava o direito fundamental à liberdade de expressão. Na fundamentação, o Tribunal Constitucional declarou que, em virtude de seu desenvolvimento histórico, os direitos fundamentais são, sem dúvida, direitos de defesa do particular frente ao Estado; não obstante, representam também uma ordem objetiva de valores, que incide no âmbito civil.

Com a sentença do caso *Lüth*, o Tribunal Constitucional conseguiu, de uma só vez, resolver os problemas da vigência dos direitos fundamentais no tráfico jurídico privado e de sua competência de revisão das sentenças civis. Como se percebe pelos fundamentos da decisão, o Tribunal Constitucional Federal introduziu a chamada *Drittwirkung* indireta (*mittelbare*) dos direitos fundamentais, ao lado da *Drittwirkung* direta (*unmittelbare*) preconizada por NIPPERDEY e afirmada pelo Tribunal Federal do Trabalho.

Desde a sentença do caso *Lüth*, o Tribunal Constitucional Federal alemão mantém a interpretação da denominada *Drittwirkung indireta* dos direitos fundamentais, por meio de uma jurisprudência constante,²⁶ que, contudo, não mais acrescentou ao entendimento que ficou delineado no caso *Lüth*. Os tribunais da República Federal Alemã aderiram a essa interpretação. O Tribunal Federal do Trabalho, que ficava com a teoria da *Drittwirkung* direta, posteriormente também aderiu à jurisprudência do Tribunal Constitucional. A doutrina jurídico-constitucional alemã, em sua maioria, acabou seguindo tal interpretação da eficácia dos direitos fundamentais, apesar dos embates polêmicos continuarem, existindo autores que, contrários a ela, preconizam uma eficácia imediata dos princípios constitucionais na seara privada.

26 GARCÍA TORRES e JIMÉNEZ-BLANCO dão notícia das seguintes sentenças: BverfGE 7, 230, Wahlplakat-Fall; 10, 302; 11, 277; 12, 113, Schmid-Fall; 17, 302; 24, 236, Lumpensammler-Entscheidung; 34, 269, Soraya-Entscheidung; 305, 202, Lebach-Fall; 25, 256, Blinkfuer-Entscheidung e 30, 173, Gründgens Mephisto-Entscheidung. Op. cit. p. 32.

Com o tempo, a doutrina da *Drittwirkung* de direitos fundamentais, de origem exclusivamente germânica, transformou-se em produto de exportação jurídica. A idéia de eficácia de direitos fundamentais no âmbito privado penetrou no pensamento jurídico de vários países, como Espanha, Portugal, Irlanda, Itália, Bélgica, Holanda, Áustria, Suíça e, inclusive, Japão e África do Sul.²⁷

A esta enumeração, ESTRADA lembra que devem ser inseridos ainda países latino-americanos como Peru, Colômbia e Costa Rica, em cujos ordenamentos está consagrada expressamente a eficácia entre particulares dos direitos fundamentais.²⁸

A eficácia de direitos fundamentais em âmbitos privados tem ganhado ultimamente importância também no âmbito do sistema de proteção dos direitos humanos da União Européia, mormente com relação à liberdade de associação e ao direito à vida privada. Segundo informa RUIZ MIGUEL, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos – TEDH – tem procurado estender o Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Públicas – CEDH – às relações entre particulares, reconhecendo, ainda que de uma forma prudente, a doutrina da *Drittwirkung* em suas decisões.²⁹

2 TEORIAS SOBRE A FORMA E O CONTEÚDO DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ORDEM JURÍDICA PRIVADA

Atualmente, não há maiores restrições teóricas à existência de uma eficácia entre privados dos direitos fundamentais. Parece claro que o desenvolvimento histórico de uma dimensão objetiva desses direitos lhes permitiu incidir sobre todas as relações jurídicas, públicas ou privadas.

Em todos os ordenamentos jurídicos nos quais há uma Constituição contemplativa de direitos, liberdades e garantias contra as atuações do poder público, hoje já existe um certo consenso sobre a impossibilidade de se conter a vocação ontológica dessas normas constitucionais para irradiar efeitos por todos os âmbitos jurídicos. Mesmo em realidades jurídicas baseadas em estruturas eminentemente liberais, não houve como afastar do crivo dos tribunais a decisão final sobre a incidência das liberdades individuais nas relações entre particulares. Essa decisão acabou sendo, ainda que com ma-

27 Cf. MÜNCH, Ingo Von. Op. cit., p. 30-31.

28 Op. cit., p. 102.

29 A primeira sentença em que se constata um típico caso de aplicação da *Drittwirkung* é a sentença *Young, James y Webster*, que trata da compatibilidade do sistema britânico de filiação sindical obrigatória (*closed shop*) com o direito de associação (STEDH *Young, James y Webster*, A 44, n. 49). MIGUEL, Carlos Ruiz. *El derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos*. Madrid: Civitas, 1994, p. 81.

tizes, de certa forma condescendente com a admissão de uma face protetiva dos sujeitos privados, em suas relações entre si, por meio das normas constitucionais.³⁰

Por outro lado, o debate em torno da forma como se dá a eficácia dos direitos fundamentais no âmbito privado e qual o seu conteúdo parece estar longe de um consenso entre os doutrinadores. Permanecem pendentes as discussões teóricas sobre *como* e *em que medida* as normas constitucionais de direitos fundamentais influenciam a realidade social protegida pela autonomia individual. Segundo ALEXY, a questão acerca de *como* as normas jusfundamentais influem nas relações entre particulares perfaz um *problema de construção*. *Em que medida* ocorre essa influência pode ser caracterizado como um *problema de colisão*.³¹

Assim, é possível distinguir três teorias: 1. a teoria da eficácia imediata; 2. a teoria da eficácia mediata; 3. a teoria do efeito produzido por meio de direitos frente ao Estado.³²

2.1 A teoria da eficácia mediata ou indireta (*mittelbare Drittwirkung*)

Os primeiros aportes doutrinários sobre a questão provieram de DÜRIG,³³ para quem os direitos fundamentais seriam, em primeiro lugar, direitos de defesa contra o poder do Estado, não se justificando uma igual vinculação dos particulares. Para o autor, submeter a atividade dos sujeitos privados aos mesmos postulados que limitam o Estado significaria transformar os direitos em deveres, de forma a inverter o seu sentido.³⁴

Portanto, o princípio constitucional da liberdade e do livre desenvolvimento da personalidade deveria continuar a ser o valor fundamental a ser considerado na solução do caso concreto. Com efeito, indiscutível se tornaria a decisão constitucional em favor da possibilidade, no seio do tráfico

30 Na experiência norte-americana, em que a teoria constitucional permanece presa à concepção liberal clássica dos direitos fundamentais, os tribunais viram-se, de uma certa forma, obrigados a reconhecer, mesmo que com certos matizes, a eficácia entre particulares dos direitos fundamentais. Assim, apesar do peso de uma cultura jurídica e política apoiada profundamente no axioma liberal, inúmeras condutas privadas foram sofrendo, a partir de meados do último século – coincidindo com o período de desenvolvimento da *Drittwirkung* –, limitações por meio das normas de direitos fundamentais. Sobre o tema vide: VALE, André Rufino do. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2004.

31 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 511.

32 Idem, ibidem, p. 511.

33 A sustentação de DÜRIG está contida na obra *Grundrechte und zivilrechtsprechung*, publicada em livro editado por Maunz, Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky, München, 1956, p. 157 e ss. Cf. GARCÍA TORRES, Jesus; JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio. Op. cit., p. 35.

