

# PONDERAÇÕES SOBRE A VINCULAÇÃO DIRETA DAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS POSITIVADOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL<sup>†</sup>

Nildeval Chianca Jr.\*

## INTRODUÇÃO



Este trabalho tem como objeto o tema da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, o qual é discutido em sede doutrinária a partir de meados do século XX, com debate iniciado na Alemanha. Atualmente, é apresentado por terminologias variadas como eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, eficácia entre terceiros (*Drittwirkung der Grundrechte*),<sup>1</sup> eficácia externa e eficácia horizontal dos direitos fundamentais,<sup>2</sup> adiantando-se que as terminologias serão utilizadas ao longo do trabalho de forma indistinta.

Sendo os direitos fundamentais garantias jurídicas em tutela da liberdade e da autonomia, indaga-se: a vinculação dos particulares a esses direitos confirma ou corrompe essa função

---

<sup>†</sup> Anteriormente publicado na *Revista de Direito da Saúde Suplementar*. São Paulo: Quartier Latin, 2017, Ano 1, nº 1. ISBN: 85-7674-893-2, p. 33-80.

\* Mestre em Ciências Jurídico-políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Advogado e Professor com atuação especializada em Direito da Saúde Suplementar e Direito do Trabalho.

<sup>1</sup> Na Alemanha, o uso consagrou a expressão “eficácia entre terceiros” (*Drittwirkung der Grundrechte*).

<sup>2</sup> A horizontalidade referida decorreria da igual titularidade de direitos fundamentais dos sujeitos privados, estando todos no mesmo horizonte face aos direitos fundamentais nas relações entre si entabuladas: igualmente titulares desses direitos. Isso difere da posição do Estado (ao se relacionar com os indivíduos) posto que, não sendo titular de direitos fundamentais, apenas destinatário das normas, aparece em posição não igual face a outro sujeito da relação, e por isso fala-se, nessas situações, em eficácia vertical dos direitos fundamentais.

dos direitos fundamentais?

A vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, sem mediação legal, nos dias atuais, “amarra” os indivíduos de forma a impedir um livre tráfego de vontade entre os sujeitos privados ou, ao contrário, é a ausência de uma vinculação direta a esses direitos que comprime as possibilidades de uma efetiva fruição da liberdade individual no âmbito privado?

Atuando no setor privado, as operadoras de planos de saúde e seus beneficiários qualificam-se como “particulares” (entes não estatais), e não raras vezes decisões judiciais estendem à relação entabulada entre eles os direitos fundamentais previstos constitucionalmente, extraindo por exemplo do direito à saúde (art. 6º da CF) pretensões a prestações materiais fáticas destinadas às operadoras, em favor dos beneficiários que mantém contrato com elas, o que termina por vincular diretamente esses entes particulares aos direitos fundamentais, e esta é a problemática que se analisará neste artigo.

Nesse contexto, pretende-se discutir nas próximas páginas, de forma resumida e não exauriente pelas limitações de espaço que se tem, se, pela análise da Constituição Federal do Brasil (CF), através de um trabalho de fundamentação constitucional, é possível se extrair elementos que justifiquem uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais. Reconhecendo-se uma vinculação, o passo seguinte é responder *como* se dá essa vinculação, se nos mesmos termos que os direitos fundamentais vinculam o Estado ou se de forma diversa, sendo, nesse último caso, necessário especificar qual a intensidade da vinculação, isso para que a resposta apresentada seja consistente, necessitando de um suficiente e eficiente trabalho de construção.

Não será possível apresentar neste artigo todas as teorias que se levantaram sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, porém, centrar-se-á naquela que defende a eficácia direta, para avaliar seus erros e acertos, tendo em vista ser a doutrina que conta hoje com razoável aceitação no Brasil.

## 1. AS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE COMO “PARTICULARARES” NA DISCUSSÃO DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

As operadoras de planos de saúde são entidades que exploram atividade econômica no setor da Saúde Suplementar, mediante prévia autorização de funcionamento expedida pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), por meio de quem o Estado mantém forte interferência nesse setor econômico, limitando consideravelmente a autonomia de vontade das operadoras.

Há um rígido controle da atuação desses entes pelo Agente Regulador, impedindo-os até mesmo de escolher livremente os termos das cláusulas dos contratos que firmam com seus beneficiários. Por exemplo, as disposições dos contratos firmados entre as operadoras de planos de saúde e seus beneficiários não são frutos da criatividade intelectual de nenhuma das partes, mas sim mera reprodução das cláusulas que a ANS impõe que constem nesses negócios jurídicos, conforme dispõe o art. 16 da Instrução Normativa nº 23/2009 da Diretoria de Normas e Habilitação dos Produtos da ANS e seu Anexo I.

Com isso, é correto afirmar que, pelo nível de interferência da Agência Reguladora nesse setor, resta bastante comprimida a liberdade de ação e atuação das operadoras de planos de saúde, de forma que esses entes, em grande parte, não fazem o que querem, mas apenas o que a ANS permite que eles façam, o que termina por praticamente anular o poder dessas operadoras de impor a terceiros, livremente, pretensões que lhes favoreçam.

Ademais, tanto as operadoras de planos de saúde quanto seus beneficiários são entes não estatais, considerados, assim, “particulares”. Por isso, o presente artigo irá discutir a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais previstos na Constituição, de forma mais geral, tendo em vista que as

operadoras de planos de saúde e seus beneficiários qualificam-se como entes privados, inseridos no contexto das discussões sobre a eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações interprivadas.

## 2. TEORIA DA EFICÁCIA IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES INTERPRIVADAS

A teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares difere da teoria da eficácia mediata (principalmente em contraposição à corrente majoritária na Alemanha e adotada pelo Tribunal Constitucional daquele país), basicamente por admitir um efeito aos direitos fundamentais nas relações interprivadas sem a necessidade da mediação legislativa (sequer através de cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados).<sup>3</sup>

Embora se pudesse pensar o contrário, não foram os constitucionalistas quem tentaram dar uma maior extensão aos efeitos dos direitos fundamentais, entendendo-os aplicáveis *diretamente* às relações entre particulares, isso ao menos no início da discussão doutrinária. Foi justamente a doutrina constitucionalista quem sustentou inicialmente uma vinculação atenuada, *mediata* (cite-se Mangoldt, Dürig, Krüger, Hesse, Ehmke), enquanto a teoria da eficácia *imediata* foi defendida pioneiramente por Hans Carl Nipperdey (posteriormente adotada e reforçada por Walter Leisner),<sup>4</sup> jurista alemão afeto à área de direito privado, cuja primeira manifestação se deu em artigo publicado em 1950, com particular referência ao direito do trabalho e analisando o direito à igualdade salarial entre homem e mulher.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Nesses termos, cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 89.

<sup>4</sup> Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *A intervenção do Provedor de Justiça nas relações entre privados*. O Provedor de Justiça – Novos Estudos. Lisboa: 2008, p. 245.

<sup>5</sup> Alexei Julio Estrada afirma que uma abordagem mais sistemática e ordenada sobre

Nipperdey entendia que a negação de uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais findaria por atribuir a essas normas cunho meramente declaratório.<sup>6</sup> Defendeu o jurista alemão que as ameaças aos direitos fundamentais na sociedade do século XX não provinham apenas do Estado, mas também de grupos sociais, de entes privados que detém poder social e econômico capaz de afetar de forma real a liberdade dos cidadãos,<sup>7</sup> verificando-se assim uma transformação no âmbito do significado dos direitos fundamentais.<sup>8</sup>

O referido jurista não deixa de reconhecer que nem todos os direitos fundamentais se aplicam às relações entre particulares (seria o caso dos direitos *unidireccionais*, destinados exclusivamente ao Estado),<sup>9</sup> entretanto, nos demais casos, essa

---

o tema, feita por Nipperdey (eficácia horizontal dos direitos fundamentais), se deu em obra escrita em conjunto com Enneccerus sobre a parte geral do Direito Civil, em 1958. Mas, antes disso, Nipperdey também já se havia ocupado dessa problemática em artigo publicado em Berlim, em 1954, ao tratar do significado do postulado da dignidade consagrado pela Lei Fundamental da Alemanha nas relações jurídico-privadas (ESTRADA, Alexei Julio. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 103 e nota 46).

<sup>6</sup> Essa concepção foi compartilhada por Hermann von Mangoldt, um dos principais autores da Lei Fundamental da Alemanha, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição Concretizada. Construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 122.

<sup>7</sup> Nesses termos, cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 252.

<sup>8</sup> Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais... Op., cit.*, p. 122.

<sup>9</sup> Cf. ESTRADA, Alexei Julio. *La eficacia... Op. cit.*, p. 103-105. **No mesmo sentido do unidirecionamento de alguns direitos fundamentais ao Estado**, leciona Bilbao Ubillos: “En el otro espectro se encuentran aquellos derechos que, por su propia naturaleza, son oponibles únicamente frente al Estado.” (p. 328), e exemplifica com o princípio da legalidade penal, etc. Nos demais casos, o constitucionalista espanhol defende que a questão continuaria em aberto (UBILOS, Juan Mariá Bilbao. *En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 328-329). Já Ingo Wolfgang Sarlet afirma que esses direitos, destinados exclusivamente ao Estado, estão excluídos da problemática questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre privados, sendo eles,

aplicação seria direta, conferindo direitos subjetivos aos particulares nas relações estabelecidas entre si.<sup>10</sup> É que embora defenda uma vinculação imediata sobretudo quando uma das partes fosse um “poder social”,<sup>11</sup> Nipperdey não exclui a aplicação direta desses direitos, como norma de valor comunitário, às relações privadas paritárias e, nesse campo também, não apenas como regras de interpretação ou preenchimento de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.<sup>12</sup>

Do que foi afirmado até aqui, vê-se a direta ligação do tema da vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais com a possibilidade dos indivíduos (nas relações entre si), por ato de vontade e vinculando-se juridicamente a tanto, autolimitarem-se, renunciando a posições jurídicas de direito fundamental (seria a autonomia privada a justificar uma afetação ao direito fundamental, e os direitos fundamentais a justificar uma afetação à autonomia privada).<sup>13</sup> É que, naturalmente, só faz sentido falar em renúncia a direito fundamental nas relações

---

entre outros, o direito à nacionalidade, as garantias fundamentais processuais (especificamente na seara penal), direitos de asilo e não-extradição (SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais... Op. cit.*, p.115-116).

<sup>10</sup> Nesses termos, cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 89 e 91.

<sup>11</sup> Afirma Nipperdey que a norma de direito fundamental, em princípio, “debe aplicarse sin límite, donde se trate de la relación entre el individuo y los poderes sociales.” (p. 107). Complementa o jurista alemão afirmando que, também nas relações reais de poder em que se possa equiparar, nesse ponto concreto, à soberania estatal, a aplicação deveria ser direta: “A semejante estado de cosas, que *de hecho* equivale a la sujeción del individuo *al poder soberano*, deben aplicarse directamente las normas constitucionales” (p. 103) (NIPPERDEY *apud* ESTRADA, Alexei Julio. *La eficacia... Op. cit.*, p. 107).

<sup>12</sup> Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos... Op. cit.*, p. 253.

<sup>13</sup> A vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais tem como consequência a limitação da autonomia privada em termos de razoabilidade e proibição do excesso. Conforme Paulo Otero, é próprio do reconhecimento da vinculação direta uma “limitação ou compressão do âmbito de operatividade da liberdade geral das entidades privadas no seu relacionamento com outras entidades privadas.” (OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2007, p. 593).

interprivadas se previamente se reconhecer a direta vinculação desses sujeitos.<sup>14</sup>

Sendo a renúncia uma diminuição, por ato de vontade, do âmbito protegido do renunciante, repercutindo no aumento da margem de atuação da parte oposta, que se vê mais livre para invadir aquele âmbito anteriormente protegido,<sup>15</sup> tem como pressuposto e questão prévia o reconhecimento da existência de uma posição jurídica subjetiva tutelada por norma de direito fundamental face o outro e,<sup>16</sup> por outro lado, o dever *a priori* desse outro de não desrespeitar aquele âmbito protegido.<sup>17</sup> Ou seja, a renúncia pressupõe um direito subjetivo de um particular face a outro e, sendo assim, há uma afetação ao direito por força de manifestação de vontade do titular do direito afetado.

É bem verdade que nas relações negociais, segundo os adeptos dessa doutrina, a vinculação direta não repercute sempre na prevalência do direito ou do bem jusfundamentalmente protegido e supostamente afetado em face da autonomia, haja vista esta última também ser um bem com tutela constitucional. Isso pode ser explicado fazendo-se um paralelo entre o princípio democrático e a autonomia privada.

