

Eficácia dos direitos fundamentais nas relações interpriadas

O estado da questão

ANDRÉ LUIZ ARNT RAMOS

Resumo: A problemática concernente à eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, própria da emergência das democracias constitucionais no pós-segunda guerra mundial, está no cerne de intermináveis debates respeitantes à precisão de seu alcance. O problema teórico, de fundamentação dessas posições jurídicas intangíveis, é obnubilado pelo problema prático, de sua aplicação. Nesse quadrante, plúrimas são as estratégias argumentativas voltadas à defesa de diferentes calibres para a autoridade dos direitos fundamentais nas relações interpriadas. O presente trabalho escrutina as principais correntes na literatura continental e, após contrastá-las e pô-las ao teste do ceticismo, aponta aquela orientação que, no atual estado da arte, melhor exprime a solução a ser, tópica e sistematicamente, construída pela atividade hermenêutica.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Estado constitucional. Relações entre particulares. Constitucionalização do direito civil.

Introdução

Os ares do constitucionalismo democrático após a Segunda Grande Guerra, oriundos de importantes transformações do modelo de Estado de Direito (FIORAVANTI, inédito), realçaram a importância menos da fundamentação teórica dos direitos fundamentais – de resto espinhosa, porque, ao tempo em que se colocam como estruturas fundantes são, eles mesmos, infundados¹ (COSTA, 2010, p. 257)

Recebido em 19/8/15
Aprovado em 17/9/15

¹Essa inferência é reforçada pela descrição que Lopes faz do conteúdo essencial dos direitos fundamentais em Düring: “a dignidade humana expressa uma especificação ma-

– que de sua concretização no cotidiano da pessoa concretamente situada, novo epicentro axiológico dos ordenamentos constitucionais² (DUQUE, 2014, p. 111). Nesse panorama, inserem-se dois problemas referentes aos direitos fundamentais: um prático, que diz respeito à sua aplicação, e um teórico, relativo à sua fundamentação (MARTINS-COSTA, 2003, p. 62). A comunidade jurídica especializada tem-se limitado a debater estratégias argumentativas direcionadas à resolução primeiro. É o que ilustram Fachin e Ruzyk (2003, p. 88) na seguinte passagem:

A incidência valorativa dos Direitos Fundamentais nas relações jurídicas entre pessoas tomadas pela sua noção de indivíduos é processo em construção. Nada obstante a noção de direitos fundamentais tenha sua origem na garantia de liberdades do indivíduo frente ao Estado, com uma eficácia vertical, o processo histórico acabou por alargar o espectro e o campo de eficácia desses direitos.

A distensão do escopo protetivo das normas garantidoras de direitos fundamentais é própria do abrangente fenômeno da constitucionalização do direito civil, conforme explicitam os mesmos autores (FACHIN e RUZYK, 2003, p. 98).

O reconhecimento da possibilidade de os direitos fundamentais operarem sua eficácia nas relações interprivadas é, talvez, o cerne da denominada constitucionalização do Direito Civil. A Constituição deixa de ser reputada simplesmente uma carta política, para assumir uma feição de elemento integrador de todo o ordenamento jurídico.

Nesse sentido, o problema da realização dos direitos fundamentais, em suas múltiplas direções e intensidades, tem sido amplamente discutido em dois desdobramentos: o da aplicabilidade às relações entre particulares e o modo e a intensidade com que essa eficácia, se existente, opera. Assim:

terial independente de qualquer tempo e espaço, que consiste em considerar como pertencente a cada pessoa um espírito impessoal, o qual a torna capaz de tomar suas próprias decisões a respeito de si e de tudo que lhe gira em torno. Precisamente por isso é que o conteúdo material de um direito fundamental identifica-se com a própria dignidade humana” (LOPES, 2004, p. 9).

² A esse propósito, diz Engle (2009, p. 167, tradução nossa): “Impulsionada pela tendência do pós-guerra, a constituição alemã adotou, como ponto focal em sua estrutura, a proteção da dignidade humana (i.e., direitos humanos)”. No original: “In keeping with the global post-war trend, the focal point of the post-war constitutional structure of Germany is the protection of human dignity (i.e. human rights)”. A propósito, e apenas por apreço conceitual, saliente-se, com Lôbo (1999, p. 101), que constitucionalização e publicização do direito civil não se confundem: “a publicização deve ser entendida como processo de intervenção legislativa infraconstitucional, ao passo que a constitucionalização tem por fito submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos”.

A questão que está por detrás do problema é bastante simples: os direitos fundamentais, que originalmente foram pensados para regular as relações entre os indivíduos e o Estado, devem produzir efeitos nas relações das quais este não participa, ou seja, nas relações entre particulares? Se sim, e mais importante, que efeitos podem ser esses e de que forma poderão ser realizados? Ainda que a ideia seja simples, a resolução do problema não o é (SILVA, 2005, p. 174).

Diante desse quadro, propõe-se uma rápida exposição das diversas propostas de aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares, com especial ênfase no segundo aspecto do problema apontado, na medida em que os autores especializados, em geral, pretendem formular uma *defesa* desta ou daquela solução prática.

1. Premissas gerais das correntes estratégicas de aplicação dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais foram concebidos como direitos públicos subjetivos oponíveis ao Estado: “a exigência de que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tenham aplicação imediata traduz a pretensão do constituinte no sentido de instituir uma completa e integral vinculação dos entes estatais aos direitos fundamentais” (MENDES, 2014, p. 31). Não obstante, é voz corrente na literatura especializada o argumento de que, com

a ampliação crescente das atividades e funções estatais, somada ao incremento da participação ativa da sociedade no exercício do poder, verificou-se que a liberdade dos particulares – assim como os demais bens jurídicos fundamentais assegurados pela ordem constitucional – não carecia apenas de proteção contra ameaças oriundas dos poderes públicos, mas também contra os

mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, advindas da esfera privada. [...] O Estado passa a aparecer, assim, como devedor de uma postura ativa, no sentido de uma proteção integral e global dos direitos fundamentais (SARLET, 2000, p. 118).

O desdobramento dessa assunção, aliado a outros fatores importantes, como o postulado da unidade do ordenamento (*Postulat der Einheit der Rechtsordnung*), e o escasso arsenal de ferramentas à disposição dos aplicadores do direito defrontados com ofensas a direitos fundamentais advindas do domínio privado conduziram à paulatina ampliação do escopo de proteção e aplicação das normas garantidoras dessas posições jurídicas.

Poucos são os publicistas que ainda restringem a aplicação dos direitos fundamentais apenas às relações entre indivíduos e o Estado (relação vertical). [...] O problema central que o tema coloca não é, portanto, o problema do “se” os direitos produzem efeitos nessas relações, mas do “como” esses efeitos são produzidos (SILVA, 2005, p. 174-175).

O *como* (e não o *se*) da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, então, põe-se como ponto de disputa entre duas grandes correntes, flanqueadas, meio a distância, por uma terceira, carente de prestígio na comunidade jurídica brasileira. Dum lado, agrupam-se os adeptos da *eficácia direta* dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Doutro, os propagandistas duma *eficácia* (apenas) *indireta*, explicada segundo variadas estratégias argumentativas. A terceira orientação, que “corre por fora”, tem que os direitos fundamentais não vinculam os particulares nas relações com outros privados – e será, apenas *en passant*, aqui considerada.

2. Eficácia indireta: síntese e crítica

A proposta prática de eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, haurida da identificação, nestes, duma ordem objetiva de valores (EP-PING, 2004, p. 44), condiciona esse caráter vinculativo à mediação dum órgão do Estado.

Os adeptos de versões primitivas da eficácia indireta (mais conhecida em sua grafia original, *Mittelbare Drittwirkung*) sustentam ser tarefa do legislador a aplicação dos direitos fundamentais às relações interprivadas. “Em última análise, isto significa que os direitos fundamentais não são – segundo esta concepção – diretamente oponíveis, como direitos subjetivos, nas relações entre particulares, mas que carecem de uma intermediação” (SARLET, 2000, p. 123). Esse *approach* prevaleceu no onipresente caso *Lüth*, no qual o Tribunal Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht*) entendeu que

o conteúdo dos direitos fundamentais como normas objetivas se desenvolve no Direito Privado por meio dos dispositivos que regem diretamente este âmbito jurídico, de tal sorte que a influência dos direitos fundamentais como critérios valorativos se realiza sobretudo por meio das disposições jurídico-privadas de cunho interpretativo e que integram a ordem pública em sentido amplo (SARLET, 2000, p. 125).

