

# A eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais

Recebido em 12|08|2009| Aprovado em 20|10|2009

*Flávio Aduato Ulian*

## Sumário

**Introdução. 1 Conceito de direitos fundamentais. 2 A eficácia das normas constitucionais. 3 A eficácia horizontal dos direitos fundamentais. 4 Teorias de aplicação dos direitos fundamentais na esfera privada. 4.1 Teoria da eficácia imediata ou direta dos direitos fundamentais. 4.2 Teoria da eficácia mediata ou indireta dos direitos fundamentais. 4.3 Teoria dos deveres de proteção. 6 Conclusão. 5 Referências Bibliográficas.**

Mestrando em Direitos Fundamentais pelo Centro Universitário Instituto de Ensino para Osasco.

**Orientadora** | Adriana Zawada Melo

## Resumo

O presente artigo tem por finalidade analisar as normas de direitos fundamentais, sua eficácia, com ênfase na eficácia horizontal, voltando o estudo para a sistemática da aplicação das normas de direitos fundamentais, entre as relações particulares.

## Palavras-chave

Normas constitucionais. Direitos fundamentais. Eficácia horizontal. Relações entre particulares.

## Abstract

*The present article has the purpose to analyze the fundamental rights laws, their effectiveness, with emphasis on the horizontal effectiveness, redirecting the study to the systematic application of fundamental rights, the relationships among individuals.*

## Key words

*Norm. Fundamental rights. Horizontal Effectiveness. Private relationships.*

## Introdução

O presente estudo originou-se da necessidade de se discutir e pacificar as hipóteses de aplicação dos direitos fundamentais, considerando a abrangência de sua eficácia.

Observa-se nesta pesquisa que a denominação dos direitos, reconhecidos como fundamentais, possuem distinções que, por sua vez, não podem ser capazes de afetar seu conteúdo material, voltados à defesa da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

A pesquisa foi concentrada, objetivamente, na eficácia das normas de direitos fundamentais, já que seu fundamento encontra tipificação nos mais diversos corpos constitucionais, principalmente, na Constituição Federal brasileira de 1988.

Em sua essência, o trabalho é apresentado por meio de compilação de entendimentos doutrinários, cuja finalidade é demonstrar as teorias existentes sobre a eficácia das normas constitucionais, a fim de possibilitar sua aplicação não apenas na relação entre Estado e particular, mas dentro das relações privadas.

É o que se busca esclarecer na presente pesquisa.

## 2 Conceito de direitos fundamentais

A conceituação dos direitos fundamentais apresenta-se matéria de peculiar dificuldade, isso porque sua conceituação está em constante construção, diante das modificações no pensamento social, o

que só faz crescer as terminologias empregadas pelos ordenamentos jurídicos, que apresentam os direitos fundamentais como direitos humanos, direitos e garantias individuais, direitos e liberdades fundamentais, direitos do homem, liberdade pública, dentre outras.<sup>1</sup>

Não obstante sua diversidade de nomenclaturas, os direitos fundamentais continuam sendo posicionamentos jurídicos voltados às pessoas, que foram inclusas no texto constitucional devido à importância do seu conteúdo.<sup>2</sup>

Alexandre de Moraes, ao conceituar os direitos fundamentais, afirma serem garantias voltadas ao respeito da dignidade da pessoa humana,

por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal, e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.<sup>3</sup>

Ainda, na busca pela melhor conceituação dos direitos fundamentais, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins expressam que:

Direitos Fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual<sup>4</sup>.

No mesmo sentido, Norberto Bobbio, citando Paine, complementa ao se referir aos direitos fundamentais como direitos naturais, oriundos da própria existência humana, e que

a esse gênero pertencem todos os direitos intelectuais, ou direitos e mente, e também, todos os direitos de agir como indivíduo para o próprio bem-estar e para a própria felicidade que não sejam lesivos aos direitos naturais dos outros.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 174.

<sup>2</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 89.

<sup>3</sup> MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. Coleção temas jurídicos; 3. São Paulo: Atlas, 1998. p. 39.