Enquanto o princípio democrático aponta para se aplicar sempre as decisões da maioria, os direitos fundamentais

---

<sup>14</sup> Segundo Jorge Reis Novais, “o tratamento da problemática da renúncia a direitos fundamentais no âmbito das relações jurídicas privadas pressupõe a consideração prévia da chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais.” (NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais – Trunfos contra a Maioria*. Coimbra Editora, 2006, p.214).

<sup>15</sup> Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais... Op. cit.*, p.219.

<sup>16</sup> Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais... Op. cit.*, p.214.

<sup>17</sup> A adesão à teoria que admite a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações interprivadas repercute, como já afirmado, no reconhecimento desses direitos como direitos subjetivos frente a terceiros. Para Ingo Sarlet, a adesão dessa corrente repercutiria na proibição de ingerência no tráfego jurídico-privado e a função dos direitos fundamentais como direitos de defesas oponíveis inclusive face a outros particulares, “acarretando uma proibição de qualquer limitação aos direitos fundamentais contratualmente avançados, ou mesmo gerando direito subjetivo à indenização no caso de uma ofensa oriunda de particulares.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais... Op. cit.*, p. 122-123).

aparecem como “bloqueadores de competência”. Assim, da mesma forma, sendo a autonomia privada princípio formal tão quanto a “competência decisória do legislador”,<sup>18</sup> os direitos fundamentais seriam bloqueadores de competência, criando uma não competência dos particulares (do próprio titular do direito e de terceiros) e,<sup>19</sup> por isso, a solução apresentada para quando seja necessário comprimir essa competência privada deveria ser dada, defendem, à luz do caso concreto e ponderando-se os valores envolvidos.<sup>20</sup>

Isso é assim porque, segundo essa doutrina, estando-se diante de uma colisão entre princípios, um a limitar as possibilidades fáticas e jurídicas de realização do outro, a solução da problemática deveria levar em consideração, necessariamente, o que Robert Alexy definiu como colisão entre direito fundamental em sentido amplo (colisão entre direito fundamental com um bem constitucionalmente protegido).<sup>21</sup> Aqui é importante pontuar que é recorrente entre os adeptos dessa corrente fazerem uso das máximas da proporcionalidade para resolver a colisão entre esses dois princípios vinculantes<sup>22</sup> (o direito fundamental em

---

<sup>18</sup> Isso na medida em que a autonomia privada consiste em uma específica competência para os particulares produzirem efeitos jurídicos, cf. PINTO, Paulo Mota. *Autonomia privada e discriminação: algumas notas* In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 382.

<sup>19</sup> Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização...* *Op. cit.*, p. 152.

<sup>20</sup> Cf. SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 240; STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 216 ss.

<sup>21</sup> Para uma análise completa de sua lei de colisão, v. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 85-179.

<sup>22</sup> Nesses termos, de forma mais pormenorizada, cf. CRUZ, Rafael Naranjo *De La. Los Límites de Los Derechos Fundamentales en Las Relaciones entre Particulares: la buena fe*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 215-226; Também, cf. STEINMETZ, Wilson. *Princípio da Proporcionalidade e Atos de Autonomia Privada. Restrição de Direitos Fundamentais*. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 11-53; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais ... Op. cit.*, p. 157, entre outros.



jogo e a autonomia privada) ou entre dois direitos fundamentais de particulares em colisão nos casos de relações não negociais.<sup>23</sup>

Alheios à problemática da eficácia horizontal, os adeptos dessa teoria pontuam alguns casos em que a Constituição teria expressamente e de forma indiscutível consagrado direitos fundamentais destinados aos particulares. Seriam aqueles direitos que, pela estrutura da norma, não faria sentido seu reconhecimento sem a destinação dos mesmos aos particulares, estabelecendo-se assim, desde já, eficácia desses direitos fundamentais nas relações privadas<sup>24</sup> (embora isso não queira dizer que esses direitos não sejam, também, oponíveis face o Estado, mas sim, e apenas, diz-se que não seriam exclusivamente os entes estatais os destinatários da norma).<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> Nos termos do que já foi afirmado anteriormente, o uso da máxima da proporcionalidade para efetuar um suposto controle da constitucionalidade dos atos decorrentes do exercício da autonomia privada (que afetem direitos fundamentais) pressupõe já uma anterior vinculação direta dos particulares. Em se admitindo a vinculação, o passo seguinte seria resolver a tensão entre os princípios. Nesses exatos termos, Wilson Steinmetz afirma que “dada a existência de restrições a direitos fundamentais, o princípio também é aplicável ao universo das relações entre particulares. Em suma, ela diz que onde houver vinculação a, exercício de e restrições a direitos fundamentais em questão, será constitucionalmente legítimo o controle da constitucionalidade.” (STEINMETZ, Wilson. *Princípio da... Op. cit.*, p. 15).

<sup>24</sup> Diferentemente, Jorge Reis Novais entende que apenas aparentemente há direitos fundamentais que tenha como objeto, inclusive, a regulação de relações jurídicas entre particulares. Para esse autor, até esses direitos que a doutrina exclui da discussão suscitam os mesmos problemas de se saber se os destinatários da correspondente proibição, imposição ou permissão constitucionais são inclusive os particulares ou apenas o Estado. (NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais ... Op. cit.*, p. 70-71).

<sup>25</sup> A possível ausência de unicidade na doutrina sobre quais seriam esses direitos que a Constituição, expressamente, direcionou às relações entre particulares, não invalida o que é quase unânime na doutrina: que a estrutura de algumas normas de direito fundamental denunciam que não faz sentido seu reconhecimento sem ter o particular como destinatário da norma. Por outro lado, não se busca, no presente trabalho, ousar em apresentar todos os direitos fundamentais constantes na Constituição brasileira que, pela sua estrutura, se destinaria aos particulares, pois tal labor requereria uma análise de cada direito, em particular, pesquisa essa que melhor colocada ficará em um estudo à parte. Resta aqui demonstrar que a doutrina, quase que de forma unânime, admite que há direitos excluídos da discussão, por uma imposição constitucional de

Referindo-se à Constituição da República Portuguesa (CRP), Gomes Canotilho aponta a inviolabilidade do domicílio e das correspondências (art. 34, 1 da CRP),<sup>26</sup> a “liberdade de expressão e criação dos jornalistas e colaboradores” (art. 38º, 2, “a”, da CRP), o direito das “comissões de trabalhadores” de “receber todas as informações necessárias ao exercício da sua atividade” (art. 54º, 5, “a” da CRP), entre outros, como direitos previstos expressamente destinados, inclusive, aos particulares.<sup>27 28</sup> Cita ainda o art. 36º/3, que determina que os “cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e dever de manutenção dos filhos”, além de se dirigir ao “legislador da família”, vinculando diretamente os “cônjuges privados ao princípio da igualdade”, o que, segundo Canotilho, torna inválida qualquer cláusula restauradora de figuras de “chefe de família”.<sup>29</sup>

Referindo-se à Constituição brasileira, Ingo Wolfgang

---

necessária destinação aos particulares, trazendo-se à baila alguns desses direitos apontados pelos autores que se pronunciaram sobre a problemática.

<sup>26</sup> Questionando se o direito à greve é destinado “principal ou exclusivamente” aos particulares, José de Melo Alexandrino afirma que “o conteúdo da garantia fundamental do direito à greve analisa-se numa relação entre o sujeito activo (o trabalhador), o sujeito passivo (o Estado) e o objecto do direito (o conjunto de poderes necessários para decidir, aderir a, e conduzir a greve), onde de modo algum figuram as entidades patronais.” (ALEXANDRINO, José de Melo. *Direitos Fundamentais. Introdução Geral*. Estoril: Principia, 2007, p. 97).

<sup>27</sup> Cf. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1290.

<sup>28</sup> Konrad Hesse, referindo-se à Lei Fundamental alemã e especificamente aos “efeitos diante terceiros” dos direitos fundamentais, afirma que “a ele, às avessas, indubitavelmente, deve ser respondido afirmativamente na medida em que a Lei Fundamental mesma atribui expressamente a um direito fundamental efeito contra terceiros. Isso é o caso, na liberdade de coalisão do art. 9º, alínea 3, da Lei Fundamental; se o art. 9º, alínea 3, frase 2, da Lei Fundamental, determina que convenções, as quais procuram restringir o direito à formação de coalisões, são nulas, então manifesta-se nisso univocamente esse efeito vinculante. Ele também é unanimemente reconhecido.” (HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. da 20ª ed. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 282).

<sup>29</sup> CANOTILHO, José Joaquim gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 90.

Sarlet (representante da doutrina brasileira que defende a eficácia horizontal dos direitos fundamentais)<sup>30</sup> cita o direito à indenização por dano moral ou material no caso de exercício abusivo do direito à livre manifestação do pensamento (art. 5º, IV e V da CF), cita também o direito à inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI da CF) e o sigilo das correspondências e comunicações (art. 5º, XII da CF), afirmando ainda que essa vinculação direta, à parte da discussão, ocorre especialmente com os direitos dos trabalhadores previstos no art. 7º da Constituição brasileira,<sup>31</sup> onde os destinatários são, inclusive, os próprios particulares.<sup>32</sup> Também, a liberdade de associação (art. 5º, XVII, XVIII, XIX, XX, XXI da CF), inclusive sindical (art. 8º da CF), incluem-se nessas normas jusfundamentais que a doutrina reconhece, destinadas diretamente aos particulares e alheia à problemática.<sup>33</sup>

Da mesma forma, Bilbao Ubillos afirma que se deve levar em consideração, em primeiro lugar, a diversidade estrutural dos direitos constitucionais,<sup>34</sup> defendendo a existência de

---

<sup>30</sup> Ingo Sarlet faz uma defesa plena da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Embora os objetivos do presente trabalho sejam mais restritos, cita-se expressamente o doutrinador brasileiro para que se tenha noção do grau de vinculação defendida pelo mesmo: "(...) todos os direitos fundamentais (mesmo os assim denominados direitos a prestações) são, ademais, eficazes (vinculantes) no âmbito das relações entre particulares, inexistindo, em princípio, distinção entre os direitos de cunho defensivo e os direitos prestacionais, em que pese o seu objeto diverso e a circunstância de que os direitos fundamentais do último grupo possam até vincular, na condição de obrigado, em primeira linha os órgãos estatais." (SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais... Op. cit.*, p. 154).

<sup>31</sup> Segundo Daniel Sarmento, defensor da teoria da eficácia imediata no Brasil, referindo-se à vinculação dos particulares aos direitos trabalhistas, afirma que "(...) tal questão não provoca maiores dúvidas ou controvérsias, na medida em que tais direitos foram concebidos exatamente para incidir sobre relações privadas entre trabalhadores e empregadores." (SARMENTO, Daniel. *Direitos... Op. cit.*, p. 288).

<sup>32</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais... Op. cit.*, 2000, p.116.

<sup>33</sup> Paulo Gustavo Gonet Branco considera que "o direito de associação apresenta aspecto horizontal, de eficácia em face de particulares, que não pode ser desprezado." (MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; COELHO, Mártires Coelho; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 454).

<sup>34</sup> A análise estrutural das normas significa aqui uma análise da estrutura interna da

direitos fundamentais que sua projeção imediata às relações entre privados é própria da estrutura e da definição do direito. Destaca o jurista espanhol o direito de sindicalizar-se livremente, o direito de greve (art. 28 da Constituição espanhola), o direito à liberdade sindical, o direito à honra, à intimidade e à própria imagem, sendo estes últimos direitos da personalidade constitucionalizados, entre outros.<sup>35</sup>

Arremata ainda o constitucionalista espanhol, em defesa da teoria da eficácia imediata, defendendo que o próprio reconhecimento constitucional do direito se identifica com sua eficácia frente a terceiros, e essa eficácia horizontal formaria “parte do conteúdo essencial” do direito fundamental indisponível ao legislador.<sup>36</sup> Complementa, ainda, sustentando que condicionar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares à dependência total do legislador seria retirar desses direitos o caráter que o destaca, ou seja, o caráter de “direito fundamental”.<sup>37 38</sup>

---

norma que confere direito fundamental. Pela estrutura da norma pode-se identificar os elementos que compõem o direito fundamental, quais sejam: o elemento subjetivo, o objetivo e o elemento formal. Enquanto elemento subjetivo, está-se fazendo referência aos sujeitos do direito (titular e destinatário); o elemento objetivo refere-se ao objeto (âmbito) de proteção do direito fundamental, ou seja, o feixe de faculdades protegidas; e o elemento formal refere-se às garantias formais específicas do direito fundamental (cf. STEINMETZ, Wilson. *A vinculação... Op. cit.*, p. 278, nota 15).

<sup>35</sup> UBILLOS, Juan Mariá Bilbao. *En qué medida... Op. cit.*, p. 328.

<sup>36</sup> UBILLOS, Juan Mariá Bilbao. *En qué medida .... Op. cit.*, p. 328.

<sup>37</sup> UBILLOS, Juan Mariá Bilbao. *La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en el ordenamiento español* in MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg SARLET, Ingo (Org.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado. Uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 189.

