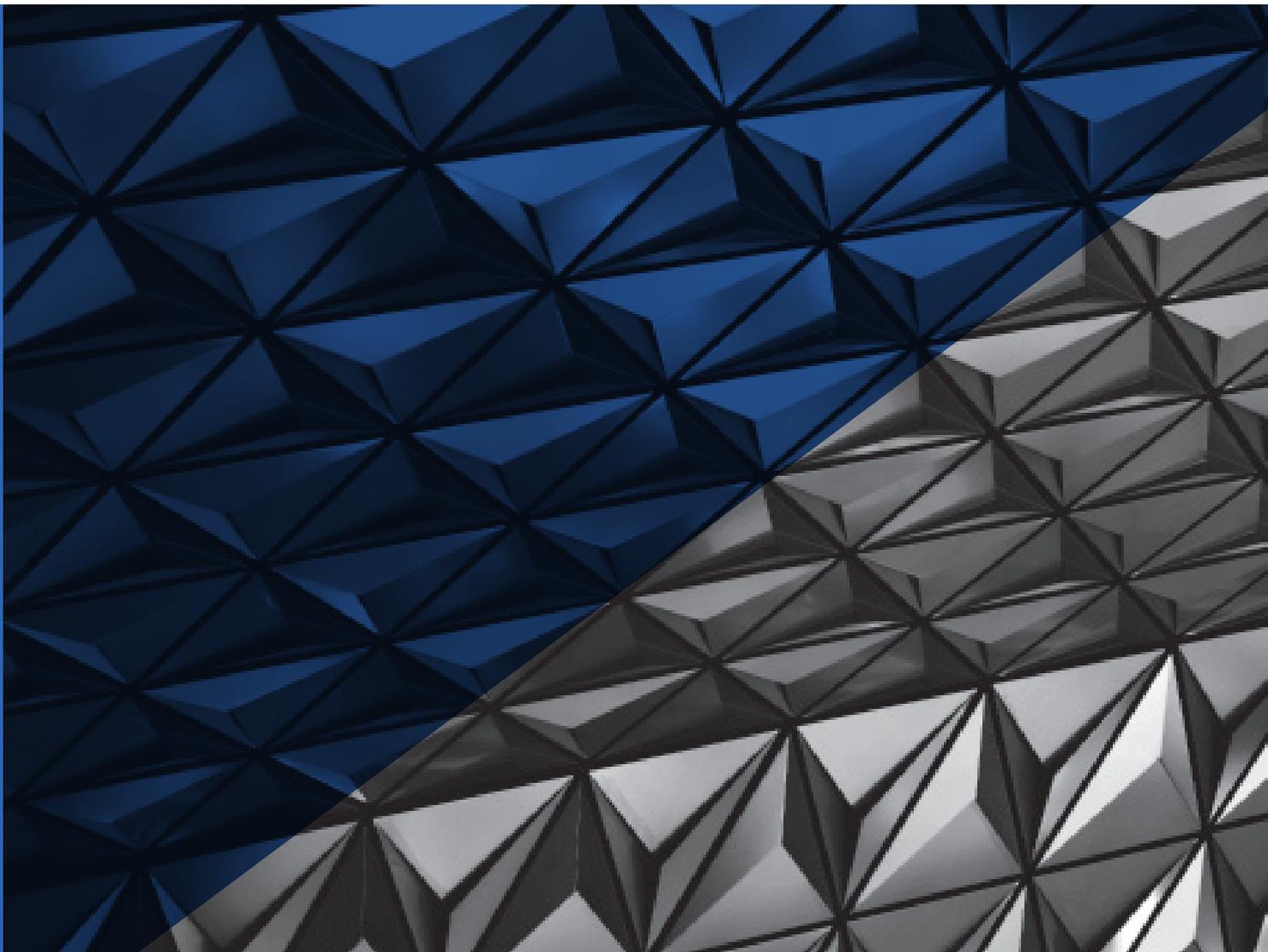


APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS NAS RELAÇÕES ENTRE TERCEIROS

EBE PIMENTEL GOMES LUZ



FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Doutoramento em Direito/Ciências Jurídico-Políticas
Disciplina Direito Constitucional



**Aplicabilidade das Normas Constitucionais nas Relações entre
Terceiros**

Trabalho apresentado ao **PROFESSOR
DOUTOR JORGE MIRANDA** como parte das
atividades da Disciplina Direito Constitucional, do
Curso de Doutorado da Universidade de Lisboa

Doutoranda: **Ebe Pimentel Gomes Luz**

Lisboa

2007/2008

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	2
2. EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DESDE O ESTADO LIBERAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO	5
2.1 A concepção liberal dos direitos fundamentais	5
2.2 Os direitos fundamentais no Estado Social	12
2.3 Estado contemporâneo e a crise do Direito	16
3. AS ELABORAÇÕES TEÓRICAS SOBRE VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	21
3.1 Negação dos efeitos entre privados dos direitos fundamentais	21
3.2 Teorias que negam a eficácia entre particulares dos direitos fundamentais	22
3.2.1 Teoria da “convergência estatista”	24
3.2.2 State action doctrine	25
3.3 Teoria da Eficácia Indireta ou Mediata (<i>Mittelbare Drittwirkung</i>)	30
3.3.1 Delineamentos dogmáticos	31
3.3.2 O Caso Lüth	33
3.3.3 A mediação pelo juiz	37
3.3.4 A mediação pelo legislador	38
3.4 A Eficácia Imediata ou Direta (<i>Unmittelbare Drittwirkung</i>)	40
3.4.1 Delineamentos dogmáticos	41
3.4.2 A posição da doutrina brasileira	44
3.5 O modelo de Alexy	48
3.6 As diferentes teorias se excluem?	51
4. CONCLUSÕES	53
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	57

1. INTRODUÇÃO

Este estudo tem como objetivo a análise da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares, bem como contribuir para a edificação de aspectos muito importantes sobre a Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.

Nos últimos tempos, a produção doutrinária sobre os direitos fundamentais notadamente no tocante à eficácia desses direitos nas relações privadas, mostrou-se terreno fértil¹, haja vista a grande produção de artigos e obras sobre o assunto, cujo ponto central é verificado na ênfase que conferida a essas garantias.

No Brasil, as desigualdades sociais são chagas abertas no espírito de seu povo, facilmente identificáveis no seu cotidiano. Particulares protagonizam, reiteradas vezes, abusos e transgressões a direitos fundamentais, diante da fragilidade do Estado e de sua estrutura perversa. Em virtude disso, a produção científica e jurisprudencial do Brasil deveria, há tempos, haver alertado para tão importante tema e alcançado patamares bem mais relevantes de abordagem sobre o assunto.

“Drittwirkung der Grundrechte” - “eficácia horizontal” dos direitos fundamentais foi a denominação adotada pela Alemanha e visava na sua gênese, em verdade a forjar a idéia de garantir um âmbito pessoal de imunidade à ingerência e ao arbítrio estatal, pois era tido como seu maior transgressor. Esse quadro, porém, mudou com o decorrer do tempo, uma vez que hoje tem como objetivo garantir e salvaguardar as relações entre privados, ou seja, assegurar a incidência dos direitos fundamentais no Direito privado e nas relações jurídicas particulares.

Além da Alemanha, outros países, como Espanha, Portugal, Itália, França, Holanda, Canadá, África do Sul, dentre outros, produzem debates ferrenhos na

¹ “oferece terreno fértil para desenvolvimentos”, uma vez que “inobstante alguns estudos pioneiros de inequívoco valor, ainda reclama o devido enfrentamento no direito pátrio. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 381 e 393.

jurisprudência e na doutrina sobre os direitos fundamentais e a relação entre particulares. No Brasil, entretanto, o tema ainda está em fase de maturação, muito embora alguns esforços já venham sendo despendidos no sentido de desenvolvimento do assunto. O tema representa, portanto, a última fronteira da Constituição normativa, na expressão de Bilbao Ubillos.² São raras, porém, as nações cujas cortes constitucionais ainda não acolheram, mesmo que indiretamente, o pensamento de que os direitos fundamentais protestam proteção também nas relações de Direito privado.

É no ambiente privado, que as ocorrências de violação aos direitos fundamentais proliferam. As radicais mudanças na sociedade, impostas pela “globalização” e pelo “pós-modernismo” ensejam aos poderes privados usurpar do Estado sua condição de maior fonte mesmo que em potencial, de ameaças à concretização material dos direitos fundamentais.³

A Constituição da República Federativa do Brasil é prodigiosa em fazer referências valorativas à proteção à dignidade da pessoa humana em vários dispositivos, como no artigo 1º, inciso III, no artigo 3º, inciso I, que expressa o estabelecimento de uma sociedade livre, justa e solidária, e a redução das desigualdades sociais, bem como no mesmo artigo 3º, III, segue ainda em vários outros dispositivos que não se faz necessário reunir, uma vez que seria exaustivo enumerar todo o catálogo.

Esse sentimento de proteção da dignidade da pessoa humana é muito comum na atualidade e serve, de acordo com o pensamento de Carlos Roberto Siqueira Castro, de estrutura ao edifício das constituições da era contemporânea,

² 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. 325.

³ “um mundo voltado à livre movimentação global de todos os fatores de produção que conduzem ao lucro é também um mundo interessado em estancar a única forma de globalização inquestionavelmente desejada pelos pobres, isto é, encontrar empregos mais bem pagos em países ricos. Manifestação de HOBBSAWM, Eric. **Tempos interessantes:** uma vida no século XX. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 396-397. Sobre o país em que vivemos, o historiador inglês assinala: “o Brasil continua a liderar a classificação mundial de injustiça social” Ibid., p. 418. Observa ainda que a América Latina, como um todo, “permanece como era durante mais de cem anos, cheia de Constituições e juristas, porém instável em sua prática política” Ibid., 2002. p. 417.

que venha a fundamentar a extensão da eficácia dos direitos fundamentais às relações privadas.⁴

Quando se reporta à eficácia dos direitos fundamentais, se faz referência de maneira a identificar o fato de que esses direitos não regulam as relações verticais de poder, que, via de regra, estão intrinsecamente vinculadas ao cidadão e ao Estado, mas incidem também sobre as relações estabelecidas entre pessoas e entidades não estatais, que se encontram em posição de igualdade formal. Hoje, no entanto, é necessária a ampliação do raio de atuação dos direitos fundamentais até às relações privadas.

Este estudo está dividido em quatro capítulos, subdivididos em vários subitens, de conformidade com a robustez do assunto e com a sua necessidade.

Inicialmente faremos uma abordagem teórica sobre o tema, apresentando os direitos fundamentais desde sua concepção no Estado Liberal, passando pelo Estado Social até o Estado Contemporâneo e a crise do Direito.

No segundo momento, serão apresentadas as formulações teóricas sobre a incidência, vinculação e eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Ato contínuo, demonstraremos a posição doutrinária brasileira.

Acreditamos que este estudo algum contributo trará para a elaboração de um mundo melhor. Assim sendo, é necessário fincar uma meta e estabelecer ordem normativa para que, com esses mecanismos eficazes, possamos limitar os núcleos de poder e efetivamente dar aplicação aos direitos fundamentais nas relações privadas.

⁴ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Dignidade da pessoa humana: o princípio dos princípios constitucionais. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio. (Org.). **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 140.

2. EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DESDE O ESTADO LIBERAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO

2.1 A concepção liberal dos direitos fundamentais

Kelsen imaginou o estabelecimento de uma sociedade onde fosse dispensável a ordem normativa coercitiva. Assinalava que até a concretização desse desiderato muito tempo levaria, porquanto uma distância enorme havia de ser percorrida. O grau de evolução do significado dos direitos fundamentais, no entanto, desde sua primeira geração até nossos dias, é imensurável.

Não pairam dúvidas quanto à importância valorativa dos direitos fundamentais no constitucionalismo moderno. Tal asserção foi constatada por Peter Häberle, quando disse que, em nossos dias, há “uma impressionante imagem de onipresença dos direitos fundamentais no Estado constitucional”.¹

A elevação dessas garantias ao topo da hierarquia normativa dos ordenamentos jurídicos do ocidente decorre sem nenhuma dúvida, das lentas mudanças do Estado no decorrer dos tempos. Sobre o assunto se manifesta José Joaquim Gomes Canotilho: “a ‘história das constituições é a história apaixonada dos homens. Esta ‘paixão’ e esta ‘história’ marcam muitos capítulos da evolução do direito constitucional. Saber ‘história’ é um pressuposto ineliminável do ‘saber constitucional’”.²

Paulo Bonavides sustenta, em razão disso, uma análise contextual da trajetória desses direitos. Mais especificamente em face do Poder Público, impõe-se como necessária. Afirmar ele que, desde sua inauguração até os tempos correntes, o Estado constitucional ostenta três distintas modalidades essenciais: a primeira é o Estado constitucional da separação de Poderes (Estado Liberal), a segunda, o Estado constitucional dos direitos fundamentais

¹ HÄBERLE, Peter. Efectividad de los derechos fundamentales: en particular relación contrato el ejercicio del poder legislativo. In: PINA, Antonio Lopez. **La garantía constitucional de los derechos fundamentales**: Alemania, España, Francia e Itália. Madrid: Civitas, 1991. p. 261.

² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 19.

(Estado Social) e, a terceira, o Estado constitucional da Democracia participativa (Estado Democrático-Participativo).³

Limitaremos o estudo no momento ao período que engloba a passagem do primeiro modelo para o segundo, ou seja, do Estado Liberal para o Estado Social e, conseqüentemente, deste para o contemporâneo, uma vez que a análise entre eles traduz exatamente o espírito de elasticidade dos direitos fundamentais. É ponto pacífico na doutrina dizer-se que o que se chama de direitos fundamentais clássicos representa garantias cuja manipulação se concretiza principalmente em face do Estado.⁴

Vale ressaltar que essa concepção “clássica” mesmo hoje, é utilizada como argumento hostil à incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. Exemplo disso é o posicionamento de Virgílio Afonso da Silva, quando anota que, com essa denominação, se quer muitas vezes não somente ressaltar uma precedência histórica, mas também, e o que é mais importante, uma precedência no que diz respeito à relevância. Aqueles autores que rejeitam qualquer efeito dos direitos fundamentais nos outros ramos do Direito apenas radicalizam e absolutizam esse argumento, para sustentar que direitos fundamentais são, única e exclusivamente, direitos dos cidadãos contra o Estado.⁵

Nossa opinião é contrária a essa idéia, pois não se sustenta no atual estágio do constitucionalismo. Aceitar tal asserção é negar toda a trajetória de desenvolvimento por que passaram os direitos fundamentais, bem como ignorar

³ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 6ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 41.

⁴ Na conhecida dogmática de Paulo Bonavides, a essa fase corresponde a primeira geração dos direitos fundamentais: “têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”. Id. **Curso de direito constitucional**. 13ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 563-564.

⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais e relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 70-71. O autor questiona, em contrapartida, a veracidade deste argumento, ao obter que “uma breve leitura da Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, especialmente em seu art. 3º [‘O governo deve ser instituído para o benefício comum, para a proteção e para a segurança da população, da Nação ou da comunidade], e na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, sobretudo em seu art. 2º [‘O objetivo de toda associação política é a conservação dos direitos humanos naturais e imprescritíveis. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão], pode dar uma idéia do quanto a segurança dos cidadãos em suas relações entre si eram fortes elementos da teoria e prática dos direitos fundamentais”. Ibid., 2005. p. 138.

a ampla irradiação de seus efeitos, fenômeno que representa a própria síntese do sentimento constitucional no novo milênio.

Tem-se como marco divisor na relação de poder soberano entre governantes e governados a inspiração da carta de “João Sem Terra” em 15 de junho de 1215⁶.