<sup>4</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 54.

<sup>5</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 7. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 82.

Desta feita, é possível conceituar direitos fundamentais como a gama de normas, internas e externas, que, por sua essência, busca proteger direitos que constituam elementos imprescindíveis à consagração da dignidade da pessoa humana, considerando também toda a coletividade, tanto nas relações existentes entre Estado e particulares, quanto nas relações apenas entre particulares.

### 3 A eficácia das normas constitucionais

As discussões referentes à eficácia das normas constitucionais passam a ter importância após a promulgação da Constituição Federal de 1891, que, observando a teoria norte americana da self-executing, self-acting, ou self-enforcing e das normas not self-executing, not self-acting, ou not self-enforcing, implementou no texto constitucional a distinção entre normas autoaplicáveis ou autoexecutáveis e normas não-autoaplicáveis ou não-autoexecutáveis.<sup>6</sup>

As normas autoaplicáveis, pelo próprio nome, seriam aquelas que geram seus efeitos por si só, independentemente de qualquer ato legislativo, visto que realizado em sua completude, ou seja, a aplicabilidade da norma constitucional se vislumbra quando completa naquilo que lhe objetiva, sendo dispensável a criação de lei para ulterior regulamentação.<sup>7</sup>

Já as normas constitucionais não autoaplicáveis ou não-autoexecutáveis são aquelas que necessitam de atividade legislativa

para alcançar seu conteúdo, e nas quais o próprio texto legislativo invocará a necessidade de complementação, o que gera e complementa a Constituição.<sup>8</sup>

A denominação utilizada pelo ordenamento jurídico foi se adaptando com o passar do tempo, a fim de se adequar à estrutura jurídica, tendo em vista que denominar a norma de “não-autoexecutáveis” dava a falsa impressão de inexistir eficácia quanto àquela norma, o que, de fato, não é correto já que todas as normas constitucionais têm efeitos jurídicos.

Nessa direção, José Horácio Meirelles Teixeira afirma que toda a norma constitucional alcança algum tipo de eficácia, de tal maneira que esta pode ser considerada de natureza gradual, a qual pode ser classificada como normas constitucionais de eficácia plena e normas de eficácia limitada ou reduzida.<sup>9</sup>

Para esclarecer, as normas de eficácia plena são aquelas que alcançam o objetivo do legislador constituinte, e produz efeitos desde sua promulgação, enquanto as normas de eficácia limitada ou reduzida são aquelas que exigem atuação legislativa para que produzam seus efeitos.

O constitucionalista José Afonso da Silva, a seu turno, desenvolve a teoria tricotômica<sup>10</sup> para explicar a eficácia das normas constitucionais, e as divide em três grupos: as de eficácia plena, de eficácia contida e de eficácia limitada.

De forma singular, as normas de eficácia plena são aquelas que têm aplicabilidade direta, imediata, não dependendo de in-

<sup>6</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 252.

<sup>7</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 254.

<sup>8</sup> MELO, José Tarcízio de Almeida. **Direito constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 49.

<sup>9</sup> Apud SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 257.

<sup>10</sup> SILVA, José Afonso da Silva. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 73.

tervenção do legislador ordinário; as normas de eficácia contida são aquelas que também têm aplicabilidade direta, entretanto, não são totalmente integrais, mas restringiu a atuação do legislador.<sup>11</sup>

As normas de eficácia limitada necessitam de intervenção do legislador ordinário, englobando tanto as normas declaratórias de princípios programáticos, que instituem programas de ação para o Estado, quanto às normas de princípios institutivos e organizatórios, que definem a estrutura de determinados órgãos e instituições<sup>12</sup>.