<sup>38</sup> Bilbao Ubillos ressalta a natural demora do legislador na concretização (e aqui se acrescenta, na “expansão” expressa dos efeitos) dos mandados constitucionais. Referindo-se à Constituição espanhola, registra o jurista que os anos que se passaram imediatamente após a entrada em vigor da Constituição, a maior parte dos direitos fundamentais careciam desse desenvolvimento por parte do legislador ordinário e, por tal motivo, entende que realmente seria fazer letra sem força a Constituição caso não fosse atribuída alguma eficácia direta, mesmo que atenuada, aos direitos fundamentais frente a terceiros (UBILLOS, Juan Mariá Bilbao. *La eficacia .... Op. cit.*, p. 188).

### 3. EFICÁCIA IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE PODER OU DE PODER PRIVADO

Inicialmente, passa-se a enfrentar a doutrina que admite uma vinculação direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares nos casos em que fique latente uma relação de poder social, poder privado de uma das partes. E por que se optou por iniciar por essa variação da teoria? É que essa doutrina na verdade nega, em regra, a aplicação imediata, admitindo-a no caso excepcional de se estar perante um poder social de uma das partes, o que, sustentam, justificaria uma vinculação direta tendo em vista que o poder social seria tão potencial limitador da liberdade individual quanto o poder estatal o é.<sup>39</sup> Como a teoria em si nega a vinculação direta, admitindo-a nesse caso pontual, resta saber se o critério de diferenciação – poder social – é ou não justificável constitucionalmente para uma diferenciação de efeitos dos direitos fundamentais.

De início se vê a dificuldade de se delimitar o que vem a ser poder social para fins de vinculação diferenciada (direta) dos particulares. É que a doutrina fala em um “poder de fato inequívoco e objetivamente determinável”, prescindindo inclusive de ser necessariamente um “poder jurídico”,<sup>40 41</sup> e, há de se convir

---

<sup>39</sup> Jorge Miranda bem ressalta que a premissa dessa tese gira em torno da dialética liberdade-poder: “(...) se, em vez de ser poder político, for um poder de grupo ou de uma entidade privada dominante, os direitos, liberdades e garantias deverão valer de modo absoluto, enquanto tais (...)” (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 324-325).

<sup>40</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos... Op. cit.*, p. 263. Também compartilhando dessa ideia de ser necessário um poder de fato inequívoco e objetivamente determinável, e não uma dependência subjetiva e momentânea, cf. SILVA, Vasco Pereira da. *A vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias*. Revista de Direito e de Estudos Sociais. Abril-Junho, Ano XXIX (II da 2ª Série). Coimbra: Almedina, 1987, p. 269.

<sup>41</sup> João Caupers afirma que “as situações de poder de facto devem ter o mesmo tratamento, no que se refere à protecção dos direitos fundamentais, das situações de poder

que essas características apontadas estão presentes tanto em relações de vínculo empregatício, como também entre relações familiares (pais e filhos), grupos de associados e seus membros considerados individualmente, escolas privadas e estudantes, hospitais e pacientes, entre pessoas com melhores condições econômicas e aqueles sem os níveis mínimos de escolaridade, o que demonstra o quão vago é o conceito de poder social. E, então, pergunta-se: quais dessas relações preenchem os requisitos necessários para serem consideradas poder social apto a ver aplicadas a si, diretamente, os direitos fundamentais?<sup>42</sup>

A questão parece não ter resposta, haja vista que, a partir do momento em que se exige um “poder de fato inequívoco e determinável objetivamente”, todas as situações acima descritas parecem estar inclusas no que a doutrina considera poder social, o que causaria problemas intransponíveis. Imagine-se um filho levantando a seu favor o direito fundamental à liberdade de locomoção, de expressão, de pensamento, o direito de ir e vir, face ao pai que lhe impõe uma restrição qualquer.<sup>43</sup> É que sendo uma relação de poder, o filho levantaria seu direito e o pai, ao que parece, ficaria “desarmado”, posto que talvez as intenções que o fazem tomar aquela decisão não tenham razões, justificação ou comprovação, sendo fruto, apenas, de mera liberalidade do pai em não deixar, por exemplo, o filho sair de casa durante a semana ou durante o período escolar (ano letivo), ou proíba o filho de praticar esportes ofertados de forma gratuita pela escola e fora

---

*de direito.*” (CAUPERS, João. *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*. Coimbra: Almedina, 1985, p.. 172).

<sup>42</sup> Nesse mesmo sentido, fazendo o mesmo questionamento, cf. NOVAIS, Jorge Reis. *A intervenção.... Op. cit.*, p. 264.

<sup>43</sup> Embora aqui não se desconsidere que o pai age, em princípio, em decorrência não de um direito fundamental, mas antes de um dever fundamental de educar. De toda forma, haverá outro bem jurídico oposto em estado de colisão. Também, não se desconhece que o filho não teria capacidade processual para defender, por si só, seus direitos em Juízo, necessitando de representação/assistência de seus responsáveis, por exemplo. Mas tal impedimento poderia ser suprido por meio de representação/assistência da mãe que, por ventura, não tenha a guarda do filho durante a semana, aceitando representá-lo/assisti-lo em seus pleitos.

do horário das aulas, mesmo que o filho tenha um excelente histórico de boas notas e condutas responsáveis (e aqui se considere, hipoteticamente, não haver leis ordinárias aplicáveis ao caso).<sup>44</sup> Pode ser até uma decisão tomada sem qualquer motivação e justificativa, mas a vinculação direta, necessariamente, levaria todos esses casos a uma ponderação entre os interesses do pai, a intensidade da medida que comprime a liberdade do filho, e os interesses do filho.<sup>45</sup>

Até mesmo em relações em que tudo converge para essa desigualdade fática, bem como um poder social de uma das partes sobre a outra, ainda assim a teoria, bastante aceita por parte da doutrina portuguesa, se vê carente de sustentabilidade. Aqui basta recorrer-se aos ensinamentos de Jorge Reis Novais, doutrinador português que, sempre de forma coerente, traz casos práticos, exemplos que servem para testar as teses apresentadas e, por vezes, para refutar teses opostas.<sup>46</sup> Ressalta o citado constitucionalista lusitano que há relações especiais que justificam a existência de especial domínio, sendo isso uma necessidade funcional da organização do setor, mas não por isso um critério justificador de uma vinculação diferenciada aos direitos fundamentais.<sup>47</sup>

Exemplificando, diz ser comum nos contratos de

---

<sup>44</sup> Isso seria ainda mais complicado tendo em vista que o pai estaria no exercício não apenas de um direito, mas sim em um dever de educar, como já afirmado. Estaria em questão se o dever de educar inclui a limitação do exercício de direitos fundamentais do filho sem uma justificação plausível.

<sup>45</sup> Outro exemplo bem elucidativo citado por Canotilho e referente a direitos sociais, mas em sua dimensão defensiva, de respeito, é o caso de mãe que, na ausência de lei e invocando diretamente um direito à maternidade, justifica suas faltas ao trabalho para evitar uma dispensa. Questiona o citado constitucionalista português, também, se, na falta de regulamentação legal, um estudante que invoca seu direito à educação poderia exigir de seu empregador um horário de trabalho compatível com a frequência às aulas (CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional... Op. cit.*, p. 441).

<sup>46</sup> E isso é extremamente necessário para uma análise mais completa do tema, que reclama necessariamente estudo de aplicações práticas. Nesse sentido, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais .... Op. cit.*, p.110.

<sup>47</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *A intervenção.... Op. cit.*, p. 267.

trabalho dos jogadores de futebol, cláusulas que os impedem de dar entrevistas à imprensa,<sup>48</sup> de falarem mal dos dirigentes do clube, cláusulas que os compelem a utilizar em público apenas certas marcas de roupas, que os obrigam a não frequentar certos locais públicos a partir de certo horário, de não consumir bebidas alcoólicas ou até mesmo de não ter relações sexuais em determinados dias. Questiona o constitucionalista português se poderia o Poder Judiciário, sem que haja lei, cláusula geral ou conceito jurídico indeterminado que se adeque ao caso, anular essas cláusulas, tendo em vista que uma das partes se trata de um poder privado, poder social, já que tais pactuações seriam impensáveis à luz dos direitos fundamentais em Estado de Direito.<sup>49</sup>

Considere-se ainda o fato de que do “outro lado da moeda”, ou seja, o interesse do outro particular para ver inserido cláusulas desse diapasão (e o interesse prosseguido pelo próprio titular do direito afetado) repercute, em geral, em interesse eminentemente econômico, digno de tutela, mas nem de longe valor tão sobrelevado quanto àqueles que se comprimem pelas cláusulas.<sup>50</sup> Mas o fato é que a parte, o atleta, renunciou, por assim dizer, a posições jurídicas de direito fundamental, em prol do valor que lhe fora ofertado para tanto (contraprestação pecuniária). Ou seja, o atleta preferiu não exercer alguns direitos

---

<sup>48</sup> Defendendo que, em relações desiguais como as relações de trabalho, “os direitos fundamentais dever-se-ão então aplicar *com a mesma legitimidade e nos mesmos termos* em que se aplicam nas relações entre o indivíduo e o Estado” (p. 102), João José Nunes Abrantes defende que, nesses casos, os princípios de direito privado só preponderam quando nenhum valor relevante no domínio do direito constitucional esteja em oposição. Sendo assim, afirma ser uma situação contrária aos direitos fundamentais a “proibição de conceder entrevistas, feitas por um grupo desportivo aos seus atletas.” (ABRANTES, José João Nunes. *A vinculação das Entidades Privadas aos Direitos Fundamentais*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990, p. 102 e 104).

<sup>49</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *A intervenção...* Op. cit., p. 267.

<sup>50</sup> Isso é bem visto nas “preferências *prima facie*” propostas por Wilson Steinmetz, acima apresentadas, onde os direitos de cunho patrimonial se apresentam em posição hierárquica inferior (fraca, por ser *prima facie*) perante os direitos de caráter não patrimonial.



decorrentes de bens jurídicos tutelados (vinculando-se juridicamente a tanto), isso caso futuramente tivesse intenção e interesse em fazê-lo (evento futuro e incerto), tendo em vista a certeza imediata de considerável acréscimo patrimonial.

Poderia, então, o particular buscar o Judiciário (ou até mesmo a atuação oficiosa do Ministério Público, sem provocação de quem quer que seja) com o anseio de invalidar as cláusulas?<sup>51</sup> <sup>52</sup> Invalidando-as, o atleta seria extremamente beneficiado, tendo em vista que aqueles pontos foram justamente considerados no momento do ajuste do valor que lhe seria pago. Ou seja, invalidaria as cláusulas que supostamente estavam obstando o exercício de direitos fundamentais, mas, em contrapartida, continuaria o atleta a receber o mesmo valor acordado inicialmente (e que levou em consideração, para se chegar àquele patamar de remuneração, justamente as cláusulas agora invalidadas), não se podendo desconsiderar os efeitos civis (especificamente a responsabilidade civil), pelo ilícito decorrente de atos que ofendessem o direito fundamental.<sup>53</sup>

A verdade é que a mera desigualdade fática<sup>54</sup> não pode ser o fundamento constitucional a justificar uma vinculação

---

<sup>51</sup> José João Nunes Abrantes afirma que “é igualmente óbvio que, os particulares no uso da autonomia que lhes é reconhecida, praticam actos jurídicos, assumem obrigações, não lhes é lícito depois invocar a eficácia dos preceitos constitucionais para defender a exoneração do dever de cumprir pontualmente as obrigações livremente assumidas”, e o faz partindo da premissa de não poder, em regra, “os direitos fundamentais intervir de forma a restringir essa esfera privada de liberdade de actuação individual.” (ABRANTES, José João Nunes. *A Vinculação das Entidades .... Op. cit.*, p. 95).

<sup>52</sup> A mesma problemática é posta por Wilson Steinmetz (STEINMETZ, Wilson. *Princípio da .... Op. cit.*, p. 44-45).

<sup>53</sup> Cf. PINTO, Paulo Mota. *Influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado português*. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg SARLET, Ingo (orgs.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado. Uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 151.