34 Apud ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 243.

jurídico privado, de desviar-se de normas e princípios vinculantes para a atuação do Estado. Os negócios jurídicos e as ações privadas estariam fora do poder de abrangência das normas constitucionais. Essa seria a expressão do princípio de autonomia do direito civil frente ao sistema de direitos fundamentais.³⁵

No entanto, claro está que essa autonomia não significa independência ou separação definitiva. Os valores constitucionais incorporados nas normas consagradoras de direitos fundamentais entranham-se no direito privado por meio das chamadas cláusulas gerais oferecidas pela legislação civil, que devem ser interpretadas conforme seus ditames. Assim, a força jurídica dos preceitos constitucionais no âmbito das relações entre particulares não ocorreria de uma forma direta ou imediata, mas apenas mediatamente, por meio dos princípios e das normas próprias de direito privado. Os direitos fundamentais poderiam servir, quando muito, como princípios de interpretação das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados suscetíveis de concretização, de forma a clarificá-los, ou, em casos extremos, colmatando lacunas, porém sempre dentro do “espírito” do direito privado. Dessa forma, as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados do direito privado seriam as zonas ou os “pontos de irrupção”, brechas de entrada dos valores constitucionais no âmbito privado.³⁶

Assim, estabelece-se, em primeira linha, uma tarefa constitucional ao legislador, que tem o dever de prover a densificação dos valores fundamentais contidos nas normas constitucionais, de modo a serem estes aplicados nas relações privadas. Como bem salienta HESSE, a obrigação do Estado de proteger os direitos fundamentais frente à violação de terceiros é concebida essencialmente como uma função do legislador. Antes de tudo, este deve estabelecer regulações que impeçam os abusos sociais e econômicos e, no campo do direito privado, tem a obrigação de concretizar o conteúdo jurídico dos direitos fundamentais como princípios objetivos do ordenamento jurídico.³⁷

Para os defensores da eficácia mediata, que consideram assentado o entendimento segundo o qual os portadores do poder social não podem ser obrigados diretamente pelas normas constitucionais a respeitar os direitos fundamentais, a tarefa do legislador de sistemática adequação dos valores de liberdade no âmbito privado é indispensável. Para S. OETTER, por exemplo, a mediação da lei se apresenta como o único caminho adequado para a

35 Cf. GARCÍA TORRES, Jesus; JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio. Op. cit., p. 35; ANDRADE, J. C. Vieira de. Op. cit., p. 243.

36 Idem, ibidem, p. 244.

37 HESSE, Konrad. *Significado de los derechos fundamentales*. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad; HEYDE, Wolfgang. *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Marcial, 1996, p. 108.

proteção dos direitos fundamentais contra as restrições ou ameaças procedentes de terceiros.³⁸

À lei será conferida a responsabilidade de fixar pautas para uma correta articulação entre direitos ou bens fundamentais que podem entrar em conflito, quando requisitados na seara privada, outorgando preferência, caso a caso, a alguns deles. Para tanto, o legislador possui uma considerável margem de atuação para ajustar, de acordo com a consciência social, o espaço de liberdade dos indivíduos nas relações privadas, movendo-se entre os limites constitucionais do conteúdo essencial dos direitos³⁹ e a garantia da autonomia privada.⁴⁰

Os direitos fundamentais terão seu conteúdo concretizado, muitas vezes, além das já comentadas leis civis e cláusulas gerais que regem o direito privado, pelo direito penal. Nesse caso, a proteção frente a violações de bens fundamentais perpetradas por terceiros será exercida por normas que definem tipos penais. Deveras, os crimes e as contravenções definidos nas leis penais consistem em ataques levados a efeito por sujeitos privados a bens jurídicos fundamentais de terceiros, protegidos constitucionalmente pelas normas consagradoras de direitos fundamentais. Portanto, a vida, a honra, a integridade física e moral, o domicílio são, por exemplo, bens fundamentais que, devido à sua importância para a realização da dignidade da pessoa humana, foram escolhidos pelo legislador para receber uma maior proteção, por meio de sanções enérgicas e exemplares aplicadas a seus violadores.

Da mesma forma, os direitos fundamentais serão densificados por normas de direito do trabalho, no intuito de assegurar a observância das garantias constitucionais no âmbito das relações de emprego⁴¹ e, também, por normas de direito do consumidor, que visam a estabelecer um mínimo de igualdade entre consumidores e fornecedores.⁴²

Assim, as normas jurídicas que compõem os sistemas de direito privado (direito civil, comercial, trabalhista, consumidor etc.) e de direito penal abrangem boa parte das hipóteses de violações de bens constitucionais nas

38 Apud UBILLOS, J. M. Bilbao. Op. cit., p. 289.

39 Sobre a problemática a respeito do conteúdo essencial dos direitos fundamentais *vide*: GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994. MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Dickinson, 2003.

40 Cf. UBILLOS, J. M. Bilbao. Op. cit. p. 291.

41 Sobre a influência dos direitos fundamentais nas relações de trabalho *vide*: MORENO, Abdón Pedrajas. *Despido y derechos fundamentales. Estudio especial de la presunción de inocencia*. Madrid: Trotta, 1992.

42 Sobre o assunto, *vide*: MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

relações entre particulares e estabelecem regras específicas para garantir a irradiação dos direitos fundamentais na seara privada. Daí se falar em proeminência do papel do legislador na concretização dos direitos fundamentais no âmbito privado.

Enfim, não há maiores discussões sobre o papel preferencial exercido pelo legislador democrático na operação de acomodação dos direitos fundamentais no cenário privado. Não cabe dúvida que, tanto neste âmbito como no campo das relações entre indivíduo e Estado, a lei é o instrumento mais apropriado para essa função. Dessa forma, qualquer que seja a posição que se mantenha a respeito da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, o protagonismo do legislador é um dado unanimemente reconhecido.⁴³

Todavia, a atividade reguladora que realiza o conteúdo dos direitos fundamentais não é exaustiva. O legislador, por mais que queira, não poderá nunca contemplar todas as situações nem todos os conflitos possíveis, restando lacunas inevitáveis, que deixam desprotegidos certos direitos nas relações entre particulares.

Neste aspecto particular, toma grande importância a atividade do juiz na solução dos conflitos *inter privatos* em que estejam em questão direitos fundamentais. No caso de ausência de regulação é que se poderia cogitar de uma eficácia direta dos preceitos constitucionais. Como acentua UBILLOS, em não poucos casos, o direito fundamental poderá ser invocado diretamente, quando houver lacuna legal.⁴⁴ No mesmo sentido, ALONSO GARCÍA afirma que, na ausência de atividade legislativa, passa a ter importância a *unmittelbare Drittwirkung* (eficácia imediata) dos direitos fundamentais.⁴⁵

Porém, para os partidários de uma eficácia apenas mediata, como ALFARO, os juízes não terão competência, ainda que em ausência de regulação legal específica, para aplicar diretamente a Constituição às relações entre particulares. Tal mister é conferido exclusivamente ao legislador e, na hipótese de inexistência de norma regulamentadora, a atividade do juiz limitar-se-á à concretização das cláusulas gerais do direito privado.⁴⁶

No mesmo sentido, HESSE é enfático ao afirmar que “os direitos fundamentais, em geral, não podem vincular diretamente privados”. A influência desses direitos sobre o direito privado é tarefa primordial do legislador, a quem cabe concretizar o conteúdo dos direitos fundamentais. Se o legislador, em suas regulações, emprega conceitos indeterminados ou cláusulas

43 UBILLOS, J. M. Bilbao. Op. cit., p. 291. BÖCKENFORDE também parece inclinar-se pela intervenção do legislador para traduzir e concretizar os direitos fundamentais nas relações privadas. ALFARO igualmente insiste em que a competência para determinar o nível de vigência social dos direitos fundamentais corresponde exclusivamente ao legislador. Da mesma forma, J. FERRER Y RIBA e PABLO SALVADOR CODERCH. Op. cit., p. 95.