Maria Helena Diniz formulou a mais recente classificação sobre a eficácia das normas constitucionais, que se apresenta em quatro grupos: normas com eficácia absoluta, normas com eficácia plena, normas com eficácia relativa restringível e normas com eficácia relativa complementável.<sup>13</sup>

Ademais, esclarece a doutrinadora que as normas com eficácia absoluta não podem ser alteradas, identificadas como cláusulas pétreas; as normas com eficácia plena são normas que não requerem complementação pelo legislador ordinário, criando desde logo direitos subjetivos, ao inverso das normas com eficácia relativa restringível, que ao mesmo tempo possui aplicabilidade direta e sofre restrição prevista pela lei ordinária, reduzirá o campo de aplicação. E por fim, as normas com eficácia relativa complementável necessitam da complementação pela legislação

infraconstitucional, já que não possuem por si só condições de produzir efeitos.<sup>14</sup>

Traçada a estrutura da eficácia das normas constitucionais, cumpre adentrar na essência do presente trabalho, voltado a esclarecer a incidência dos efeitos dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas.

#### 4 A eficácia horizontal dos direitos fundamentais

A discussão acerca da incidência dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas surge da década de quarenta, nos EUA, com diversos julgamentos da Suprema Corte, em que era invocada a 14ª Emenda em face de violações dos direitos de particulares.

Essas violações deram origem ao chamado *state action*, que tinha por finalidade investigar se uma conduta praticada por particular poderia ser considerada equivalente a uma ação estatal. Assim, poderia incidir a 14ª Emenda, o que foi reconhecido quando o ato for praticado com participação ou influência do Estado, ou quando os poderes privados assemelham-se às ações praticadas pelo Estado.<sup>15</sup>

Em decorrência do *state action* surgiu a denominada *public function theory*, que consagra a teoria de que seriam aplicados os direitos fundamentais nas relações privadas desde que os particulares, sujeitos às limitações constitucionais, exerçam

<sup>11</sup> SILVA, José Afonso da Silva. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: RT, 1991. p. 79.

<sup>12</sup> MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da; SYLVIO MOTTA, Gustavo Barchet. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 67-68.

<sup>13</sup> Apud SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 260.

<sup>14</sup> MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da; SYLVIO MOTTA, Gustavo Barchet. **Curso de Direito Constitucional**, Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 65.

<sup>15</sup> 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**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 119-192.

atividades de estatais<sup>16</sup>.

Apesar de a jurisprudência ter utilizado por diversas vezes a *public function theory*, a doutrina norte-americana, a partir da década de 70, aponta a falta de critério com que foi utilizada, restringindo sua utilização, dando origem ao *Critical Legal Studies*. Este surgiu para questionar a aplicação da *state action*, com o fundamento de que os direitos fundamentais devem ser considerados nas relações entre particulares, sem a distinção entre direito público e direito privado<sup>17</sup>.

No entanto, essa aplicabilidade horizontal no direito norte americano ainda encontra resistência.

Apesar disso, foi na Alemanha, a partir da década de 50, que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais ganhou seus reais contornos com o termo *dritwirkung der grundrechte*<sup>18</sup> (eficácia perante terceiro). Ao contrário da concepção norte-americana, a concepção alemã apresentou soluções mais radicais para discutir como os direitos fundamentais penetram nas relações particulares. A tese que permeia essa eficácia perante terceiros é que dá origem à outra expressão: *horizontalwirkung*,<sup>19</sup> que significa literalmente eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

A fim de mais bem esclarecer o assunto é importante apresentar e tecer comentários quanto à decisão do caso Lüth da Corte Constitucional Federal Alemã em 1958, contra o cineasta Veit Harlan. O autor que teria feito o filme “Jud Suss” em 1941, considerado uma das mais odiosas e negativas representações dos judeus no cinema.

Com efeito, vários judeus, dentre eles Eric Lüth, presidente do Clube de Imprensa, publicou manifesto com o intuito de boicotar o lançamento do filme “Amada Imortal”, o que ocasionou o fracasso do filme.

Diante de tais fatos, Veit Harlan reuniu-se aos empresários investidores do filme e ingressaram judicialmente no Tribunal Regional de Hamburgo, requerendo a aplicação do Código Civil, com o fundamento de terem sofrido prejuízo. E, segundo a lei alemã, todo aquele que causa prejuízo deve cessar o ato danoso e reparar os danos causados.