Essa intermediação se operaria pela via das cláusulas gerais, verdadeiras janelas a permitir o ingresso dos direitos fundamentais no domínio direito privado (LEHNER, 1996, p. 73). Assim, “um litígio entre particulares envolvendo direitos e deveres decorrentes de normas jurídico-privadas, mesmo influenciadas pelos direitos fundamentais, segue sendo um conflito jurídico-civil” (SARLET, 2000, p. 125).

Mas o reconhecimento abstrato do comando de otimização direcionado ao legislador não é de grande valia em ordenamentos que desconhecem o controle das omissões legislativas, conforme prenuncia Ubillos, tendo em vista o ordenamento espanhol. Ainda, confiar os direitos fundamentais ao legislativo poderia equivaler, por vias transversas, a negar seu caráter fundado na própria ordem constitucional:

Deve-se perguntar, então, se esta intervenção do legislador é condição *sine qua non* para o reconhecimento mesmo do Direito neste cenário, na medida em que os direitos fundamentais somente teriam regência sobre as relações particulares quando e nos esquadros previstos pelo legislador ordinário. Este é o *quid* da questão, o verdadeiro dilema³ (UBILLOS, 2003, p. 310, tradução nossa).

Diante disso, parece que a intermediação do legislador é recomendável, mas não indispensável – ainda que os defensores da eficácia mediata vejam com desconfiança a possibilidade de ponderação direta pelo juiz. É que a

lógica dos direitos fundamentais conduz, indefectivelmente, a este cenário, aponta a um crescente protagonismo judicial, o qual não necessariamente conduz ao caos [...], mas sim a um Estado de Direito eminentemente jurisdicional⁴ (UBILLOS, 2003, p. 311, tradução nossa).

³No original: “Hay que preguntarse entonces si esa intervención del legislador es condición *sine qua non* para el reconocimiento mismo del derecho en este escenario, hasta el punto de que éste sólo desplegaría eficacia frente a los particulares cuando y en la medida en que el legislador ordinario así lo hubiese previsto. Este es el *quid* de la cuestión, el verdadero dilema”.

⁴No original: “La lógica de los derechos fundamentales conduce indefectiblemente a ese escenario, apunta a un creciente protagonismo de los jueces, un protagonismo que no conduce necesariamente al caos [...], pero sí a un modelo de Estado de Derecho eminentemente jurisdiccional”.

Delimita-se, assim, outra linha das estratégias de eficácia mediata dos direitos fundamentais, a qual remete ao juiz como agente do Estado que, por imperativo constitucional, leva em conta os direitos fundamentais na interpretação do direito privado. Ele seria o veículo da materialização dos direitos fundamentais nas relações privadas. Assim, dessa

vinculação resulta para o Judiciário não só o dever de guardar estreita obediência aos chamados direitos fundamentais de caráter judicial, mas também o de assegurar a efetiva aplicação do direito, especialmente dos direitos fundamentais seja nas relações entre os particulares e o Poder Público, seja nas relações tecidas exclusivamente entre os particulares (MENDES, 2014, p. 35).

Tal solução, autenticamente alemã, supõe a incapacidade das disposições constitucionais para solucionar diretamente um conflito entre particulares e parte da premissa de que os direitos fundamentais se dirigem, primordialmente, ao Estado. Nesse sentido, a mediação do judiciário (ou o *modelo de aplicação ao judiciário*)

começa com a assunção de que direitos humanos constitucionalizados são protegidos não apenas em face do Estado. Eles não são aplicáveis, direta ou indiretamente, a relações entre particulares. Nada obstante, “Estado” inclui o judiciário. Consecutivamente, o judiciário está proibido de desenvolver o Direito ou conceder remédios jurídicos a problemas concretos, de maneira que viole um direito fundamental⁵ (BARAK, 2001, p. 25, tradução nossa)⁶.

Para escapar da desconexão entre a normativa constitucional e o direito privado, então, segue-se a via *light, decaf*, da atividade jurisdicional, especialmente nas janelas abertas pelas cláusulas gerais e conceitos indeterminados. Novamente, são recorrentes referências ao caso *Lüth*, como exemplo eloquente de concretização dessa proposta, haja vista ter a decisão assentado que

⁵No original: “begins with the assumption that constitutional human rights are protected only against the State. They have no application, direct or indirect, in relationships between private parties. Nonetheless, ‘State’ includes the judiciary. Accordingly, the judiciary is prohibited from developing the common law or granting relief in a specific case in a way that violates constitutional human right”.

⁶Nesse particular, contrastam as posições de Sarlet e Barak, porque este, ao tratar da vinculação do judiciário aos direitos fundamentais, deixa claro que a doutrina em descrição tem ciência de que ela se insere no arco da vinculação do poder público à Constituição. Aquele, por outro lado, diz que os propagandistas da eficácia indireta falham, precisamente, por “confundir o problema da vinculação dos sujeitos particulares com a vinculação do poder público, que, em verdade, não mais tem sido questionada em si mesma, a não ser no que diz com a intensidade desta vinculação e as suas aplicações concretas” (SARLET, 2000, p. 142).

os direitos fundamentais não operam apenas em face dos poderes públicos, mas descarta a vigência imediata e incondicionada deles nas relações privadas. Amplia-se a área original de incidência dos direitos fundamentais, mas esta extensão se efetua em sua dimensão de valores objetivos, os quais devem ser interiorizados pelo juiz – e não em sua qualidade de direitos subjetivos, acionáveis de modo imediato, o que degradaria, em alguma medida, o direito fundamental⁷ (UBILLOS, 2003, p. 314, tradução nossa).

Os direitos fundamentais, assim, informariam a prática judicial, mediante fornecimento de parâmetros interpretativos, de que se podem valer os juízes, especialmente quando defrontados com um texto normativo dúbio. E seria assim porque

até mesmo a simples aplicação do direito ordinário pelos Tribunais pode ocasionar lesão aos direitos fundamentais, tanto no caso de inobservância completa de determinada regra do direito fundamental (*Defizit; Fehleinschätzung*), quanto na hipótese de a decisão assentar-se em considerações insustentáveis e arbitrárias do prisma objetivo (*unhaltbare und deshalb willkürliche Entscheidung*) ou em construção que ultrapassa os limites constitucionais do direito jurisprudencial (*Ueberschreibung der verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung*) (MENDES, 2014, p. 35-36).

Os críticos dessa vertente da doutrina da eficácia mediata têm que ela nada é além de uma *pirueta*, que intenta obnubilar a relevân-

⁷No original: “los derechos fundamentales no operan sólo frente a los poderes públicos, pero descarta la vigencia inmediata e incondicionada de éstos en las relaciones privadas. Se amplía el área original de incidencia de los derechos fundamentales, pero esta extensión se efectúa en su dimensión de valores objetivos, que el juez ha de interiorizar, y no en su calidad de derechos subjetivos accionables de modo inmediato, degradándose en cierto modo el derecho fundamental”.

cia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas:

Ocorre que este pronunciamento pretende se esconder ou dissolver por debaixo do disfarce ou camuflagem de uma controvérsia acerca da aplicação do direito objetivo. Ao cidadão que invoca o direito presumidamente violado, não se reconhece a titularidade do direito no seio da relação jurídica privada, mas se diz que ele pode vir a se beneficiar de uma correta interpretação da norma de direito privado aplicável a seu caso. Na prática, o resultado é o mesmo [...]. Esta concepção parece, em resumo, um tanto forçada, produto, seguramente, do medo de uma profunda revisão de determinadas matrizes de análise e categorias, inspirada pelo desejo de salvar a todo custo certos princípios, oriundos de contexto muito distinto⁸ (UBILLOS, 2003, p. 315-316, tradução nossa).