44 UBILLOS, J. M. Bilbao. Op. cit., p. 297.

45 Cf. ALONSO GARCÍA, Enrique. *La interpretación de la constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 376.

46 Apud UBILLOS, J. M. Bilbao. Op. cit., p. 297.

gerais, o dever do juiz será somente de preencher a ausência de concretização legal deixada pelo legislador, satisfazendo a influência dos direitos fundamentais no caso concreto, por meio da interpretação das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados. Assim, conclui que “os tribunais não devem corrigir as decisões e ponderações do legislador em intervenção sobre direitos fundamentais ou com apoio em suas próprias ponderações”.⁴⁷

Portanto, ao lado da mediação legislativa e como resposta às suas insuficiências, a teoria da eficácia mediata sugere uma segunda via de penetração dos direitos fundamentais no direito privado: a mediação por meio do juiz, que, por imperativo constitucional, tomará em consideração esses direitos como critérios de interpretação e integração das normas de direito privado. Será o juiz, no exercício de sua função jurisdicional, o veículo por meio do qual se concretizam os direitos fundamentais no âmbito privado.⁴⁸

Como uma construção da teoria da eficácia mediata, o ponto de partida da mediação pelo juiz é a inidoneidade das disposições constitucionais para solucionar diretamente um conflito entre privados. Assim sendo, “para evitar uma desconexão entre a normativa constitucional e o direito privado, abre-se uma porta de entrada à influência dos valores constitucionais, uma via suave e flexível de penetração”. Os direitos fundamentais irão preencher e especificar o conteúdo das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados, os quais são criados pelo legislador privado no intuito de ampliar as margens de ponderação judicial. “Essa solução permite filtrar o conteúdo das normas constitucionais em sua projeção sobre o direito privado, mantendo, de certa forma, o espírito desse setor do ordenamento”.⁴⁹

A teoria da eficácia mediata foi acolhida pela primeira vez pelo Tribunal Constitucional alemão, no já mencionado caso *Lüth-Urteil* (BverfGE 7, 198), de 15 de janeiro de 1958. Nos seguintes trechos da decisão, pode-se verificar claramente o posicionamento do Tribunal Constitucional a favor de uma eficácia mediata dos direitos fundamentais, com menções expressas à teoria de DÜRIG:

“O conteúdo dos direitos fundamentais como normas objetivas se desenvolve no direito privado por meio das disposições que diretamente regem este âmbito civil.”

“Uma contenda entre particulares sobre os direitos e deveres derivados de tais normas de direito civil influenciadas por direitos fundamentais segue sendo material e processualmente uma contenda jurídico-civil, ainda quando sua interpretação há de seguir ao direito pú-

47 HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998, p. 285.

48 UBILLOS, J. M. Bilbao. Op. cit., p. 302.

49 Idem, ibidem, p. 302-303.

blico, à Constituição. A influência dos direitos fundamentais, como critérios valorativos, se realiza, sobretudo, mediante aquelas disposições do direito privado que contêm direito imperativo e, portanto, formam parte da ordem pública em sentido amplo, é dizer, mediante princípios que, por razões de interesse geral, hão de ser vinculantes para a modelação das relações jurídicas entre os particulares e, portanto, estão subtraídos à autonomia da vontade. Tais disposições, por sua finalidade, estão relacionadas com o direito público, do qual são um complemento, e em especial com o direito constitucional. Para a realização dessa influência, à jurisprudência são oferecidas as cláusulas gerais que, como a do § 826 do BGB, remetem o juízo da conduta humana a medidas metacivis e inclusive metajurídicas. Na hora de decidir o que esses mandatos sociais exigem no caso concreto, deve-se partir, em primeiro lugar, da totalidade das representações de valor que o povo tenha alcançado em um determinado momento de seu desenvolvimento cultural e fixado em sua Constituição. Por isso foram qualificadas, com razão, as cláusulas gerais, como pontos de irrupção (*Einbruchstellen*) dos direitos fundamentais no direito civil (DÜRIG). Por mandato constitucional o juiz terá de examinar se as disposições de direito civil que ele deve aplicar materialmente estão influenciadas pelos direitos fundamentais na forma exposta, e, em seu labor de interpretação e aplicação, deverá ter em conta tais modificações do direito privado.”⁵⁰

O Tribunal Constitucional alemão não modificou esses entendimentos, tendo-os reiterado em outras decisões,⁵¹ como nos também famosos casos *Blinkfüer*,⁵² *Lebach* e *Wallraff*.⁵³

50 Cf. GARCÍA TORRES, Jesus; JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio. Op. cit., p. 29-31 (trad. livre).

51 GARCÍA TORRES e JIMÉNEZ-BLANCO dão notícia das seguintes sentenças: BverfGE 7, 230, Wahlplakat-Fall; 10, 302; 11, 277; 12, 113, Schmid-Fall; 17, 302; 24, 236, Lumpensammler-Entscheidung; 34, 269, Soraya-Entscheidung; 305, 202, Lebach-Fall; 25, 256, Blinkfüer-Entscheidung e 30, 173, Gründgens Mephisto-Entscheidung. Op. cit., p. 32.

52 BverfGE 25, 256. “O pequeno jornal *Blinkfüer* continuou a publicar a programação das rádios da República Democrática Alemã mesmo após a construção do muro de Berlim (13.08.1961). A grande Editora Springer dirigiu, por isso, uma circular a todas as bancas de negócios de vendas de jornais, ameaçando-os com a suspensão de fornecimento de jornais e revistas caso continuassem a vender o jornal *Blinkfüer*. Foram significativos os prejuízos sofridos pela publicação. A pretensão de caráter indenizatório formulada pelo jornal foi rejeitada pelo *Bundesgerichtshof* – BGH (Supremo Tribunal de Justiça). Apreciando o recurso constitucional interposto pelo pequeno jornal, entendeu o *Bundesverfassungsgericht* que a Editora Springer não poderia valer-se de sua superioridade econômica para fazer prevalecer a sua opinião. As opiniões contrapostas deveriam concorrer em pé de igualdade, com recursos de caráter exclusivamente intelectual (*geistige Waffen*)”. MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas – análise da jurisprudência da corte constitucional alemã. In: *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 221.

53 BverfGE 66, 116. “No chamado caso *Wallraff*, um repórter, adotando uma identidade falsa, obteve um emprego como jornalista na redação do jornal sensacionalista *Bild-Zeitung*. Essa experiência forneceu-lhe material para um livro. A ação movida pela empresa jornalística contra o repórter e seu editor foi

Portanto, segundo a jurisprudência constitucional alemã, o juiz não pode reconhecer uma eficácia direta de direitos constitucionais nas relações privadas. Os direitos fundamentais informam a prática judicial como simples parâmetros interpretativos, quando se constata lacunas normativas ou redações imprecisas das leis. Trata-se apenas de uma “influência corretora ou matizadora em sede interpretativa”, característica comum a todos os princípios gerais de direito.⁵⁴

Percebe-se, com essas decisões, que o tribunal descartou as soluções extremas de uma eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, por um lado, e da impossibilidade desses direitos irradiarem efeitos no âmbito privado, sendo direitos somente voltados contra o Estado, de outro.

Assim, como salienta UBILLOS, a teoria da eficácia mediata, ou indireta, a que se refere boa parte da doutrina que se debruçou sobre o tema, pode ser considerada como uma solução intermediária encontrada para afastar obstáculos de ordem dogmática que dificultam o reconhecimento geral da *Drittwirkung* em sua versão pura ou forte. Para tanto, condiciona-se a operatividade dos direitos fundamentais no campo das relações privadas à mediação de um órgão do Estado, que está vinculado diretamente a esses direitos.⁵⁵ A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas requer, por essa forma, a intervenção do legislador, que os concretiza, ou do juiz, que os adota como parâmetro de interpretação e integração das normas privadas.