<sup>54</sup> Daniel Sarmento é um dos autores que afirma que “(...) um dos fatores primordiais que deve ser considerado nas questões envolvendo a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é a existência e o grau da desigualdade fática entre os envolvidos.” (SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais .... Op. cit.*, p. 261).

direta. É que, mesmo havendo uma desigualdade material entre as partes, o *caso concreto* pode demonstrar a perfeita possibilidade de um grau elevado de autonomia das partes nas escolhas, termos e condições da relação, e, nesse caso, não haveria um desequilíbrio justificador de qualquer vinculação diferenciada, como pretende essa doutrina, não estando o poder social em posição de potencial violador da liberdade individual análoga a do Estado.<sup>55</sup>

Isso se dá porque utilizar a desigualdade material como critério para uma vinculação direta dos particulares, aos direitos fundamentais, toma como pressuposto um dado estático (a desigualdade material), levando em consideração quem lesa e não o tamanho da lesão em si (nem mesmo levando em consideração o grau de autenticidade da vontade exteriorizada). Sequer faz uma análise de uma desigualdade no interior da relação jurídica (o que também seria questionável), aferível em cada caso concreto.<sup>56</sup> Com isso, não leva em consideração que um particular sem poder econômico/social pode lesar de forma muito mais grave um bem jurídico protegido de outro particular do que entidades que gozam de posição privilegiada face o outro particular

---

<sup>55</sup> Virgílio Afonso da Silva fornece exemplo justificando sua assertiva: “aqueles que participam dos chamados *reality shows*, tão em voga nas emissoras de televisão no Brasil e no mundo, o fazem com base no exercício de sua autonomia da vontade. Esse exercício acarreta, sem dúvida, restrições a direitos fundamentais, especificamente ao da privacidade. A desigualdade material entre, por exemplo, a Rede Globo, uma das maiores empresas de comunicação do mundo, e os participantes de seu *reality show* é inegável. Isso não significa, contudo, que haja uma necessidade de intervir nessa relação para proteger direitos fundamentais restringidos: a desigualdade material não interfere, necessariamente, na autenticidade das vontades.” (SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização.... Op. cit.*, p. 157).

<sup>56</sup> Virgílio Afonso da Silva afirma que essa necessidade de proteção do hipossuficiente não surge, automaticamente, de uma desigualdade material, como parece propor Daniel Sarmiento, mas “de uma desigualdade de posições no interior da relação jurídica.” (SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização.... Op. cit.*, p. 157). Já Vieira de Andrade, referindo-se ao critério de “desigualdade” ou do “poder social”, afirma que “ele é, sobretudo, um critério teleológico que *em concreto* permite estender por analogia e *graduar* a eficácia dos direitos e liberdades nas relações privadas (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais .... Op. cit.*, p. 265).

envolvido.

Não parece ser, também, juridicamente defensável, que a existência de um poder privado seja suficiente para alterar o caráter jurídico-privado de uma relação entabulada entre dois particulares, em uma relação de caráter de jurídico-pública, com as vinculações inerentes àquelas normas que impõem conduta ao Estado.<sup>57</sup>

Não se pode atribuir constitucionalmente aos particulares, pelo simples fato de serem portadores de um poder social, de um poder privado, a corresponsabilidade na solidariedade e na tutela aos indivíduos, no sentido de lhes atribuir os mesmos ônus e encargos que a Constituição atribui à ação estatal.

Na verdade, sempre que a Constituição quis amarrar de forma mais rígida a atuação dos poderes sociais, sem sequer esperar o labor do legislador ordinário, o fez expressamente, tratando-os de forma diferenciada, destinando a esses poderes direitos a serem observados, como se vê nos direitos trabalhistas previstos no art. 7º da CF.

Veja-se que os direitos trabalhistas previstos constitucionalmente são considerados alheios a toda discussão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais por, nesses casos, os poderes sociais serem, indubitavelmente, destinatários dessas normas jusfundamentais e partícipes do plano inicial (constitucional) do Estado na implementação da socialidade na sociedade, buscando romper os obstáculos à efetiva liberdade do indivíduo.

Também não procede a tentativa de justificar o fundamento constitucional da vinculação direta dos poderes privados aos direitos fundamentais, no fato de que esses direitos, como garantias jurídicas à liberdade, vieram positivados sempre buscando limitar a atuação daqueles que se apresentavam como ameaça à liberdade do indivíduo e, na sociedade do século XX, essas ameaças não provinham apenas do Estado, devendo, assim, destinar-se a todos que, naquele momento, se apresentavam

---

<sup>57</sup> Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais .... Op. cit.*, p. 129.

como obstáculos potenciais a esse bem jurídico, logo, aos poderes sociais.

Esse argumento é falacioso por partir de uma falsa premissa. Parte da ideia de que, apenas no Estado Social, poderes sociais se mostravam como potenciais agressores da liberdade. A verdade é que as ameaças à liberdade vindas da sociedade já eram existentes e consideradas no Estado Liberal. Apenas a forma de tutela do indivíduo, e que se considerava hábil na altura, não se encontrava na destinação dos direitos fundamentais a esses sujeitos. Isso e apenas isso. É indiscutível o aumento das ameaças providas da sociedade, mas o que não se pode afirmar é que apenas no Estado Social essas ameaças surgiram, nem que no Estado Liberal o Estado desconhecia ou desconsiderava essas ameaças.

Dito isso, uma pergunta surge: de que forma a *segurança* seria garantida, na prática, no Estado Liberal? Na medida em que o Estado assegurasse a paz social, garantindo o cumprimento coercitivo das leis aprovadas pelo Parlamento, meio esse que se julgava suficiente para neutralizar e controlar as potenciais ameaças à liberdade (propriedade) não estatais,<sup>58</sup> o Estado se desvencilhava de seu ônus de garantir a segurança no Estado Liberal.<sup>59</sup> Também, o funcionamento das leis de mercado e a

---

<sup>58</sup> Vieira de Andrade afirma que, antes mesmo de serem constitucionalizados, alguns valores comunitários já eram assegurados pelo Estado. Tentando demonstrar que a segurança interna, a garantia da ordem pública da sociedade, a preservação dos valores comunitários não se identificavam com o reconhecimento constitucional dos direitos, afirma o constitucionalista português que “a lei já há muito considera crimes as ofensas a bens jurídicos pessoais e garante direitos da personalidade nas relações privadas, tal como protege a liberdade e a segurança das pessoas através das forças policiais (...)” (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais... Op. cit.*, p. 154).

<sup>59</sup> Tomando de empréstimo as lições de Francisco Amaral, “segurança jurídica significa a paz, a ordem e a estabilidade e consiste na certeza de realização do direito. (...) precisamente, na certeza da ordem jurídica e na confiança de sua realização, isto é, no conhecimento dos direitos e deveres estabelecidos e na certeza de seu exercício.” (p. 18-19). Para esse autor, o principal fundamento da segurança jurídica é o positivismo (AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 18-19).

garantia jurídica da liberdade de contratar asseguravam uma efetiva liberdade no âmbito da sociedade civil, fazendo com que a principal preocupação fosse realmente aquelas ameaças à autonomia individual, já tão conhecidas, advindas do Poder Público.<sup>60</sup>

É por isso que (ponto que encontra certa convergência na doutrina) os direitos fundamentais são vistos, no Estado Liberal, como garantias jurídicas em defesa da liberdade face às investidas ilegítimas do Estado, ou seja, são direitos que têm como destinatário *exclusivo* as relações Estado/indivíduo,<sup>61</sup> tendo sido tais relações que se buscou pacificar e estabilizar desde os primeiros movimentos revolucionários e declarações de direito.

Em linhas gerais, vê-se que o importante contributo do Estado Liberal para o entendimento da ligação entre Direito e liberdade em nível de sociedade civil e Estado, válidos até hoje, foram que: enquanto no interior da sociedade civil (relações interpretadas) se reconhecia que deveria vigorar um “princípio geral de liberdade”, sendo lícito tudo aquilo que não é expressamente proibido, nas relações cidadão/Estado, vigorando um princípio de legalidade, só seria lícito aquilo que fosse

---

<sup>60</sup> Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais... Op. cit.*, p. 84.

<sup>61</sup> Wilson Steimnetz afirma que os direitos fundamentais tiveram origem como limites à atuação estatal, *exclusivamente* (relação Estado-indivíduo) (STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos... Op. cit.*, p. 64). Também, Dirley Cunha Junior afirma que “em consonância com a clássica concepção de matriz liberal-burguesa, os direitos fundamentais cumpriam, originariamente, tão somente a função de direitos de defesa do indivíduo contra os abusos gerados pela atuação do Estado (...) criam, ademais disso, verdadeiras *posições subjetivas* que outorgam ao indivíduo o poder de exercer positivamente os próprios direitos (*liberdade positiva*) e de exigir omissões dos poderes estatais, de modo a evitar agressões lesivas por parte deles mesmos (*liberdade negativa*)” (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 525). Para Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Ruzyk, “O livre estabelecimento de relações jurídicas interpretados era reputado suficiente para a concretização dos direitos fundamentais, tais como concebidos” (FACHIN, Luiz Edson & RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica* In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 93).

permitido, não sendo mais autorizadas investidas estatais inesperadas à esfera individual (sem previsão legal).<sup>62</sup>

Dessa forma, pode-se resumir a ideia do paradigma do Estado Liberal, utilizando-se das lições do Professor de Coimbra, Gomes Canotilho, como um grito a favor das “energias individuais”, pedindo aos poderes públicos *apenas* a criação e a garantia do mínimo de ordem necessária à máxima liberdade.<sup>63</sup>

Com essa afirmação não se pretende defender que os poderes privados não são realmente potenciais ofensas à liberdade individual. Mas esse dado empírico apenas enaltece o dever do Estado de estabelecer regulamentação específica, pontual, visando as realidades da sociedade em que o indivíduo se encontre em posição de maior vulnerabilidade face ao poder social, carente assim de uma maior proteção. Regulamentando, o Estado intervém na sociedade, buscando equilibrá-la, e esse é o meio de se desvencilhar de seu encargo decorrente do dever de garantir e promover a liberdade individual e a justiça social, bem como o meio de comprimir algumas esferas de atuação desses poderes privados, em prol da busca pela justiça social.<sup>64</sup>

Por todos os argumentos acima expostos, vê-se que inadmitir uma vinculação direta dos direitos fundamentais às relações entre particulares, em regra, aceitando-a apenas naqueles

---

<sup>62</sup> Cf. OTERO, Paulo. *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*. Vol.1. Tomo I. Lisboa: Pedro Ferreira, 1998, p. 228.

<sup>63</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O Círculo e a Linha. Da “Liberdade dos Antigos” à liberdade dos modernos na teoria republicana dos direitos fundamentais*. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marcos Antonio Marques da. *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quatier Latin do Brasil, 2008, p. 188.

<sup>64</sup> Defendendo que não é a situação de poder privado ou social que altera qualitativamente a situação, fazendo os direitos fundamentais serem aplicados, diretamente, nas relações entre particulares, Paulo Mota Pinto diz que esse poder privado, social, “é uma fórmula geral que, em muitos casos, designará situações de “turbação de paridade” contratual, em que a parte mais fraca não deverá ficar sem protecção, mas resultante do direito ordinário e do recurso à função protectiva – designadamente, de direitos económicos e sociais – por parte das entidades públicas.” (PINTO, Paulo Mota. *Autonomia privada e discriminação: algumas notas* In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 369, nota 19).

casos em que haja uma desigualdade entre as partes, não é solução justificável porque o critério de diferenciação não é sustentável, não tem qualquer amparo constitucional e não traz soluções razoáveis aos questionamentos que são levantados face à teoria (como nos exemplos acima apontados). Poder-se-ia concluir pela imprestabilidade da tese da vinculação dos particulares, pelo critério da diferenciação do suposto agressor desses direitos (se ente dotado ou não de poder social face o outro), com o questionamento de Jorge Reis Novais: “onde está o fundamento constitucional para a diferenciação dos direitos fundamentais?”<sup>65</sup>.

Resta agora saber: há uma vinculação direta, plena (embora não absoluta) dos direitos fundamentais nas relações entre particulares? Os direitos fundamentais jamais vinculam os particulares de forma direta? Se não vinculando imediatamente, em regra, em situações excepcionais (ou residuais) haveria a dita eficácia imediata?

#### 4. A EFICÁCIA IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM SITUAÇÕES DE PARIDADE

Ao se admitir a aplicação direta dos direitos fundamentais às relações entre particulares, a doutrina que o faz deve buscar respostas a ambos os problemas, quais sejam, aqueles surgidos nas relações negociais e os decorrentes das relações não

---

<sup>65</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *A intervenção... Op. cit.*, p. 256. Referindo-se à Constituição portuguesa, mais especificamente ao já referido art. 18.1, Jorge Reis Novais, questionando o fundamento constitucional para essa diferenciação dos direitos fundamentais, para fins de vinculação dos particulares de forma direta, defende que, se se parte do texto da CRP vigente para embasar uma vinculação direta dos particulares a esses direitos, então dever-se-ia não deixar de atribuir idêntica relevância ao fato de o legislador constituinte de 1976 não ter feito diferenciação alguma no art. 18º.1, afirmando de forma genérica que as entidades privadas estariam vinculadas aos direitos, liberdades e garantias, sem “diferenciações”. Logicamente a CRP não disse a “forma” da vinculação, mas, segundo o constitucionalista citado, essa construção “diferenciada”, fruto do labor dogmático dos autores lusitanos limita aquilo que, a princípio, a Constituição não teria limitado, carecendo assim de justificação constitucional.

negociais, sendo sua teoria apenas juridicamente válida se encontrar resposta tanto às intervenções a direito fundamental, provinda de terceiro, quanto às autolimitações, renunciando o particular a posições jurídicas de direito fundamental.