O Tribunal acolheu seu pedido, decidindo que Lüth não deveria fazer qualquer boicote ao novo filme de Veit Harlan. Inconformado com essa decisão, Lüth apresentou queixa constitucional para discutir a vedação, já que a Lei Fundamental alemã garante a liberdade de expressão, e não poderia ser punido, já que nada tinha feito a não ser manifestar uma opinião.

<sup>16</sup> SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto. (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 193-284. p. 201.

<sup>17</sup> SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto. (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 193-284. p. 206.

<sup>18</sup> 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**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 119-192; p. 133.

<sup>19</sup> 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**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 119-192. p. 135.

No entanto, a Corte Constitucional Federal Alemã, ao contrário do Tribunal Distrital de Hamburgo, considerou a incitação ao boicote de tais filmes como liberdade de expressão garantida pela primeira seção do artigo 5º de sua Constituição. Sendo assim, entendeu a Corte que deveria ser feito um balanceamento dos princípios constitucionais, pois como as regras de direito civil poderiam limitar um direito constitucional? Por fim, a decisão o princípio da liberdade de expressão deveria ser soberano sobre os demais argumentos, sendo Lüth o vencedor dessa lide.

Esse caso foi um dos maiores acontecimentos que ajudaram a consagrar a aplicabilidade da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais<sup>20</sup>.

## 5 Teorias de aplicação dos direitos fundamentais na esfera privada

Os direitos fundamentais destinam-se principalmente ao Estado, em seu sentido mais amplo, pois qualquer autoridade ou órgão que exerça competência estatal deve respeitar os direitos do indivíduo.

Nessa senda, os direitos fundamentais sempre corresponderão a deveres de não intervenção da liberdade individual, bem como a deveres de prestação e de manutenção de determinada estrutura ou organização.

A supremacia da Constituição garante que nenhuma autoridade estatal desprezará os direitos fundamentais do indivíduo, o que constitui o tradicional efeito vertical dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais não mais se prestam a regular somente as relações entre indivíduo e Estado, mas também a relação entre particulares. Para tal interpretação a doutrina e a jurisprudência alemãs começaram a discutir sobre a admissibilidade, a forma e o grau de incidências desses direitos nas relações entre particulares. No entanto, a discussão primordial tem sido em relação à forma e como isso ocorrerá, pois a discussão se divide na aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais, na relação entre particulares, e na aplicação indireta ou mediata dos direitos fundamentais na esfera privada.

Os direitos fundamentais que, de forma imediata, vinculam o Estado, trazem também consequências a outros titulares pela via indireta da apreciação de conflitos que envolvem a questão relativa a direitos fundamentais por parte do Poder Judiciário; e, além do dever de observar a esfera de liberdade individual garantida pelo direito fundamental, o Estado tem o dever de proteger os direitos contra agressões oriundas de particulares.<sup>21</sup>

Entretanto, a problemática que emerge da vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares está relacionada a seu alcance, uma vez que, em nosso país, ainda não há previsão constitucional sobre este tema, o que não permite definição mais clara do problema.

### 5.1 Teoria da eficácia imediata ou direta dos direitos fundamentais

A teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais foi inicialmente utilizada no

<sup>20</sup> O caso Lüth foi extraído do texto Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade. de autoria de ALEXY, Robert. Acessado em 05/06/2009, Disponível em: <[http://aprender.unb.br/file.php/350/moddata/forum/1622/44598/DIREITOS\\_FUNDAMENTAIS\\_BALANCEAMENTO\\_E\\_RACIONALIDADE\\_-\\_Robert\\_Alexy\\_2\\_.pdf](http://aprender.unb.br/file.php/350/moddata/forum/1622/44598/DIREITOS_FUNDAMENTAIS_BALANCEAMENTO_E_RACIONALIDADE_-_Robert_Alexy_2_.pdf)>

<sup>21</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 107.

efeito horizontal direto, como aplicação imediata da norma constitucional. Essa teoria inicia-se na década de cinquenta na obra de Nipperdey, em que o juiz do Tribunal Alemão defendeu a tese de que alguns direitos fundamentais não vinculam apenas os poderes públicos, mas têm incidência imediata nas relações de direito privado que configurem relação de poder.<sup>22</sup>

O grande problema dentro da aplicabilidade dos direitos fundamentais não surge só em consequência dos abusos praticados pelo Estado, mas também oriundos das ações de terceiros.