2.2 A teoria da eficácia imediata ou direta (*unmittelbare Drittwirkung*)

No lado oposto, autores defendem a tese de uma influência imediata ou direta dos direitos fundamentais no âmbito privado, sem a necessidade de intermediações concretizadoras.

Como já explicado, NIPPERDEY foi pioneiro ao formular a teoria sobre a *Drittwirkung der Grundrechte* em sua versão pura, delineando argumentos em prol da aplicação imediata das normas constitucionais sobre direitos fundamentais nas relações entre privados. Para esse autor, os riscos existentes para os direitos fundamentais na sociedade do século XX advinham

rejeitada pelo Superior Tribunal de Justiça (*Bundesgerichtshof*). A Corte Constitucional acolheu, todavia, o recurso constitucional interposto contra a decisão, entendendo que ‘entre as condições da função de uma imprensa livre pertence a relação de confiança do trabalho de redação’, sendo lícita, fundamentalmente, a pretensão manifestada no sentido de impedir a publicação de informações obtidas mediante utilização de artifícios dolosos”. MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 225.

54 UBILLOS, J. M. Bilbao. Op. cit., p. 312.

55 Idem, *ibidem*, p. 283.

não somente dos poderes públicos, mas também de grupos sociais, detentores de parcela significativa de poder, a ser imposto aos indivíduos de várias maneiras, sendo capaz de afetar intensamente aspectos relevantes de sua vida e personalidade. Assim, sendo os direitos fundamentais normas que contêm valores objetivos válidos por toda a ordem jurídica, devem ser aplicados imediatamente nas relações entre particulares, valendo como direitos subjetivos contra entidades privadas que constituam verdadeiros poderes sociais ou mesmo perante indivíduos que disponham, nessas relações, de uma situação real de poder que possa se equiparar à supremacia do Estado.⁵⁶

Para NIPPERDEY, o Tribunal Constitucional alemão acertou ao deixar assentado, no caso *Lüth*, o efeito de irradiação dos direitos fundamentais por todo o ordenamento jurídico, inclusive no direito privado. Sem embargo, a decisão do tribunal é contraditória, pois, ao mesmo tempo em que afirma que o sistema objetivo de valores criado pelas normas de direitos fundamentais deve influenciar todos os âmbitos do direito, até mesmo o direito civil, afirma também que essa influência é exercida por meio das chamadas cláusulas gerais.⁵⁷

NIPPERDEY, nesse sentido, defende que o reconhecimento de uma irradiação dos direitos fundamentais sobre o conjunto do sistema jurídico deve supor o efeito normativo direto desses direitos sobre o direito privado. Assim, em suas palavras, “para que os direitos fundamentais, como normas objetivas, influenciem o direito privado, não se requer nenhum meio, nenhum ponto de infiltração, como pretendem ser as cláusulas gerais”.⁵⁸

NIPPERDEY enfatiza, dessa forma, a necessidade de se abandonar a via da *Drittwirkung* indireta, uma vez que esta não satisfaz a importância dos direitos fundamentais como normas objetivas.⁵⁹

Essa orientação veio a ser mantida por LEISNER,⁶⁰ segundo o qual os indivíduos podem apelar diretamente aos direitos fundamentais em suas relações com outros indivíduos.

De acordo com ALEXY, igualmente à teoria da eficácia mediata ou indireta, a influência dos direitos fundamentais no direito privado, segundo a teoria da eficácia imediata, resulta também do caráter objetivo das normas de direitos fundamentais. A diferença consiste em que os princípios

56 Apud ANDRADE, J. C. Vieira de. Op. cit., p. 244-245.

57 Apud ESTRADA, Alexey Julio. Op. cit., p. 106.

58 Apud ESTRADA, Alexey Julio. Op. cit., p. 106.

59 Apud ESTRADA, Alexey Julio. Op. cit., p. 106.

60 LEISNER, W. *Grundrechte und Privatrecht* (1960). Apud GARCÍA TORRES, Jesus; JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio. Op. cit., p. 37.

objetivos aqui não afetam as relações entre particulares, influenciando na interpretação das normas de direito privado, mas criam direitos subjetivos privados do indivíduo.⁶¹

De acordo com a teoria da eficácia imediata, nesse passo, o direito fundamental deve ser aplicado como razão primária e justificadora de uma determinada decisão, havendo ou não regulação normativa. Os direitos fundamentais deixam de ser critérios hermenêuticos para se transformarem em normas constitucionais diretamente aplicáveis nas relações privadas, deles emergindo direitos subjetivos para o indivíduo, que podem ser imediatamente invocados nas relações com outros particulares.⁶²

2.3 A eficácia produzida por direitos frente ao Estado

Destaca-se, ainda, uma terceira teoria, cuja tese central prescreve que a eficácia das normas jusfundamentais nas relações privadas é conseqüência da sujeição do Estado aos direitos fundamentais, como direitos subjetivos públicos.⁶³

Por essa teoria, os direitos fundamentais dirigir-se-iam, em primeira linha, às relações entre particulares e poderes públicos, mas a estes, além do dever de os respeitar, abstendo-se de qualquer intervenção violadora, e do dever de criar as condições necessárias para sua realização, teriam ainda

61 Op. cit., p. 512.

62 A discussão travada no direito comparado a respeito da eficácia (direta ou indireta) de direitos fundamentais nas relações privadas ainda não foi devidamente recepcionada por nossos tribunais. O Supremo Tribunal Federal, nos poucos casos em que teve de decidir sobre a aplicação de direitos fundamentais em relações privadas, sequer mencionou o debate teórico a respeito dos limites e condicionamentos da incidência das normas constitucionais na seara privada. No RE 158.215/RS, havia controvérsia constitucional a respeito da legitimidade formal da expulsão de sócios de uma cooperativa sem a observância das regras estatutárias alusivas à ampla defesa dos excluídos. A Corte Suprema considerou a decisão da cooperativa atentatória à garantia fundamental do devido processo legal e determinou a reintegração dos sócios. O RE 161.243-6/DF trazia caso em que o estatuto de uma empresa de aviação francesa concedia vantagens somente aos empregados franceses, deixando de fora os empregados brasileiros. O Excelso Pretório examinou a questão sob prisma do direito fundamental de igualdade e determinou a aplicação das regras estatutárias de forma isonômica aos trabalhadores brasileiros. De acordo com esses precedentes, o Supremo Tribunal Federal, apesar de não ter discutido o aspecto teórico da questão, parece se inclinar para a tese da eficácia direta das normas de direitos fundamentais no âmbito privado. Atualmente, está em julgamento no Supremo Tribunal Federal o RE 201819, em que se discute a aplicabilidade do princípio da ampla defesa para entidade de direito privado (sociedade civil). No caso, a União Brasileira de Compositores (UBC), sociedade civil sem fins lucrativos, dotada de personalidade jurídica de direito privado, excluiu um de seus associados por supostas infrações estatutárias por ele cometidas. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entendeu que havia sido violado o direito fundamental de ampla defesa e anulou a decisão da entidade. A Ministra ELLEN GRACIE, relatora do recurso, votou no sentido da não-aplicação do direito de ampla defesa no caso concreto, com o argumento de que o caso deveria ser resolvido pelas regras do estatuto social da entidade e pela legislação civil em vigor. O Ministro GILMAR MENDES pediu vista do processo. Não se pode deixar de considerar que, com esse caso, o Supremo Tribunal Federal possui valiosa oportunidade para a utilização dos aportes doutrinários do direito comparado sobre o problema da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas.