As versões primitivas das estratégias definidoras da eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares passaram, nos últimos quarenta anos, por importante *upgrade*, consistente na reformulação de sua razão de ser, os deveres de proteção (*Schutzpflichten*) do Estado. Assim: “A partir da década de setenta, o TCF criou mais uma figura amplamente debatida na doutrina: o dever estatal de tutela dos direitos fundamentais em face de agressões provenientes de particu-

⁸No original: “Lo que ocurre es que este pronunciamiento se pretende esconder o disolver bajo el disfraz o camuflaje de una controversia en torno a la correcta aplicación del Derecho objetivo. Al ciudadano que invoca el derecho presuntamente violado no se le reconoce la titularidad de tal derecho en el seno de la relación jurídico-privada, pero se le dice que puede beneficiarse de una correcta interpretación de la norma de Derecho privado aplicable. En la práctica, viene a ser lo mismo [...]. Esta concepción parece, en suma, un tanto forzada, producto seguramente del miedo a una profunda revisión de determinados planteamientos y categorías, inspirada por el deseo de salvar a toda costa ciertos principios formulados en un contexto muy distinto”.

lares (*grundrechtliche Schutzpflichten*)” (MARTINS, 2010, p. 55). Isso “significa que a proteção pode ser efetivada não apenas pela abstenção em violar os direitos fundamentais, mas, igualmente, por meio de intervenções dos poderes públicos (*Schutz durch Eingriff*), no sentido de garantir esses direitos contra ameaças diversas” (DUQUE, 2014, p. 110-111). Essa proposta dialoga proficuamente com os pressupostos da formulação de estratégias para aplicação dos direitos fundamentais nas relações interprivadas (a identificação dum *Objektive Wertordnung* – ordem objetiva de valores – e a constatação do perigo que os poderes privados representam aos direitos fundamentais), haja vista implicar

que os deveres de proteção decorrentes das normas definidoras de direitos fundamentais impõem aos órgãos estatais [...] um dever de proteção dos particulares contra agressões aos bens jurídicos fundamentais constitucionalmente assegurados, inclusive quando estas agressões forem oriundas de outros particulares (SARLET, 2000, p. 126).

Os deveres de proteção, assim, implicam atuação positiva do Estado, a qual pode ser reconduzida ao princípio do Estado de Direito (BARAK, 2001, p. 25).

Enfim, o último desdobramento das estratégias de eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações interprivadas corresponde à doutrina estadunidense da *State action*, que amplia o raio de ação das garantias constitucionais, em princípio limitadoras apenas da atuação do Estado, em dois campos “a) quando um particular ou entidade privada exerce função estatal típica; b) quando existem pontos de contato e aspectos comuns suficientes para que se possa imputar ao Estado a responsabilidade pela conduta oriunda do particular” (SARLET, 2000, p. 134). Seu correspondente tedesco, a tese da convergência estatalista,

sustenta, em suma, que a atuação dos particulares no exercício da autonomia privada é sempre produto de uma autorização estatal, sendo as ofensas aos direitos fundamentais sempre oriundas do Estado [...], de tal sorte que o problema da eficácia em relação a terceiros [...] dos direitos fundamentais não passa de um “problema aparente” (SARLET, 2000, p. 133).

O conjunto de estratégias unificado pelo escopo de proposição dum a eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações interprivadas é objeto de severas críticas, as quais se resumem a dois pontos: (i) sua débil fundamentação dogmática – “a ausência de uma ordem objetiva de valores dificulta, senão impossibilita, uma decisão clara obre os valores que hão de prevalecer numa dada situação de conflito” (MENDES, 2014, p. 46); e (ii) sua eventual desnecessidade:

o recurso a essa teoria seria dispensável em caso de adequada aplicação do direito ordinário. [...] A discussão [...] se refere exatamente à possibilidade de que o ganho obtido com a realização de justiça no caso concreto acabe por comprometer a clareza dogmática nos planos constitucional e legal⁹ (MENDES, 2014, p. 46).

3. Eficácia direta: síntese e crítica

A fórmula de aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas, notavelmente defendida por Nipperdey, foi acatada pelo Tribunal Alemão do Trabalho (FABISCH, 2010, p. 109). Isso o tornou objeto de várias críticas, assim sintetizadas: (i) o art.1º, III, da Lei Fundamental de Bonn prevê a vinculação apenas do Estado¹⁰; (ii) a eficácia imediata acabaria por suprimir a autonomia privada; (iii) a aplicação direta encontraria óbice no fato de que, ao contrário da relação estado-cidadão, os particulares merecem e reclamam, em princípio, a mesma proteção. Nesse sentido:

Poder-se-ia argumentar com a disposição constante do art. 1º da Lei Fundamental, segundo a qual “os direitos humanos configuram o fundamento de toda a sociedade” (*Grundlage jeder Gemeinschaft*). Poder-se-ia aduzir, ainda, que a existência de forças sociais específicas [...] enfraquece sobremaneira o argumento da igualdade entre os privados, exigindo que se reconheça, em determinada medida, a aplicação dos direitos fundamentais também às relações privadas. Esses dois argumentos carecem, todavia, de força normativa (MENDES, 2014, p. 41).

Aliás, conforme salientado por Andrade (2003, p. 281), mesmo quando o texto constitucional fala em aplicação direta, faltam esclarecimentos quanto aos termos em que se processa essa vinculação e em que medida ela se dá. Sem embargo da contundência dessas críticas, a dimensão prática – a efetivação da estratégia de resolução do problema da aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre privados – da tese da eficácia indireta parece acenar para a irrelevância

⁹“Com efeito, tanto as noções de uma ordem de valores objetiva e a assim denominada ‘eficácia irradiante’ dela decorrente padecem não apenas de um grau acentuado de indeterminação quanto ao seu conceito e significado [...] mas, principalmente, pouco revelam sobre a fundamentação de uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, ainda mais em se cuidando de vinculação direta” (SARLET, 2000, p. 141).

¹⁰ Diz a Lei Fundamental de Bonn (Grundgesetz – GG): Art. 1 (3) Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário. No original: “Artikel 1 (3) Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht”.

dos esforços envidados para fundamentá-la e erigi-la. Isso porque seus resultados coincidem com os advindos da aplicação direta dos direitos fundamentais às relações entre particulares. Em abrangente suma, diz Ubillos:

A teoria da eficácia imediata implica que, com normativa legal de desenvolvimento ou sem ela, é a norma constitucional que se aplica como razão primária e justificadora (não necessariamente a única) de uma determinada decisão [...]. É uma falsa disjuntiva: admitir a possibilidade de uma vigência imediata dos direitos fundamentais nas relações *inter privados*, em determinados casos, não significa negar ou subestimar o efeito de irradiação destes direitos, através da lei. Ambas as modalidades são perfeitamente compatíveis: o normal (e, também, mais conveniente) é que seja o legislador a concretizar o alcance dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, mas, quando inexistente tal mediação, as normas constitucionais podem ser diretamente aplicadas¹¹ (UBILLOS, 2003, p. 316-317, tradução nossa).

Consequentemente,

mesmo dentre os que não admitem [...] uma vinculação direta dos atos de particulares aos direitos fundamentais, já se encontram importantes manifestações criticando a tendência de limitar o efeito irradiante dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado aos conceitos indeterminadas e cláusulas gerais (SARLET, 2000, p. 145-146).

Essa limitação contrasta com o princípio da vinculação de todos os órgãos estatais aos direitos fundamentais. Por simetria, a ideia de *Schutzpflicht* (dever de proteção) não basta para afastar uma vinculação direta dos sujeitos privados nas relações entre si. “Da mesma forma, não é a existência, nas relações entre particulares, de conflitos entre titulares de direitos fundamentais que irá afastar, ao menos em princípio, uma vinculação direta dos sujeitos privados” (SARLET, 2000, p. 143). É que, malgrado a plêiade de questões ainda em aberto, parece acertada a asunção de que “uma norma de direito fundamental tem que ser interpretada da forma que lhe garanta maior efetividade possível” (DUQUE, 2014, p. 98). Assim,

¹¹No original: “La teoría de la eficacia inmediata implica que, con normativa legal de desarrollo o sin ella, es la norma constitucional la que se aplica como ‘razón primaria y justificadora’ (no necesariamente la única) de una determinada decisión [...] Es una falsa disyuntiva: admitir la posibilidad de una vigencia inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones inter privados en determinados supuestos, no significa negar o subestimar el efecto de irradiación de esos derechos, a través de la ley. Ambas las modalidades son perfectamente compatibles: lo normal (y lo más conveniente también) es que se el legislador el que concrete el alcance de los diferentes derechos en las relaciones de derecho privado, pero cuando esa mediación no existe, en ausencia de ley, las normas constitucionales pueden aplicarse directamente”.

como princípios constitucionais elementares para a vida social, os direitos fundamentais não podem ser pensados apenas como direito público ou como privado, visto se afirmarem como uma espécie de “telhado” do direito constitucional [...]. [Mas] a utopia deve ceder lugar ao realismo, fruto da constatação em torno da necessidade de se agregar aquilo que se pode denominar de capacidade de realidade funcional (*Funktionelle Realitätsfähigkeit*) (DUQUE, 2014, p. 99).