Assim, a teoria de Nipperdey com o passar do tempo é retomada por Walter Leisner, que defende a ideia de que, pela ordem jurídica não seria admissível conceber o Direito Privado como um gueto, à margem da Constituição e dos direitos fundamentais<sup>23</sup>. Isto porque, quando tais direitos não forem suficientemente protegidos na esfera privada, as normas constitucionais terão efeito direto na relação entre particulares.

Consoante essa doutrina, Daniel Sarmiento não nega a existência de especificidades nessa incidência, muito menos a necessidade de ponderar tais direitos, esclarecendo tratar-se de doutrina moderada que “não prega a desconsideração da liberdade individual no tráfico jurídico privado.”<sup>24</sup>

O doutrinador Bilbao Ubillos, analisando a Constituição espanhola, afirma que há

direitos fundamentais que permitem de imediato a aplicação da eficácia horizontal, como o direito à honra, à intimidade, à imagem, à religião. Enquanto outros, por sua natureza, vinculam somente o Estado, não existindo igualdade entre os direitos fundamentais, o que torna necessário verificar a extensão de sua eficácia, para se utilizar a teoria mais adequada ao caso.<sup>25</sup>

Sem embargo, a solução para esse caso seria adotar a teoria da eficácia imediata, para tentar equilibrar a proteção da autonomia privada perante os princípios fundamentais da ordem civil. E, para alcançar este intuito, o judiciário deveria, primeiramente, aplicar as normas de direito privado, em conformidade com os direitos fundamentais. E, só em caso de ausência de norma ordinária apropriada, deverão concretizar-se diretamente os direitos fundamentais.

## 5.2 Teoria da eficácia mediata ou indireta dos direitos fundamentais

A teoria da eficácia mediata ou indireta dos direitos fundamentais tem origem na doutrina alemã, formulada em 1956, pelo doutrinador Günter Dürig. Essa teoria tornou-se a concepção dominante no direito germânico, e preconiza que os direitos fundamentais, além de estabelecer direitos subjetivos públicos oponíveis ao Estado, são também a ordem de valores objetiva que irradia efeitos em todas as esferas de direito.<sup>26</sup> A diferença essencial consiste no reconhecimento,

<sup>22</sup> 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. revista e atualizada — Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 119-192. p. 158.

<sup>23</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 117.

<sup>24</sup> Apud ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 514.

<sup>25</sup> Apud SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 222.

<sup>26</sup> 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. revista e atualizada — Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 119-192. p. 161.

pelos primeiros, de que os direitos fundamentais exprimem uma ordem de valores que se irradia por todos os campos do ordenamento, inclusive sobre o direito privado, cujas normas têm de ser interpretadas a seu lume.<sup>27</sup>

Os defensores da teoria da eficácia horizontal mediata sustentarão que tais direitos são protegidos no campo privado, não através do Direito Constitucional, mas sim através de mecanismos típicos do próprio direito privado.<sup>28</sup> Caberá antes de tudo ao legislador privado a tarefa de adequar o direito privado aos valores constitucionais. Ele deverá equilibrar a autonomia da vontade com a proteção dos direitos fundamentais ao particular.

Nesse passo, oportuno dizer que a incidência dos direitos fundamentais ocorrerá no momento em que o legislador concretiza a norma, ou quando juiz interpreta os direitos privados à luz dos direitos fundamentais.