63 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 513.

o dever de os proteger contra quaisquer ameaças, incluindo as que provêm de outros particulares.⁶⁴

Assim, tanto o legislador, ao elaborar as normas reguladoras das relações jurídicas privadas, como o juiz, ao resolver os conflitos entre particulares, como poderes vinculados aos direitos fundamentais, teriam sempre de ter em conta e de aplicar os preceitos constitucionais respectivos.⁶⁵

Ademais, esse dever de proteção não se resumiria ao cumprimento pontual daquelas imposições expressamente estabelecidas na Constituição. Constituiria, além disso, um dever geral decorrente do princípio do Estado de Direito e do correspondente monopólio estatal da autoridade e do uso da força legítima, uma vez 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 essas ofensas.⁶⁶

Essa teoria, embora seja tributária de uma idéia de eficácia mediata, alarga de certa forma essa aplicabilidade dos direitos fundamentais,⁶⁷ não a restringindo ao tradicional preenchimento das cláusulas gerais de direito privado, mas impondo aos poderes públicos (legislador, administração, juiz) a obrigação de protegerem os indivíduos contra ofensas a direitos fundamentais providas de terceiros.⁶⁸

Existem autores, no entanto, que ultrapassam a idéia do mero dever de proteção e retiram do monopólio estadual da autoridade o entendimento segundo o qual existe uma responsabilidade pública por qualquer violação de direitos fundamentais por parte de pessoas privadas, afirmando que essa violação deve sempre ser imputada ao Estado.⁶⁹

Uma posição extremada dessa teoria é defendida por SCHWABE,⁷⁰ que nega a *Drittwirkung* dos direitos fundamentais tanto na concepção da eficácia mediata quanto na concepção da eficácia imediata, atribuindo ao caráter estatal das normas jurídico-privadas o efeito *inter privatos* desses direitos.

64 Cf. ANDRADE, J. C. Vieira de. Op. cit., p. 248.

65 Idem, ibidem, p. 248.

66 Idem, ibidem, p. 248.

67 Há controvérsia se essa teoria é uma mera renovação da teoria da eficácia mediata ou se é um problema novo. Em favor da primeira postura está STERN, para quem toda discussão é uma questão meramente terminológica. Por outro lado, para CANARIS, são problemas distintos. Assim também HESSE, que distingue as duas teorias. Cf. ESTRADA, Alexey Julio. Op. cit., p. 138-139.

68 Idem, ibidem, p. 248.

69 Idem, ibidem, p. 248.

70 SCHWABE, J. *Die sogenannte Drittwirkung von Grundrechten*. Munich, 1971, *Bundesverfassungsgericht und Drittwirkung der Grundrechte* (1975); *Probleme der Grundrechtsdogmatik*. Darmstadt, 1977. Cf. ALEXY, R. Op. cit., p. 442 e ss.

A fundamentação utilizada por SCHWABE é de fascinante simplicidade. Segundo esse autor, se o Estado não proíbe as intervenções de particulares em bens protegidos por meio das normas de direitos fundamentais, como a vida ou a saúde, então acaba permitindo-as. Todavia, a essas permissões estatais correspondem “deveres de tolerância”.⁷¹ O Estado, ao proteger atividades privadas por meio da regulação jurídica, da atividade judicial e da intervenção executiva, participaria no processo de lesão que, portanto, deveria ser-lhe imputável. Por outras palavras, o Estado, ao facilitar e impor um sistema de direito privado, participaria nas afetações possíveis dentro desse sistema, dos bens fundamentais de um indivíduo por parte de outro indivíduo.⁷²

Assim, o problema da proteção de direitos fundamentais contra violações de particulares converter-se-ia em um problema de defesa contra o Estado, pois essas intervenções realizadas por particulares seriam, em última instância, intervenções estatais. A permissão e o dever de tolerância, assim como sua imposição judicial e extrajudicial, deveriam, portanto, ser orientados pelo direito fundamental como direito de defesa, e não como direito de proteção. Prescindindo de algumas exceções, não haveria espaço algum para um direito a proteção.⁷³

O ponto fundamental dessa teoria é a imputabilidade ao Estado de violações a direitos fundamentais perpetradas por particulares. Nesse sentido, qualquer agressão a um direito fundamental provém, ao fim e ao cabo, do Estado.

Ela também acaba pondo em dúvida a divisão dos direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos de proteção. Como indica SCHWABE, a suposição de deveres de proteção e, portanto, também de direitos à proteção é supérflua e induz a erro. O que se pretende com a classificação dos direitos fundamentais como direitos de proteção poderia ser obtido melhor e mais facilmente dentro do marco da “função denegatória” dos direitos de defesa. Dessa forma, para a solução do problema da eficácia de direitos fundamentais no âmbito privado, bastaria a classificação desses direitos como direitos de defesa frente ao Estado.⁷⁴

No entanto, ALEXY contesta essa versão extrema da teoria, afirmando que o simples fato de que uma ação não esteja proibida e, portanto, esteja permitida não fundamenta nem a participação, nem a imputação de sua realização ao Estado. Melhor dizendo, o mero fato de que o Estado garanta

71 ALEXY lembra que o conceito de “dever de tolerância” é um dos conceitos notoriamente obscuros da teoria geral do direito. O próprio SCHWABE observa ocasionalmente ser aconselhável evitá-lo. Op. cit., p. 444.

72 Idem, *ibidem* p. 442 e p. 513.

73 Idem, *ibidem*, p. 442.

74 Idem, *ibidem*, p. 442 e p. 513.

ao indivíduo uma esfera de proteção frente a violações de terceiros não justifica que estas lhes sejam imputadas. Se não fosse assim, haveria de se considerar que o Estado participa em toda ação humana não proibida, como, por exemplo, “um convite privado para jantar”. Esse não pode ser o sentido da teoria da imputação de SCHWABE. O que pode ela significar é que o Estado possui um determinado tipo de responsabilidade por determinadas ações de um indivíduo com respeito a outro, que são intervenções privadas em bens fundamentais, como a vida, a liberdade e a propriedade. É dizer, a responsabilidade do Estado somente pode consistir em um dever de proibir determinadas intervenções de terceiros em bens protegidos por direitos fundamentais. Com isso, os deveres estatais de proteção e os correspondentes direitos de proteção passam a ser os pontos angulares da construção teórica.⁷⁵

Assim, para ALEXY, essa construção teórica não está obrigada, como propôs SCHWABE, a trabalhar somente com direitos do *status negativo*, mas pode também fazer uso dos direitos do *status positivo*, que apontam a uma proteção de direitos fundamentais nas relações entre particulares.⁷⁶ Melhor seria, então, falar de eficácia entre privados produzida por direitos frente ao Estado, o que engloba tanto direitos de defesa como direitos de proteção.