Havia uma preocupação de construir uma base teórica que fundamentasse a limitação do Estado. Isto foi se fortalecendo no decorrer dos séculos no pensamento Europeu, uma vez que a trajetória dos direitos fundamentais está intrinsecamente ligada à história desse Continente, sendo identificado o poder público como a besta bíblica do “Leviatã”, na célebre analogia de Hobbes.⁷

Com o decorrer do tempo, uma nova categoria buscou espaço na sociedade feudal, sedenta pela ascensão social que o acúmulo de riquezas poderia proporcionar, toda inspirada nas idéias de Hobbes e Locke. Na ideologia liberal burguesa, os soberanos devem manter o espaço livre para os cidadãos, pois mais não podem fazer pela felicidade no interior do Estado do que preservar os cidadãos de guerras internas e externas, permitindo que eles gozem com sossego de sua fortuna, adquirida mediante o próprio esforço.⁸

Para Wilson Steinmetz, “três foram os acontecimentos históricos decisivos para o triunfo da plataforma liberal: a Revolução Gloriosa inglesa (1688), seguida do Bill of Rights (1689); a independência das colônias inglesas da América do Norte (1776), à qual se seguiram a Constituição dos Estados Unidos da América (1787) e o Bill of Rights (1791); e a Revolução Francesa (1789), com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e a

⁶ A Magna Cartha Libertatum serviu, apenas, “para garantir aos nobres ingleses alguns privilégios feudais, alijando, em princípio, a população do acesso aos ‘direitos’ consagrados no pacto”, no dizer de Ingo Sarlet. SARLET, Ingo, **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6^a. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 49.

⁷ “O nome Leviatã é uma referência ao Livro de Jô, 41; ao medonho poder do grande monstro marinho que para Hobbes era uma metáfora do terrível poder do estado soberano de sua tese. O objetivo do Leviatã é descrever o preço que o ser humano paga pela sua conveniência, segurança e paz” SEYMOUR-SMITH, Martin. **Os 100 livros que mais influenciaram a humanidade**: a história do pensamento dos tempos antigos à atualidade. 5^a. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2002. p. 317.

⁸ HOBBS apud HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2^a. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1. p. 123.

primeira Constituição francesa (1791)". Foram tais eventos, que criaram as condições políticas para a construção, no oitocentos, do Estado Liberal de Direito, também denominado 'Estado Burguês de Direito' (Carl Schmitt) ou simplesmente 'Estado de Direito' (Rechtstaat, na linguagem da Escola de Direito Público alemã do século XIX)".⁹

Paulo Bonavides considera que fatores como as guerras de religião e as competições econômicas que pautavam a política do equilíbrio europeu foram decisivos para o crescimento político da burguesia. Narra, ainda, sobre a Revolução Francesa, que "a queda da Bastilha simbolizava, por conseguinte, o fim imediato de uma era, o colapso da velha ordem moral e social erguida sobre a injustiça, a desigualdade e o privilégio, debaixo da égide do Absolutismo; simbolizava também o começo da redenção das classes sociais em termos de emancipação política e civil, bem como o momento em que a Burguesia, sentindo-se oprimida, desfaz os laços de submissão passiva ao monarca absoluto e se inclina ao elemento popular numa aliança selada com as armas e o pensamento da revolução; simboliza, por derradeiro, a ocasião única em que nasce o poder do povo e da Nação em sua legitimidade incontestável".¹⁰

De acordo com Alexis de Tocqueville, a Revolução arrasou completamente tudo o que, na antiga sociedade, era derivado das instituições aristocráticas e feudais. Só se conservou o que sempre foi alheio a estas instituições ou podia existir sem elas. A Revolução Francesa era inevitável, pois que a estrutura social já não se sustentaria por si só.¹¹

A burguesia, então com o poder nas mãos, passou a defender os direitos fundamentais, primordialmente o direito de propriedade. O Estado não passava de um instrumento de defesa dos proprietários contra aqueles que não dispõem da propriedade do capital. O governo não tem qualquer outro objetivo que não seja a preservação da propriedade.

⁹ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 67.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo, **Teoria do Estado**. 6ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.p. 39-40.

¹¹ TOCQUEVILLE, Alexis de. **O antigo regime e a revolução**. 4ª. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. p. 67-68.

Proteger a liberdade equivalia a proteger a propriedade. Dessa forma, pode-se compreender a razão de as declarações de direitos, ícone jurídico da época, voltarem-se com tanta ênfase para a proteção da esfera privada de autonomia. Representavam tais documentos exatamente a projeção, no plano técnico-jurídico, dos temores e preocupações da burguesia.¹²

A Constituição surgia como expressão última do liberalismo iluminista no plano jurídico. Por isso, o primeiro princípio liberal é o reconhecimento da constante necessidade de limitar o fenômeno do poder, onde se pode encontrar sempre uma dose inata de desconfiança diante de sua natural tendência à violência.

Vale ressaltar que o constitucionalismo não deveria se limitar a encarcerar o Leviatã em sua projeção sobre a sociedade, o que fora o propósito da primeira geração dos direitos fundamentais; era preciso fazê-lo também no plano interno. Assim é que, sob inspiração decisiva da doutrina de Montesquieu, a separação dos poderes assumia lugar nas declarações de direitos como [...] o 'complemento natural' ou mesmo o pressuposto lógico e prático da proteção jurídico-institucional dos direitos fundamentais de liberdade-autonomia, que na época se julgavam tanto mais garantidos quanto mais o poder estadual estivesse limitado e impedido de atuar contra a esfera de autonomia dos sujeitos privados.¹³

Supostamente assegurada a esfera de liberdade individual em relação ao Estado, impôs-se a espinhosa tarefa de estabelecer regras para proporcionar a tão almejada “convivência harmoniosa” dos cidadãos. A consecução deste objetivo se daria com base no princípio da legalidade, cuja conseqüência, para os direitos fundamentais, era de que fossem então sinônimos de ‘reserva de lei ou reserva legal, de alta conta para os revolucionários, uma vez que o Parlamento era basicamente dominado pela burguesia.¹⁴ A produção legislativa

¹² VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004. p. 35-36.

¹³ PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional** - um contributo para o Estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Editora Coimbra, 1989. p. 146.

¹⁴ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 31.

voltaria atentamente seus olhos para o direito privado, iniciando a era das “grandes codificações”.

Para Clóvis Beviláqua, os códigos operam como verdadeiros “sistemas filosóficos, porque cada sistema filosófico concretiza, em forte síntese, uma concepção de mundo”.¹⁵

E tinha razão, uma vez que a legislação em forma de código surgia para desempenhar o mesmo papel das declarações de direitos, ou seja, submeter o sistema jurídico aos interesses da classe economicamente mais forte. Apenas a “concepção de mundo burguesa tinha importância”.

Como exemplo disso, o Código Napoleônico, de 1804, teve papel relevante sobre o direito positivo de outros países, como Áustria, Prússia, Itália e, posteriormente, Brasil, que teve seu Código Civil de 1916, elaborado por Clóvis Beviláqua, mantendo fidelidade às mesmas ideologias liberais, do indivíduo-patrimônio.¹⁶

No sistema jurídico burguês, convencido nesta visão distorcida de proteção à propriedade e ao contrato, a autonomia da vontade e a liberdade individual tinham o mesmo significado.

Eis a grande distorção a que levou o modelo liberal: imaginar que a proteção formal conferida pela legislação privada à autonomia individual da vontade bastaria para assegurar também a concretização efetiva dos direitos fundamentais.

¹⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. **Em defesa do projeto de Código Civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1906. p. 15.

¹⁶ “havia uma clara distinção entre o liberalismo europeu como ideologia revolucionária articulada por novos setores emergentes e forjados na luta contra os privilégios da nobreza, e o liberalismo brasileiro canalizado e adequado para servir de suporte aos interesses das oligarquias, dos grandes proprietários de terra e do clientelismo vinculado ao monarquismo imperial. No Brasil, o liberalismo expressaria a ‘necessidade de reordenação do poder nacional e a dominação das elites agrárias’, processo esse marcado pela ambigüidade da junção de ‘formas liberais sobre estruturas de conteúdo oligárquico’, ou seja, a discrepante dicotomia que iria perdurar ao longo de toda a tradição republicana: a retórica liberal sob a dominação oligárquica, o conteúdo conservador sob a aparência de formas democráticas. Exemplo disso é a paradoxal conciliação ‘liberalismo-escravidão’”. WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 75-76.

Em nada mudou, para as classes desfavorecidas, o aprisionamento do Leviatã estatal, pois continuava a classe proletária submetida ao jugo da burguesia capitalista.

Urgia outra visão de Direito, notadamente dos direitos fundamentais, para que fosse a justiça realmente feita no tipo de sociedade criada pelo Estado Liberal.

Até a Igreja Católica, abandona seu silêncio, quando se manifesta através da encíclica *Rerum Novarum*, de 1891, em cujo texto reivindicava melhores condições de trabalho e condenava todos os patrões que submetiam os proletários a atividades iníquas, desproporcionais ou desumanas.¹⁷

Foi, porém, o teórico Karl Marx quem formulou a maior contraposição jurídico-filosófica à ordem liberal e que, realmente, veio causar o maior impacto, quando identificou a “história da sociedade” com “a história da luta de classes”. Seu pensamento comunista-socialista atacou de forma frontal a liberdade supostamente proporcionada pelos códigos, ao argumento de que, na verdade, eles não proporcionavam outra liberdade senão a “única e implacável do comércio”.

Karl Marx assinalava que não há entre os homens outro laço senão o interesse nu e cru pelo frio dinheiro vivo, e isso se manifestava pela exploração disfarçada sob ilusões religiosas pela exploração aberta, cínica, direta e brutal.¹⁸

Apesar do grande desejo de regular de forma exaustiva todos os aspectos da vida do homem, tendo como fundamento os conceitos liberais de igualdade e liberdade, atrelados à promessa de garantir “segurança jurídica”, os códigos quedaram por estimular injustiças sem precedentes, além de colaborar para o distanciamento entre os direitos fundamentais e os atos da vida privada.

¹⁷ Encíclica de grande importância para o Direito do Trabalho, pois o trabalho é considerado uma forma de expressão da dignidade humana. Daí advertir que “é vergonhoso e desumano usar dos homens como vis instrumentos de lucros”, exigindo do Estado justiça e equidade nas relações laborais, para que nos ambientes de trabalho “não seja lesada, nem no corpo, nem na alma, a dignidade da pessoa humana”. A Igreja ratificaria esta doutrina em várias Encíclicas: *Quadragesimo Anno* (1931), *Mater et Magistra* (1961), *Pacem in Terris* (1963), *Populorum Progressio* (1967), *Humanae Vitae* (1969) e, contemporaneamente, na *Centesimus Annus*, de 1991 – centenário da *Rerum Novarum*.

¹⁸ MARX, Karl. **Manifesto do partido comunista**. Porto Alegre: L&PM, 2001. p. 27-28.

Por outro lado, plantaram as sementes que findaram por brotar no tema mais versado nos tempos atuais, sobre a eficácia jusprivatística dos direitos fundamentais.

O Estado Liberal, portanto, se desenvolveu num cenário em que havia todo um aparato político-social propício para que a geração pioneira dos direitos fundamentais assumisse natureza defensiva, impositiva de deveres de abstenção ao Estado. Não se pensava na eficácia desses direitos entre particulares, uma vez que a posição do Estado estava limitada a garantir que os negócios fossem cumpridos.¹⁹

2.2 Os direitos fundamentais no Estado Social

A razão de ser dos direitos fundamentais, mas do próprio direito, é atingir o ideal de justiça social, razão por que a crise do modelo liberal de Estado pôs sob evidência a insuficiência da contenção do poder estatal.

Evidentemente, a noção liberal de “liberdade” era por demais fictícia, além de injusta, pois propiciava grande margem para os negócios privados e a realidade social acabava sendo ignorada.

O afastamento entre o Poder Público e sociedade e a falta de *normatividade* que até então caracterizavam os direitos fundamentais – reduzidos a meras “exortações” desprovidas de eficácia jurídica – tinham por conseqüência jurídica direta o confinamento dos problemas de cada esfera ao seu respectivo corpo legal: a Constituição e o Código Civil.

Não foram poucos os fatores históricos que contribuíram para a necessária revisão do programa liberal. Na virada do século XX, a Europa foi palco de um crescente fortalecimento do modo de produção industrial.

De acordo com o previsto por Karl Marx, as primeiras manifestações sociais irromperam, alimentadas por uma classe trabalhadora insatisfeita com as injustiças sociais que faziam aumentar o desemprego, as péssimas condições

¹⁹ A aplicação cega e irrestrita do brocardo *pacta sunt servanda* de há muito conduz a situações de extrema iniquidade. SHAKESPEARE, William. **O mercador de Veneza**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lacerda Editores, 1999. p. 85.

de trabalho, o êxodo rural, além de inúmeros outros fatores. O liberalismo até então reinante desmoronava diante da insurgência do homem comum.

Essa revolta contra a inércia do Estado espalhava-se. Em virtude dessa influência, eclodiu a Revolução Russa de outubro de 1917. Foi por intermédio de manifestações revoltosas, dessa natureza, que importantes documentos na área dos direitos sociais surgiram. Em 5 de fevereiro de 1917, a Constituição Mexicana e a “Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado” surgem em meio à Revolução Russa.²⁰

Foi na Alemanha que nasceram as pioneiras elaborações, alçando os direitos fundamentais à condição de fundamento normativo de todo o sistema jurídico. Sob o referencial constitucional, a Carta Alemã de Weimar de 1919 foi considerada o ponto de partida para a trajetória que determinaria o significado contemporâneo dos direitos sociais.²¹

Derrotados na Primeira Guerra Mundial e também isolados economicamente em virtude das sanções impostas no Tratado de Versalhes pelas nações vencedoras, esse cenário desencadeava um grande sentimento de insatisfação popular além de estarem com o orgulho nacional ferido.

Com a sublevação das massas na porta, medidas a serem tomadas eram necessárias e urgentes. Assim surge a *Weimarer Reichsverfassung*, cobrindo inúmero catálogo de direitos sociais.

O Brasil sentiu esse reflexo, pois, na década de 1930, surgiram as primeiras regulações de proteção aos trabalhadores – Consolidação das Leis do Trabalho, bem como a criação da Justiça do Trabalho.

²⁰ A Revolução Russa foi também conhecida por Revolução Bolchevique de outubro de 1917, e manifestava-se também como insurgência contra os czares. Foi evento de grande importância para a história do século XX, bem como foi fundamental a Revolução Francesa para o século XIX. Manifestação sobre o assunto verificar na obra de HOBBSAWM, Eric. **A era dos extremos: o breve século XX**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 62.

²¹ Na Carta Constitucional de Weimar – assim nominada em razão da absoluta impossibilidade de reunir o Poder Constituinte na capital, Berlim –, os direitos fundamentais sociais foram elencados na Parte II - Direitos e Deveres Fundamentais dos Alemães. Era composta de cinco seções: “A Pessoa Individual”, “A Vida Social”, “Religião e Ordens Religiosas”, “Educação e Ensino” e “A Vida Econômica”. Também nela estava inserido o famoso artigo 153, bastante lembrado em qualquer análise histórica da função social da propriedade: “A propriedade acarreta obrigações. Seu uso deve visar o interesse geral”.

No âmbito jurídico, a segunda geração dos direitos fundamentais viabiliza as expectativas exercidas contra o Poder Público, que almejava medidas mais efetivas e concretas, na busca da igualdade social, haja vista a substancial ampliação das responsabilidades. No Estado Social, é função da teoria dos direitos fundamentais ir além, uma vez que entre a liberdade jurídica e a liberdade real existe um fosso a ser preenchido, para assegurar verdadeiramente a garantia jurídica de liberdade, que até então não era suficiente para assegurar a liberdade real de todos.