Daí se infere, no mínimo, a necessidade de observância dos direitos fundamentais nas relações privadas, afinal, “o direito privado, assim como todo e qualquer ramo do direito legislado, não pode constituir uma espécie de ‘gueto’ à margem da constituição” (DUQUE, 2014, p. 101).

Com efeito, a tese sustentada pelos adeptos da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações interprivadas é a de que “em princípio, todos os direitos fundamentais – à exceção dos que vinculam exclusivamente o poder público – vinculam, de alguma forma, diretamente os particulares” (SARLET, 2000, p. 147). Isso porque, ao lado da existência de direitos fundamentais textualmente direcionados aos particulares,

tanto o princípio da dignidade da pessoa humana (inciso I), quanto os direitos humanos (inciso II), por sua natureza indisponível, vinculariam sempre até mesmo o Poder Constituinte Originário, sendo, portanto, inquestionável a vinculação do poder público e dos próprios agentes privados. [...] Também uma interpretação sistemática e teleológica implica o reconhecimento de uma vinculação multidirecionada (vertical e horizontal) do art. 1º da Lei Fundamental. [...] Para além disso, resulta evidente que a dignidade da pessoa humana não se encontra sujeita às agressões oriundas do Estado, mas também de particulares, já que, em verdade, pouco importa de quem provém “a bota no rosto do ofendido” (NEUNER apud SARLET, 2000, p. 149).

Os direitos fundamentais são concretizações do princípio da dignidade humana (MARTINS-COSTA, 2003, p. 67-69), o qual “ao menos como fundamento e medida para uma vinculação direta dos particulares, poderá assumir, portanto, relevância autônoma apenas onde não se estiver em face de uma vinculação desde logo expressamente prevista no texto constitucional” (SARLET, 2000, p. 150). A esse argumento, soma-se a premissa de fundamentação geral da *Drittwirkung*, de que “nenhum titular de direitos fundamentais tem a permissão de violar um bem jurídico fundamental de outro, ao mesmo tempo em que uma convivência social entre diferentes titulares de direitos, com interesses distintos, é inevitável” (DUQUE, 2014, p. 102). Afigura-se, então, insustentável a tese de eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Isso é corroborado pelo reconhecimento

de que “cada vez mais encontramos menos relações entre particulares caracterizadas por uma tendencial igualdade, o que não afasta [...] a vinculação direta de todos os particulares, ainda que não se enquadrem na categoria dos que exercem uma parcela de poder social” (SARLET, 2000, p. 153). Evidencia-se, assim:

que os direitos fundamentais não poderiam garantir uma proteção efetiva, caso os particulares não pudessem aplicá-los em determinadas relações privadas. A partir daí, abre-se caminho para uma penetração controlada, mas eficaz, dos valores constitucionais no direito privado e, com isso, para a própria possibilidade de controle do conteúdo de contratos privados com base na Constituição (DUQUE, 2014, p. 110).

O problema, então, para os porta-vozes dessa estratégia de aplicação dos direitos fundamentais, estaria resolvido em sua primeira dimensão: todos os direitos fundamentais aplicam-se, com força vinculante, às relações jurídicas polarizadas por sujeitos particulares. Questão fulcral permanece, contudo, em aberto, sobretudo no que tange aos critérios empregáveis para estimativa da medida na qual, em cada situação particular, dá-se a vinculação dos agentes privados aos direitos fundamentais. É que “A eficácia dos direitos fundamentais perante terceiros encontra, naturalmente, limites. [...] A polivalência dos direitos fundamentais não se resolve em uma transposição mecânica e incondicionada deles ao campo das relações jurídico-privadas¹² (UBILLOS, 2003, p. 332, tradução nossa) – quer dizer: a mecânica de sua vinculação aos particulares, qualquer que seja a estratégia argumentativa de aplicação a que se vincule, não prescinde do concurso de postura hermenêutica a um só tempo tópica e sistemática, conforme se verá adiante. E assim é porque a influência dos valores constitucionais no direito privado não pode fugir ao controle,

“de modo a tornar-se tão intensiva, a ponto de acabar com a racionalidade própria do direito privado, o que lhe privaria de cumprir sua função precípua”, haja vista a impossibilidade de o direito constitucional substituir sua racionalidade à do direito privado, “sob pena de quebra do próprio ordenamento jurídico” (DUQUE, 2014, p. 107).

Entre os critérios formulados por autores especializados, dois comportam menção, em homenagem a seu refinamento teórico (que não os imuniza à crítica, por óbvio): o bifásico, compreensivo da *desigualdade*

¹²No original: “La eficacia frente terceros de los derechos fundamentales encuentra, naturalmente, límites. [...] La polivalencia de los derechos fundamentales no se resuelve en una transposición mecánica e incondicionada de los mismos al campo de las relaciones jurídico-privadas”.

fática e da qualidade dos interesses juridicamente tutelados em conflito, e o da ponderação.

A primeira resposta, formulada por Sarmento, opera segundo duas chaves conceituais: (a) dicotomia simetria/assimetria entre as partes¹³; (b) a qualidade dos interesses em disputa, cindidos em questões existenciais e questões patrimoniais. O primeiro se compreende como desigualdade fática entre os polos da relação de direito privado. Isso o torna problemático, porque

- (1) Sarmento usa o conceito como sinônimo de desigualdade material;
- (2) O conceito é estanque, já que tende a pressupor que sempre que houver desigualdade material entre as partes envolvidas deverá haver maior proteção dos direitos da parte materialmente mais fraca;
- (3) Isso ignora o jogo de forças no interior da relação, que pode ser muito mais importante do que a condição material dos envolvidos e não estar a ela necessariamente vinculado (SILVA, 2005, p. 176).

Ora, a desigualdade material, de *per se*, não tem o condão de interferir na autenticidade das vontades conformadoras duma relação jurídica. Ainda que sua constatação possa compor a argumentação jurídica, sua leitura deve ser restritiva, com reservas. Silva sugere, nesse quesito, “que o decisivo é a *sinceridade* no exercício da autonomia privada, que não necessariamente terá alguma relação com desigualdades externas a ela” (SILVA, 2005, p. 176-177). O segundo critério importa pela

¹³ “quanto maior for a desigualdade (fática entre os envolvidos), mais intensa será a proteção ao direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada. Ao inverso, numa situação de tendencial igualdade entre as partes, a autonomia privada vai receber uma proteção mais intensa, abrindo espaço para restrições mais profundas ao direito fundamental com ela em conflito” (SARMENTO, 2004, p. 303).

tentativa de evitar, para usar a expressão de García Torres e Jiménez-Blanco, um “totalitarismo dos direitos fundamentais” ou, na expressão do próprio Sarmento, a “homogeneização forçada do comportamento individual a partir de pautas tidas como ‘politicamente corretas’, às custas do pluralismo e da própria dimensão libertadora que caracteriza os direitos fundamentais” (SILVA, 2005, p. 177).

A segunda resposta, articulada pela ideia de ponderação, parte da assunção de que os direitos fundamentais (compreensivos da autonomia privada)¹⁴ têm estrutura principiológica. Isto é: direitos fundamentais são, na dicção de Alexy (1985), mandamentos de otimização¹⁵. Situações de conflito, então, não se resolveriam pela superposição de um sobre o outro, mas segundo precedências *prima*

¹⁴ “Dentre a totalidade dos direitos básicos que devem ser considerados, estão os de dignidade humana e livre desenvolvimento da personalidade, os quais abarcam a autonomia privada individual, da qual deriva a Liberdade contratual. Por isso, a Liberdade de contratar é, ela mesma, uma Liberdade constitucional e um Direito fundamental”. No original: “included among the entirety of basic rights that must be considered are the basic rights of human dignity and personal development, and these encompass the individual’s autonomy of will, from which the principle of freedom of contract is derived. Freedom of contract, therefore, is in itself a constitutional freedom and a constitutional right” (BARAK, 2001, p. 35).