Como essa última parece ser o “ponto frágil” dessa teoria, talvez por isso boa parte da doutrina se esforce em demonstrar a compatibilidade da vinculação direta dos particulares com atos próprios da autonomia privada. Sendo assim, a análise crítica tanto de um caso como de outro será feita de forma conjunta, mas centrar-se-á naquilo que é mais problemático, que é ponderar o direito fundamental afetado com a autonomia privada, como faz a doutrina defensora dessa corrente, e isso porque é pressuposto do reconhecimento de um poder de renúncia do particular a posições jurídicas de direito fundamental, o prévio reconhecimento da eficácia direta desses direitos nas relações interpretadas.<sup>66</sup>

Desde já, parte-se de uma premissa inicial já adiantada: a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais conduz, naturalmente, a uma limitação da autonomia privada, enquanto esse último, como princípio formal, pretende desempenhar exatamente o oposto, ou seja, garantir o respeito às escolhas dos particulares, mesmo quando se esteja em questão alguma afetação a direitos fundamentais.<sup>67</sup>

Analisando a estrutura constitucional, a essência do sistema que tem como postulado uma sociedade aberta, tudo leva a crer que intervenções do Estado na sociedade, em regra, não são consentidas livremente pela Constituição. Como bem pontua

---

<sup>66</sup> Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais .... Op. cit.*, p. 214. Embora referindo-se a “restrição”, Wilson Steinmetz confirma essa assertiva ao afirmar que “a afirmação de que restrições a direitos fundamentais também se materializam nas relações jurídicas entre particulares e de que essas restrições também são passíveis de limitação e controle jurídico pressupõe a vinculação dos particulares a direitos fundamentais. Se não há vinculação, por definição não é possível falar em restrição.” (STEINMETZ, Wilson. *Princípio da .... Op. cit.*, p. 15-16).

<sup>67</sup> Nesses termos, cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização .... Op. cit.*, p. 150.



José de Melo Alexandrino, tanto a estrutura quanto a história constitucional sinalizam pela negativa vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais.<sup>68</sup> Essa ligação histórica dos direitos fundamentais, como direitos que nasceram tendo como destinatário exclusivo o Estado, demonstra que o ônus argumentativo recai sobre aqueles que pretendem demonstrar que, com a virada ao Estado Social, teria havido uma mudança nos destinatários das normas de direitos fundamentais.<sup>69</sup>

Dessa sociedade aberta à autodeterminação, às diferenças, é condição necessária a existência de uma esfera de atuação exclusivamente privada, fora do alcance das normas constitucionais, onde o indivíduo tenha plena liberdade para diferenciar, escolher, renunciar a direitos, selecionar pessoas com quem quer contratar e se relacionar, um âmbito em que o particular seja livre para estabelecer o conteúdo dos contratos que firma, dos estatutos sociais e das disposições testamentárias, comportando-se de uma maneira que é vedada ao Estado. Deve ser assim para que o indivíduo goze de efetiva liberdade em suas ações (e omissões), e para que as relações entre particulares não sejam terreno de constante clima de incerteza, sem saber-se se é permitido ou não ser livre, se é permitido ou não ser espontâneo, diferenciar e escolher de acordo com seus anseios e interesses,<sup>70</sup> se é permitido ou não aceitar não exercer uma liberdade em troca de uma

---

<sup>68</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. *Direitos Fundamentais...* Op. cit., p. 95.

<sup>69</sup> Nesse sentido, Paulo Mota Pinto afirma que, tanto nos casos em que o julgador não encontra norma infraconstitucional aplicável a uma relação entre particulares (sequer cláusula geral ou conceito jurídico indeterminado ao qual possa fazer uso), recorrendo diretamente às normas constitucionais, aplicando-as sem mais, quanto nos casos em que o magistrado deva afastar uma norma ou interpretação – que é a única possível –, por contrária aos direitos fundamentais, em ambos os casos, a quem o pretende fazer, assume um ônus de fundamentação (PINTO, Paulo Mota. *Autonomia privada .... Op. cit.*, p. 369).

<sup>70</sup> Quando se trata da “sociedade de direito privado”, a maioria das diferenciações resultantes da atuação dos sujeitos privados deve mesmo ser “*nem imposta nem proibida*, mas simplesmente *permitida*”, cf. PINTO, Paulo Mota. *Autonomia privada .... Op. cit.*, p. 367.

maior remuneração, etc.<sup>71</sup>

Ora, a vinculação direta aos direitos fundamentais, inviavelmente, comprime de forma excessiva a esfera privada de liberdade de atuação dos particulares,<sup>72</sup> esfera essa (como atos de doação, testamento, liberdade de contratar ou não contratar, etc.) que só faz sentido e só pode ser considerada esfera de livre decisão dos particulares se, em regra, não houver a incidência direta (ampla e irrestrita) de todos esses direitos nas relações entre particulares.<sup>73 74</sup>

A eficácia dos direitos fundamentais lida nesses termos (direta) não deixa de ser uma usurpação de uma esfera de competência do particular.<sup>75</sup> É que, de toda forma, vinculando-se diretamente, haverá sempre que se ponderar o suposto direito/bem jusfundamentalmente protegido e supostamente violado, ou com outro direito possivelmente em conflito, ou com a autonomia privada. Veja-se que em última análise essa ponderação não

---

<sup>71</sup> Nesses termos, cf. UBILLOS, Juan María Bilbao. *La Eficacia .... Op. cit.*, p. 208.

<sup>72</sup> Em crítica à teoria da eficácia imediata, Konrad Löw afirma que uma eficácia imediata, sem mediação, constituiria uma ameaça à liberdade, já que "(...) «quanto, maior eficácia «erga omnes» tiverem os direitos fundamentais, maiores serão as vinculações do cidadão e, por conseguinte, tanto mais restrita será a sua liberdade pessoal»." (LÖW, Konrad *apud* CAUPERS, João. *Os Direitos Fundamentais .... Op. cit.*, p. 163.

<sup>73</sup> Nesses termos, ABRANTES, José João Nunes. *A Vinculação das Entidades .... Op. cit.*, p. 95.

<sup>74</sup> Aqui, concorda-se plenamente com a proposta de Vieira de Andrade de que a Constituição (no caso referindo-se à Constituição portuguesa, mas plenamente aplicável à Constituição brasileira) seja interpretada no sentido de consagrar o princípio da liberdade como regra (embora o diga referindo-se apenas às relações entre iguais) AN-DRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos.... Op. cit.*, p. 273.

<sup>75</sup> A vinculação direta é uma hipertrofia constitucional da eficácia dos direitos fundamentais que, tomando-se de empréstimo as palavras de Daniel Sarmento (embora o autor citado chegue a conclusões diversas das que aqui são apresentadas), essa "hipertrofia constitucional acaba convertendo a Lei Maior num instrumento totalitário, que asfixia as forças sociais, ao subtrair-lhes o espaço vital de atuação. E este conselho vale não apenas para o legislador constituinte (...) mas também para o intérprete da Lei Maior. (...) Sob este prisma, os direitos fundamentais não devem significar o engessamento da sociedade, cabendo-lhes, ao inverso, catalisar o debate entre ideias e projetos diferentes, convertendo-se com isso em instrumentos de promoção do pluralismo. Fundamentalidade sem fundamentalismo, eis a receita." (SARMENTO, Daniel. *Direitos .... Op. cit.*, p. 139).

seria do particular, mas sim do magistrado que diria se a ponderação feita pelos indivíduos (ao celebrar um contrato, por exemplo) foi ou não correta, e o faria com toda legitimidade.

Nas relações entre particulares (negociais e não negociais), e em todo seu âmbito, seria sempre a última palavra a do magistrado (legitimamente incumbido a tanto), já que sempre haveria essa ampla possibilidade de ponderação pelo Poder Judiciário, de todo o âmbito negociado e de toda decisão tomada também em sede de conflito de direitos fundamentais nas relações não negociais.<sup>76</sup> Aqui, fica patente que houve a privação da possibilidade de realizar uma ponderação autorresponsável de seus próprios interesses, já que os interesses deixam de ser próprios, na medida em que o Estado sempre estará habilitado a, analisando o caso concreto, dar seu “aval” ou refutar a decisão tomada pelos particulares (o Estado-juiz não deixaria de ser o destinatário último da interpretação dos direitos fundamentais na sociedade). Isso é ser livre? Onde fica a “liberdade de conformar” sua própria vida quando esfera nenhuma é deixada na total (embora não ilimitada) disponibilidade dos particulares?<sup>77</sup>

De fato, naturalmente o juiz teria uma abertura sem

---

<sup>76</sup> Necessariamente a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares repercute no aumento intolerável de poder do Estado de fiscalizar esses “deveres” do indivíduo de não violar esfera jusfundamentalmente protegida, invadindo esfera da autonomia pessoal dos cidadãos (cf. ABRANTES, José João Nunes. *A Vinculação...* Op. cit., p. 37). Também não será absurdo que os particulares cheguem a uma solução no caso concreto para si correta mas que, para o Poder Judiciário, seja equivocada, a respeito de qual direito/bem jurídico devesse prevalecer, já que o Poder Judiciário é o órgão naturalmente incumbido de exercitar a ponderação desses valores em conflito, de onde se vê uma enorme instabilidade, insegurança jurídica e cerceamento de uma real liberdade, tendo em vista que ser livre é poder fazer aquilo que lhe aprouver, e nesse caso o particular não o pode fazer, pois dependerá sempre de saber se está fazendo aquilo que o Estado julga ser “razoável” e “proporcional”.

<sup>77</sup> Confirmando essa afirmação, Wilson Steinmetz afirma que “excluída a possibilidade de aplicação de uma “solução legislativa” constitucionalmente correta, cabe ao juiz e aos tribunais solucionar a colisão de direitos fundamentais entre particulares, com base na aplicação do princípio da proporcionalidade, sobretudo do princípio da proporcionalidade em sentido estrito (ponderação de bens).” (STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares ....* Op. cit., p. 274).

medidas para invadir a esfera individual de escolhas, inclusive escolhas banais. Esse argumento é confirmado quando se leva em consideração a abertura semântica dos direitos fundamentais. Estando os particulares vinculados aos preceitos de direitos fundamentais de forma direta, e sendo esses preceitos, naturalmente, princípios jurídicos de conceitos amplos e frequentemente indeterminados, é muito mais difícil se precisar o significado do direito, em um caso concreto, do que especificar o âmbito, sentido das normas correspondentes ao direito privado, prejudicando de forma substancial a liberdade das partes e gerando uma enorme insegurança jurídica.<sup>78</sup>

Sem a clareza necessária apta a gerar equilíbrio, estabilidade e segurança jurídica nas relações econômicas, por exemplo, todo negócio jurídico entabulado entre particulares ficaria ameaçado de, a depender da interpretação que dê o magistrado, julgando a lide em um caso concreto, ver invalidado o negócio por ofensa a direito ou bem jusfundamentalmente protegido.<sup>79</sup> Isso tudo poderia ser sintetizado afirmando-se que uma vinculação direta, na ânsia de tutelar os direitos fundamentais dos particulares, sua liberdade, na verdade aniquila a autonomia privada dos cidadãos, tolhendo-lhe a natural possibilidade de ser livre.<sup>80</sup> E então se indaga: mas o que é ser livre?<sup>81</sup>

Um ordenamento jurídico que garante a liberdade dos

---

<sup>78</sup> Nesses termos, HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Civitas S.A., 1995, p. 59-60.

<sup>79</sup> É que no âmbito das relações entre particulares, a clareza e a certeza jurídica são necessárias para que se garanta uma efetiva liberdade, sob pena de se mascarar uma tirania dos juízes, na medida em que toda e qualquer decisão, escolha dos particulares, por ter que passar pelo critério da adequação plena aos direitos fundamentais, e sendo esses de conceito vago, indeterminado, logicamente daria poderes sem medida para o magistrado intervir na relação interprivada.

<sup>80</sup> A aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações entre privados tende, naturalmente, a eliminar a autonomia privada. Nesse sentido, cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização...* *Op. cit.*, p. 148.

<sup>81</sup> Embora a liberdade negocial não englobe, logicamente, a liberdade como um todo, não se pode falar em sociedade de livres onde não houver, inclusive, a liberdade negocial.

indivíduos tem que tutelar um âmbito em que o particular tenha plena disponibilidade de fazer ou não fazer o que bem entender. Ultrapassar esse âmbito já é um problema que irá se pontuar em breve, mas só há efetiva liberdade se houver âmbito de livre decisão do particular, em que o Estado não pode impor-se, substituindo-se à vontade dos indivíduos quando o legislador ordinário não tenha previamente regulamentado aquele conflito, decorrente de relações entre particulares.<sup>82 83</sup> E os defensores da tese ora em análise dizem que a tutela da liberdade pressupõe a vinculação direta, mas, de fato, o resultado obtido inverte o sentido dos direitos fundamentais, aniquilando a liberdade em nome da própria liberdade,<sup>84</sup> o que é um contrassenso, uma falsa premissa dos teóricos da eficácia direta.