As últimas barreiras à consolidação definitiva de um Estado de cunho prestacional, não apenas omissivo – os regimes totalitários da Itália (fascismo) e Alemanha (nacional-socialismo) – ruíram junto com os escombros de uma Europa arrasada pelo maior conflito bélico de toda a história²². Segundo Jorge Miranda, “podem ser apontadas como características comuns aos fascismos mussoliniano e hitleriano as seguintes: a) como inspiração filosófica, Hegel e Nietzsche; b) como índole geral, o sentido romântico, muito concreto e avesso ao racionalismo, a admissão e a exaltação da força, a ordem como um valor em si, o transpersonalismo, o culto do chefe (levando ao *Führerprinzip*); c) como manifestações políticas, o governo da minoria (justificado pelo carácter ou pela pureza racial), a ditadura ideológica e o partido de massas elevado a partido único”.

Hitler e seus exércitos horrorizaram o mundo e, em consequência, houve a necessidade de ir além do juspositivismo dominante e rever o direito dos valores, notadamente a primazia da dignidade da pessoa humana.

Ao Estado não mais se ajusta a carapuça de Leviatã, pois a ampliação de seu campo de atuação já não mais é sinônimo de iniquidade e supressão dos direitos; muito ao contrário, ela passa a ser necessária para concretizá-los, retificando as abissais diferenças dentro da malha social. Daí que, na Era moderna, “assiste-se a um crescimento ‘horizontal’ do Estado, quer ao nível das

²² MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 130-131.

tarefas que este passou a desempenhar, quer ao nível dos meios utilizados para sua utilização”.²³

A propulsora da grande discussão doutrinária, instaurada na segunda metade do século XX, sobre os fundamentos do novo Direito Constitucional, mais uma vez, era a doutrina alemã. Os direitos do homem voltavam a ostentar o prestígio que desde as revoluções liberais não lhes era conferido.

O massacre de milhares de judeus no holocausto teve o condão de provocar a indignação mundial pela proteção dos direitos fundamentais.²⁴ Aos direitos fundamentais, por fim, seria reconhecida a condição de alicerces da ordem constitucional no Estado Social. O ápice desse entendimento aconteceu com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 10 de dezembro de 1948, proclamada pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas. A Carta da ONU tornou irreversível o reconhecimento internacional dos direitos fundamentais.

Foram necessários dez anos, após a Declaração Universal, para que uma Corte de Justiça, por fim, se pronunciasse, no campo jurisprudencial, sobre a nova dimensão dos direitos fundamentais. Esse privilégio foi do Tribunal Constitucional Federal alemão, uma vez que, em 1958, julgou o “Caso Lüth”, considerado como o grande “divisor de águas” sobre o assunto.

Foi desde esse precedente que a dogmática dos direitos fundamentais introduziu conceitos como “ordem objetiva de valores”, “dimensão objetiva” e “força irradiante”. O sistema de direitos não pode mais ser garantido na base tradicional de uma sociedade econômica liberada, que cresce de maneira espontânea por meio das decisões particulares autônomas privadas, mas, ao contrário, ser efetivado por intermédio das ações de um Estado que se porta de

²³ SILVA, Vasco Manuel Dias Pereira da. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. **Revista de Direito Público**, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº. 82, p. 43,1987.

²⁴ “[...] em momentos de luta revolucionária ou de grande mutação política e precedendo a estabilização orgânico-constitucional, têm sido proclamadas Declarações ou Cartas, definidoras dos grandes princípios e objetivos dos novos regimes e em que avultam implicações no domínio dos direitos fundamentais. Assim, a Declaração de Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, soviética, de 1918; a Carta do Trabalho, italiana, de 1927; em Espanha, o Foro do Trabalho e o Foro dos Espanhóis, de 1938 e 1945, respectivamente; ou a Carta Nacional Argelina de 1976”. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2ª. ed. Coimbra: Coimbra, 1993. t. IV. p.110-111.

conformidade com as exigências e necessidades da coletividade, preparando infra-estruturas, afastando perigos, regulando, possibilitando e, conseqüentemente, compensando.

O postulado da primazia da dignidade da pessoa humana previu a chegada de um novo referencial jurídico, nas relações entre indivíduos e o Poder Público: na função protetora dos direitos fundamentais foram acrescentadas as obrigações devidas por um Estado que tem caráter promocional. A integração dos direitos sociais nos textos constitucionais de vários países é uma característica do constitucionalismo recente.

Desse modo, o direito a ações positivas por parte do Estado pode significar tanto a exigência de uma ação normativa como fática, pois a eventual inexistência de norma jurídica não mais pode impedir o cidadão de exigir providências para a efetiva garantia de um direito fundamental ameaçado.

2.3 Estado contemporâneo e a crise do Direito

O esfacelamento da União Soviética no final do século XX concretizou os Estados Unidos como sendo a única superpotência. Com o fim da “guerra fria”, bem como a suposta vitória do capitalismo sobre o socialismo acenaram com a consolidação de nova ordem internacional, desta feita, capitaneada pela ideologia mercantilista.

Diante dessa situação, que ainda perdura, a característica mais decisiva foi o estabelecimento de base sólida do poder de organizações de natureza privada, nomeadamente as grandes multinacionais.

Tudo é feito para remover as barreiras, no sentido de dar suporte e celeridade à internacionalização do mercado e atendimento aos interesses financeiros, em detrimento, dos direitos fundamentais, negligenciados em nome do desenvolvimento econômico, especialmente nas questões ambientais.

A Modernidade não atingiu seus objetivos, uma vez que não conseguiu acabar, nem muito menos diminuir os problemas que realmente afligiam a humanidade. Já a Era pós-moderna, que alguns costumam definir como o

colapso do Estado Social,²⁵ vê novas e contundentes ameaças erguerem-se contra a afirmação dos direitos fundamentais entre particulares, descê da razão e objetiva desconstruir as principais categorias conceituais da Modernidade, como as idéias de sujeito, progresso, verdade e justiça.

No lugar de abandonar o ideal da Modernidade, e adentrar o que seria a pós-Modernidade, deve-se, no entanto, aperfeiçoá-lo, em particular nas sociedades periféricas e subdesenvolvidas como o Brasil, que ainda passam por carências já superadas por países desenvolvidos. Vale ressaltar que ativo deve ser o desempenho estatal na promoção e concretização efetiva dos valores constitucionalmente objetivados.

A grande problemática política que afetava e afeta a humanidade não é como multiplicar a riqueza das nações, mas como distribuí-la de forma a beneficiar a maior parte dela. As leis do mercado podem conviver harmoniosamente com o Estado, complementando-se. Os princípios de liberdade, eqüidade e eficiência devem ser mecanismos de viabilização e solução para a sociedade.

No Brasil, a política econômica adotada ao longo na última década e advinda da década de 1990 pautou-se na submissão às regras impostas pelo capital financeiro internacional, como o FMI e o Banco Mundial. Neste processo, a capacidade estatal de impor-se como referência para a sociedade foi se perdendo, ao tempo em que os grupos de pressão se expandiram, ganharam espaço.

Concepções há muito consideradas velhas e ultrapassadas ressurgem, dando sustentação ao atrofimento do Estado. A idéia de um modelo ideal para o atendimento das necessidades da sociedade, onde Estado e mercado pudessem conviver harmoniosamente, pode não ter sido suficientemente eficaz. A realidade nos apresenta de outra maneira a miséria em ascendência, se alastrando pelos mais diversos segmentos da sociedade e atingindo cada vez

²⁵ O conceito de pós-Modernidade é muito controverso, pois, de acordo com a intenção de valorização ou de crítica, pode haver divergência e significados totalmente díspares. A expressão pós-moderno, "a um só tempo, tudo e nada pode significar", como bem se refere Grau, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**, São Paulo: Malheiros, 1996, p.68.

mais a pessoa, bem como a riqueza cada vez maior concentrada numa parcela mínima.

As informações se propagam atualmente numa velocidade surpreendente. A era da “internet” nos proporciona a constatação freqüente com que os direitos fundamentais são violados. Necessário é ter cuidado com as declarações de direitos e seus textos tão propagados.

Organizações como a *Amnesty International* noticiam que agressões maciças aos direitos humanos, como prisões arbitrárias, torturas, condenações à morte e outras formas cruéis de punição, opressão de dissidentes políticos, discriminação de minorias, limpezas étnicas, tratamento desumano de refugiados, racismo e sexismo, exclusão social e miséria, continuam ocorrendo em todos os continentes. Levando-se em conta toda essa realidade, é plausível acreditar que, com algumas exceções, é claro, o apoio aos direitos humanos não passe de retórica vazia.

A ONU - Organização das Nações Unidas não exerce seu papel na proteção dos direitos humanos, uma vez que presencia inerte os massacres étnicos que têm acontecido na África, além de comportamento idêntico diante das inúmeras operações bélicas sob a batuta dos Estados Unidos da América em diversos países. Esses fatos causam de certa maneira uma surpresa, pois esse país tem tradição na proteção das liberdades civis.

Em nome da proteção ao cidadão e ao combate ao terrorismo, o governo ianque viola um catálogo infindável de direitos individuais, antes havidos como intocáveis.

Com a mesma idéia de combate ao terrorismo em 2001, a Câmara dos Lordes inglesa aprovou uma lei. Referido diploma, além de outros ferimentos aos direitos fundamentais, tinha o condão de autorizar a detenção sem prazo determinado para estrangeiros suspeitos de terrorismo, a exemplo do que já ocorre em Guantânamo.

Um dos magistrados que veio a público contra a norma, Lorde Hoffmann, chegou a afirmar que “a verdadeira ameaça para a vida desta nação, entendida

como um povo que vive de acordo com suas tradições e seus valores políticos, não vem do terrorismo, mas sim de leis como esta”.²⁶

Não só nos Estados Unidos e na Inglaterra, porém, acontecem desrespeito e violação dos direitos individuais. Na Alemanha, uma lei foi editada contendo intervenções ilegais na vida privada, mesmo que cometendo agressão aos princípios da legalidade e da proporcionalidade, ao admitir como meios legais de prova gravações de conversas no âmbito mais estrito da vida íntima, mas, em 3 de março 2004, o Tribunal Constitucional Federal a declarou inconstitucional.

Nessa nova era, o Estado, mais do que nunca, tem que ter forte atuação para que o sistema econômico realmente venha funcionar de maneira a ser um mecanismo eficiente de mudança do perfil da sociedade, diminuindo assim as iniquidades sociais que caminham a passos largos. Essa atuação deve acontecer na esfera dos poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, pois seria insuficiente a ação de juízes e tribunais para garantir a efetivação dos direitos fundamentais, bem como indispensável política de direitos fundamentais.

O ponto de partida para o reconhecimento de uma eficácia dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas é a constatação de que, ao contrário do Estado clássico e liberal de Direito, no qual os direitos fundamentais, na condição de direitos de defesa, tinham por escopo proteger o indivíduo de interferências dos poderes públicos no seu âmbito pessoal e em decorrência da recomendável separação entre Estado e sociedade, entre o público e o privado, os direitos fundamentais atingiam significado somente nas relações entre os indivíduos e o Estado, no Estado Social de Direito não apenas o Estado alargou suas atividades e funções, bem como a sociedade tem uma participação cada vez mais ativa no exercício do poder. Dessa forma, liberdade individual não só necessita de proteção contra os poderes públicos, bem como contra os mais fortes no âmbito da sociedade, pois é nesta área que as liberdades estão efetivamente ameaçadas.

²⁶ CONDE, Francisco Muñoz. **As reformas da parte especial do direito penal espanhol em 2003:** da “tolerância zero” ao “direito penal do inimigo”. Disponível em: <<http://www.pgj.ma.gov.br/ampem/artigos/artigos2005/TRADU%C3%87%C3%83O%20ARTIGO%20MU%C3%91OZ%20CONDE.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2008.

Assim, procuramos desvelar o percurso evolutivo dos direitos fundamentais, a partir de sua origem até a contemporaneidade. O assunto sobre a eficácia horizontal resulta deste desenvolvimento. Vale ainda ressaltar que há quem continue optando pela negação da irradiação dos direitos fundamentais nas relações privadas. Adiante, passaremos a discorrer sobre o modo como os direitos fundamentais incidem sobre as relações privadas, inclusive as correntes doutrinárias que dão suporte a essas formulações teóricas.

3. AS ELABORAÇÕES TEÓRICAS SOBRE VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 Negação dos efeitos entre privados dos direitos fundamentais

Apesar de a irradiação dos direitos fundamentais ao espaço jurídico privado, atualmente, ser assunto pouco causador de polêmica doutrinal, ainda existem posições contrárias.

A posituação constitucional da eficácia de normas na relação entre particulares é ainda muito reduzida, pois poucos foram os textos que a acolheram de forma expressa.²⁷

A Constituição de Portugal de 1976 expressa, no art. 18, 1, que “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”. Na Suíça, o novel Texto Magno que entrou em vigor no início do ano 2000 estabelece, no art. 35.5, que “as autoridades públicas devem cuidar para que os direitos fundamentais, na medida em que sejam aptos para tanto, tenham eficácia também nas relações entre privados”.

²⁷ Nenhum texto constitucional foi tão original quanto a Constituição da África do Sul, aprovado em 1996. No Capítulo 2 (Bill of Rights), Seção 8 (aplicação), a Constituição daquela nação dispõe expressamente sobre a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais:

1. The Bill of Rights applies to all law, and binds the legislature, the executive, the judiciary and all organs of state.

2. A provision of the Bill of Rights binds a natural or a juristic person if, and to the extent that, it is applicable, taking into account the nature of the right and the nature of any duty imposed by the right.

3. When applying a provision of the Bill of Rights to a natural or juristic person in terms of subsection (2), a court.

a. in order to give effect to a right in the Bill, must apply, or if necessary develop, the common law to the extent that legislation does not give effect to that right; and

b. may develop rules of the common law to limit the right, provided that the limitation is in accordance with section 36(1).

4. A juristic person is entitled to the rights in the Bill of Rights to the extent required by the nature of the rights and the nature of that juristic person.

3.2 Teorias que negam a eficácia entre particulares dos direitos fundamentais

Imediatamente após o surgimento, na Alemanha, da Teoria da “Eficácia Horizontal” dos Direitos Fundamentais (*Drittwirkung der Grundrechte*), não foram poucos os que se manifestaram contrariamente. Um dos argumentos apresentados foi a necessidade de preservação da liberdade de decisão e a autonomia dos indivíduos nas relações com seus semelhantes, igualmente sujeitos privados, assim como os riscos que essa doutrina acarreta para a liberdade contratual e a segurança jurídica.²⁸ A idéia de sustentar a negação ocorreu como um temor de que a *Drittwirkung* poderia minar, chegando até a destruir todo o sistema civil, que havia sido erigido com sustentação na autonomia privada.

De conformidade com essa teoria, a norma constitucional apenas garante a liberdade se tomar a forma de lei, a partir de que sua análise só é possível sob as regras tradicionais de hermenêutica. A autonomia privada representa um dos componentes principais da liberdade, vista pelo pensamento jurídico-político moderno.²⁹ A *Drittwirkung* alçaria os direitos fundamentais a uma nova dimensão lógica como “sistema de valores”, acarretando a inviabilização da sua adequada interpretação, o que seria um verdadeiro desastre para o Princípio da Segurança Jurídica. Ressalte-se, ainda, que o art. 1.3 da Constituição germânica determina de modo expresso a vinculação dos poderes públicos apenas aos direitos fundamentais.³⁰

A Suíça, em sua doutrina, também demonstra aversão à aplicação dos direitos fundamentais em relações entre particulares. Na jurisprudência, importante foi o precedente firmado pelo Tribunal Federal, no caso *Seeling*, apreciado pela Corte em 2 de fevereiro de 1954, em que se decidiu pela supremacia da liberdade contratual ante o direito fundamental à liberdade de

²⁸ 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. 283.

²⁹ Essa autonomia significa o poder do sujeito de auto-regulamentar os interesses, de autogoverno de sua esfera jurídica.