Nessa linha, CANARIS, que também rejeita a “teoria da convergência estatista” de SCHWABE, defende que o efeito produzido pelos direitos fundamentais no âmbito privado explica-se a partir de sua função como *proibições de intervenção* ou como *imperativos de tutela*. Segundo o autor alemão, “os destinatários das normas dos direitos fundamentais são, em princípio, apenas o Estado e seus órgãos, mas não os sujeitos de direito privado”.⁷⁷ Nesse sentido, “se estes sujeitos não são sequer destinatários dos direitos fundamentais, logicamente os seus atos também não podem ser aferidos imediatamente com base na bitola dos direitos fundamentais”. Com efeito, “objeto de controle segundo os direitos fundamentais são apenas, em princípio, regimes e formas de conduta estatais, e não já de sujeitos de direito privado, isto é, negócios jurídicos, atos ilícitos etc.” Afirma CANARIS, porém, que, se “tal vier a ocorrer ‘mediatamente’ de algum modo, é preciso, ainda, que exista uma ponte para o raciocínio, que o possibilite de uma forma dogmáticamente consistente”. Esta pode ser encontrada na função em

75 Idem, *ibidem*, p. 442-446 e p. 513.

76 Idem, *ibidem*, p. 513.

77 Para CANARIS, uma eficácia imediata “conduz a conseqüências dogmáticas insustentáveis, pois então amplas partes do direito privado e, em especial, do direito dos contratos e da responsabilidade civil seriam guindadas ao patamar do direito constitucional e privadas da sua autonomia. Além disso, incorre-se em grandes dificuldades de ordem prática, já que a maioria dos efeitos jurídicos a que, se conseqüentemente prosseguida, tal concepção forçosamente chegaria – tal como a nulidade de contratos que restringem direitos fundamentais – teria de ser afastada logo por interpretação, pela sua evidente insustentabilidade”. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 53-54.

que os direitos fundamentais são aplicados neste contexto: como proibições de intervenção ou como imperativos de tutela.⁷⁸

Portanto, se se mantém a posição segundo a qual o Estado é o único destinatário dos direitos fundamentais, por outro lado, não se pode negar que cidadãos são atingidos e que os direitos fundamentais também produzem efeitos com relação a eles. Esse efeito decorre justamente da circunstância de os direitos fundamentais exercerem, também na ordem jurídico-privada, o papel de imperativos de tutela e de proibição de intervenção, obrigando o Estado a proteger o cidadão perante terceiros.⁷⁹

Para CANARIS, “esta concepção tem a vantagem de, por um lado, não abdicar da posição de que, em princípio, apenas o Estado, e não o cidadão, é destinatário dos direitos fundamentais, mas, por outro lado, oferecer, igualmente, uma explicação dogmática para a questão de saber se, e porquê, o comportamento de sujeitos de direito privado está submetido à influência dos direitos fundamentais”.⁸⁰

Segundo o próprio CANARIS, essa perspectiva é hoje amplamente dominante, tendo sido reconhecida pela jurisprudência mais recente do Tribunal Constitucional alemão⁸¹ e do Tribunal Federal do Trabalho.

3 UMA ANÁLISE CRÍTICA A RESPEITO DAS CONSTRUÇÕES TEÓRICAS

Após uma breve explanação das teorias a respeito de como incidem os direitos fundamentais nas relações privadas, o que se observa são tentativas frustradas, por parte dos diversos autores, de defender um único nível ou âmbito de eficácia, rechaçando os demais sob os mais diversos fundamentos.

78 Idem, *ibidem*, p. 52-59.

79 Idem, *ibidem*, p. 52-59.

80 Idem, *ibidem*, p. 133.

81 O Tribunal Constitucional alemão, em decisão recente, do ano de 1997, pronunciou-se num caso que suscitava a problemática da eficácia de direitos fundamentais no âmbito privado (*BverfGE*, v. 96, p. 56). Segundo relata CANARIS, “tratava-se de uma ação de uma filha nascida fora do casamento contra a sua mãe, pretendendo obter informação sobre a pessoa do seu pai biológico. O tribunal de primeira instância havia dado razão à autora. Segundo a interpretação da sentença pelo Tribunal Constitucional Federal, havia, porém, aceite que os direitos fundamentais da filha em questão – isto é, sobretudo o seu direito geral de personalidade baseado no art. 2º, nº 1, em conjugação com o art. 1º, nº 1, e o seu direito de propriedade, nos termos do art. 14, todos da LF – só poderiam admitir em medida muito limitada uma ponderação com os direitos fundamentais contrapostos da mãe. Partira, pois, da idéia de que a sua decisão estaria quase inteiramente determinada a nível constitucional. O Tribunal Constitucional Federal considerou ter sido aqui ignorado o espaço de discricionariedade que cabe ao direito ordinário na concretização da função de imperativo de tutela, e, por esta razão – ou seja, não porque, por exemplo, reprovasse o resultado da ponderação do tribunal de primeira instância –, revogou a sentença”. Idem, *ibidem*, p. 91-92.

HESSE, por exemplo, afasta por completo a possibilidade de uma eficácia imediata ou direta das normas constitucionais no direito privado com o argumento de que, com o recurso imediato aos direitos fundamentais, ameaça-se perder a identidade do direito privado. Na sua opinião, correria perigo o princípio fundamental do direito privado, a autonomia privada, se os indivíduos, em suas relações recíprocas, não pudessem renunciar às normas de direitos fundamentais, que são indisponíveis para a ação estatal.⁸²

Portanto, advoga uma eficácia apenas mediata ou indireta, afirmando ser a interposição do legislador o único caminho adequado para a tutela dos direitos fundamentais frente a lesões e perigos procedentes de particulares, restando ao juiz a possibilidade de interpretar as normas e cláusulas gerais do direito privado em conformidade com os preceitos constitucionais. Ao legislador de direito privado corresponde constitucionalmente a tarefa de transformar o conteúdo dos direitos fundamentais, de modo diferenciado e concreto, em direito imediatamente vinculante para os participantes em suas relações privadas. Assim, para o autor alemão, uma regulação legal materialmente diferenciadora, que concretize os pressupostos e os efeitos da influência dos direitos fundamentais no âmbito privado conduz a uma maior determinação, clareza, certeza e previsibilidade jurídicas que um recurso imediato a esses direitos, preservando-se a peculiaridade do direito privado e evitando-se sua invasão pelo direito constitucional.⁸³

Dessa forma, para HESSE, somente ao proceder nesses moldes será possível evitar que “o benefício de uma proteção geral e eficaz dos direitos fundamentais se converta na praga de uma inflação dos direitos fundamentais, com a qual o direito privado teria pouco que ganhar, e os direitos fundamentais e seu verdadeiro significado muito que perder”.⁸⁴

No entanto, essa tentativa de fazer depender a eficácia de direitos constitucionais unicamente da mediação do legislador e, em último caso, do juiz mostra-se inadequada em diversos pontos. Em primeiro lugar, como acentua UBILLOS, a atividade reguladora dos direitos fundamentais não é exaustiva. As leis não podem nunca contemplar todas as situações nem todos os conflitos possíveis. Dessa forma, restará sempre margem para uma eficácia imediata, ainda que residual, dos direitos fundamentais.⁸⁵

No mesmo sentido, afirma BÖCKENFÖRDE que a realização dos direitos fundamentais não pode depender de uma configuração infraconstitucional suficiente do ordenamento jurídico-privado. Quando essa realização possa ser levada a cabo mediante a interpretação e aplicação de preceitos legais ou cláusulas gerais, a eficácia será indireta. Porém, se faltam tais pontos de

82 HESSE, Konrad. Op. cit., p. 60-67.

83 Idem, ibidem, p. 60-67.

84 Idem, ibidem, p. 67.

85 UBILLOS, J. M. Bilbao. Op. cit., p. 295.

conexão não cessa a atuação dos direitos fundamentais, que passam a incidir diretamente. O próprio direito fundamental se converte em ponto de conexão para os deveres de ação ou omissão de terceiros ou para os próprios direitos no ordenamento jurídico-privado. Desse modo, havendo lacunas de proteção de valores, os direitos fundamentais desenvolveriam uma eficácia direta. Eficácia imediata e eficácia mediata não seriam, portanto, modalidades incompatíveis.⁸⁶

Ainda, como DE VEGA, advoga-se por uma eficácia imediata e direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, imposta pelo juiz no defeito da lei ou frente à sua insuficiência.⁸⁷

Por outro lado, não cabe razão ao temor de HESSE de ver em erosão o principal pilar do direito privado: o princípio da autonomia privada. Deveras, não se pode olvidar que a autonomia privada é também um direito fundamental, valendo para ela os argumentos em favor de uma eficácia absoluta desses direitos no âmbito privado. Logicamente, a autonomia privada entrará em colisão com outros direitos fundamentais, o que será resolvido pela devida ponderação, conferindo-se a máxima eficácia a uns ou a outros conforme as peculiaridades do caso concreto. Não há, portanto, que se vislumbrar perigos para a autonomia privada e, por consequência, para o direito privado.