O que aqui se afirma não é difícil de ser demonstrado, tendo em vista que as soluções apresentadas pelos defensores da eficácia imediata apenas maquiam o problema, como se verá (e isso é resultado da falsa premissa: que a tutela da liberdade pressupõe a vinculação direta). Parece mesmo que fica implícito, entre os teóricos da eficácia direta, que um dos fundamentos

---

<sup>82</sup> Entender o contrário seria fazer uma leitura totalitária da ordem jurídica, que erroneamente pretenderia tudo regulamentar e ordenar, sem deixar espaço para um efetivo exercício da liberdade individual, tolhendo a autonomia da vida social, cf. SILVA, Vasco Pereira da. *A vinculação...* *Op. cit.*, p. 273. Havendo a dita regulamentação, os particulares já estariam nela inseridos e seus atos negociais já teriam parâmetro específico para se pautar.

<sup>83</sup> Embora não defendendo a mesma ideia e chegando à conclusão diversa da que aqui se chega, Paulo Otero destaca que a dignidade da pessoa humana pressupõe que o poder público seja pautado por um princípio de subsidiariedade nas suas relações com a sociedade civil, não podendo substituir-se ou invadir espaço decisório próprio do particular, sem que essa intervenção se pautar, para ser legítima, pelo princípio da legalidade, da competência e da necessidade. Para Paulo Otero, “a dignidade humana é incompatível com um modelo de “Estado-total” ou mesmo com um hiperintervencionismo gerador de um Estado de mal-estar.” (OTERO, Paulo. *Instituições...* *Op. cit.*, p. 558). Dessa assertiva pode-se concluir, desviando-se das conclusões do jurista português, que a intervenção estatal em âmbito que em princípio é espaço decisório próprio e natural do particular, deve dar-se em atenção ao princípio da legalidade, complementado com uma real necessidade de tutela da liberdade (pontual e específica).

<sup>84</sup> Cf. ABRANTES, José João Nunes. *A Vinculação...* *Op. cit.*, p. 83.

constitucionais dessa vinculação seria que, em Estado Social, apenas se garante uma efetiva tutela jurídica da liberdade do indivíduo se ampliado os destinatários dos direitos fundamentais: os destinatários seriam, agora, Estado e particular. Se esse for o fundamento constitucional, é um fundamento que não fundamenta.

Ser livre, necessariamente, repercute em um certo “arbitrio emocional profundamente humano”<sup>85</sup> em que o legislador (inclusive o constituinte originário) caminhará na contramão da proteção da liberdade se cerceasse, de forma drástica, algo que é fruto da natureza humana: os seus tratamentos irracionais e incompreensíveis, que não podem ser ponderados como se fossem um sentimento vinculado, uma norma de conduta a ser seguida, pois é a exteriorização da individualidade de cada ser humano, exteriorização de um ser efetivamente livre.<sup>86</sup> O contrário seria exigir do ser humano ações mais afetas a robôes,<sup>87</sup> tendo em vista que a vinculação direta, necessariamente, leva a exigência de que o particular comporte-se sempre de forma racional e proporcional (sob pena de ver prevalecer o direito fundamental afetado no caso concreto, por exemplo em relações negociais),<sup>88</sup>

---

<sup>85</sup> CAUPERS, João. *Os Direitos Fundamentais .... Op. cit.*, p. 176

<sup>86</sup> A liberdade de automodelação da própria esfera jurídica - autonomia privada -, por exemplo, é justamente um poder fazer escolhas e diferenciações segundo critérios subjetivos, e não levando-se em consideração critérios objetivos (de conviência econômica, de razoabilidade, de igualdade social etc.). Nesses termos, cf. PINTO, Paulo Mota. *Autonomia privada .... Op. cit.*, p. 382. Toma-se também de empréstimo os ensinamentos de Gomes Canotilho, para quem “o espaço do privado é, ainda, o regaço dos nossos amores e desamores, a vinha nas nossas iras, o refúgio das nossas emoções, o espaço da nossa autonomia.” (CANOTILHO, José Joaquim gomes. *Estudos sobre .... Op. cit.*, p. 95).

<sup>87</sup> Alexy, utilizando as palavras de Isaiah Berlin, sintetiza nos seguintes termos: “ser livre para escolher, e não ter a escolha feita por outrem, é um ingrediente inalienável daquilo que faz o ser humano humano.” (ALEXY, Robert. *Teoria.... Op. cit.*, p. 359).

<sup>88</sup> Paulo Mota Pinto afirma que seria o “reverse da autonomia privada”, sua destruição, a tentativa de impor-se aos indivíduos critérios de escolhas objetivas ou simplesmente racionais, não podendo tais escolhas serem contrariadas pela vontade ou até mesmo por uma liberdade puramente emotiva do sujeito (PINTO, Paulo Mota. *Autonomia privada .... Op. cit.*, p. 382).

esquecendo-se que o homem tem emoções e sentimentos que o compele a não fazer aquilo que o razoável (e proporcional) diria que o fizesse.<sup>89</sup>

A eficácia direta dos direitos fundamentais, na verdade, transforma um conjunto de normas constitucionais de garantia da liberdade em normas portadoras de deveres e, o que é pior, a medida desses deveres resta incerta.<sup>90</sup> Conforme pontua Ernst Forsthoff, já em texto de 1959 (“Die Umbildung des Verfassungsgetzes”), sob um aspecto político-constitucional, isso significa “a transformação dos direitos fundamentais em vínculos obrigatórios, determinados essencialmente em modo social, com uma notável eliminação de seu conteúdo liberal”,<sup>91</sup> quando, na verdade, o conteúdo liberal dos direitos fundamentais passa a ser complementado com os elementos sociais que se incorporam ao ordenamento jurídico. A evolução não é substitutiva, mas sim de complementariedade e de leitura conciliatória.

De toda forma, mesmo o fundamento apresentado por essa corrente não se justificando, passa-se adiante para se demonstrar que a “solução” encontrada pelos adeptos da teoria da

---

<sup>89</sup> Nesse sentido, José João Nunes Abrantes: “Há situações em que não é razoável obrigar os indivíduos a comportar-se de uma forma exclusivamente racional. O homem tem (também) emoções e sentimentos.” (ABRANTES, José João Nunes. *A Vinculação...* *Op. cit.*, p. 37). No âmbito da busca pela justiça, pelo justo em Estado Democrático Social de Direito, José João Nunes Abrantes afirma que se deve levar em consideração que nas relações entre particulares, em certa medida e em regra, “é ‘justo’ o que é ‘querido’ pelas partes”. (p. 24). Embora não chegue às mesmas conclusões apresentadas nesse trabalho, Benedita Ferreira da Silva Mac Crorie afirma que “A liberdade para a irracionalidade, inconsequência, ilógica e incoerência, devendo as relações dos cidadãos entre si ser, em princípio, determinadas pelas próprias partes.” (CRORIE, Benedita Ferreira da Silva Mac. *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 44-45).

<sup>90</sup> Cada membro da sociedade passa a ser titular de direitos fundamentais em relação aos demais membros da sociedade, o que repercute na situação desses sujeitos vinculados a deveres fundamentais face os outros. Nesses termos, Paulo Otero leciona que “a vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais é sempre fonte ‘horizontalizadora’ de deveres fundamentais entre entidades privadas.” (OTERO, Paulo. *Instituições...* *Op. cit.*, p. 593).

<sup>91</sup> FORSTHOFF Ernst, *apud* STEINMETZ, Wilson. *Princípio da .... Op. cit.*, p. 18, nota 10.

eficácia direta, na verdade, apenas aparentemente resolve as questões que surgem com o reconhecimento de uma eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Para isso, é preciso fazer uma análise crítica e minuciosa da solução proposta.

Tomando-se como base uma relação negocial (mais difícil de justificar esse tipo de vinculação), vinculando diretamente os particulares, os direitos fundamentais naturalmente entrariam em conflito, no caso concreto, com a autonomia privada do indivíduo, estando aí um princípio a impedir fática e juridicamente a realização do outro.<sup>92</sup> Essa questão (que teria necessariamente que ser enfrentada e resolvida pelos adeptos da teoria da eficácia imediata, como já ressaltado), parece encontrar voz pacífica entre esses autores que sinalizam a solução da questão na “lei de colisão”, proposta por Alexy,<sup>93</sup> ponderando a autonomia privada com o direito/bem fundamental afetado no caso concreto.<sup>94</sup> Ocorre que essa ponderação é que parece ser problemática e, na

---

<sup>92</sup> É que, de um lado, se deve garantir o exercício da autonomia privada do indivíduo na maior medida possível e, do outro lado, deve-se tutelar, também na maior medida possível, o bem fundamental em contraposição. Havendo apenas o princípio da autonomia privada, o contrato celebrado entre particulares, por exemplo, independente do teor das cláusulas (isso não violando preceito legal nem cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados) seria no mínimo permitido. Se houvesse apenas o direito fundamental, dever-se-ia tutelar o mesmo, sendo proibida sua afetação por meio de cláusulas contratuais. Logo se vê que, isoladamente considerados, os princípios conduzem a uma contradição, significando isso, justamente, que “um princípio restringe as possibilidades jurídicas de realização do outro” (ALEXY, Robert. *Teoria .... Op. cit.*, p. 96).

<sup>93</sup> Ingo Sarlet afirma que a tensão inevitável entre o princípio da autonomia privada, e a liberdade contratual como sua principal manifestação, e direitos fundamentais, muito embora apresente “dimensões específicas”, é um conflito “similar aos conflitos entre quaisquer outros direitos fundamentais e, de tal forma, sujeita aos mesmos princípios, no que diz com a sua superação” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais .... Op. cit.*, p.145).

<sup>94</sup> Adepto à teoria da eficácia imediata e referindo-se à “lei de colisão” proposta por Alexy, Wilson Steinmetz afirma que “a dogmática e a jurisprudência constitucionais contemporâneas já constituíram referenciais teóricos e estruturas metodológicas para solucionar, de forma racional e intersubjetivamente controlável, colisões entre direitos fundamentais e autonomia privada de forma racional e intersubjetivamente controlável.” (STEINMETZ, Wilson. *A vinculação.... Op. cit.*, p. 202-203).



verdade, parece ser uma falsa ponderação o que é feito por esses teóricos.

Segundo Alexy, os princípios são mandamentos de otimização, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto. As possibilidades fáticas (determinadas por meio das máximas da *adequação*<sup>95</sup> e *necessidade*<sup>96</sup>) e as possibilidades jurídicas (determinadas pela máxima da *proporcionalidade em sentido estrito*) expressam-se como uma metodologia estruturada por argumentação racional, e esse caminho a ser trilhado, antes de se dizer se uma afetação (renúncia, por exemplo) é ou não constitucionalmente permitida ou proibida, não pode ser negligenciado.

Assim, aqueles que buscam resolver o problema do conflito entre direitos fundamentais e autonomia privada por meio da “lei de colisão” proposta por Alexy, primeiramente não podem afastar-se das premissas lançadas pelo próprio Alexy para justificar sua “lei de colisão” (ou se o fizerem que justifiquem ou ao menos mencionem), e isso para que a ponderação proposta não seja desvirtuada ou se transforme em um processo ininteligível. Não se pode desconsiderar, premissa básica da teoria e distinguindo das regras,<sup>97</sup> que Alexy parte de um conceito

---

<sup>95</sup> Também denominado por “princípio da aptidão ou idoneidade”. Por todos, cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*. Lisboa: Coimbra Editora, 2004, p. 166.

<sup>96</sup> Também denominado por “princípio da indispensabilidade ou do meio menos restritivo”. Por todos, cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios ... Op. cit.*, p. 166.