³⁰ No texto da Constituição de Bonn, apenas um direito fundamental com eficácia horizontal de forma expressa, que é a liberdade de associação sindical, prevista no art. 9.3, que tem de ser acolhida pelos empregadores privados.

expressão. O caso *sub judice* se referia à proibição feita pelos donos de uma sala de cinema a jornalista e crítico de cinema. Ficava o referido jornalista proibido de ingressar na referida sala de cinema, uma vez que este havia feito críticas à programação do citado estabelecimento. O Tribunal Federal Suíço repeliu terminantemente a aplicação de direitos fundamentais ao caso, fundamentado em que eles não regem relações entre particulares.

Adiante seguem os principais argumentos contrários à eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre privados:

1. La Drittwirkung va en contra de la tradición histórica y el concepto de los derechos fundamentales.

2. La admisión de la eficacia frente a particulares debe estar supeditada a su reconocimiento expreso por el texto constitucional.

3. La Drittwirkung anula la autonomía privada, y terminaría por destruir el derecho privado, al hacerlo por completo innecesario pues los jueces podrían basar sus decisiones directamente en el texto constitucional prescindiendo de las prescripciones legales existentes.

4. Por último, se acusa a esta doctrina de retirar importantes ámbitos de la configuración social de las manos del legislador democrático, cuya libertad de configuración resulta restringida a causa de la interpretación extensiva de la Constitución, trasladándolos a los tribunales, donde por igual se sustraerían tanto del debate liberal como de la corrección democrática. De este modo se acabaría en un 'Estado Judicial'.³¹

A idéia principal desses direitos foi concebida como forma de assegurar garantias contra o arbítrio e despotismo estatal, ou seja, tinha exclusivamente como escopo direitos de defesa diante do Estado. Esses direitos fundamentais, no entanto, têm papel principal no processo histórico-evolutivo, e vão se alargando de acordo com as mudanças freqüentes pela quais a sociedade passa.

³¹ ESTRADA, Alexei Julio, **La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000. p. 98-99.

Há quem afirme ser necessário estar expresso no Texto Constitucional para que exista eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, ao que há veemente oposição, pois o que consta do teor da Constituição Brasileira, no seu art. 5º, § 1º, uma vez que esse dispositivo rechaça possíveis dúvidas sobre o assunto. Há uma vinculação íntima estabelecida entre o Estado e seus poderes aos direitos fundamentais, relação essa que dá sustentação ao que se considera como “fundamento normativo do efeito horizontal”.³²

3.2.1 Teoria da “convergência estatista”

A Teoria da Convergência Estatista é fundamentada na idéia de que qualquer agressão a direito fundamental, mesmo que em relações jurídico-privadas, deverá ser sempre atribuída ao Estado, uma vez que, se o Estado não evita as transgressões ocorridas no seio da sociedade, de forma silente as permite, sendo, portanto, responsável.³³

Jürgen Schwabe, na sua dogmática, assevera que o próprio exercício da autonomia da vontade pelos particulares resulta da permissão do Estado. Por essa razão, as violações aos direitos fundamentais praticadas por particulares devem ser sempre atribuídas ao Poder Público, pois em ocasiões como essas falha o Estado em seu papel de proteger os direitos fundamentais.

Se a esfera jurídica de uma pessoa é limitada pela demarcação da esfera jurídica do outro, os conflitos entre particulares, que lesam direito fundamental, acontecem exatamente no momento em que o direito de defesa concedido pelo Estado não oferece a proteção apropriada. A razão é que, nessas condições, “o direito privado que permite esta violação é um direito produzido pelo legislador, e o juiz que o aplica na situação litigiosa atua em decorrência da soberania estatal”.³⁴

³² MARTINS, Leonardo; DIMOULIS, Dimitri. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 111..

³³ Esta é a posição firmada por Jürgen Schwabe, a que Paulo Mota Pinto nominou teoria da “convergência estatista” na obra **Teoria geral do direito civil**. 3ª. ed. Coimbra: Coimbra, 1958. p. 133.

³⁴ ESTRADA, Alexei Julio, **La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000. p. 132.

Dessa maneira, entende-se que é inútil estabelecer diferença entre Direito público e Direito privado, uma vez que toda lesão a direito fundamental pode ser conduzida ao Estado. Jürgen Schwabe se mantém, portanto, fiel à tradicional percepção em relação aos direitos fundamentais como sendo direitos públicos subjetivos, unicamente oponíveis aos poderes públicos.³⁵

O Estado, ao regular as relações privadas por meio do ordenamento jurídico, a atividade judicial e a intervenção executiva, participa na lesão do posicionamento jurídico jusfundamental; em consequência, se não proíbe especificamente aquelas condutas privadas que podem causar possível afetação dos bens jusfundamentais, não omite seu dever de proteção, sem que simplesmente negue a efetividade do direito fundamental afetado como direito de defesa. Por isso, o problema de proteção ante os particulares se converte em um problema de defesa diante de intervenções realizadas pelos particulares, mas, em última instância, imputáveis ao Estado.³⁶

Mesmo a liberdade contratual não é senão uma manifestação do poder do Estado, pois expressa a doutrina da convergência estatista. Isto se explica, uma vez que todo e qualquer contrato crava suas raízes em uma norma do Direito positivo.

A Teoria da Convergência Estatista, de certa forma, compactua com as mesmas idéias que dão suporte à doutrina ianque da *state action*, assim defendem alguns autores.

3.2.2 State action doctrine

A *State Action* foi desenvolvida pela Suprema Corte dos Estados Unidos e é considerada uma das mais originais elaborações teóricas sobre a aplicação dos direitos fundamentais em relações privadas.

³⁵ CRUZ, Rafael Naranjo de La, **Los limites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares**: la buena fe. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000. p. 182.

³⁶ ESTRADA, Alexei Julio, **La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000. p. 133.

A Constituição Federal dos Estados Unidos de 1787 assegura e privilegia a ideologia liberal, marcadamente no que tange às liberdades individuais. O pensamento da direção única dos direitos fundamentais permanece estável no espírito o povo estadunidense, uma vez que percebem existir somente um destinatário, o Estado. Havendo apenas uma exceção, quando a conduta do particular se equiparar, pelo menos em um determinado patamar, a uma “ação estatal”, é que se tornará suscetível de sindicalização à luz dos princípios constitucionais catalogados no Bill of Rights.

No sistema estadunidense, a autonomia privada desfrutou sempre de absoluto *status* na hierarquia jurídico-axiológica. Nos Estados Unidos, é considerada quase uma máxima do Direito Constitucional a idéia de que os direitos fundamentais, previstos no Catálogo de Direitos (Bill of Rights), obrigam limitações apenas para os Poderes Públicos, não atribuindo aos particulares direitos diante de outros particulares, com exceção apenas da 13^a Emenda, que proibiu a escravidão.³⁷

É notório que, nos Estados Unidos, acatar os valores jusfundamentais como mecanismo com capacidade de operar livremente no âmbito jurídico privado é algo ainda inimaginável.

As bases ideológicas firmadas desde as guerras de independência foram de suma importância para que sua sociedade se organizasse em torno de um ideal de confinamento do arbítrio governamental, onde a filosofia de transformação social pela igualdade jamais encontrou espaço para prosperar. Por isso assinala Fioravanti, não sem razão, que a obra dos revolucionários resultou numa Constituição “que es más lugar de competición entre los individuos y las fuerzas sociales y políticas que proyecto común para el futuro”.³⁸

Não se pode falar em uma “teoria geral de direitos fundamentais” nos Estados Unidos sem que isto pareça estranho. A razão disso é a mentalidade

³⁷ SARMENTO, Daniel, **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2^a. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 189.

³⁸ FIORAVANTI, Maurizio **Los derechos fundamentales**: apuntes de historia de las constituciones. Madrid: Trotta, 1996. p. 94.

casuístico-pragmática anglo-saxônica, que atende ao caso concreto e que só muito limitadamente admite abstrações e generalizações como as que são próprias entre nós: o Direito consuetudinário parte de um método casuístico, em que o verdadeiro Direito vem constituído por normas desenvolvidas para um caso determinado ou para grupos determinados de casos e, na regra jurídica específica, precede o princípio abstrato. Além disso, o fato de que toda a ‘Parte Geral’ pressupõe ‘um grau relativamente elevado de sistematização e coerência interna que é alheio ao pensamento jurídico estadunidense. Como havia dito a Corte Suprema, ‘generalizations do not decide concrete cases’ e é por isso que não se pode encontrar demasiadas generalizações na doutrina nem na jurisprudência dali, pois isso é algo inteiramente alheio a sua própria mentalidade jurídica.³⁹

Assim, é nesse ambiente único que, ajustados liberalismo, realismo jurídico e direito fundamental, a Suprema Corte dos Estados Unidos produz a Teoria da *State Action*, palco adequado para o desenvolvimento das doutrinas de índole constitucional.

Com os precedentes estabelecidos no final do século XIX, a Suprema Corte dos Estados Unidos delineou os contornos da Teoria da *State Action*, onde os direitos fundamentais profetizados no Texto Constitucional só produzem efeitos nas relações jurídico-privadas se for levado em conta o fato de que alguma das partes está no desempenho, mesmo que parcialmente, de uma “ação estatal”.

Os tribunais do País devem analisar a totalidade dos fatos e circunstâncias que envolvem o caso para decidir. Assim é a lição de John Nowak e Ronald Rotunda:

1) whether the harm caused to the victim was somehow traceable to the private actor using a right granted to him by state law; 2) whether the connection of the government do the private actor, and the harm caused by the private actor,

³⁹ CAMAZANO, Joaquin Jorge. Algunos aspectos de teoría general constitucional sobre los derechos fundamentales en los EEUU. **Direito Público**, São Paulo: Síntese, nº. 11, p. 57, jan./fev./mar. 2006.

is such that it is fair to subject the private actor's actions to constitutional restrictions.⁴⁰

A Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade do Civil Rights Act de 1875, que combatia a discriminação racial em lugares públicos, como hotéis, restaurantes, teatros, meios de transporte, tendo como fundamento a 14ª Emenda. Importava isso, conseqüências penais e civis contra particulares que praticassem atos discriminatórios.⁴¹ Dessa maneira, foi excluído do Congresso a possibilidade de decidir sobre as questões constitucionais que limitassem a autonomia privada – mesmo levando-se em consideração o nobre propósito de combater o preconceito em todas as suas manifestações.

O episódio de mais relevância de aplicação da *State Action Doctrine* foi o caso *Marsh v. Alabama* julgado em 1946. G. Marsh, testemunha de Jeová, foi presa em Chickasaw, subúrbio da cidade de Mobile, Alabama – cidade privada (*company-owned town*) gerenciada pela Gulf Shipbuilding Co. –, por distribuir literatura religiosa, apesar de ter sido expressamente proibida pelos administradores da empresa que detinham a propriedade da área onde estava inserida a “vila operária”.⁴² O juiz entendeu que, no caso as liberdades de expressão e pensamento, foram violadas, dizendo que as garantias constitucionais devem ter prioridade quando comparadas ao direito de propriedade.⁴³

⁴⁰ NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. **Constitutional law**. 5ª. ed. St. Paul: West Publishing, 1995. p. 472-474.

⁴¹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.), op. cit., 2006. p. 171. A Suprema Corte decidiu que “invasão individual de direitos civis não é matéria concernente à emenda”.

⁴² Havia sido afixado em vários locais da private town um aviso com os dizeres: “This Is Private Property, and Without Written Permission, No Street, or House Vendor, Agent or Solicitation of Any Kind Will Be Permitted”. Mesmo assim, Marsh recusou-se a calar, e acabou encarcerada pelo xerife local. Levada a julgamento, em sua defesa invocou a proteção das Emendas Primeira e Décima-Quarta – em vão. O Tribunal estadual a condenou, ao fundamento de que cometera crime por permanecer em terras de outro depois de advertida expressamente para se retirar (trespass). A Corte Recursal do Alabama reafirmou a condenação.

⁴³ Uma completa e detalhada síntese do julgamento encontra-se em ESTADOS UNIDOS. SupremeCourtus.Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=CASE&court=US&vol=326&page=501>>. Acesso em: 22 julho. 2008. O voto vencedor na íntegra: When we balance the Constitutional rights of owners of property against those of the people to enjoy freedom of press and religion, as we must here, we remain mindful of the fact that the latter occupy a preferred position. As we have stated before, the right to exercise the liberties safeguarded by the First Amendment 'lies at the foundation of free government by free men' and we must in all cases

Outro decisório de grande importância versou sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais previstos na Constituição. Relaciona-se aos casos em que há possibilidade de estabelecimento de conexão entre a conduta do ente privado e alguma entidade governamental. O caso *Shelley v. Kraemer* constituiu relevante exemplo.⁴⁴ Em 1945, a família Shelley, toda composta por pessoas negras, comprou um imóvel residencial em Saint Louis, Estado do Missouri.

À época da compra, não atentaram para a cláusula restritiva que impedia a aquisição por pessoas integrantes de minorias raciais. Insurgiram-se alguns dos vizinhos que ajuizaram uma ação contra a família para que a cláusula de vedação de alienação tivesse eficácia, no sentido de que a família não ocupasse o imóvel.

O caso alcançou a Suprema Corte. A nova decisão, fundamentada no argumento de que o caso era de ferimento à cláusula de igualdade inserida na 14ª Emenda; reconhecendo assim a presença de *State Action* no caso, indeferindo o processo.

A crítica à doutrina da *State Action* pondera sobre as conclusões díspares a que chega, uma vez que carecem de coerência dogmática. Sheila Kennedy assevera que os tribunais, quando conferem a presença da ação de Estado, inclinam-se a usar critérios de julgamento em razão da natureza do Direito constitucional comprometido. “Tem sido mais fácil para a Suprema Corte identificar a “ação de Estado”, nos casos envolvendo discriminação racial ou pretensas violações à liberdade religiosa protegida pela 1ª Emenda”, explica.⁴⁵

'weigh the circumstances and appraise ... the reasons ... in support of the regulation of (those) rights.' In our view the circumstance that the property rights to the premises where the deprivation of liberty, here involved, took place, were held by others than the public, is not sufficient to justify the State's permitting a corporation to govern a community of citizens so as to restrict their fundamental liberties and the enforcement of such restraint by the application of a State statute. Insofar as the State has attempted to impose criminal punishment on appellant for undertaking to distribute religious literature in a company town, its action cannot stand.

⁴⁴ ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. 334 U.S. 1 (1948). Disponível em: <<http://www.supremecourt.us.gov>>. Acesso em: 23 mar. 2008.

⁴⁵ KENNEDY, Sheila. **When Is Private Public?** State Action in the era of privatization and public-private partnerships. Disponível em: <<http://sheilakennedy.net/content/view/577/29/#ftn7>>. Acesso em: 15 de maio de 2008.

Outro que se manifesta sobre a desordem jurisprudencial é Virgílio Afonso da Silva, quando afirma que, embora não se discuta que a haste de sustentação do constitucionalismo dos EUA seja a aplicação dos direitos fundamentais somente quanto envolvem as relações Estado-particulares, a “construção jurisprudencial da *State Action* tem por objetivo justamente romper com essa limitação e, para alcançar esse objetivo, tenta definir – ainda que de forma assistemática e casuística – quando uma ação privada é equiparável a uma ação pública”.⁴⁶

Quem bem contestou os pilares da *Doutrine State Action* foi Erwin Chemerinsky. Em 1980, esse nacional publicou um polêmico artigo intitulado *Rethinking State Action*, segundo o qual a *Doutrine State Action* está edificada sobre dois fundamentos: o primeiro é proteger a liberdade individual, definindo um espaço de conduta privada que não tem de ser adequada à Constituição. Sob esse aspecto, diz Chemerinsky, que cada vez que se reconhece a liberdade de alguém para violar um direito fundamental de terceiro, ocorre uma restrição ao direito desta vítima. O segundo aspecto é garantir a autonomia dos Estados, preservando sua competência para regular o comportamento privado. Em relação à autonomia dos Estados, afirma que esta autonomia tem limite na Constituição do seu País – os EEUU - e por essa razão não pode ser invocada contra ela. Em resumo, para Chemerinsky, a *Doutrine State Action* deve ser totalmente eliminada, devendo ser substituída por um modelo de ponderação. Assim, diante de cada caso em particular, os tribunais verificariam o que seria mais importante proteger, se a liberdade individual do agente privado ou os direitos da suposta vítima do seu ato.