Essa teoria está concretizada no Código Civil brasileiro vigente, que apresenta as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados, dos quais pode se dizer o seguinte:

Conceitos legais indeterminados são palavras ou expressões indicadas na lei, de conteúdo e extensão altamente vagos, imprecisos e genéricos, e por isso mesmo esse conceito é abstrato e lacunoso. Sempre relacionam-se com a hipótese de fato posta em causa. Cabe ao juiz, no momento de fazer a subsunção do fato à norma, preencher os claros e dizer se a norma atua ou não no caso concreto. Preenchido o conceito legal indeterminado (unbestimmte

Gesetzbegriffe), a solução já está pré-estabelecida na própria norma legal, competindo ao juiz apenas aplicar a norma, sem exercer nenhuma função criadora. Distinguem-se das cláusulas gerais pela finalidade e eficácia. A lei anuncia o conceito indeterminado e dá as consequências dele advinda.<sup>29</sup> Continua o eminente doutrinador na definição de cláusula geral:

Com significação paralela aos conceitos legais indeterminados, as cláusulas gerais (Generalklauseln) são normas orientadoras sob forma de diretrizes, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando-o ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir. As cláusulas gerais são formulações contidas na lei, de caráter significativamente genérico e abstrato, cujos valores devem ser preenchidos pelo juiz, autorizados para assim agir em decorrência da formulação legal da própria cláusula geral, que tem natureza de diretriz.<sup>30</sup>

Apesar de se ter aplicabilidade dessa teoria conforme a decisão do caso Lüth que, como já mencionado, acolheu o recurso. Para tal fundamentou no entendimento de que cláusulas gerais do direito privado têm de ser interpretados em consonância com a ordem de valores a qual se assenta a Constituição, levando em consideração os direitos fundamentais, o que não tinha ocorrido na primeira instância.

No entanto, como ainda não é pacífica a aceitação dessa teoria, eis que existem três críticas fundamentais que recaem sobre ela.

A primeira crítica que se faz à teoria é que a impregnação das normas de direito privado pelos valores constitucionais podem causar um sério problema, quanto ao princípio da legalidade, ampliando a indeterminação e a insegurança na apli-

<sup>27</sup> SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto. (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. revista e atualizada — Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 193-284. p. 199.

<sup>28</sup> SARMENTO, Daniel. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil**. In: BARROSO, Luís Roberto. (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. revista e atualizada — Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 193-284. p. 213.

<sup>29</sup> NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Novo Código Civil e legislação extravagante anotados**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p.5.

<sup>30</sup> NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Novo Código Civil e legislação extravagante anotados**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p.5.

cação das normas civis e comerciais. A segunda é que a teoria da eficácia mediata não proporcionaria proteção integral dos direitos fundamentais, que ficam à mercê da vontade do legislador. E por fim, há ainda quem a denote de caráter supérfluo, pois acaba conduzindo o interprete à noção antiquada de interpretação, conforme a Constituição<sup>31</sup>.

Ocorre que a aplicação dos direitos fundamentais fica adstrita à legislação ordinária, quando não, à interpretação do juiz quanto aos conceitos jurídicos indeterminados.

Portanto, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais é de vital importância na atualidade; e a teoria indireta ou mediata dos direitos fundamentais nem sempre consegue atender com presteza a esse fim, uma vez que tem sua eficácia limitada aos direitos fundamentais positivados no ordenamento jurídico. Entretanto, mostra-se como entremeio, contraponto, menos radical, do que a teoria da imediata e direta eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

### 5.3 Teoria dos deveres de proteção

Trata-se da mais atual teoria acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, vinculando os poderes públicos aos direitos fundamentais. E ainda presumindo que o Estado não apenas deve abster-se de lesar os bens jurídicos fundamentais, mas também deve atuar positivamente, defendendo-os de quaisquer tipos de ameaça, principalmente daquelas oriundas de terceiros<sup>32</sup>.

Isso quer dizer que os direitos fundamentais são direcionados apenas para o Estado, pois será ele quem conciliará autonomia privada nessas situações. Assim, este conceito estaria relacionado à atuação do legislador em desenvolver mecanismos de tutela dos direitos fundamentais, bem como do dever dos juízes de promover sua efetivação através de suas decisões.