<sup>97</sup> Tamanha é a importância de se levar a sério as premissas lançadas por Alexy que, referindo-se à distinção por si revelada a mais adequada entre princípios e regras, que Alexy afirma que essa distinção (e naturalmente a conceitualização de cada um) “é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. (...) Com sua ajuda, problemas como os efeitos dos direitos fundamentais perante terceiros (...) podem ser mais bem esclarecidos.” (p. 85). Nesse caso específico é de se considerar a importância da premissa tomada por Alexy e que, se a doutrina pretende fazer uso de sua “lei de colisão”, mas aplicar outro conceito de princípio (o que não se condena, desde que se justifique), não pode passar silente, tendo em vista que, para a teoria proposta por Alexy, “a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-

*estrutural* de princípio, não levando em consideração a abstração, a generalidade nem a fundamentalidade do mesmo.<sup>98</sup>

Sendo assim, a colisão natural entre a autonomia privada e algum direito/bem jusfundamental, para que se possa afirmar qual dos princípios deve preponderar no caso concreto, necessário passar pelos testes das máximas da proporcionalidade. Para demonstrar a fragilidade da teoria da eficácia imediata na “resposta” a essas máximas, partir-se-á de dois exemplos de ocorrência comum no cotidiano brasileiro (e no mundo): (a) imagine-se o caso de um jogador de futebol que assina contrato com o clube, comprometendo-se a não falar mal dos dirigentes e a não conceder entrevistas a emissoras não previamente autorizadas pelo clube, bem como a não frequentar boates e bares durante a noite; (b) outro caso comum no Brasil e no mundo todo, os *reality shows*, onde particulares firmam contratos com emissoras de televisão (cite-se no caso brasileiro a rede Globo, uma das maiores do mundo) em busca do prêmio prometido caso vençam o jogo, além da exposição na mídia que julgam ser favorável a si, tendo a emissora de televisão como finalidade e, do outro lado,

---

mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais.” (p. 85). (ALEXY, Robert. *Teoria... Op. cit.*, p. 85).

<sup>98</sup> Virgílio Afonso da Silva sintetiza afirmando que “Alexy utiliza para distinguir princípios de regras um critério estrutural, que não leva em consideração nem fundamentalidade, nem generalidade, nem abstração, nem outros critérios materiais.” (SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização... Op. cit.*, p. 30). Para Alexy, o ponto central para a distinção entre regras e princípios é que princípios, enquanto mandamentos de otimização, são normas que ordenam que algo se realize na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. As regras, ao contrário, são normas que ou são ou não satisfeitas, não admitindo graus de satisfação, tendo em vista que elas determinam algo dentro daquilo que é fática e juridicamente possível. Sendo assim, afirma Alexy que a distinção entre regras e princípios é *qualitativa* (qualidade da norma, estrutura da norma), e não uma distinção de grau (ALEXY, Robert. *Teoria... Op. cit.*, p. 90 e 91). Isso não poderia ser diferente ante a argumentação da teoria de Alexy, já que o mesmo parte da ideia de que não há uma precedência geral, abstrata de um princípio sobre outro, independente de se tratar um de direito fundamental de sobrelevada importância (critério da fundamentalidade). Sua “lei de colisão” baseia-se justamente em um ordenamento jurídico não hierarquizado, estando todos os princípios constitucionalmente protegidos, em abstrato e *a priori*, no mesmo plano. Ou seja, não há, em abstrato, precedência de um princípio sobre o outro.

a busca por maior audiência com a exposição ao público da privacidade dos participantes do jogo.

Analisando primeiramente o exemplo “a”, verifica-se um conflito entre a liberdade de expressão de pensamento e opinião, direito de ir e vir e, do outro lado, a autonomia privada do próprio jogador, bem constitucionalmente tutelado. A autonomia privada, no caso concreto, impede a realização fática e jurídica plena da liberdade de pensamento, opinião e do direito de ir e vir do jogador, sendo por isso uma medida que comprime o direito fundamental. A observância de um princípio obsta o exercício do outro, restando, então, aplicar a “lei de colisão” proposta por Alexy, o que necessariamente repercute na primeira indagação: a medida que afeta o direito fundamental é adequada?

Aqui há que avaliar se o meio escolhido estaria apto a realizar o fim desejado,<sup>99</sup> e se esse fim é constitucionalmente tutelado.<sup>100</sup> A finalidade, com a assinatura de contrato entre o jogador de futebol e o clube é, para aquele, exercer sua atividade profissional e receber a respectiva remuneração; para o clube, o fim seria ter o jogador incluído no seu elenco, contribuindo com

---

<sup>99</sup> O controle da máxima da adequação se dá por meio de uma análise exclusivamente objetiva e formal entre o meio e o fim, ou seja, se o meio é apto a realizar o fim pretendido, independente de qual foi o meio escolhido e sem se adentrar no mérito do fim pretendido, cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios...* Op. cit., p. 167.

<sup>100</sup> Aqui, buscando estabelecer critérios para se identificar os limites de filtragem da máxima da adequação, Jorge Reis Novais afirma que “está naturalmente excluída a utilização de meios e a prossecução de fins constitucionalmente ilegítimos – por exemplo, fins ou meios que atentem contra a dignidade da pessoa humana -, como também, já numa perspectiva de limitação positiva, só podem ser prosseguidos fins jurídica e materialmente possíveis (...) naquele domínio de fins tão amplamente delimitado, só são, todavia, legítimas as restrições aos direitos fundamentais que, para além de observarem os restantes *limites aos limites*, se destinam exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática (...) Assim, nesta fase prévia, a medida restritiva só será liminarmente invalidada por inidoneidade ou inaptidão quando os seus efeitos sejam ou venham a revelar-se indiferentes, inócuos ou até negativos tomando como referência a aproximação do fim visado a restrição.” (NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios ....* Op. cit., p. 167 e 168).

a equipe na busca de títulos. À primeira vista, não parece ser por demais problemático entender que o meio escolhido atinge o fim desejado e, por isso, adequado, embora não seja sem pertinência o questionamento de Virgílio Afonso da Silva ao afirmar ser questionável, quando da análise de se a finalidade é constitucionalmente legítima, definir se o que é legítimo para o particular também o é para o Estado e vice-versa.<sup>101</sup>

Não encontrando maiores problemas, então seria de se perguntar se a medida que comprime os direitos fundamentais é realmente *necessária* (se não haveria meio menos gravoso e tão eficiente quanto para se atingir o fim desejado).<sup>102</sup> Aferir se a medida é *necessária* é analisar se o objetivo pretendido com ela não pode ser alcançado, com a mesma intensidade, por outra forma que limite menos (ou não limite) aquele direito fundamental afetado.<sup>103</sup> Havendo meio alternativo menos gravoso, aquele escolhido não passaria pelo teste da máxima da necessidade.<sup>104</sup> Ou seja, a máxima da necessidade, conforme proposta por Alexy, exige que entre as alternativas, adote-se aquela *estritamente necessária*, aquela que se mostre como o meio menos agressor ao direito fundamental, na busca de se atingir o fim pretendido.<sup>105</sup>

O problema é que essa exigência parece não ser

---

<sup>101</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização .... Op. cit.*, p.163.

<sup>102</sup> Cf. ALEXY, Robert. *Teoria .... Op. cit.*, p. 117.

<sup>103</sup> A máxima da necessidade impõe a adoção “do” meio que produza menos efeitos e não de “um” dos meios possíveis. Isso se vê bastante claro na doutrina do Jorge Reis Novais ao afirmar que “ao princípio da indisponibilidade ou da necessidade o sentido de que, de todos os meios idôneos disponíveis e igualmente aptos a prosseguir o fim visado com a restrição, se deve escolher o meio que produza efeitos menos restritivos (...)” «negrito do original». (NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios .... Op. cit.*, p. 163).

<sup>104</sup> O Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Ferreira Mendes utiliza-se do termo meio *insubstituível* para se referir ao atendimento à máxima da necessidade. Para ele, o meio é necessário se “insubstituível por outro menos gravoso e igualmente eficaz” (Voto do citado Ministro no julgamento da Intervenção Federal (IF) nº 164/SP, publicada no Diário da Justiça de 14/11/2003). Decisão disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br), acessado em 19.05.2010.

<sup>105</sup> Cf. ALEXY, Robert. *Teoria .... Op. cit.*, p. 117.

compatível com a autonomia privada, pois amarraria a vida privada de uma forma que, juridicamente válidas, seriam apenas as ações (ou omissões), que afetassem direitos fundamentais, extremamente necessárias, não havendo alternativa de ação (ou omissão) no caso concreto, e a análise da necessidade, consequentemente, bloquearia o reconhecimento de competências do cidadão.

Nesse caso, já não seria apenas o direito fundamental quem estaria a impedir a realização do princípio da autonomia privada, mas sim e antes disso, a própria regra posta como meio de se aferir, em concreto, qual dos princípios em conflito deveria ter preferência (a “lei de colisão”), quem estaria obstando a realização do princípio em conflito. Ou seja, a regra de solução de colisão exige requisito impossível de ser cumprido pela autonomia privada e, sendo assim, de duas uma: ou a teoria que defende a vinculação direta relativiza a “lei de colisão” proposta por Alexy, trazendo alternativa; ou a “lei de colisão” se mostra imprestável para responder, nos termos em que foi proposta e que é defendida até hoje, o conflito de um direito fundamental com a autonomia privada, corroborando que a premissa adotada (vinculação direta) é falsa.

No caso em análise (exemplo “a”), perguntar-se-ia: para se atingir os fins a que se propõem as partes contratantes (assinatura de contrato de trabalho e recebimento da respectiva remuneração, de um lado, e do outro o ingresso do atleta no elenco do clube), haveria outro meio que violasse menos (ou não violasse) a liberdade de pensamento, opinião e o direito de ir e vir do jogador? A resposta naturalmente será positiva, e isso porque é inerente à autonomia privada atribuir competência ao particular, imputando-lhe *alternativas de escolhas*. A partir do momento que se exige a medida menos gravosa, “o meio que produza efeitos menos restritivos”,<sup>106</sup> (meio “indispensável”), é

---

<sup>106</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios .... Op. cit.*, p. 163.

tolhido aquilo que é próprio da autonomia privada,<sup>107</sup> passando-se a exigir alternativa única (a menos gravosa).<sup>108</sup>

A exigência de que os particulares, em suas relações entre si que afetem direitos fundamentais, estejam sempre a observar a máxima da *necessidade*, colide com a ideia de Estado de Direito, baseado na dignidade da pessoa humana que tem, naturalmente, a liberdade e a autonomia dos particulares como regra. É imperativo que, em princípio, o *se*, o *quando*, e o *como* do exercício da liberdade e da autonomia tenham que ser deixados dentro de um âmbito de livre arbítrio, de discricionariedade do indivíduo (e, repita-se, não se está aqui defendendo um âmbito sem limites).<sup>109</sup>

O que ocorre com a aplicação da “lei de colisão” aos conflitos que se passam em relação desse tipo é exatamente o oposto do que é clamado por um Estado de Direito como o atual, tendo em vista que se admite uma ingerência estatal não mais como exceção (ou quando necessária), mas sim como regra, na medida

---

<sup>107</sup> Segundo Alexy, “uma pessoa seria considerada como livre em sentido negativo na medida em que suas alternativas de ação não sejam bloqueadas por obstáculos a essas ações.” ALEXY, Robert. *Teoria.... Op. cit.*, p. 351.

<sup>108</sup> É que, como bem é difundido na doutrina, a máxima da necessidade (princípio da indispensabilidade ou do meio menos restritivo), sustenta justamente que, conseguindo-se fazer prova de que há um meio alternativo ao utilizado e que seja menos agressivo ao direito fundamental ou interesse juridicamente relevante, o meio escolhido é excessivo, logo a afetação é inconstitucional (cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios .... Op. cit.*, p. 171.172). Aqui, complementa o constitucionalista português, em passagem digna de nota, que “Com idêntico sentido, será inconstitucional a medida restritiva que, embora legítima em relação ao fim prosseguido, provoque efeitos mais restritivos da liberdade que as medidas actualmente em aplicação sem garantir, concomitantemente, um acréscimo sensível de eficácia na realização desse fim.” (p. 172).

<sup>109</sup> A utilização da “lei de colisão” proposta por Alexy às relações entre particulares traz ainda o inconveniente de ser tão rígida uma “restrição” a bem fundamental de particular advinda do Estado (destinatário dessas normas e não titulares de direitos fundamentais), quanto à advinda do próprio indivíduo a restringir a si próprio. Ou seja, um agente externo (Estado) teria tanta possibilidade fática e jurídica de restringir bem jusfundamental de particular quanto o próprio particular teria a mesma possibilidade de “restringir” a si mesmo. Isso é no mínimo incoerente, sem razoabilidade e desconsidera a vontade do indivíduo.

em que elimina o âmbito de livre escolha do indivíduo, habilitando o Estado a eliminar as condutas dos particulares que não sejam exatamente as necessárias.<sup>110</sup>

Da mesma forma se dá com o exemplo “b”. Será que para se atingir o fim pretendido pelo participante do *reality show* (exposição na mídia e a possibilidade de ganhar o prêmio ofertado, e para a emissora, o aumento de sua audiência) não se poderia recorrer a outro meio que afetasse menos a privacidade do indivíduo? Esse seria o meio menos invasivo existente? Parece que não e, sendo assim, as mesmas dificuldades apresentadas acima são confirmadas por esse exemplo.