3.3 Teoria da Eficácia Indireta ou Mediata (*Mittelbare Drittwirkung*)

Foi o alemão Günther Dürig que, em obra datada de 1956, desenvolveu na doutrina alemã a teoria da eficácia horizontal mediata ou indireta dos direitos fundamentais.⁴⁷ Para a Teoria da Eficácia Mediata, os direitos fundamentais não

⁴⁶ SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 100.

⁴⁷ A Obra de Günther Dürig com o título “Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais”, tornou-se a concepção dominante no Direito germânico, sendo hoje adotada pela maioria dos juristas daquele País e pela Corte Constitucional.

adentram o contexto privado como direitos subjetivos, que possam ser invocados a partir da Constituição. Isso significa dizer que a eficácia desses direitos entre agentes particulares não seria retirada de forma direta da Constituição, mas representada pelas cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados, aplicados pelos juízes.

3.3.1 Delineamentos dogmáticos

A Teoria da Eficácia Indireta se prende também à idéia dos direitos fundamentais como direitos públicos subjetivos, sendo passível de oposição somente ante o Poder Público. Vale ressaltar que, além disso, protege com ardor a autonomia privada, que é considerada como o mecanismo propulsor do Direito privado.⁴⁸

Julio Estrada assevera que a elaboração teórica da eficácia indireta ou imediata revela a preocupação de manter a distinção do modo de tutela dos direitos e liberdades no campo juspublicista, como direitos de defesa, de sua influência no Direito privado, negando-lhes neste último a mesma força operativa imediata que os caracteriza nas relações entre particulares e poderes públicos. Deste modo a aplicabilidade dos preceitos jusfundamentais nas relações de Direito privado estaria sempre ligada a uma atividade dos poderes públicos: a jurisdicional, sendo tarefa dos juízes introduzir os valores que eles expressam no âmbito jurídico privado por meio das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos, capazes e necessitados de ser preenchidos valorativamente.⁴⁹

Submetido ao âmbito da eficácia indireta, o sistema constitucional de valores que o catálogo de direitos fundamentais retrata é modelo a ser seguido

⁴⁸ CRUZ, Rafael Naranjo de la, **Los limites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares**: la buena fe. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000. p. 173.

⁴⁹ Transcrição original do pensamento de Estrada, Alexei Julio: “revela la preocupación de mantener la distinción del modo de la tutela de los derechos y libertades en el campo juspublicista, como derechos de defensa, de su influencia en el derecho privado, negándoles en este último la misma fuerza operativa imediata que los caracteriza en las relaciones entre particular y poderes públicos. De este modo la aplicabilidad de los preceptos jusfundamentales en las relaciones de derecho privado estaría siempre ligada a una actividad de los poderes públicos: la jurisdicional, siendo tarea de los jueces introducir los valores que ellos expresan en el ámbito jurídico privado, a través de las cláusulas generales y los conceptos jurídicos capaces y necesitados de ser colmados valorativamente.” ESTRADA, Alexei Julio. **La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000. p. 115.

pelo legislador, bem como pelo aplicador do direito, notadamente sob o ponto de vista da dignidade da pessoa humana.⁵⁰

Apesar de, em Portugal, o Tribunal Constitucional ainda não haver se manifestado sobre o sentido da eficácia dos direitos, liberdades e garantias nas relações jurídicas privadas,⁵¹ José Joaquim Gomes Canotilho acata a eficácia horizontal pela mediação do legislador de Direito privado, ressaltando que este se vincula necessariamente aos direitos fundamentais quando edita novas normas jurídico-privadas. O legislador também deve lançar mão, na sua atividade legiferante, do Princípio da Igualdade, a fim de que “a lei, ao regulamentar normativamente relações jurídicas privadas, não pode nem deve estabelecer regimes jurídicos discriminatórios, a não ser que haja fundamento material para um tratamento desigual”.⁵²

Informa Vieira de Andrade que, na doutrina portuguesa, os posicionamentos que defendem a teoria da eficácia indireta têm como objetivo defender um âmbito de liberdade para os particulares e intitulou como um “intervencionismo asfixiante ou um igualitarismo extremo”, o que atingiu a autonomia privada, o livre desenvolvimento da personalidade, a liberdade negocial.⁵³

Outro que expressa preocupação com os prejuízos que a impetuosidade dos direitos fundamentais pode causar na seara privada é Konrad Hesse, sempre ardoroso defensor da Teoria da Eficácia Indireta ou Mediata (*Mittelbare Drittwirkung*), Assevera ele que, nas lides entre particulares, ambos são titulares de direitos fundamentais, uma vez que compete ao Direito civil, ante a colisão

⁵⁰ SARMENTO, Daniel, **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 198.

⁵¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1292.

⁵² CANOTILHO, J. J. Gomes, **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1291.

⁵³ ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3ª. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 261.

desses direitos, a tarefa de definir autonomamente a forma e o grau com que ocorrerá a influência desses direitos, por meio da moderação do equilíbrio.⁵⁴

A eficácia direta pode encaminhar a conflitos entre o Legislativo e Judiciário, uma vez atribui aos aplicadores do Direito âmbito de decisão consideravelmente amplo, possibilitando uma usurpação das competências privativas dos órgãos legislativos.

Não há dúvidas de que tem os juízes a obrigação de garantir o maior grau de eficácia possível aos direitos fundamentais em seus julgados, bem como devem resguardá-los de todas as ameaças possíveis.

3.3.2 O Caso Lüth

Erich Lüth, presidente do Clube da Imprensa de Hamburgo e crítico de cinema, expressou-se publicamente em virtude de um festival cinematográfico celebrado na década de 1950, contra o diretor de um dos filmes do diretor Veit Harlan, que fazia apologia às atividades do Terceiro Reich. Requerido pela produtora do filme para que explicasse tais atitudes e justificasse seu pronunciamento, Lüth respondeu com o envio de uma carta aberta à imprensa em que exortava a sociedade alemã ativa no campo cinematográfico para que não comprasse para comercialização a fita, bem como convocava o público para que não a assistisse. A produtora impetrou na Justiça Civil de Hamburgo, estribada no art. 826 do Código Civil Alemão (BGB),⁵⁵ ação cominatória, na qual, além de exigir a cessação do boicote, pedia o pagamento de indenização. Teve êxito processual em primeira instância, em forma de medida cautelar e foi o demandado condenado com a proibição de seguir criando problema, pedindo a não-comercialização ou conclamando o povo para que não assistisse ao filme, além da obrigação de suportar às custas processuais. Para o julgador, tratava-se de incitação ao boicote contrário aos bons costumes.

⁵⁴ Para Konrad Hesse, com o recurso imediato os direitos fundamentais “amenaza con perderse la identidad del Derecho Privado, acuñada por la larga historia sobre la que descansa, en perjuicio de la adecuación a su propia materia de regulación y de su desarrollo ulterior, para lo cual depende de especiales circunstancias materiales que no cabe procesar sin más con criterios de derechos fundamentales”. HESSE, Konrad, **Derecho constitucional y derecho privado**. Madrid: Civitas, 1995. p. 60-61.

⁵⁵ “Aquele que dolosamente causa dano a outro de maneira contrária aos bons costumes está obrigado a repará-lo”. (*Wer in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise einem anderen Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet*)

Contra a sentença, Lüth interpôs recurso de apelação perante o Tribunal Superior de Hamburgo, assim como ao Tribunal Constitucional Federal Alemão, Verfassungsbeschwerde en Karlsruhe, tendo em vista a patente violação de seu direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento, com estribo no art. 5.1.1 da Lei Fundamental - GG.

O Tribunal Constitucional Alemão acolheu expressando, que “os direitos fundamentais existem, em primeira linha, para assegurar a esfera de liberdade privada de cada um contra intervenções do Poder Público; eles são direitos de resistência do cidadão contra o Estado”. Também, admitiu, porém, que a Lei Fundamental “não pretende ser um ordenamento neutro do ponto de vista axiológico”, uma vez que estabelece, no seu rol de direitos fundamentais, “um ordenamento axiológico objetivo, e que, justamente em função deste, ocorre um aumento da força jurídica dos direitos fundamentais”.

O caso Lüth foi reconhecidamente o marco na condução da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Em virtude dessa importância, foi feito anteriormente um resumido relato sobre o caso. Canaris atribuiu a esse evento um significado inovador, onde atribui que o resultado “passou a ser de fundamental importância para o tratamento da relação entre direitos fundamentais e o direito privado na Alemanha”.⁵⁶

“[...] só se pode ter uma idéia da importância e do alcance dessa decisão quando se pensa no paradigma até aí vigente, segundo o qual uma lide entre particulares só podia ser resolvida pelo direito privado, não tendo os direitos fundamentais qualquer importância nesse âmbito, assim no mesmo sentido opinou Benedita Mac Crorie.”⁵⁷

Quando o alemão Erich Lüth tomou a iniciativa de conclamar o público bem como as distribuidoras de cinema do País, no final dos anos 1950, a

⁵⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 229.

⁵⁷ MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 26.

boicotarem o filme “*Unsterbliche Geliebte*”, do diretor Veit Harlan,⁵⁸ não imaginava que seria protagonista de um dos mais relevantes episódios que propiciaram à história dos direitos fundamentais uma evolução imensurável.

O Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*), ao analisar minuciosamente o problema dos efeitos das normas jusfundamentais no Direito Civil, deu provimento ao recurso de Lüth. Além disso, no entanto, estabeleceu postulados que até atualmente – seis décadas após – são ícones referenciais do Direito constitucional, razão por que a doutrina é unânime em admitir na decisão o verdadeiro *leading case* no tema da eficácia inter-privados dos direitos fundamentais. Não é à toa que a maioria das obras sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre privados citam a decisão do caso Lüth.

O novo Direito necessita estar de acordo com o sistema axiológico dos direitos fundamentais. Dessa forma, os litígios inter-privados que envolvem direitos e obrigações decorrentes destas normas comportamentais do Direito Civil influenciadas pelo Direito fundamental permanecem uma lide cível, tanto no âmbito material como processual, uma vez que interpretado e aplicado deve ser o Direito Civil, ainda que sua interpretação tenha que seguir o Direito Público, a Constituição.

Sobre a influência dos parâmetros axiológicos jusfundamentais, a Corte reafirmou que ela acontece, na maioria das vezes, nas normas civis de natureza cogente, que tem relação íntima com o Direito Público. Por essa razão, carecem estar subordinadas mais intensamente à influência do Direito Constitucional.

⁵⁸ O cineasta em questão era considerado o “nº 1 da cinematografia nazista” e, com sua obra “*Jüd Süß*”, fora um dos expoentes da agitação assassina dos nazistas contra os judeus, como explica Leonardo Martins. Na Carta Aberta entregue à imprensa em 27 outubro de 1950, Lüth escreveu: “Pode ser que dentro da Alemanha e no exterior existam empresários que não fiquem repudiados com um retorno de Harlan. A reputação moral da Alemanha não pode, entretanto, ser novamente arruinada por pessoas inescrupulosas, ávidas por dinheiro. Com efeito, a volta de Harlan irá abrir feridas que ainda não puderam sequer cicatrizar e provocar de novo uma terrível desconfiança que se reverterá em prejuízo da reconstrução da Alemanha. Por causa de todos esses motivos, não corresponde somente ao direito do alemão honesto, mas até mesmo à sua obrigação, na luta contra este representante indigno do filme alemão, além do protesto, mostrar-se disposto também ao boicote”. MARTINS, Leonardo. **50 Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideu: Konrad Adenauer Stiftung, 2005. p. 384.

O precedente em estudo consolidou a noção de que a Constituição é uma ordem de caráter precipualemente valorativo, ao assinalar categoricamente que a Lei Fundamental não tem por objetivo “ser neutra do ponto de vista axiológico”. Além disso, vislumbra no sistema de direitos fundamentais uma “ordem objetiva de valores” baseada na dignidade da pessoa humana, de modo que esses direitos valem “enquanto decisão constitucional fundamental para todos os ramos do direito”.

Teoricamente, Canaris expressa a opinião de que o conceito desenvolvido pelo *Bundesverfassungsgericht* – de que os direitos fundamentais se irradiam para o direito privado – “não é jurídico, mas apenas uma expressão imagética da linguagem coloquial que pouco explica em termos dogmáticos”. De acordo com Canaris, seria melhor que o Tribunal Constitucional Federal Alemão tivesse considerado que o julgamento da primeira instância havia representado uma intervenção no direito fundamental da liberdade de expressão de Lüth, uma vez que os tribunais cíveis haviam desenvolvido uma norma não escrita que vedava a Lüth o direito de expressar uma específica opinião, limitando a sua liberdade de opinião.⁵⁹

Apesar de ter incitado de forma decisiva a evolução da Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, admitindo a “irradiação” do direito fundamental à livre opinião no Direito Privado, o Tribunal Constitucional Federal não encerrou à querela entre Lüth e Harlan. A transgressão de direito fundamental conjecturada pelo TCF quedou por ser atribuída ao Tribunal de origem, e não às partes. O TCF ainda deixou expresso que nesta seara não seria “debatida em toda a sua extensão a questão da assim chamada *Drittwirkung* de direitos fundamentais”.⁶⁰

Dessa maneira, a sentença desviou a ponderação acerca dos valores jusfundamentais em conflito. É tanto que a Corte reformou o julgamento por não haver a primeira instância considerado o direito fundamental de Lüth, quando analisou o caso. O TCF concedeu apenas o direito de liberdade de expressão e

⁵⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo (Org.) p. 242-243.

⁶⁰ BLANCO, A Jimenez; TORRES, J Garcia. **Derechos fundamentales y relaciones entre particulares**: la Drittwirkung en la jurisprudencia del tribunal constitucional. Civitas: Madrid, 1986. p. 26-32.

autorizou que Lüth e Harlan continuassem com seus pontos de vista e discordância.⁶¹

O caso Lüth e a importante decisão tiveram papel significativo para que a Teoria da Eficácia Indireta ou Mediata se consolidasse na jurisprudência constitucional da Alemanha. Atualmente, no entanto, há quem vislumbre uma mudança jurisprudencial do TCF, discordando do acatamento da Teoria da Eficácia Indireta de maneira tão clara.

3.3.3 A mediação pelo juiz

É notório que a atividade legislativa não consegue acompanhar a permanente evolução da sociedade. Em virtude disso muitos países são impelidos, quando da produção de normas jurídicas, de utilizar a técnica das “cláusulas gerais”, possibilitando a amplitude da interpretação do aplicador do Direito, no intuito de alcançar a justiça social.

Percebidos os direitos fundamentais como “decisões valorativas”, “normas objetivas” ou “valores jusfundamentais”, como assevera Robert Alexy, passam à forma de “princípios objetivos” capazes de influenciar a interpretação das normas jurídico-privados pelo juiz, que pode, em casos especiais, decidir contra a lei. A doutrina da eficácia indireta reclama do juiz a obrigação de obrigatoriamente “ter em conta em sua interpretação a influência jusfundamental nas normas de direito privado”.⁶²

Há um certo temor no tocante a interpretação extensiva feita pelos juízes e tribunais, uma vez que poderia desordenar o princípio da legalidade, havendo a possibilidade de que estes poderiam atribuir à legislação em vigor um sentido divergente daquele que idealizou o legislador. Dessa forma, as cortes teriam ao seu dispor amplo espaço discricionário para decidir, retirando do legislador o direito constitucional de solucionar as questões, sopesando o Direito privado e os direitos fundamentais.