Nesse sentido, salienta ALEXY que “é fácil refutar a objeção de que todo efeito imediato em terceiros conduz a uma eliminação ou limitação indevida da autonomia privada. A própria autonomia privada, não só sua limitação, é objeto de garantias jusfundamentais e, portanto, do efeito em terceiros”.⁸⁸

Em outro equívoco parece incorrer HESSE, ao basear seus argumentos numa ordem horizontal entre direito constitucional e direito privado, demonstrando, dessa forma, preocupação com uma possível invasão dos direitos fundamentais no âmbito privado, o que poderia descaracterizar o ordenamento jurídico-privado. O próprio HESSE demonstra, como analisado mais acima,⁸⁹ as funções de garantia, orientação e impulso exercidas pelo direito constitucional sobre o direito privado, as quais, dentre outras, “protegem a pessoa e sua liberdade não só frente a intervenções estatais, mas também frente a lesões que não procedem do Estado”.⁹⁰ As influências

86 Op. cit., p. 113-114.

87 Apud GUTIÉRREZ, Ignacio Gutiérrez. Introdução à obra: HESSE, Konrad. Op. cit., p. 15.

88 Op. cit., p. 522. Em outro trabalho, ALEXY traz estes pensamentos: “O direito a autonomia é um direito *prima facie*. Como tal tem caráter de princípio. Exige-se, dentro das possibilidades jurídicas e de fato, a mais alta medida possível em autonomia do indivíduo. O direito à autonomia pode ademais ser limitado, não só a causa da autonomia do outro, senão também em favor de bens coletivos”. ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 111.

89 Vide capítulo 2.

90 Op. cit., p. 84-85.

exercidas pelo direito privado sobre o direito constitucional se resumem ao desenvolvimento e à concretização dos direitos constitucionais, pelo que não se poderá negar uma dependência do direito privado em relação ao direito constitucional. Os direitos fundamentais, como princípios objetivos do ordenamento jurídico, devem ter sua fundamentalidade formal e material respeitadas pelos demais subsistemas do ordenamento, entre os quais, o sistema de direito privado. Portanto, é inerente ao ordenamento jurídico essa sobreposição das normas constitucionais sobre as demais normas, porquanto os direitos fundamentais podem irradiar seu conteúdo por todos os ramos do ordenamento. Por esse motivo um tanto óbvio, não assiste razão àqueles que, como GARCIA TORRES e JIMÉNEZ-BLANCO, temem um “totalitarismo dos direitos fundamentais”.⁹¹

Destarte, não parece plausível a tentativa de alguns autores que, como HESSE, restringem o modo de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas à intermediação de um órgão estatal. Como constata CANOTILHO, “o problema só adquire autonomia quando se admite terem os direitos fundamentais eficácia imediata em relação a terceiros”.⁹² Nesse sentido, CANOTILHO faz duras críticas aos defensores de uma eficácia apenas mediata:

“Dizer, como faz DÜRIG e, na sua senda, os defensores da eficácia mediata, que as posições jurídico-subjetivas reconhecidas pelos direitos fundamentais e dirigidas contra o Estado não podem transferir-se, através de uma eficácia externa, de modo imediato e absoluto, para as relações cidadão-cidadão (melhor: particular-particular), embora se reconheça terem os direitos fundamentais força conformadora quer através da legislação civil susceptíveis ou carecidas de preenchimento valorativo (*wertausfüllungsfähige und wertausfüllungsbedürftige Generalklauseln*), parece-nos uma conclusão quase evidente que não responde, como demonstrou LEISNER, ao verdadeiro problema da eficácia dos direitos fundamentais em relação a entidades privadas. Também não resolve o problema a idéia que, partindo do caráter jurídico-objetivo das garantias dos direitos fundamentais, prefere situar a questão não no plano de uma eficácia directa dos direitos nas relações cidadão-cidadão, mas no plano da congruência ou conformidade normativa jurídico-objetiva entre as normas consagradoras dos direitos fundamentais e as normas de direito civil. Isto supõe a existência de dois ordenamentos autônomos e horizontais, quando a ordem jurídica civil não pode deixar de compreender-se dentro da ordem constitucional: o direito civil não é matéria extraconstitucional, é matéria constitucional.”⁹³

91 Op. cit., p. 146.

92 Op. cit., p. 1.207.

93 Idem, ibidem, p. 1207.

Ademais, deve-se enfatizar que, ao fim e ao cabo, a teoria da eficácia mediata acaba por admitir, ainda que de forma camuflada, a possibilidade de uma eficácia direta dos direitos fundamentais. O precedente criado pelo Tribunal Constitucional alemão no caso *Lüth* e seguido nos casos posteriores, como *Blinkfüer*, determinou que o juiz está diretamente vinculado pelas normas de direitos fundamentais, portanto se não as observa em sua decisão, viola o direito fundamental do indivíduo de ter sua controvérsia resolvida com base em direitos fundamentais. Assim, ao cidadão que leva sua controvérsia aos tribunais não se reconhece um direito fundamental diretamente aplicado em sua relação privada com outros indivíduos, mas lhe é concedido o direito fundamental de obter a correta interpretação e aplicação das normas constitucionais para a solução de sua contenda. Na prática, não há diferenças. Os defensores da eficácia mediata atestam que somente o juiz estará vinculado pelas normas constitucionais que reconhecem direitos fundamentais. Porém, se o órgão judicial está obrigado a respeitar os direitos fundamentais, é porque esses direitos são eficazes nas relações privadas e devem ser observados pelo particular a quem se atribui a suposta violação.⁹⁴

ALEXY, ao comentar o caso *Blinkfüer*,⁹⁵ lembra que o Tribunal Constitucional considerou que a Corte de Justiça Federal havia lesionado o direito do editor a uma proteção na relação entre iguais, porque não tomara em conta, na devida medida, a existência do direito de *Blinkfüer* a que fosse omitido o chamamento ao boicote por parte da Editora Springer. No entanto, isso pressupõe a existência de um direito fundamental definitivo de *Blinkfüer* frente à Editora Springer, o que revela um efeito imediato do direito fundamental nessa relação privada. Portanto, a eficácia mediata, nesses moldes, possui como consequência lógica e necessária uma eficácia imediata.⁹⁶

Outro aspecto chamativo da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão que demonstra ainda mais a falácia de uma eficácia estritamente mediata, diz respeito ao recebimento do recurso constitucional, quando, segundo a legislação alemã, esse recurso somente será admitido frente a uma violação concreta de um direito fundamental. No caso *Lüth*, o tribunal recebeu o recurso sob argumento de que o Tribunal de Hamburgo haveria violado o direito fundamental do postulante, porém, contraditoriamente, afirma que *Lüth* não havia exercido diretamente um direito fundamental.⁹⁷ Como averiguado, se o Tribunal Constitucional reconhece que houve, por parte do tribunal inferior, uma afronta a direitos fundamentais, é porque esses direitos são válidos e devem ser respeitados na relação material objeto da controvérsia.