Apesar de essa teoria parecer em demasia com a teoria mediata, esta alarga ainda mais a aplicação dos direitos fundamentais na relação entre particulares, tendo em vista, que ela impõe ao Estado e a suas instituições o dever de zelar pela sua aplicação.

## 6 Conclusão

Os direitos fundamentais, em sua amplitude, fazem parte de um movimento evolutivo dentro da estrutura social, tendo suas origens na idade antiga, no momento em que se considerou o homem em perspectiva de igualdade natural.

A construção dos direitos fundamentais na história, até os dias atuais, percorreu caminho acidentado, até sua efetiva caracterização como direitos inerentes ao ser humano.

Tão importantes são estes direitos que tomaram forma universal, inobstante a nomenclatura e a conceituação que se pretenda, ressaltando que esses direitos visam a defender o ser humano diante das violações de direitos que se mostrem indispensáveis a seu desenvolvimento.

<sup>31</sup> SARMENTO, Daniel. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil**. In: BARROSO, Luís Roberto. (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. revista e atualizada — Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 193-284; p. 220.

<sup>32</sup> 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. revista e atualizada — Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 119-192; p. 162.

Importante reconhecer que, apesar de tais direitos terem surgido com a missão de limitar o poder estatal, no afã de impedir as arbitrariedades cometidas pelos entes do Estado, a doutrina e a jurisprudência mundial vêm trabalhando situações que permitem utilizar os direitos fundamentais nas relações entre o ente estatal e o particular, bem como na relação entre particulares.

Há teorias que explicam a extensão dos direitos fundamentais às relações particulares, como a teoria da eficácia direta e imediata que nasceu da iminente necessidade de erradicar as desigualdades sociais, permitindo a garantia mais ampla dos direitos fundamentais.

Sistema diferente ocorre com a teoria da eficácia indireta e mediata, com traços mais conservadores, pois se preocupa com a delegação de poderio decisório aos magistrados, e visa a limitar a aplicação horizontal dos direitos fundamentais no caso de inexistência de outros meios capazes de solucionar o conflito de interesses.

Não bastasse, a doutrina criou a teoria dos deveres de proteção que tem por objetivo demandar toda a responsabilidade sobre os direitos fundamentais ao Estado. Ou seja, o Estado seria o sujeito dos direitos fundamentais, pois não teria apenas a obrigação de se abster da prática violadora desses direitos, mas também impedir as ameaças e as violações de direitos dos particulares, enquanto integrantes do corpo social.

Por fim, independente da teoria afiliada à aplicação horizontal dos direitos fundamentais é realidade nos tribunais, não sendo mais preocupação seu cabimento ou não. E no momento sócio-jurídico atual, são preocupantes os critérios utilizados pelos julgadores no momento da interpretação dos direitos fundamentais, visto que o liberalismo exacerbado implicará a falta de segurança quanto às decisões, mantendo a incerteza e insegurança social, além de propagar a violação desses direitos inerentes ao ser humano.

## 7 Bibliografia

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade**. Disponível em: <[http://aprender.unb.br/file.php/350/moddata/forum/1622/44598/DIREITOS\\_FUNDAMENTAIS\\_BALANCEAMENTO\\_E\\_RACIOANLIDADE\\_-\\_Robert\\_Alexy\\_2\\_.pdf](http://aprender.unb.br/file.php/350/moddata/forum/1622/44598/DIREITOS_FUNDAMENTAIS_BALANCEAMENTO_E_RACIOANLIDADE_-_Robert_Alexy_2_.pdf)>. Acesso em: 05 jun. 2009.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 7. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 82.

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

MELO, José Tarcízio de Almeida. **Direito constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. Coleção temas jurídicos; 3. São Paulo: Atlas, 1998.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da; SYLVIO MOTTA, Barchet, Gustavo. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Novo código civil e legislação extravagante anotados**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 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. 2. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 119-192.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto. (Org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 193-284.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

\_\_\_\_\_. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.