⁶¹ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Obtenção dos direitos fundamentais nas relações entre particulares**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 77.

⁶² ALEXY, Robert, **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Civitas, 1993. p. 512.

No Brasil, o grande temor é o de que juízes e tribunais venham a alargar ou diminuir normas jusfundamentais de maneira aleatória e à mercê de seus humores, retornando o Estado de Direito num Estado Judicial em que esse Estado estaria vulnerável à “possibilidade de substituir o Direito, em sua poliédrica complexidade, pela simples projeção construtiva dos direitos fundamentais”.⁶³

3.3.4 A mediação pelo legislador

Quem assume a defesa da atividade legislativa para aquilatar a influência dos direitos fundamentais no Direito Privado é Konrad Hesse. É enfático ao afirmar que é ao legislador que “corresponde constitucionalmente a tarefa de transformar o conteúdo dos direitos fundamentais, de modo diferenciado e concreto, em direito imediatamente vinculante para os participantes de uma relação jurídico-privada. A ele compete cuidar das múltiplas modificações que a influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado acarreta.”⁶⁴

Rafael Naranjo de la Cruz ressalta que, para os partidários da Teoria da Eficácia Indireta ou Mediata, é a atuação do legislador responsável por levar o conteúdo dos direitos fundamentais, ou seja, dos valores que lhes são subjacentes, às normas jusprivadas.⁶⁵ Da mesma forma assevera Bilbao Ubillos, ao considerar que “qualquer que seja a postura que se mantenha sobre a *Drittwirkung*, o protagonismo do legislador, em primeira linha, é um dado unanimemente reconhecido”.⁶⁶

⁶³ GUTIÉRREZ, Ignacio Gutierrez. Introdução. In: HESSE, Konrad. **Derecho constitucional y derecho privado**. Madrid: Civitas, 1995. p. 17.

⁶⁴ HESSE, Konrad, **Derecho constitucional y derecho privado**. Madrid: Civitas, 1995. p. 63-64. Por outro lado, salienta que o legislador deve ter em conta a noção de que tal incumbência não se limita a reduzir a autodeterminação e a responsabilidade individuais, pois a autonomia privada compreende também a possibilidade de contrair por livre decisão obrigações que os poderes públicos não poderiam impor ao cidadão.

⁶⁵ CRUZ, Rafael Naranjo de la, **Los limites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares**: la buena fe. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000. p. 180.

⁶⁶ 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.291.

Vale ressaltar que este privilégio não quer dizer que a existência de norma jurídica por si só, seja condição para que os direitos fundamentais incidam sobre as relações entre particulares. Assim, observa Vieira de Andrade, não se pode dizer que os direitos fundamentais só têm real existência jurídica por força da lei ou que valem apenas com o conteúdo que por esta lhes é dado.⁶⁷

Não se vislumbra pensar de maneira contrária, uma vez que seria admitir um retrocesso, e essa possibilidade é descartada pelo art. 5º, §1º da Constituição Federal, haja vista seu conteúdo: "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

Rafael Naranjo de la Cruz contribui, acentuando que "não fica claro, entre os defensores da eficácia mediata, qual pode ser o alcance da autonomia da vontade em relação com os direitos fundamentais".⁶⁸

Segundo Giorgio Lombardi, na doutrina italiana, os direitos fundamentais funcionam como diretrizes hermenêuticas para as cláusulas gerais jusprivatísticas ou as cláusulas gerais jusprivatísticas é que se reduzem à condição de simples "normas de referência", cujo teor deve ser moldado em razão do conteúdo específico do direito fundamental em análise.⁶⁹

Para Vieira de Andrade, a idéia da aplicabilidade mediata não foi bem defendida em razão de seus partidários não haverem se libertado do fardo das idéias liberais-individualistas, deixando-se influenciar pelo fato de terem sido o Direito Civil e o Direito Penal que inicialmente regularam as relações privadas e determinaram os termos que resguardariam os direitos na seara das relações privadas.

Ressalta ainda, que aquilo que se deve entender por mediação na aplicabilidade dos preceitos constitucionais às relações entre iguais é, afinal, a

⁶⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de, **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3ª. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 270

⁶⁸ CRUZ, Rafael Naranjo de la, **Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares**: la buena fe. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000. p. 174.

⁶⁹ LOMBARDI, Giorgio. **Potere privato e diritti fondamentali**. Turim: G. Giappichelli, 1970. p. 73-75.

necessidade de conciliar esses valores com a liberdade “negocial” e a autonomia privada no Direito Civil [...]” Não era, pois, feliz a expressão aplicabilidade mediata, que se confundia com eficácia indireta, quando o que se queria afirmar era um imperativo de adaptação e de harmonização dos preceitos relativos aos direitos fundamentais na sua aplicação à esfera de relações entre indivíduos iguais, tendo em conta a autonomia privada, na medida em que é também constitucionalmente reconhecida.”⁷⁰

Além do mais, a Teoria da Eficácia Indireta, ao requerer a mediação judicial na aplicação dos direitos fundamentais aos negócios privados, estabelece uma relação próxima do princípio hermenêutico da interpretação conforme a Constituição, uma vez que transforma os direitos fundamentais em meros parâmetros interpretativos a serem levados em consideração pelo julgador, quando aprecia os casos que envolvem particulares. Manifesta-se Bilbao Ubillos sobre isso: “o efeito de irradiação dos direitos fundamentais na esfera do direito privado não aporta, na verdade, nada de novo”.⁷¹

3.4 A Eficácia Imediata ou Direta (*Unmittelbare Drittwirkung*)

Mesmo na Alemanha, berço da Teoria da Eficácia Imediata, houve quem se manifestasse adverso à imprescindibilidade da modulação legislativa/judicial tão defendida por Dürig. Hans Carl Nipperdey foi o precursor na defesa da Teoria da Eficácia Direta dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas, na de sua obra *Allgemeiner teil des Bürgerlichen Tubingen*.

A lide versava sobre a igualdade do homem e da mulher na Alemanha em relação ao direito ao salário, e isto não estava previsto na legislação pertinente à matéria. Quando se pronunciou opinando pela eficácia direta da ordem constitucional de igualdade, conforme exposto no art. 3º da Lei Fundamental,

⁷⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de, **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3ª. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 270.

⁷¹ 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. 312-313.

inspirou de maneira determinante o caminho jurisprudencial que a Corte trilharia por algum tempo.⁷²

Nipperdey, em sua teoria da Eficácia Imediata dos Direitos Fundamentais, entendia que o vasto rol de direitos fundamentais abrange disposições de caráter distinto entre si, cujo significado, modo e grau de ação devem ser verificados detalhadamente em cada caso particular.⁷³ Nunca imaginou que a incidência desses direitos no âmbito privado ocorresse de forma absoluta e generalizada.

A obra de Nipperdey nesse sentido parece muito atual, principalmente quando estabelece que a *Drittwirkung* se apresenta como conseqüência lógica das transformações que o conceito de Estado Social implica.⁷⁴ E vai além, quando alega que uma Constituição tem que ser reflexo da ordem estatal no momento de sua promulgação, pelo que devem ser contempladas, ao interpretá-la, as tendências espirituais dominantes e as circunstâncias desse momento.

A Teoria da Eficácia Imediata não teve grande êxito na Alemanha, onde foi concebida, no entanto em países como Portugal, Espanha, Itália e Argentina se tornou dominante.

3.4.1 Delineamentos dogmáticos

O art. 1.3 da Lei Fundamental determina que os direitos fundamentais se ligam apenas aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário como direito aplicável diretamente. Esse é o argumento maior da doutrina alemã, que defende a eficácia mediata, com inúmeros opositores. Bleckmann assegura que o artigo não afasta os particulares como destinatários dos direitos fundamentais, mas tão-só tem a pretensão de impedir as disputas que aconteceram nos

⁷² ALEMANHA. BAG (*Bundesarbeitsgericht* – Tribunal Federal do Trabalho) 1, 185. Disponível em: <<http://www.bundesarbeitsgericht.de/>>. Acesso em: 23 jul. 2008.

⁷³ ESTRADA, Alexei Julio, **La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000. p. 103.

⁷⁴ ESTRADA, Alexei Julio, **La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000. p. 105.

tempos da Constituição de Weimar, afirmando o caráter vinculante dos direitos fundamentais diante dos poderes públicos, notadamente ao Poder Legislativo.⁷⁵

A Corte Suprema na Argentina também registra seu exemplo, com o caso Samuel Kot, ocorrido ao mesmo tempo do caso *Lüth*, ou seja, em 1958, quando no julgamento de um recurso de amparo, acolheu a idéia de que, além dos indivíduos e do Estado, existe outra classe de sujeitos anteriormente não conhecidos, sem possibilidade de previsão: as associações profissionais, os sindicatos, os consórcios e as grandes empresas. Frequentemente, essas forças se opõem ao Estado e não se discute que representam, junto com o progresso material da sociedade, uma fonte de ameaça para o indivíduo e seus direitos essenciais.

Não há nada, nem na letra nem no espírito da Constituição, que se possa afirmar sobre a proteção dos chamados direitos humanos – porque são os direitos essenciais do homem – estão circunscritos aos ataques que advêm somente da autoridade pública. A Constituição, que é a lei das leis e se encontra no alicerce de toda a ordem jurídica positiva, tem a virtude necessária de poder governar as relações jurídicas nascidas em circunstâncias sociais diferentes das que existiam ao tempo de sua sanção. Essa é a essência da *Unmittelbare Drittwirkung*.

Igualmente à Argentina, o Tribunal Constitucional da Espanha também possui inúmeras decisões aplicando a Teoria da Eficácia Direta. Autores como Tomás Quadra-Salcedo, Juan Maria Bibao Ubilos, Pedro de Vega García, Antonio Enrique Perez Luño, Rafael Naranjo de la Cruz e tantos outros se pronunciam como filiados a essa teoria. Defendem o argumento de que a obrigação de respeitar os direitos fundamentais pelos cidadãos surge e emana diretamente da Constituição e não só das normas derivadas desta; não é, portanto, um mero reflexo do ordenamento que pode ser alterado, modificado e suprimido que o legislador decide somente que há um núcleo essencial deduzido diretamente da Constituição e que se impõe a todos os cidadãos.

⁷⁵ CRUZ, Rafael Naranjo de La, **Los limites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares**: la buena fe. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000. p. 170

Garantem, também, em defesa da teoria, que a igualdade formal perante a lei como norma jurídica geral que regula as relações entre particulares só tem sentido na medida em que essa igualdade abstrata não consegue destruir socialmente pela desigualdade material e econômica as posições dos indivíduos que deveriam exercitá-la. Aflora, assim, a *Drittwirkung* como corretivo de uma forma de organização social que, no plano real, colide frontalmente com o sistema de valores que, no plano ideal, define o ordenamento constitucional; o que *a posteriori*, significa dar um salto de um Direito constitucional da liberdade a um Direito constitucional concebido, diante de tudo, como Direito de igualdade.⁷⁶

Bilbao Ubillos garante que existem direitos fundamentais na Constituição da Espanha em cuja estrutura é expressa a eficácia horizontal imediata, como os direitos à honra, à intimidade, à imagem e à liberdade de religião; não existindo uma homogeneidade entre todos os direitos fundamentais, devendo assim ser analisado caso a caso a fim de constatar a sua existência, incidência e extensão da sua eficácia horizontal.

Em Portugal, o art. 18.1 da Constituição expressa: “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”, prevê direta e genericamente a extensão dos direitos fundamentais às relações privadas.⁷⁷

José Joaquim Gomes Canotilho, Vieira de Andrade e Ana Prata se filiam à Teoria da Eficácia Imediata dos particulares aos direitos fundamentais, na proteção da “unidade da ordem jurídica e da força jurídica da Constituição”.⁷⁸

⁷⁶ GARCÍA, P. de Vega. Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (la eficacia horizontal de los derechos fundamentales). In: PÉREZ-LUÑO, Antonio-Enrique (Coord.). **Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio**. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 278.

⁷⁷ Há uma corrente minoritária na doutrina, representada por Francisco Lucas Pires e Carlos Alberto Motta Pinto que perseveram na tese da eficácia somente indireta dos direitos fundamentais no âmbito privado.

⁷⁸ SILVA, Vasco Manoel Pascual Dias Pereira, Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. **Revista de Direito Público**, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº. 82, p. 45, abr./jun. 1987. p. 45.

Jorge Miranda, em sua obra,⁷⁹ não se manifesta de forma explícita, não aderindo a nenhuma das teorias, mas registra a existência das duas, destacando as dificuldades que circundam a extensão dos direitos fundamentais para o âmbito das relações privadas.

José Joaquim Gomes Canotilho, bem como Vital Moreira, em comentário ao citado artigo 18.1, partilham da mesma opinião de Bilbao Ubillos, pois sustentam que o sentido precípua da imposição constitucional acerca da aplicabilidade direta das normas constitucionais consagradoras de direitos, liberdades e garantias fundamentais consiste em rejeitar qualquer possibilidade de elas serem havidas como “enfraquecidas”, “imperfeitas” ou “programáticas”.

Para Vieira de Andrade, nas relações privadas típicas, onde a assimetria de poder não está presente, a eficácia dos direitos fundamentais seria apenas indireta. Não valeriam como direitos subjetivos, mas como valores, que devem ser concretizados pelo legislador ordinário e que influenciariam, por outro lado, a interpretação judicial das normas de Direito Privado, em especial das suas cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. Assevera ainda que, na ponderação entre o direito fundamental e autonomia privada, deve a balança, em princípio, pender para o lado da autonomia privada, desde que a solução não prejudique intoleravelmente a idéia da dignidade humana.⁸⁰

3.4.2 A posição da doutrina brasileira

No Brasil, o Texto Constitucional obriga a extensão dos direitos fundamentais às relações entre privados, sejam elas pessoas ou entidades. Seus preceitos não são direcionados apenas aos governantes, mas a todos, pois têm obrigação de se jungir aos seus ditames. É a Constituição a Lei Fundamental do Estado e da sociedade, devendo todos se submeter aos seus principais valores e diretrizes, para o enfrentamento dos problemas sociais que afligem a Nação, e, para tanto, se faz necessário traçar os parâmetros para a

⁷⁹ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, t.IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pp.311-326.

⁸⁰ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os Direitos fundamentais na constituição de 1976. 3ªed. Coimbra: Almedina, 2007. pp.268

incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares na ordem jurídica.

Daniel Sarmento, ao assumir a incondicional defesa da *Unmittelbare Drittwirkung* no Brasil, anota que a eficácia dos direitos individuais nas relações privadas no Brasil é direta e imediata, não dependendo da atuação do legislador ordinário, nem se exaurindo na interpretação das cláusulas gerais do Direito Privado.⁸¹

Isto acontece mais fortemente em virtude de o Brasil ser um país de grandes injustiças sociais, fazendo-se, pois, necessário a adoção de posturas e posições comprometidas com as mudar adequadas a essa situação. Para tanto há um favorecimento maior às interpretações que aprofundam a incidência dos direitos fundamentais na esfera privada

Jane Reis Pereira Gonçalves se manifesta aderindo à *Unmittelbare Drittwirkung*. De acordo com o fundamento de suas razões, exposta na sua obra, as idéias teóricas contrárias à eficácia direta externam uma abordagem mais ideológica do que descritiva do ordenamento. E continua: a discussão sobre a eficácia direta deve ser tomada sob um enfoque mais alargado, que é “a natureza e os limites da função judicial no Estado contemporâneo”.⁸²

A autora ainda salienta, no entanto, que “isso não significa dizer que os direitos fundamentais devam incidir de forma absoluta e incondicionada nas relações entre particulares”, tanto que “não há como se cogitar de que os pais sejam obrigados a dar a seus filhos presentes de Natal semelhantes – ou que lhes devam oferecer mesadas idênticas, ou mesmo castigar-lhes de forma equivalente – em obediência ao princípio da igualdade”. Sempre o aplicador do Direito deverá ponderar os valores jusfundamentais em conflito, “modular a extensão de sua incidência por meio dos recursos hermenêuticos tradicionais”, é dizer, “cabe aferir, em cada caso, se o direito fundamental invocado na relação de direito privado justifica a compressão ou afastamento do direito à autonomia

⁸¹ SARMENTO, Daniel, **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 237.