94 Cf. UBILLOS, J. M. Bilbao. Op. cit., p. 320-321.

95 A descrição do caso está na nota nº 52.

96 Op. cit., p. 521.

97 Cf. UBILLOS, J. M. Bilbao. Op. cit., p. 319.

Como ironiza UBILLOS, a mediação judicial para concretizar o alcance do direito fundamental é também imprescindível quando o conflito é suscitado no âmbito das relações jurídico-públicas, porém ninguém considera, por esse motivo, que essa eficácia seja indireta.⁹⁸

Nesse sentido, é correta a frase de LEISNER ao afirmar que, “em última instância, o efeito em terceiros haverá de ser sempre imediato”.⁹⁹

Por essas razões, não se pode desconsiderar a importância do desenvolvimento direto de efeitos nas relações entre particulares por parte das normas consagradoras de direitos fundamentais. Como nota ALEXY, contra uma eficácia imediata só há um argumento forte: a negação de toda eficácia horizontal dos direitos fundamentais.¹⁰⁰

Entretanto, não se deve entender, por essas afirmações, que somente existe a eficácia imediata. O que se pretende defender é a impossibilidade da existência de um único âmbito ou nível de eficácia, como propuseram os partidários de uma eficácia apenas mediata, como HESSE.

Como se afirmará mais a frente, seguindo os ensinamentos de ALEXY, coexistem diversos níveis de eficácia (mediata, imediata, desenvolvida pelos direitos frente ao Estado), cada um referindo-se a um aspecto do problema, sem a pretensão de primazia de uns sobre outros.

As construções teóricas, por estarem referidas, ao fim e ao cabo, à atividade do juiz, acabam sendo equivalentes em termos de resultado, como ensina ALEXY. Para as diferentes teorias, o efeito dos direitos fundamentais nas relações particulares é, em última instância, uma questão de ponderação, em que o importante não é o tipo de construção a ser aplicada (eficácia mediata, imediata ou desenvolvida pelos direitos frente ao Estado), mas a valoração que lhes dá conteúdo.¹⁰¹

Nada obstante, e assim comenta ALEXY, o fato de que as construções doutrinárias sejam equivalentes em seus resultados não significa um abandono da verificação, caso a caso, de como se dá a eficácia de direitos fundamentais no âmbito privado. Por isso, uma jurisprudência preocupada com a plena realização dos direitos fundamentais não pode se conformar com o fato de que se chegue a resultados equivalentes, qualquer que seja a construção incidente no caso concreto. Sem a aplicação de uma construção correta, caso a caso, não seria possível obter-se a imagem do efeito das normas consagradoras de direitos fundamentais por todo o sistema jurídico.¹⁰²

98 *Idem*, *ibidem*, p. 321.

99 *Apud* ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 522.

100 *Op. cit.*, p. 522.

101 *Op. cit.*, p. 514-515.

102 *Idem*, *ibidem*, p. 515.

Portanto, necessária se faz a construção de um modelo que, ao englobar todos os aspectos relevantes de cada teoria, represente de forma transparente o modo como incidem os direitos fundamentais no âmbito privado, distinguindo-se diferentes níveis, conforme o tipo de função exercida pelo direito fundamental em questão.

CONCLUSÃO: A CRIAÇÃO DE UM MODELO DE NÍVEIS DE EFICÁCIA

O grande equívoco que paira sobre as construções teóricas a respeito da maneira como os direitos fundamentais influenciam a seara privada é, sobretudo, o fato de que cada teoria trata o assunto de forma a excluir as demais, como se eficácia mediata, imediata e eficácia produzida por direitos de defesa e de prestação fossem categorias inconciliáveis entre si. Cada construção teórica, portanto, concebe-se como a única correta, negando as demais.

O que deve ser sustentado é que cada uma das construções sublinha corretamente alguns aspectos das complicadas relações jurídicas caracterizadoras dos casos de efeitos entre terceiros e que o que as transforma em inadequadas é que consideram os aspectos por elas abarcados constituintes da solução completa. Com efeito, somente um modelo que abarque todos os aspectos pode oferecer a solução completa e, nesse sentido, adequada.

Pelas análises expendidas acima, não há como negar a coexistência de diversos níveis de eficácia (mediata, imediata, desenvolvida pelos direitos frente ao Estado), cada um referindo-se a um aspecto do problema, sem a pretensão de primazia de uns sobre outros.

Dessa forma, a solução está na construção de um modelo que, englobando todos os aspectos relevantes de cada teoria, represente de forma transparente o modo como incidem os direitos fundamentais no âmbito privado, distinguindo diferentes níveis, conforme o tipo de função exercida pelo direito fundamental em questão.

Um modelo de níveis de eficácia possui as vantagens de superar as divisões estanques e os tratamentos diferenciados das construções teóricas e de implementar uma complementariedade recíproca entre eficácia mediata, imediata e eficácia produzida por direitos frente ao Estado.

Assim, coexistem diversos níveis de eficácia, conforme a função dos direitos fundamentais em cada âmbito do sistema jurídico.

Em primeira linha, estabelece-se uma tarefa constitucional ao legislador, que tem o dever de prover a densificação dos valores fundamentais contidos nas normas constitucionais, de modo a serem estes aplicados nas relações privadas. A obrigação do Estado de proteger os direitos fundamen-

tais diante de violações oriundas dos sujeitos privados é concebida essencialmente como uma tarefa do legislador, que deve, antes de tudo, estabelecer regulações que impeçam abusos sociais e econômicos. À lei é conferida a responsabilidade de fixar pautas para uma correta articulação entre direitos ou bens constitucionais que podem entrar em colisão entre si, quando requisitados no âmbito privado, outorgando preferência, caso a caso, a alguns deles. Para tanto, o legislador possui uma considerável margem de atuação para ajustar, de acordo com a consciência social, o espaço de liberdade dos indivíduos nas relações privadas, movendo-se entre os limites do conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a garantia da autonomia privada. Com efeito, as normas jurídicas que compõem os sistemas de direito privado – direito civil, comercial, trabalhista, consumidor etc. – e de direito penal abrangem uma parte relevante das hipóteses de violações de bens constitucionais nas relações entre particulares e estabelecem regras específicas para garantir a irradiação dos direitos fundamentais na seara privada.

Não obstante, a atividade reguladora que realiza o conteúdo dos direitos fundamentais não é exaustiva. O legislador, por mais que queira, não poderá nunca contemplar todas as situações nem todos os conflitos possíveis, restando lacunas inevitáveis que deixam desprotegidos certos direitos nas relações privadas.

Assim, diante das insuficiências da legislação privada, as cláusulas gerais do direito privado e os conceitos jurídicos indeterminados passam a servir como “pontos de irrupção” dos direitos fundamentais nas relações privadas. Os direitos fundamentais, dessa forma, irão preencher e especificar o conteúdo das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados, os quais são criados pelo legislador privado no intuito de ampliar as margens de ponderação judicial. Neste aspecto, ganha relevância a atividade do juiz na solução dos conflitos privados nos quais estejam em questão direitos fundamentais. O juiz deverá levar em consideração os direitos fundamentais como critérios de interpretação e integração das normas de direito privado.

Haverá casos, no entanto, nos quais a atividade reguladora do legislador e a interpretação/integração das normas pelo juiz se mostrarão inadequadas. Nesses casos, que, mesmo residuais, não serão raros, os direitos fundamentais deixam de ser critérios hermenêuticos para se transformarem em normas constitucionais diretamente aplicáveis nas relações privadas, deles emergindo imediatamente direitos subjetivos privados para o indivíduo, que podem ser invocados nas relações com outros particulares.

Em todos os casos, será dever, tanto do legislador como do juiz, observar rigorosamente os ditames dos direitos e das garantias fundamentais consagrados na Constituição, de forma a proteger os indivíduos em suas relações com outros sujeitos ou entes privados.