¹⁵ “O ponto fulcral da distinção entre regras e princípios é que estes são normas que ordenam a realização de algo na maior medida possível, consideradas as possibilidades fático-jurídicas existentes. Princípios são, consequentemente, mandamentos de otimização, caracterizados por serem passíveis de satisfação em diferentes graus e por não depender a medida de sua satisfação somente das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas. O campo das possibilidades jurídicas se determina pelos princípios e regras colidentes”. No original: “Der für die Unterscheidung von Regeln und Prinzipien entscheidende Punkt ist, dass Prinzipien Normen sind, die gebieten, dass etwas in einem relativ auf die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten möglichst hohen Masse realisiert wird. Prinzipien sind demnach optimierungsgebote, die dadurch gekennzeichnet sind, dass sie in unterschiedlichen Graden erfüllt werden können und dass das gebotene Maß ihrer Erfüllung nicht nur von den tatsächlichen, sondern auch von den rechtlichen Möglichkeiten abhängt. Der Bereich der rechtlichen Möglichkeiten wird durch gegenläufige Prinzipien und Regeln bestimmt” (ALEXY, 1985, p. 75).

facie, que “não contém determinações definitivas em favor de um princípio [...], contudo estabelecem um ônus de argumentação para a precedência do outro princípio [...] no caso concreto” (STEINMETZ, 2004, p. 215). O emprego deste raciocínio, que encontra algum eco também em Sarlet (2000, p. 157), à tensão entre autonomia privada e direitos fundamentais implicaria o delineamento de quatro precedências *prima-facie*:

1. Em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de igualdade fática, há uma precedência *prima facie* do direito fundamental individual de conteúdo pessoal ante o princípio da autonomia privada.
2. Em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de desigualdade fática, há uma precedência *prima facie* do direito fundamental individual de conteúdo pessoal ante o princípio da autonomia privada.
3. Em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de igualdade fática, há uma precedência *prima facie* do princípio da autonomia privada ante o direito fundamental individual de conteúdo patrimonial.
4. Em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de desigualdade fática, há uma precedência *prima facie* do direito fundamental individual de conteúdo patrimonial ante o princípio da autonomia privada (SILVA, 2005, p. 178).

Dois são os problemas desse modelo: (i) a importância dada à (des) igualdade fática entre as partes; e (ii) o emprego da proporcionalidade para solução de problemas hauridos de relações nas quais o Estado não toma parte. As falhas inerentes à tomada da desigualdade fática entre as partes como parâmetro para a vinculação destas aos direitos fundamentais foram apontadas *supra*. Especificamente quanto às distorções geradas pelo emprego da proporcionalidade,

esse raciocínio não pode ser transportado para as relações entre particulares e a razão é trivial: exigir que os particulares adotem, nos casos de restrição a direitos fundamentais, apenas as medidas estritamente necessárias – ou seja, as menos gravosas – para o atingimento dos fins perseguidos nada mais é do que retirar-lhes a autonomia de livremente dispor sobre os termos de seus contratos. [...] E, diante disso, as precedências *prima facie* estabelecidas pelo próprio Steimetz perdem um pouco de seu sentido, já que mesmo que a relação contratual tenha sido estabelecida sob condições de igualdade fática (ou de sinceridade) e o direito fundamental envolvido tenha conteúdo patrimonial, se os termos do contrato não forem os menos gravosos a esse direito, o contrato será sempre nulo (SILVA, 2005, p. 179).

O recurso à proporcionalidade, apesar dessas inconsistências, também é proposto por Ubillos, ainda que noutros termos e com menor rigor. Para ele, dois são os critérios empregáveis na ponderação da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas: (i) a capacidade de penetração destes direitos na esfera privada deveria ser maior quando houver relação assimétrica, análoga à estabelecida entre cidadãos e poder público¹⁶; (ii) a incidência dos direitos fundamentais no tráfego privado será tanto mais intensa quanto maior a afetação da dignidade humana, cujo respeito é fundante para o direito público e para o privado. Assim:

Assumida a necessidade de elucidar, em cada caso e mediante a correspondente ponderação, o alcance do direito fundamental no conflito concreto surgido entre particulares, cremos que nenhuma objeção insuperável pode se fazer a esta modalidade de *Drittwirung* [...]. Nenhuma limitação inadmissível da liberdade individual se deduz da mera afirmação de que os direitos fundamentais também regem, *ex constitutione*, as relações jurídico-privadas¹⁷ (UBILLOS, 2003, p. 334-335, tradução nossa).

A chave para a delimitação do alcance da força vinculante dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, então, reside na definição dos critérios que hão de orientar o intérprete na complexa tarefa de articular e harmonizar a vigência dos direitos fundamentais com os princípios e valores específicos do direito privado. “Em caso de colisão, a ponderação é ineludível e não tem por que se resolver, necessariamente, em favor do titular do direito fundamental”¹⁸ (UBILLOS, 2003, p. 336, tradução nossa).

4. A posição de SMITS. Elementos para uma abordagem cética?

É patente a invocação de direitos fundamentais, por autores especializados e Tribunais, para a resolução de casos típicos de direitos privado.

¹⁶ Neste quesito, em quase nada diverge de Steinmetz (2004) e Sarmiento (2004), de modo que as críticas a este dirigidas também aqui se aplicam.

¹⁷ No original: “Asumida la necesidad de dilucidar en cada caso y mediante la correspondiente ponderación el alcance del derecho fundamental en el concreto conflicto surgido entre particulares, creemos que ninguna objeción insuperable puede hacerse a esta modalidad de *Drittwirkung*. [...] Ninguna limitación inadmisibile de la libertad individual se deduce de la mera afirmación de que los derechos fundamentales también rigen, *ex Constitutione*, en las relaciones jurídico-privadas”.

¹⁸ No original: “En caso de colisión, la ponderación es ineludible y no tiene por qué resolverse necesariamente en favor del titular del derecho fundamental”.

A questão que se coloca, sem que se extrapolem os lindes do problema prático dos direitos fundamentais, respeita ao emprego desse raciocínio e à avaliação de sua real valia à estabilização de expectativas socialmente difundidas. Diante desse quadro, Jan Smits (2006) formula três argumentos caros a sua postura cética em relação à aplicabilidade direta dos direitos fundamentais às relações interprivadas.

O primeiro deles relaciona-se à subsidiariedade dos direitos fundamentais na fundamentação de decisões proferidas diante de conflitos hauridos de relações entre particulares. Assim:

O primeiro argumento para justificar o limitado valor jaz na própria ideia da eficácia indireta [...] as regras desenhadas para relações entre privados têm prioridade sobre os direitos fundamentais. O direito privado pode ser interpretado à luz dos direitos fundamentais, mas, no fim, pode não ser por eles absorvido: as normas de direito privado continuam decisivas para o deslinde do caso. [...] A essência da doutrina da eficácia mediata é de que o direito privado existente, em larga medida, já expressa os valores por detrás dos direitos fundamentais e que, portanto, deve-se aplicar o direito privado e não os direitos fundamentais. Isso quer dizer que a referência aos direitos fundamentais, no mais das vezes, oferece pouco de novo¹⁹ (SMITS, 2006, p. 15).

¹⁹No original: "The first argument why the use of fundamental rights can only have limited value lies in the idea of indirect effect itself. [...] the rules designed for relationships between private parties have priority over fundamental rights. Private law can be interpreted in the light of fundamental rights, but can in the end not be absorbed by these rights: the private law rules remain decisive for deciding the case. [...] the essence of the doctrine of indirect effect is that the existing private law is to a very large extent already an expression of the values behind fundamental rights and therefore one should apply private law and not fundamental rights. This means that reference to fundamental rights does not offer anything extra most of the time".

O argumento da subsidiariedade, então, reporta ao problema do eventual sufocamento do direito privado, tido como sede dos valores de uma sociedade justa, pelo direito público. Contudo, fornece resposta diferente daquela sugerida pelos convictos propagandistas da eficácia direta ou indireta dos direitos fundamentais: em vez da aplicação mitigada dos direitos fundamentais às relações entre particulares, seu confinamento no rol de posições jurídicas direcionadas apenas contra o Estado, com a ressalva de que podem informar a interpretação de textos normativos de direito privado.