⁸² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 489.

privada que, em princípio, deve incidir em todos os negócios envolvendo particulares”.⁸³

Sarlet enfatiza o fato de que, mesmo na Alemanha, onde a Lei Fundamental em seu art.1.3 vincula somente os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário como destinatários dos direitos fundamentais, silenciando em relação à submissão dos particulares aos mesmos direitos, afirmando que, mesmo em Estados desenvolvidos e que, de fato, assumem as feições de um Estado democrático e social de Direito, já se aceita “[...] que nas relações cunhadas pela desigualdade, o particular mais ‘poderoso’ encontra-se diretamente vinculado aos direitos fundamentais do outro particular (embora ambos sejam titulares de direitos fundamentais), mais ainda tal vinculação deve ser reconhecida na ordem jurídica nacional, onde, quando muito, podemos falar na previsão formal de um Estado Social de Direito que, de fato, acabou sendo concretizado apenas para uma diminuta parcela da população.”⁸⁴

Virgílio Afonso da Silva destaca o fato de a Constituição Federal de 1988, ao contrário da alemã, em nenhum momento estabeleceu que apenas os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário estão diretamente vinculados aos direitos fundamentais. Disso se deduz o porquê de o Texto Constitucional não haver contado com norma análoga. Assim, a dogmática constitucional brasileira não precisa lançar mão do mesmo expediente utilizado pelo Tribunal Federal Alemão no caso Lüth, com o intuito de manifestar o alargamento dos direitos fundamentais: “elevá-los à condição de valores fundamentais destinados a reger não somente a atividade estatal como também toda a vida social”.⁸⁵

Favorável à teoria *Unmittelbare Drittwirkung*, idealizada por Nipperdey, manifestou-se Luís Roberto Barroso. Para o Constitucionalista, “o ponto de vista

⁸³ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 491-494.

⁸⁴ SARLET, Ingo, Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. 2000. p. 152-153.

⁸⁵ SILVA, Virgílio Afonso da, **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 140.

da aplicabilidade direta e imediata afigura-se mais adequado para a realidade brasileira e tem prevalecido na doutrina”.⁸⁶

Wilson Steinmetz posicionou-se favoravelmente à vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, ou seja, seu pensamento em relação à eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais deve ser ‘matizada’ (‘modulada’ ou ‘graduada’) por estruturas de ponderação (ordenadas no princípio da proporcionalidade e seus elementos) que, no caso concreto, tomem em consideração os direitos e/ou princípios fundamentais em colisão e as circunstâncias relevantes.⁸⁷

O Texto Constitucional exclui a tese radical, seguida nos Estados Unidos, que afasta a aplicação dos direitos individuais sobre as relações privadas. De igual maneira, demonstra irreconciliável com a posição mais compromissória, mesmo assim, conservadora, da eficácia horizontal indireta e imediata dos direitos individuais, prevalecente na Alemanha, e que transforma a incidência destes direitos subordinada da vontade do legislador ordinário, ou os restringe ao modesto papel de simples vetores interpretativos das cláusulas gerais do Direito Privado.

Daniel Sarmento argumenta que, quando o próprio constituinte, numa clara e inequívoca escolha, opta por se imiscuir na esfera das relações privadas, como aconteceu no caso brasileiro, não existe qualquer razão que justifique excluir a jurisdição constitucional neste campo. Não divisamos nenhum motivo para que se reconheça plena eficácia a certas normas constitucionais, quando, no caso concreto, seus comandos se dirigirem ao Estado, negando-se iguais efeitos às mesmas normas quando voltadas à resolução de litígios privados. Trata-se de puro preconceito ideológico, travestido sob a forma de teses jurídicas sofisticadas, que na verdade pugnam para evitar que a axiologia

⁸⁶ BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547&p=2>>. Acesso em: 28 jan. 2008.

⁸⁷ STEINMETZ, Wilson, **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2004. p. 295.

solidarista da Constituição 'contamine' o reino de suposta neutralidade e de justiça comutativa do Direito Privado.⁸⁸

Portanto, pode-se concluir que no Brasil há, sem qualquer dúvida, uma vocação para a Teoria da Eficácia Direta e Imediata, facilmente perceptível tanto pelas várias manifestações anteriormente citadas, como também pelo fato de deste raciocínio reunir adesão em obras de novos autores.

3.5 O modelo de Alexy

Robert Alexy sugere de forma inovadora, um modelo composto por elementos das duas teorias, tanto da Eficácia Indireta e Mediata (*Mittelbare*), bem como da Teoria da Eficácia Direta e Imediata dos Direitos Fundamentais nas Relações entre Privados (*Unmittelbare Drittwirkung*).

Robert Alexy edifica sua dogmática partindo da hipótese de que, até o momento, a grande discussão acerca dos efeitos jusfundamentais nas relações entre particulares se desenvolveu “como se uma das três construções tivesse que ser a correta. Esta suposição é falsa”.⁸⁹ As três formulações a que se refere o autor são as Teorias da Eficácia Direta, Indireta e a Tese de Schwabe. Cada uma das teorias tem peculiaridades que enaltecem alguns pontos de vista sobre as complexas relações jurídicas que descrevem as ocorrências de efeitos perante terceiros; e a fragilidade de cada uma dessas teorias é pensar que seus fundamentos podem ter a solução. Assim afirma Robert Alexy: “só um modelo que comporte todos os aspectos pode oferecer uma solução completa e, neste sentido, adequada”.⁹⁰

A teoria de conciliar as Teorias da Eficácia Direta, Indireta e a Tese de Schwabe, idealizada por Robert Alexy, está organizada em três estágios, são eles: a) dos deveres do Estado; b) dos direitos diante do Estado; e c) das

⁸⁸ SARMENTO, Daniel, **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 242.

⁸⁹ ALEXY, Robert, **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Civitas, 1993. p. 515.

⁹⁰ ALEXY, Robert, **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Civitas, 1993. p. 515-516. Em suas palavras: “sólo un modelo que abarque todos los aspectos puede ofrecer una solución completa y, en este sentido, adecuada”

relações jurídicas entre sujeitos de Direito Privado. A relação estabelecida esses três estágios não ocorre em graus, mas por envolvimento recíproco.

No primeiro estágio, os deveres do Estado correspondem à Teoria da Eficácia Indireta, imaginados pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, no caso Lüth: o fato de que as normas jusfundamentais, como princípios objetivos, valem para todos os âmbitos do Direito, implica a obrigação estatal de tê-las em conta, tanto na legislação como na jurisprudência civis.

Já no estágio seguinte, o dos direitos de defesa e proteção diante do Estado, assemelha-se ao da teoria de Schwabe, uma vez que acolhe a idéia de que, se o Estado não coíbe as ações particulares que infringem direitos fundamentais, não cumpre o direito substancial de proteção a que tem direito todo cidadão.

Duas são as vantagens dessa formulação, de acordo com Robert Alexy: a primeira vantagem é a de que os direitos à proteção restam identificados mais claramente do que nas demais, obrigando os tribunais civis a considerar os direitos fundamentais bem como a aplicar o Direito Privado em voga.⁹¹ A outra vantagem se encontra no fato de que a importância dada à jurisprudência não relega a segundo plano a constituição dos direitos de defesa e proteção, uma vez que a fundamenta. Dessa forma, cada vez que um tribunal civil lesiona um direito de um cidadão baseado na jurisprudência judicial, quer dizer, não leva em conta na devida medida um princípio iusfundamental que apoia a posição que fundamenta o caso, lesiona – segundo as peculiaridades do caso – também um direito de defesa ou um direito de proteção.⁹²

A aplicação separada deste estágio de eficácia, no entanto, não se apresenta apropriada. Quando o direito fundamental, tendo como titular um particular, entra em conflito com outro direito fundamental da mesma natureza, em boa parte das vezes, há uma autorização legal que não se pode igualar a uma infração de direito fundamental.

⁹¹ ALEXY, Robert, **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Civitas, 1993. p. 519.

⁹² ALEXY, Robert, **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Civitas, 1993. p. 520.

Cabe aqui fazer a exemplificação do caso *Blinkfuer*, na qual um grande grupo editorial boicotou pequeno semanário de Hamburgo, e o Tribunal Constitucional Federal alemão modificou *o decisum a quo*, uma vez que nela se podia identificar uma falha gritante ao dever de proteção que recai sobre o Estado. Sua deficiência é resultado da não-união dos direitos de defesa aos direitos a prestações positivas que o cidadão tem junto ao Poder Público.

Por fim, tem-se o estágio da eficácia dos direitos fundamentais entre privados, fundada na teoria de que a eficácia imediata não pode resultar de que os direitos dos cidadãos perante o Estado sejam equiparados a direitos oponíveis a outros cidadãos; ou de que esta eficácia direta não pode ser adquirida pela mudança de destinatário dos direitos fundamentais, uma vez que as normas de direito fundamental ostentam, nas relações cidadão-cidadão, uma eficácia diversa da que advém das relações cidadão-Estado.⁹³

Em decorrência disso, a comunhão das Teorias da Eficácia Indireta ou Mediata (*Mittelbare Drittwirkung*) e da Convergência Estatista, elaborada por Schwabe, é resultado da existência necessária de uma eficácia imediata. Temos como exemplo novamente o caso *Blinkfuer*, tendo em vista que o Tribunal Constitucional Federal reconheceu a existência de um direito fundamental do editor de *Blinkfuer* a que o grupo Springer encerrasse a conclamação ao boicote. Disso se conclui que a ordem de valores jusfundamental, que tem índole constitucional, obriga certos direitos e deveres nas relações entre iguais. É inegável, portanto, que há uma eficácia direta e imediata.

Robert Alexy conclui que existem os três níveis, cada qual se referindo a um aspecto da mesma coisa. Qual deles será eleito em cada caso na respectiva fundamentação jurídica é uma questão de funcionalidade; mas nenhum deles pode pretender ter primazia sobre os demais.⁹⁴

⁹³ ALEXY, Robert, **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Civitas, 1993. p. 520.

⁹⁴ ALEXY, Robert, **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Civitas, 1993. p. 522. [...] existen los tres niveles. Cada uno de ellos se refiere a un aspecto de la misma cosa. Cual de ellos sera elegido en cada caso en la respectiva fundamentación jurídica es una cuestión de funcionalidad. Pero, ninguno de ellos puede pretender primacia sobre los demás.

André Rufino do Vale assinala também que a eficácia imediata se apresenta quando o Estado exerce sua tarefa de observar os princípios objetivos do ordenamento jurídico na concretização do Direito Privado, seja por meio do legislador, ou do juiz. Em outro nível, observa-se o desenvolvimento de efeitos nas relações privadas pelos direitos de defesa e proteção perante o Estado, que está obrigado a não intervir na esfera de liberdade privada dos cidadãos, assim como protegê-los de violações de direitos levadas a efeito por terceiros. No terceiro âmbito, observa-se, nas relações entre sujeitos privados, o surgimento dos direitos subjetivos diretamente das normas constitucionais consagradoras de direitos fundamentais, revelando-se a eficácia imediata.⁹⁵

3.6 As diferentes teorias se excluem?

O modelo apresentado por Alexy, e que tem caráter integrador, acena com a falta de utilidade do debate acerca de qual das elaborações teóricas poderia ter preponderância sobre as outras. Bilbao Ubillos acentua que todas as construções teóricas expressam o mesmo fim, conseqüentemente. Em suas palavras, o autor garante que todas “conduzem aos mesmos resultados (em última análise, aqueles que a consciência social reclama)”.⁹⁶

Continua o autor, quando exemplifica em sua obra que, quando o órgão judicial declara a nulidade de uma demissão por ferimento a um direito fundamental, está identificando o fato de que referido direito foi infringido pelo empregador na esfera da relação de trabalho, e não que o obreiro simplesmente tinha direito a que o tribunal interpretasse a lei de acordo com os valores constitucionais.⁹⁷

As doutrinas da Eficácia Direta e Indireta dividem os projetos de assegurar o equilíbrio de poderes entre Legislativo e Judiciário, apoiando a segurança jurídica, além de ampliar as possibilidades de incidência dos direitos

⁹⁵ VALE, André Rufino, **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004. p. 168

⁹⁶ 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. 321.

⁹⁷ 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. 323.

fundamentais ao âmbito das relações privadas. Portanto, há a necessidade de adequar as teorias e não impor contradições e conflitos.⁹⁸

As discussões doutrinárias sobre como incidem os direitos fundamentais nas relações privadas não trazem nada de edificante, uma vez que são estabelecidas com a função de desconstituir uma a outra. Deveriam, pelo contrário, ser sempre de complementação e nunca de exclusão como alguns doutrinadores defendem.

Assim havemos de considerar que a incidência jusfundamental no setor privado pode tranqüilamente acontecer por meio da lei, como defendem os adeptos da Teoria da Eficácia Indireta; no entanto, o que não pode acontecer é que as cláusulas gerais sejam tidas como imprescindíveis para a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, uma vez que isto acarretaria uma confusão da sistemática axiológico-material da Constituição de 1988.

⁹⁸ ESTRADA, Alexei Julio, **La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000. p. 106.

4. CONCLUSÕES

Os direitos fundamentais, bem como a relevância jurídico-normativa que usufruem num ordenamento jurídico, estão unidos aos valores existentes em uma sociedade, identificados em cada momento histórico. As sociedades têm como características determinantes a dinâmica da permanente evolução e concomitantemente a isto, as transformações ocorridas na estrutura do Estado. Dessa forma o Direito também recebe essas influências mutacionais, efetivamente, desde sua origem.

A Constituição inglesa de 1215, como também a Declaração Universal da França de 1789, foram as primeiras manifestações positivas de direitos fundamentais e tinham como objetivo primordial a restrição do poder estatal; era necessário, essencialmente, limitar o “Estado-Leviatã”, a fim de que fosse garantido aos cidadãos um rol de precauções capazes de proteger suas liberdades individuais.

Debaixo da proteção do liberalismo oitocentista, surgiu a primeira geração dos direitos fundamentais, que tinha como objetivo assegurar a cada cidadão um estado de liberdade individual. Estando a sociedade livre do domínio do Estado, passaria a se conduzir sozinha nas questões privadas, como, por exemplo; a propriedade e os contratos, alçando o Código Civil à condição de “Constituição da vida privada”.

Pensado para serem concebidos para proteger a pessoa humana contra os abusos, incluindo os excessos de não-estatais, os direitos fundamentais inicialmente constituíram mecanismos de restrição do poder estatal.

Com o aparecimento dos movimentos sociais em vários países, nos séculos XIX e XX, o modelo liberal de direitos fundamentais mostrou-se vulnerável. Surgia a “segunda geração” desses direitos, identificada, nas primeiras constituições, onde a proteção aos direitos fundamentais feita pelo Estado não pode se resumir à não-intervenção nas liberdades individuais, uma

vez que alcança atuações prestacionais, positivas, para a concretização dos direitos sociais.

O julgamento, pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, do caso Lüth foi o grande marco do constitucionalismo após a Segunda Grande Guerra. Esse julgamento foi estribado na teoria defensora da idéia de direitos fundamentais, compõem uma ordem de valores que vale para todos os ramos do ordenamento jurídico, considerado posteriormente como a dimensão objetiva dos direitos fundamentais. A decisão do caso Lüth também desencadeou o debate sobre a eficácia dos direitos fundamentais entre terceiros ou eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

A falta de capacidade do Estado de concretizar os direitos fundamentais de segunda geração fez aumentar a crise do modelo social de Estado. Várias foram as motivações que contribuíram para a difusão, para outros países, da Teoria dos Efeitos Horizontais dos Direitos Fundamentais, notadamente a globalização e a concentração do poder nas mãos de organizações privadas. Como exemplo, temos a *Doutrine State Action*, desenvolvida nos Estados Unidos da América pela Suprema Corte.