A tese é problemática porque supõe a incoerência da vetusta fronteira entre o público e o privado, quando, em rigor, esta já se diluiu bastante. Evidentemente, não se intenta negar a existência de alguma clivagem. Nem mesmo os defensores da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre privados chegam a esse extremo, conforme testemunha Ubillos (2003, p. 305, tradução nossa):

Ninguém em seu pleno juízo pode pretender o desaparecimento da fronteira entre as duas esferas, a pública e a privada, porque a invasão da sociedade pelo Estado, a abolição da esfera privada, é justamente o traço mais característico de um regime totalitário. Mas não se pode negar que essa fronteira vem se esfumando e é, pois, cada vez menos nítida. [...] O panorama é confuso e será ainda mais no futuro²⁰.

Na mesma linha, complementa Fioravanti (2013, p. 21):

²⁰No original: "Nadie en su sano juicio puede pretender la desaparición de la frontera entre las dos esferas, la pública y la privada, porque la invasión de la sociedad por el Estado, la abolición de la esfera privada, es justamente el rasgo más característico de un régimen totalitario. Pero no puede negarse que esa frontera se ha ido difuminando, es cada vez menos nítida. [...] el panorama es confuso y va a serlo todavía más en el futuro".

A partir daqui, dessa raiz, surge finalmente a resposta à pergunta que colocamos: o modelo constitucional de relação entre Público e Privado é, em última análise, o da dupla limitação e, portanto, do duplo valor da Constituição, que se opõe sempre a um e a outro se ela mesma, e os direitos fundamentais nela consagrados, todas as vezes que as razões de um e de outro tornam-se imoderadas, sejam as razões de um Público que pretende invadir a esfera dos indivíduos, ou a de um Privado que, em razão de sua potência econômica, pretende dominar a cena pública. Pode-se dizer também: a Constituição socorre sempre o mais fraco, o Público quando é invadido arbitrariamente pelo Privado, e vice-versa. Abandonar esse modelo significa, portanto, correr riscos gravíssimos para os dois lados.

Relido em seus pressupostos, o argumento da subsidiariedade, então, parece apontar menos para a ineficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas que para sua eficácia indireta ou mediata, possivelmente concretizada mediante a estruturação do direito privado a partir dum “código flexível, informado pelas diretrizes constitucionais, capaz de dar fluidez necessária aos regramentos da Lei Fundamental” (ALBUQUERQUE, 2002, p. 86).

O segundo argumento cinge-se na assunção de que os direitos fundamentais seriam demasiadamente difusos e inaptos ao oferecimento de balizas suficientes para decidir casos concretos. Assim, o balanceamento de duas posições jusfundamentais em conflito seria exercício próprio do direito privado. Segundo Smits, isso ficou claro em diversos julgamentos referentes a *wrongful birth* (no Brasil, tratados sob a rubrica de *nascimento indesejado*), resolvidos, com tranquilidade, pelo BVG, sem recurso aos direitos fundamentais, mas consideravelmente dificultados por incursões em debates sobre a dignidade humana (SMITS, 2006, p. 17). Em suma: o argumento é de que

os direitos fundamentais, em especial a noção de dignidade humana, são excessivamente vagos. Podem influenciar no adequado deslinde duma controvérsia entre particulares, mas jamais poderiam ser o argumento decisivo para tanto (SMITS, 2006, p. 18). A transcendência da tese à vagueza da dignidade humana é assim demonstrada:

A propósito, um caso similar foi decidido na Alemanha e na Holanda. Em ambos, havia um criminoso condenado a uma longa pena. Ao tempo da condenação, o caso recebeu grande cobertura e fotos do criminoso foram publicadas em jornais de grande circulação. Alguns anos após a condenação, começou-se a questionar se a republicação destes materiais afrontaria a personalidade e a liberdade do preso. O tribunal holandês (*Hoge Raad*) decidiu este conflito entre a intimidade e a liberdade de imprensa pela prevalência da intimidade. O tribunal constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*), por seu turno, decidiu, mediante recurso aos mesmos argumentos, mas via ponderação diferente, que a liberdade de imprensa deveria prevalecer. O argumento é que o balanceamento de direitos fundamentais em casos de direito privado não oferece as balizas de que as cortes precisam²¹ (SMITS, 2006, p. 18, tradução nossa).

Apesar de contundente, a tese diz mais com a eficácia indireta que com a ineficácia

²¹No original: “In this respect, a similar case was decided in Germany and in the Netherlands. In both cases, there was a criminal that was convicted to a long sentence. At the time of the crime and the conviction, the case received a lot of publicity and pictures of the criminal were published in the national newspapers. A few years after the conviction, the question arose whether it would infringe upon the criminal’s privacy to publish these pictures again. The Dutch *Hoge Raad* decided this conflict between privacy and freedom of the press by holding that privacy should prevail. The German *Bundesverfassungsgericht* on the other hand held, making use of the same arguments but weighing these in a different way, that the freedom of the press was superior. My point is that in weighing fundamental rights in private law cases, these rights do not offer the guidance the court needs”.

dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Outra não é a conclusão advinda de sua leitura conjunta com textos subscritos por defensores da eficácia indireta (e da subsidiariedade dos direitos fundamentais na resolução de conflitos): “A despeito de suas particularidades, o certo é que os códigos civis elaborados na segunda metade do século XX em diante já não têm a pretensão de plenitude legislativa (...): a finalidade, hoje, de um Código Civil, é menos ‘regulativa’ e mais ‘ordenatória’” (MARTINS-COSTA, 2003, p. 76-77). Nesse prisma, as

características culturalistas do novo Código viabilizam uma incessante comunicação e complementariedade intertextual entre o Código e os Direitos Fundamentais, o que é especialmente possibilitado pela conexão entre a estrutura e a linguagem utilizada. A abertura semântica é garantida pela existência de cláusulas gerais estrategicamente colocadas, permissivas das três ordens de conexão sistemática referidas (MARTINS-COSTA, 2003, p. 77-78).

O segundo elemento oferecido para a construção duma visão cética a respeito da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, portanto, endossa, com reservas, as propostas de eficácia mediata.

A terceira tese de Smits, enfim, respeita à não vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Esse argumento, ao contrário dos primeiros, não se pretende teórico, mas substancial. Diz:

A função dos direitos fundamentais se imbrica com a separação entre direito público e direito privado e tem se desenvolvido ao longo dos últimos dois séculos. [...] Nesta visão tradicional, os direitos fundamentais têm a função de proteger o privado das ingerências do público. [...] A vinculatividade dos direitos fundamentais nas relações entre privados, portanto, jamais encontrará justificativa na mesma razão pela qual os direitos fundamentais vinculam o Estado. Isso também explica por que particulares nunca se vinculam, diretamente, aos direitos fundamentais. No máximo – este é o núcleo da doutrina da eficácia indireta – eles se vinculam aos valores que subjazem aos direitos fundamentais e que também integram o direito privado²² (SMITS, 2006, p. 19-20, tradução nossa).

²²No original: “The function of fundamental rights is closely connected to the separation of public and private law as has been developed over the last two centuries. [...] In this traditional view, fundamental rights have the function of guarding against the public from meddling with private affairs. [...] The enforcement of fundamental rights in private relationships can thus never find its justification in the same reason why fundamental rights can be enforced *vis-à-vis* the State. It also explains why private parties are never directly bound by fundamental rights. At most – this is the core of the doctrine of indirect effect – they are bound by the values underlying the fundamental rights that are also part of the private order”.

As premissas desse raciocínio, como já se viu, renovaram-se. Senão estrutural e mitigada pela dialética da complementariedade, hoje a dicotomia público-privado é apenas operativa. Não basta para afastar a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações interprivadas – se tanto, pode aparatar a tese de que essa aplicabilidade é apenas mediata. O apelo da tese de Smits, contudo, não se anula pela metamorfose de suas premissas. É que, de fato, parece paternalista falar que pessoas plenamente capazes não possam dispor de seus direitos fundamentais. Em rigor, fazê-lo é negar a própria razão de ser desses direitos: a promoção da dignidade humana. Mas isso não significa que a tutela constitucional da pessoa ceda diante da autonomia privada (de outra pessoa), conforme explica o autor:

Isso não quer dizer que renunciar direitos fundamentais pela via negocial seja sempre possível. Se estiver claro que a pessoa a dispor de seus direitos fundamentais esteja em posição de dependência ao fazê-lo, então é claro que ela deve ser protegida. [...] Mas há casos em que é possível dispor de direitos fundamentais. Em relações privadas, os valores de uma sociedade justa são decisivos e estes valores podem implicar que, em alguns casos, a liberdade contratual valha mais que outros direitos fundamentais²³ (SMITS, 2006, p. 20).

A justificativa, ressalvada sua salutar abertura liberal, é assombrosamente semelhante aos critérios formulados por Sarmiento (2004), Ubillos (2003) e Steinmetz (2004), de que se

²³No original: “This is not to say that contracting away fundamental rights is always possible. If it is clear that the person giving away his rights was in a dependent position when he did so, then of course he should be protected. [...] But there are cases in which it is possible to ‘contract away’ one’s fundamental rights. In private relationships, the values of a just society are decisive and these values may entail that in certain cases freedom of contract is valued more than other fundamental rights”.

falou anteriormente. Isto é: a fundamentação do argumento albergado pela rubrica *agentes privados não estão vinculados aos direitos fundamentais* parece aparentada com os critérios defendidos por propagandistas da eficácia direta – ainda que mitigada – dos direitos fundamentais nas relações entre particulares²⁴.

À guisa de fechamento, Smits consigna que o ceticismo em relação ao uso de direitos fundamentais na resolução de disputas entre particulares não pode obnubilar duas importantes funções daqueles nos debates que os cercam: (i) “direitos fundamentais podem ser fonte de inspiração para o que se considera uma sociedade justa, inclusive entre pessoas privadas”²⁵ (SMITS, 2006, p. 21-22, tradução nossa); (ii) “eles podem servir como um alerta para a corte, no sentido de que a dignidade humana está em risco. Uma referência a uma violação de direito fundamental por uma pessoa em face de outra pode tornar claro o quão sério é o assunto”²⁶ (SMITS, 2006, p. 22, tradução nossa). Mas isso não quer dizer que eles devam ser utilizados como fundamento suficiente para a decisão, porque é o direito privado que deve bastar.

Apesar de arrematar com a defesa da suficiência do direito privado para a resolução de conflitos privados, também as passagens transcritas guardam importantes pontos de contato com as estratégias argumentativas de defesa da eficácia mediata e da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas.

²⁴Nesse sentido, não é incomum se dizer que, apesar da acalorada disputa, as estratégias de eficácia direta e indireta guardam mais semelhanças que contrastes (STAR-CK, 2001, pp. 98-99).

²⁵No original: “Fundamental rights can be a source of inspiration for what is considered to be a just society, also among private persons”.

²⁶No original: “they can serve as a warning sign to the court that human dignity is at stake. A reference to a violation of a fundamental right by one person vis-à-vis another may make clear how serious the matter is”.

5. O modelo da eficácia indireta ampliada

O modelo da eficácia indireta vitaminada, proposto por Barak, dialoga com todas as estratégias argumentativas expostas e fornece resposta mais abrangente e consentânea com o estado da questão. Em essência, a proposta assim se expressa:

Na medida em que o direito privado existente não ofereça um remédio adequado – nominalmente, apesar da violação do direito constitucional, nenhum remédio é disponibilizado pelo direito privado –, o modelo da eficácia indireta fortalecida determina que o direito privado deva ser revisto, de modo a prover o remédio tal qual demandado pela situação concreta [seja mediante nova interpretação de ferramentas existentes, seja pela criação de novas ferramentas]²⁷ (BARAK, 2001, p. 30, tradução nossa).

Essa concepção, diz Barak (2001, p. 29-30), não se confunde com o modelo da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, porque não arrefece a importância do direito privado, tido como complicado e extensivo sistema de arranjos e equilíbrios voltados à viabilização da vida em comum. Todavia, vai além da singeleza do modelo de eficácia indireta:

Nenhuma diferença existe entre as duas situações em que o direito privado desenvolveu adequadamente ferramentas para expressar os direitos fundamentais. [...] A diferença substantiva se torna conspícua nos casos em que o direito privado não contém as ferramentas e instituições necessárias à absorção dos direitos fundamentais²⁸ (BARAK, 2001, p. 31, tradução nossa).

A explicação é que a concepção tradicional do modelo da eficácia indireta nega o remédio nesse caso, ao passo que a versão fortificada o concede por intermédio de ferramentas integradas, compreensivas do desempenho de atividades legislativas, da colmatação de lacunas pela via judicial, da renovação de velhas estruturas e do desenvolvimento de

²⁷No original: “To the extent that existing private law does not grant an appropriate remedy – namely, despite the violation of the constitutional right, no remedy is available in private law – the strengthened indirect application model mandates that private law must be revised to provide the remedy as needed [either through new interpretations of existing tools or by creating new ones]”.

²⁸No original: “No difference exist between the two in situations where private law has developed appropriate tools to give expression to constitutional human rights. [...] The substantive difference between the two models is conspicuous in cases where private law does not contain the legal tools or institutions for the absorption of constitutional human rights”.

novas ferramentas que se amoldem às respostas que se buscam, observadas as *limitation clauses*.

Desse modo, a aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares perpassaria o estabelecimento de distinção entre o escopo de proteção da norma garantidora da posição jusfundamental e o nível de proteção que lhe é dado. Assim:

O escopo do direito remete ao raio de ações capturadas por sua moldura [...]. O nível de proteção dos direitos humanos se determina pela consideração de valores, interesses e princípios mercedores de proteção. [...] O direito privado determina o nível de proteção a ser ofertado aos direitos fundamentais nas relações interprivadas. [...] Ao produzir legislação que avança nos limites desta proteção, o legislador deve observar as cláusulas constitucionais limitadoras e ponderar, adequadamente, os demais direitos fundamentais²⁹ (BARAK, 2001, p. 32-33, tradução nossa).

Os esquemas de valoração e balanceamento albergados pelo direito privado, nesse contexto, estariam ocasionalmente suscetíveis a ponderação pelo Judiciário, no exercício de sua função criativa. Mais especificamente, casos difíceis, nos quais duas ou mais posições jusfundamentais estejam em conflito, devem ser resolvidos mediante ferramentas já existentes no próprio direito privado (ainda que relidas e, portanto, ressignificadas); ou, se inexistentes, por intermédio do balanceamento dos interesses em jogo, à luz da unidade do ordenamento (BARAK, 2001, p. 41-42). Permitem-se, assim, os ajustes necessários à oxigenação e permanente reformulação do sistema (não apenas prospectiva, mas também material e formal).

6. Concretização da proposta de eficácia indireta ampliada: o concurso da hermenêutica

Considerando-se o que se expôs nas seções precedentes, parece que a proposta de BARAK é a que consegue resolver melhor o problema prático de aplicação dos direitos fundamentais sem descuidar da dinâmica própria do direito privado e de seu fio condutor, a prerrogativa de

²⁹No original: "The scope of the right refers to the range of actions captured within its framework. [...] The level of protection of human rights is determined through consideration of values, interests and principles deserving protection. [...] Private law determines the level of protection to be afforded to human rights relative to other human beings. [...] In formulating legislation that sets forth the limitations on the extent of protection granted to constitutional human rights in private law, the legislature must conform to the constitutional limitations clause [...]. Legislation that has passed the limitations clause tests as appropriately weighed constitutional human rights"

autorregulamentação de interesses privados. Porém, sua concretização não é tão simples, dada a indispensabilidade de interpretação dos próprios textos normativos consagradores de direitos fundamentais,

de modo que não se corra o risco de transformá-los em modelos abstratos. A dignidade humana não pode ser vista como mera proclamação discursiva, lida em uma dimensão de abstração. Caso contrário, de espaços de abertura não-sistêmica [...], os direitos fundamentais serão transformados em elementos meramente formais, despidos de conteúdo, além de instrumentos retóricos de legitimação da reprodução dessa mesma ordem sistêmica (FACHIN; RUZYK, 2003, p. 100).