A autonomia privada, a perda da identidade do direito civil, a insegurança jurídica bem como a criação do Estado judicial, foram alguns dos argumentos debatidos sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Desse debate advieram várias teorias em favor e contra esta elaboração teórica.

Hans-Carl Nipperdey deu grande contributo, ao ponto de o Tribunal Federal do Trabalho alemão albergar e melhorar a Teoria da Eficácia Direta ou Imediata dos Direitos Fundamentais, onde a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais tem a possibilidade de ser aplicada diretamente, tendo como fundamento o Texto Constitucional.

Gunther Dürig discordava da Teoria da Eficácia Direta, e apresentou os fundamentos da Teoria da Eficácia Indireta ou Mediata. Essa teoria apresenta a incidência dos direitos fundamentais no tráfico jurídico privado e deve acontecer

pela mediação estatal. Essa mediação pode ocorrer por intermédio do legislador ou da atuação judicial.

Já Robert Alexy sustenta a idéia de um modelo de três estágios, que concilia as Teorias da Eficácia Direta e Imediata, onde demonstra que elas não se apresentam mutuamente excludentes, pois se complementam. De acordo com Robert Alexy, a eficácia dos direitos fundamentais entre privados atua diferentemente do que nas relações entre indivíduo-Estado. A passagem pela esfera judicial ou legislativa pode acontecer, no entanto, a eficácia direta a partir da Constituição tem supremacia.

No Brasil, a doutrina tende primordialmente a adotar a aplicação da Teoria da Eficácia Direta ou Imediata, tudo de acordo com disposto no Texto Constitucional de 1988. Afirmam os autores nacionais que, na Constituição, não existe nenhuma proibição em adotar a Teoria da Eficácia Direta e Imediata, competindo aos tribunais, nesses casos, aplicar a ponderação e o equilíbrio aos valores jusfundamentais antagônicos, igualmente como sucede nas ocorrências de conflito entre direitos fundamentais.

O Direito Civil Constitucional tem se robustecido no Brasil. Essa tendência defende maior proximidade entre os conceitos jurídico-privados e as diretrizes axiológicas albergadas na Constituição, principalmente no que diz respeito à sua interpretação. No âmbito legislativo, temos a proliferação do uso de cláusulas gerais no Código Civil.

No Brasil, a concentração de renda numa ínfima parcela da sociedade induz a que se expresse de forma plena o fenômeno dos poderes privados. Em virtude desse fator importante instaurado no seio da sociedade brasileira, os poderes privados tendem a se rivalizar com o Estado. Diante disso, a Teoria da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais adquire mais importância, uma vez que a restrição do poder sempre foi o objetivo dos direitos fundamentais.

Apesar de os tribunais brasileiros não haverem enfrentado ainda o assunto com a importância adequada que o caso requer, apareceram nos anos 1990 as primeiras decisões sobre o assunto. Em 2005, o ministro Gilmar Ferreira Mendes, do Supremo Tribunal Federal, afirmou que “o Supremo Tribunal

Federal já possui histórico identificável de uma jurisdição constitucional voltada para a aplicação desses direitos às relações privadas”.

Os direitos fundamentais se encontram no cume da normatividade-axiológica do constitucionalismo moderno. A *Drittwirkung der Grundrechte*, neste contexto, se mostra como a “última fronteira” da expansão dogmática desses direitos. O tema sobre a “eficácia horizontal” se encontra reflexivamente num dos assuntos mais recentes em matéria constitucional.

No Brasil, deverá ser conferido um tratamento especial aos direitos fundamentais nas relações entre privados, tanto pela doutrina como pela jurisprudência, servindo de baliza aos novos rumos em defesa da Constituição, o que significará um mecanismo de equilíbrio diante de tanta desigualdade social no País. O desenvolvimento da eficácia horizontal parece mais importante ainda para que se robusteça o espírito educativo de que se devem revestir os direitos fundamentais em uma sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Colegio de Registradores da la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2004.

_____. Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

_____. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Civitas, 1993.

ALTAVILA, Jayme de. **Origem dos direitos dos povos**. 5ª. ed. São Paulo: Ícone, 1989..

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 3ª. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

ASSIER-ANDREU, Louis. **O direito nas sociedades humanas**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. São Paulo: Papagaio, 2003.

BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: _____ (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BERGEL, Jean-Louis. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Em defesa do projeto de código civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1906.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito civil constitucional**. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BLACKBURN, Robert; POLAKIEWICZ, Jörg (Org.). **Fundamental rights in europe**. New York: Oxford University Press, 2001.

BLANCO, A Jimenez; TORRES, J Garcia. **Derechos fundamentales y relaciones entre particulares: la Drittwirkung en la jurisprudencia del tribunal constitucional**. Civitas: Madrid, 1986.

BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. 3ª. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

_____. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

_____; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Brasília: Universidade de Brasília, 1986.

BOCKËNFORDE, Ernst. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Teoria do estado**. 6ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. Lei Ordinária n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário oficial da república federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11/01/2002.

CAMAZANO, Joaquin Jorge. Algunos aspectos de teoría general constitucional sobre los derechos fundamentales en los EEUU. **Direito público**, São Paulo: Síntese, n. 11, jan./fev./mar. 2006.

CANADA. Supreme Court of Canada. **Retail wholesale & department store union**. Local 580 v. Dolphin Delivery Ltd. [1986] 2SCR 573.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006a.

_____. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3ª. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 5ª. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica no contexto do direito pós-moderno. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direito constitucional**: Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. 4^a. ed. Coimbra: Coimbra, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CARDOSO, Simone Tassarini. Do contrato parental à sócioafetividade. In: ARONNE, Ricardo (Org.). **Estudos de direito civil-constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Dignidade da pessoa humana: o princípio dos princípios constitucionais. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio. (Org.). **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CHEMERINSKY, Erwin. Rethinking state action. **Northwestern university law review**, n^o. 80, 1985.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 4^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

COSTA, Judith Martins. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil In: SARLET, Ingo (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2^a. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

CRUZ, Rafael Naranjo de La. **Los limites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

DAMASKA, Mirjan. **The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process**. New York: Yale University Press, 1986.

DELGADO, José Augusto. Democracia para o século XXI e poder judiciário. **Revista do instituto de pesquisa e estudos**, São Paulo: ITE, p. 34-46, maio/ago. 2005.

_____. O Código Civil de 2002 e a Constituição Federal de 1988. Cláusulas gerais e conceitos indeterminados. In: ALVIM, Arruda et al. **Aspectos controvertidos do novo código civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998.

DÜRIG, Gunther. Grundrechte und Privatrechtsprechung. In: MAUNZ, Theodor (hrsg. Von). **Festschrift für H. Nawiasky**. München: Beck, 1956.

ESTRADA, Alexei Julio. **La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FIENMAN, Jay. **Law 101**: everything you need to know about the american legal system. 2ª. ed. New York: Oxford University Press, 2006.

FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales**: apuntes de historia de las constituciones. Madrid: Trotta, 1996.

FRIEDMAN, Thomas. **O mundo é plano**: uma breve história do século XXI. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.

GALVÃO, Paulo Braga; FERREIRA, Fernando Galvão de Andréa. Interpretação judicial e direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (Org.). **Direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GARCÍA, Pedro de Vega. Dificultades y problemas para la construcción de um constitucionalismo de la igualdad (la eficacia horizontal de los derechos fundamentales). In: PÉREZ-LUÑO, Antonio-Enrique (Coord.). **Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio**. Madrid: Marcial Pons, 1996.

_____. La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (La problemática de la Drittwirkung der Grundrechte). In: DELGADO, José Ángel González (Org.). **Responsa iurisperitorum digesta**. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2003.

GIORGIANNI, Michele. O direito privado e suas atuais fronteiras. São Paulo: **Revista dos tribunais**, v. 747, p. 41, 1998.

GOMES, Orlando. A caminho dos microssistemas. In: _____. **Novos temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 3ª. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2003.

GUNTHER, G. **Cases and materials on constitutional law**. Mineola: The Foundation Press, 1980.

GUTIÉRREZ, Ignacio Gutiérrez. **Dignidad de la persona y derechos fundamentales**. Madrid: Marcial Pons, 2005.

_____. Introdução. In: HESSE, Konrad. **Derecho constitucional y derecho privado**. Madrid: Civitas, 1995.

HÄBERLE, Peter. Efectividad de los derechos fundamentales: en particular relación con el ejercicio del poder legislativo. In: PINA, Antonio Lopez. **La garantía constitucional de los derechos fundamentales**: Alemania, España, Francia e Itália. Madrid: Civitas, 1991.

_____. **Hermenêutica constitucional** – a sociedade aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997.

_____. Novos horizontes e novos desafios do constitucionalismo. **Direito Público**, São Paulo: Síntese, nº. 13, p. 103. jul./ago./set. 2006.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2^a. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I.

_____. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigação quanto a uma categoria de sociedade burguesa. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

HECK, Luís Afonso. Direitos fundamentais e sua influência no direito civil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre: Síntese, v. 16. p. 121-122, 1999.

HESSE, Konrad. **Derecho constitucional y derecho privado**. Madrid: Civitas, 1995.

_____. **Elementos de direito constitucional na República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HOBSBAWM, Eric. **A era das revoluções**. São Paulo: Paz e Terra, 2006. p. 90.

HOBSBAWM, Eric. **A era dos extremos**: o breve século XX. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

_____. **A revolução francesa**. 6^a. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005. p. 11-12.

_____. **Tempos interessantes**: uma vida no século XX. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. 21^a. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1986.

JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas gerais no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

JR., Ruy Rosado. O poder judiciário e a concretização das cláusulas gerais: limites e responsabilidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, v. 18, p. 221, 2000.

JURIS SÍNTESE. Porto Alegre: IOB Thomson, mar./abr. 2007. CD-ROM.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

KEYNES, John Maynard. **A teoria geral do emprego, do juro e da moeda**. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

KLEIN, Naomi. **Sem logo – a tirania das marcas em um planeta vendido**. Rio de Janeiro: Record, 2003.

KOMMERS, Donald. **The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany**. Duke University Press, 1989.

KRELL, Andreas. **Direitos sociais e o controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto. Idealismo e realismo: desafio constante de realização das utopias. In: TÔRRES, Heleno Taveira. **Direito e poder nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos: estudos em homenagem a Nelson Saldanha**. Barueri: Manole, 2005.

LOMBARDI, Giorgio. **Potere privato e diritti fondamentali**. Turim: G. Giappichelli, 1970.

MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares só direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005.

MARQUES, Cláudia Lima. Os contratos bancários em tempos pós-modernos – primeiras reflexões. **Juris Síntese**, Porto Alegre: IOB Thomson, jan./fev. 2007. p.63. CD-ROM.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Curso de derechos fundamentales: teoría general**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1999.

MARTINS, Leonardo. **50 Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideú: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

_____; DIMOULIS, Dimitri. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

.MARX, Karl. **Manifesto do partido comunista**. Porto Alegre: L&PM, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos Editor - Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

MENDONÇA, Audrey Borges; ALVES, Olavo Augusto Vianna. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). **Leituras complementares de constitucional: direitos fundamentais**. 2.^a ed. Salvador: JusPODIVM, 2007.

MERQUIOR, José Guilherme. **O argumento liberal**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

_____. **O liberalismo – antigo e moderno**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. t. IV. 3.^a ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

_____. **Teoria do Estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, 2.^a ed. Rio de Janeiro: PUC, n. 1, 1991.

MORAIS, José Luis Bolzan. Constituição ou barbárie: perspectivas constitucionais. In: SARLET, Ingo (Org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Obtenção dos direitos fundamentais nas relações entre particulares**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo Código Civil e o direito processual. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, nº 19, p. 111, set-out. 2002.

NAVES, Rubens. Novas possibilidades para o exercício da cidadania. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). **História da cidadania**. São Paulo: Contexto, 2003.

NOVAIS, Jorge. Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Org.) **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

NOWAK, John E. e ROTUNDA, Ronald D. **American Constitutional Law**. 5.th ed. St. Paul: West Publishing. Co. 1995.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 19.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de família do século XXI. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Org.). **Direito civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PEREZ-LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de derecho y constitución**. 9ª. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: uma introdução ao direito civil constitucional**. 2ª. ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2002.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional** - um contributo para o Estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Editora Coimbra, 1989.

PINTO, Paulo Mota. **Teoria geral do direito civil**. 3ª. ed. Coimbra: Coimbra, 1958.

QUECEDO, Manuel Pulido. **La Constitución Española: con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional**. 2ª. ed. Pamplona: Aranzadi Editorial, 1996.

QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos fundamentais (teoria geral)**. Coimbra: Coimbra, 2002.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

REALE, Miguel. Significado do Código Civil. **Revista Síntese de Direito Processual Civil**, São Paulo, v. 1, p. 36-38, 1999.

REZENDE, J. R. Direito à visita ou poder-dever de visitar: o princípio da afetividade como orientação dignificante no direito de família humanizado. **Revista Brasileira de Direito de Família**, v.6, nº 28, p. 155, fev./mar. 2005.

RIBA, Josep Ferreri. Asociaciones, democracia y drittwirkung. In: CODERCH, Pablo Salvador. **Asociaciones, derechos fundamentales y autonomia privada**. Madrid: Cuadernos Civitas, 1997.

RIVERO, Jean. **Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales**. Madri: CEC, 1984.

ROGEL VIDE, Carlos. **Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas**. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1985.

SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. **Aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e a boa-fé objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SANCHÍS, Luis Pietro. Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones. In: _____ . **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6^a. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2^a. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: _____ (Org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). **Processo civil: leituras complementares**. 4^a. ed. Salvador: JusPODIVM, 2006.

_____. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2^a. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. In: **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, v. 14, 2005.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza, 1996.

SEYMOUR-SMITH, Martin. **Os 100 livros que mais influenciaram a humanidade: a história do pensamento dos tempos antigos à atualidade**. 5^a. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2002.

SHAKESPEARE, William. **O mercador de Veneza**. 2^a. ed. Rio de Janeiro: Lacerda Editores, 1999.

SILVA, Vasco Manoel Pascual Dias Pereira. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. **Revista de Direito Público**, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº. 82, p. 45, abr./jun. 1987.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVEIRA, Michele da Costa. As grandes metáforas da bipolaridade. In: COSTA, Judith Martins (Org.). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos**

princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SINGER, Paul. A cidadania para todos. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). **História da cidadania**. São Paulo: Contexto, 2003.

SOMBRA, Thiago Luis Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas**: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

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

TARTUCE, Flavio. Novos princípios do direito de família brasileiro. **Juris Síntese**, Porto Alegre: IOB Thomson, jan./fev. 2007.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Direitos humanos e relações jurídicas privadas. In: _____. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. II.

_____ et al. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. I.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **O antigo regime e a revolução**. 4^a. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

TOUCHARD, Jean. **História das idéias políticas**. Lisboa: Publicações Euro-América, 1970. v. 5.

TUSHNET, Mark. The issue of state action/horizontal effect in comparative constitutional law. **International Journal of Constitutional Law**. Oxford University Press, jan. 2003.

TUTIKIAN, Cristiano. Sistema e codificação: o Código Civil e as cláusulas gerais. In: ARONNE, Ricardo (Org.). **Estudos de Direito Civil- Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

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.

_____. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2^a. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004.

VON MUNCH, Ingo. Drittwirkung de Derechos fundamentales en Alemania. In: CODERCH, Pablo Salvador (Org.). **Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada**. Madrid: Civitas, 1997.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.