Com efeito, a hermenêutica dos direitos fundamentais sempre há que ser tópico-sistemática. Tópica, porque consistente em “procedimento racional que se dirige a refletir por problemas a partir da abertura semântica de alguns significantes ou signos linguísticos”; e sistemática, porque “se opera com plúrima noção de sistema, haurido então em vários significados, ora como conjunto de conceitos, ora como a composição de sentidos verificados pela função, mas sempre aberto, poroso e plural, de tal modo que se apresenta aqui o limite externo, o da unidade do sistema” (FACHIN, 2015, p. 7). Com isso, pretende-se elidir o risco de que o rol de posições jusfundamentais seja, tal qual os códigos de outrora, encarado como um todo de respostas *prêt-à-porter* a problemas projetados no futuro³⁰, e aproximar o sistema da flexibilidade própria ao trato com “problemas concretos, buscando no sistema a melhor

entre várias possíveis soluções” (FACHIN; RUZYK, 2003, p. 100). Nesse sentido:

O que se deve é examinar as possibilidades concretas de que o Direito Civil atenda a uma racionalidade emancipatória da pessoa humana que não se esgote no texto positivado, mas que permita, na porosidade de um sistema aberto, proteger o sujeito de necessidades em suas relações concretas, independentemente da existência de modelos jurídicos. O modelo é instrumento, e não um fim em si mesmo. Por isso, ele não deve esgotar as possibilidades do jurídico, sob pena de o direito se afastar cada vez mais das demandas impostas pela realidade dos fatos (FACHIN; RUZYK, 2003, p. 102).

A interpretação tópico-sistemática, assim, é poderosa aliada de qualquer estratégia de realização de direitos fundamentais nas relações entre particulares. Ressalvados os pontos coincidentes entre as mais diversas formulações teóricas respeitantes a esse problema prático, corrobora, em especial, a proposta de eficácia indireta ampliada, que assimila as vantagens das demais formulações e visa a atenuar suas respectivas desvantagens, em prol da realização das potencialidades de cada pessoa concretamente situada.

Conclusões

Diversas são as estratégias argumentativas empregadas em defesa desta ou daquela solução para o problema prático dos direitos fundamentais. Revisões das propostas mais amplamente acatadas pela comunidade jurídica brasileira, em cotejo com a perspectiva pretensamente cética de Smits (2006), conduziram à inferência de que, em vista do atual estado da questão, tem maior apelo a proposta de *eficácia indireta aumentada*, enunciada por Barak

³⁰ A este respeito, diz Fachin: “O fenômeno da ‘constitucionalização’ não se resume à noção de Constituição em sentido formal, pois, se assim fosse, mudar-se-ia a codificação civil por um ‘macrocódigo’, o que não procede” (FACHIN, 2012, p. 147).

(2001). Não que essa linha seja imune à crítica. Não é; e não basta por si só. Conjugada à interpretação tópico-sistemática dos direitos fundamentais, no entanto, parece ostentar melhores condições de, no atual arranjo jurídico brasileiro, resolver o problema da aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares. Isso, sobretudo, porque subsume muitas das contribuições das demais correntes analisadas, enquanto suprassume boa parte dos vícios que as timbram. O problema prático dos direitos fundamentais, contudo, permanecerá carente de solução definitiva enquanto não aprofundadas as discussões ainda incipientes acerca de seu problema teórico, de fundamentação.

Sobre o autor

André Luiz Arnt Ramos é mestrando em Direito das Relações Sociais na Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, PR, Brasil; e advogado em Curitiba, PR, Brasil.
E-mail: a.arnt Ramos@gmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês³¹

THIRD-PARTY EFFECT OF FUNDAMENTAL RIGHTS: THE STATE OF THE QUESTION

ABSTRACT: Third-party effect of fundamental rights is one of the most hi-falutin issues arising from the emergence of constitutional democracies in the second post-war. The extent to which fundamental rights bind private parties is in the center of unending jurisprudential debates. The so-called theoretical problem, concerning the *raison d'être* of such intangible provisions, is clouded by a practical issue, which respects their application. In this scenario, multiple strategies advocate different measures for the authority of fundamental rights upon private relations. This article scrutinizes the mainstream orientations on these matters in the light of continental literature and, after contrasting them all and subjecting them to a skeptic test, points out the opinion that, in the context of the contemporary state of the question, best indicates the solution to be topic and systematically pursued by hermeneutics.

KEYWORDS: FUNDAMENTAL RIGHTS. CONSTITUTIONAL STATE. PRIVATE RELATIONS. CONSTITUTIONALIZATION OF PRIVATE LAW.

Referências

ALBUQUERQUE, Ronaldo Gatti de. Constituição e codificação: a dinâmica atual de um binômio. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos*

³¹ Sem revisão do editor.

dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: RT, 2002. p.72-86.

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Baden-Baden, 1985.

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*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 271-298.

BARAK, Aharon. Constitutional human rights and private law. In: FRIEDMANN, Daniel; BARAK-EREZ, Daphne. *Human rights in private law*. Oxford: Hart, 2001. p. 13-42.

COSTA, Pietro. Democracia política e estado constitucional. In: _____. *Soberania, representação, democracia: ensaios sobre a história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 235-268.

DUQUE, Marcelo Schenk. Fundamentação em torno da chamada Drittwirkung dos direitos fundamentais. In: GRUNDMAN, Stefan et al (Org.). *Direito privado, constituição e fronteiras: encontro da Associação Luso-Alemã de Juristas no Brasil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2014. p. 91-123.

ENGLE, Eric. Third party effect of fundamental rights (Drittwirkung). *Hanse Law Review*, v. 5, n. 2, p. 165-173, 2009.

EPPING, Volker. *Grundrechte*. Heidelberg: Springer, 2004.

ERICHSSEN, Hans-Uwe. A eficácia dos direitos fundamentais na Lei Fundamental Alemã no Direito Privado. Tradução de Laura Schertel Mendes. In: GRUNDMANN, Stefan; MENDES, Gilmar et al (Org.). *Direito privado, constituição e fronteiras: encontros da Associação Luso-Alemã de Juristas no Brasil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013. p. 21-31.

FABISCH, Dieter. *Die unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte im Arbeitsrecht*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

_____. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 87-104.

FIORAVANTI, Maurizio. *Legislação e jurisdição na Europa: a era do Estado Constitucional*. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca e Luiz Henrique Krassuski Fortes. Inédito.

_____. Público e privado: os princípios fundamentais da constituição democrática. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, n. 58, p.7-24, 2013.

FRIEDMAN, Daniel; BARAK-ERES, Daphne. *Human rights in private law*. Oxford: Hart, 2001. p. 97-112.

LANDA, César. La fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales. In: BAZÁN, Victor; NASH, Claudio. *Justicia constitucional y derechos fundamentales: fuerza normativa de la Constitución*. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2010. p. 38-41.

LEHNER, Moris. *Steuerrecht im Europäischen Binnenmarkt: Einfluss des EG-Rechts auf die nationalen Steuerrechtsordnungen*. Colônia: Verlag Otto Schmidt, 1996.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. *Revista de Informação Legislativa*, ano 41, n. 164, p.7-16, out./dez. 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 61-85.

MARTINS, Leonardo. Resenha: “La fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales”, de César Landa. In: BAZÁN, Victor; NASH, Claudio. *Justicia constitucional y derechos fundamentales: fuerza normativa de la Constitución*. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2010. p. 43-56.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. In: GRUNDMAN, Stefan et al (Org.). *Direito privado, constituição e fronteiras: encontro da Associação Luso-Alemã de Juristas no Brasil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2014. p. 31-55.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: _____ (Org.). *A constituição concretizada: construindo as pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 107-163.

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

SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais e relações entre particulares. *Revista Direito GV*, v. 1, n. 1, p. 173-180, maio 2005.

SMITS, Jan. Private law and fundamental rights: a sceptical view. In: BARHUYSEN, Tom; LINDENBERGH, Siewert (Ed.). *Constitutionalisation of private law*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2006. p. 9-23.

STARCK, Christian. Human rights and private law in German constitutional development and in the jurisdiction of the Federal Constitutional Court. In: FRIEDMAN, Daniel; BARAK-ERES, Daphne. *Human rights in private law*. Oxford: Hart, 2001. p. 97-112.

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

UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 299-338.