Com isso se quer demonstrar que a autonomia privada, antes de ser incompatível com a vinculação direta dos direitos fundamentais às relações entre particulares, é incompatível com a “lei de colisão”, apresentada pelos defensores dessa teoria como solução dos casos de conflito que decorrem, naturalmente, de uma vinculação direta dos direitos fundamentais a esse tipo de relação (isso ao menos nos termos da “lei de colisão” proposta por Alexy e levando-se em consideração as relações negociais).<sup>111</sup>

A inadequação à máxima da *necessidade* faz com que não se possa efetivar uma ponderação em sentido estrito entre o sacrifício que se impõe com a afetação e o benefício alcançado e que se persegue, tendo em vista que a máxima da

---

<sup>110</sup> Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios ... Op. cit.*, p. 163. Afirma o autor que essa visão não se trata da adoção de uma visão reducionista de um liberalismo contrário à integração de liberdade e de Direito, contrária a qualquer intervenção estatal na liberdade do indivíduo, mas, a visão mais propícia a garantir a liberdade individual e os próprios direitos fundamentais, sendo resultado de uma vinculação à proteção e promoção da dignidade da pessoa humana. (p. 163).

<sup>111</sup> Corroborando com o que aqui se defende, Virgílio Afonso da Silva afirma que “exigir a obediência à regra da necessidade não é uma forma de solução da colisão entre direito fundamental e autonomia privada, já que essa autonomia estará necessariamente comprometida pelas próprias exigências dessa regra. Se aos particulares não resta outra solução que não a adoção das medidas estritamente necessárias, não se pode mais falar em autonomia.” (SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização ... Op. cit.*, p. 163-164).

proporcionalidade em sentido amplo (por meio das máximas da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) corresponde a um controle escalonado por meio de um processo de filtragem sucessivo, que elimina a análise da máxima subsequente se o “filtro” antecedente já tenha contido e retido (obstado) a pretensão restritiva, por assim dizer, ou seja, a análise positiva da máxima antecedente é prerequisite para a análise da máxima subsequente.<sup>112</sup> E aí, sem “lei de colisão” alternativa, o problema fica sem solução, e o fica porque parte de premissas que não são verdadeiras. Talvez por esse motivo a doutrina que adota essa teoria tende a uma fuga demasiada apressada à máxima da proporcionalidade em sentido estrito, sem fazer uma devida passagem pelas máximas antecedentes.

Indo-se adiante, vê-se que há, ainda, problemas na análise da máxima da proporcionalidade em sentido estrito.<sup>113</sup> Como se vê, sequer se faz necessário chegar até esse ponto, mas, de toda forma, por amor ao debate, não se escusará em tecer alguns comentários. Essa máxima busca, confrontando dois termos ou duas grandezas variáveis, comparar os benefícios obtidos ou almejados e as desvantagens da afetação ao direito fundamental,<sup>114</sup> e assim apreciar o desvalor do sacrifício que se

---

<sup>112</sup> Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios .... Op. cit.*, p. 165. Nesse mesmo sentido, Wilson Steinmetz afirma que se deve analisar, sucessivamente, se o meio que afete o direito fundamental é “(c.1) adequada, (c.2) necessária e (c.3) proporcional em relação ao meio pretendido. (...) entre, c.1, (c.2) e (c.3) há uma progressão de tipo “lógico”, no seguinte sentido: se a restrição(o meio, a medida) não é *adequada* para atingir o fim pretendido, então, sequer é preciso verificar se ela é *necessária* e, depois, *proporcional em sentido estrito*, porque pelo simples fato de não ser adequada ela já não atende ao princípio da proporcionalidade.” (STEINMETZ, Wilson. *Princípio da...* *Op. cit.*, p. 46-47).

<sup>113</sup> As preferências *prima facie* entram em jogo, justamente e sobretudo, na análise da máxima da proporcionalidade em sentido estrito, onde se dá o ápice do sopeso das circunstâncias relevantes do caso e das razões, sinalizando a favor e contra a prevalência de um ou outro princípio em conflito, sendo aí que deve operar a *lei de ponderação* tal como proposta por Alexy. Nesses exatos termos, cf. STEINMETZ, Wilson. *Princípio da...* *Op. cit.*, p. 47.

<sup>114</sup> Aprecia-se a gravidade da afetação ao direito fundamental associando-a com a importância das razões que justificaram aquele meio restritivo.



impõe à liberdade quando comparada com o valor daquele bem que se pretende atingir (no caso direito fundamental *versus* autonomia privada).<sup>115</sup> Ocorre que a afetação ao direito fundamental, como o fim de dar primazia à autonomia privada, ao contrário da regra quando quem afeta é o Estado, visa justamente, não a um sacrifício à liberdade, mas sim a uma maior tutela da mesma,<sup>116</sup> indo exatamente ao encontro do sentido da proteção aos direitos fundamentais (garantir ao indivíduo efetivo gozo de liberdade e autonomia).

Ora, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é meio indispensável ao controle da constitucionalidade dos sacrifícios impostos à liberdade, em Estado de Direito.<sup>117</sup> Sendo assim, afetações aos direitos fundamentais em decorrência da autonomia privada vêm justamente de encontro a qualquer sacrifício de liberdade, posto que o bem jurídico contraposto (autonomia privada) é representação maior da tutela constitucional de uma sociedade efetivamente livre. E não é só. A tentativa de utilização da máxima da proporcionalidade em sentido estrito para justificar a solução de colisão de direito fundamental com a autonomia privada encontra outros inconvenientes.

A autonomia privada é um princípio formal e,<sup>118</sup> ao contrário dos direitos fundamentais que reconhecem “não competências”, são razão para competências, cujo reconhecimento destas está relacionado diretamente com o nível de tutela que é conferida à liberdade, dentro de um ordenamento jurídico. Assim

---

<sup>115</sup> Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios .... Op. cit.*, p. 181.

<sup>116</sup> A situação se confirma pelo fato do bem jusfundamental ser afetado pelo próprio titular do direito no exercício de sua autonomia privada. Aqui vê-se a afetação em defesa da própria liberdade.

<sup>117</sup> Como bem pontua Jorge Reis Novais, nesses exatos termos, a máxima da proporcionalidade mostra-se “indispensável ao controle da constitucionalidade dos sacrifícios impostos à liberdade individual em Estado de Direito.” (NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios .... Op. cit.*, p. 182).

<sup>118</sup> Para Virgílio Afonso da Silva, a autonomia privada “é o princípio (meramente formal) que fornecerá razões para que um ato de vontade entre particulares, ainda que restrinja direitos fundamentais de uma parte, seja aceito e considerado como válido.” (SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização .... Op. cit.*, p.149).

bem pontuou Alexy, tomando como base decisão do Tribunal Constitucional alemão quando, em 1969, afirmou que o “direito à competência é um componente elementar da liberdade de ação (...)”<sup>119</sup>, de onde concluiu que se expande a margem de liberdade do indivíduo com o reconhecimento de competências, cuja eliminação é um real obstáculo à liberdade.<sup>120</sup>

Nesses termos, vê-se que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é inconciliável com esse âmbito livre, em que os particulares são os legisladores de si próprios e, sendo assim (legisladores de si), sequer caberia questionar-se se o meio escolhido é adequado, necessário e proporcional em sentido estrito, haja vista que a proporcionalidade pressupõe dever de observância, norma de conduta (permitido, proibido, obrigado), afastando-se, assim, do âmbito protegido pelas normas de competência de direito privado. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, quando aplicável, é de observância cogente, é “regra”. E por que isso é de fundamental importância na análise da problemática proposta?

É que a “lei de sopesamento”, proposta por Alexy, parte da ideia de que quanto maior for o grau de não-satisfação ou afetação de um princípio, tão maior deverá ser a importância da satisfação do outro para justificar a afetação,<sup>121</sup> representando essa premissa por meio de “curvas de indiferença”.<sup>122</sup> Assim, afetar um bem jurídico protegido em observância ao direito

---

<sup>119</sup> ALEXY, citando a decisão do Tribunal Constitucional alemão BVerfGE 26, 215 (222) (ALEXY, Robert. *Teoria.... Op. cit.*, p. 245).

<sup>120</sup> “(...) por meio do reconhecimento de competências, a margem de ação do indivíduo é expandida. Uma expansão das competências do indivíduo significa – desde que se pressuponha que o exercício da competência não é nem obrigatório, nem proibido – um aumento de sua liberdade jurídica. Por essa razão, o não reconhecimento ou a eliminação de uma competência é um obstáculo especialmente eficaz. Ele faz com que o objeto da liberdade (realizar ou não realizar o ato jurídico) seja eliminado por razões *conceituais*. A liberdade jurídica de realizar um ato jurídico pressupõe necessariamente a competência para fazê-lo.” (ALEXY, Robert. *Teoria.... Op. cit.*, p. 246).

<sup>121</sup> ALEXY, Robert. *Teoria.... Op. cit.*, p. 167.

<sup>122</sup> “Uma curva de indiferença é um meio para representar a relação de substituição de bens.” (ALEXY, Robert. *Teoria.... Op. cit.*, p. 168).

fundamental repercutirá que, quanto maior for a não satisfação do princípio afetado, maior será a satisfação do direito fundamental (e vice-versa), enaltecendo o caráter bilateral na análise da máxima da proporcionalidade em sentido estrito (quanto mais se perde de um lado, mais se ganha do outro, e o contrário também é verídico). Aqui se vê que, necessariamente, levam-se em consideração os dois lados em conflito, de onde se conclui que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito faz uma análise bidirecional dos princípios colidentes.<sup>123</sup>

O problema é que, se a autonomia privada é um princípio formal, norma de competência como afirmado acima, dificulta-se a visualização analítica do conflito dentro da “lei de sopesamento” proposta por Alexy, na medida em que os critérios de um sopesamento nos conflitos interprivados entre a autonomia privada e o direito fundamental supostamente afetado, não levam em consideração, nem o poderiam, o grau de afetação do direito fundamental com a importância da satisfação da autonomia privada (e vice-versa), não se podendo justificar o sopesamento por meio da “curva de indiferença” proposta por Alexy, na medida em que, sendo norma de competência, traz em si um valor estático, perdendo o caráter analítico bilateral exigido pela “lei de sopesamento”.

Disso repercute que o que a doutrina faz, invariavelmente, não se trata de sopesamento (embora não assumam que não o seja), mas sim definem situações em que a autonomia privada deve ou não ser respeitada, e situações em que, face o direito fundamental contraposto, poderá mais facilmente ceder. Essa falha na construção dogmática dos adeptos dessa corrente foi percebida também por Virgílio Afonso da Silva, que afirma que “esse raciocínio – (...) não é, contudo, um sopesamento”<sup>124 125</sup>.

---

<sup>123</sup> Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização .... Op. cit.*, p. 154.

<sup>124</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização .... Op. cit.*, p. 155.

<sup>125</sup> A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e a consequente solução do suposto conflito desses direitos com a autonomia privada pela máxima da

Isso se justifica, pois é no conteúdo dessa norma de competência que estão as decisões tomadas pelos legitimados para tanto, no caso pelos particulares, e essas decisões, escolhas, podem ser banais, efêmeras, na medida em que faz parte da liberdade conferida aos indivíduos ter um âmbito de “arbítrio” reservado a si.

Disso se conclui que, ou se respeita o princípio formal e, conseqüentemente, a norma dele decorrente, ou não o observa. Não há um grau maior ou menor de satisfação da autonomia privada, crescente ou decrescente, de acordo com a maior ou menor satisfação do direito fundamental contraposto, e isso prejudica até mesmo o estabelecimento das preferências *prima facie* propostas pela doutrina brasileira, como por exemplo no caso as preferências apontadas por Wilson Steinmetz em obra específica sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais<sup>126</sup>.

Não há uma curva de valor crescente, de acordo com o tipo de escolha que se faz no exercício da autonomia privada (repita-se, é um valor estático) e, sendo assim, não há maior satisfação que justifique inverter uma prevalência *prima facie* do direito fundamental. Isso seria tudo menos uma ponderação e, de tudo que foi demonstrado, fica evidente que as soluções aos problemas que naturalmente surgem com a adesão de uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, apresentadas pelos teóricos dessa doutrina, na verdade não resolvem a problemática porque não se justificam.

Ao que parece, a doutrina da eficácia imediata preocupa-se mais em demonstrar que é imperativo constitucional o reconhecimento de uma vinculação direta, por ser supostamente imperativo da tutela da liberdade, ao passo que negligenciam em demonstrar como solucionar os problemas decorrentes da adoção dessa teoria, querendo fazer crer que tudo seria resolvido

---

proporcionalidade, é, na verdade, letal à autonomia privada. Em sentido contrário, entendendo que não é necessariamente letal à autonomia privada, cf. STEINMETZ, Wilson. *Princípio da...* *Op. cit.*, p. 24.

<sup>126</sup> STEINMETZ, Wilson. *A vinculação...* *Op. cit.*

pela “lei de colisão” proposta por Alexy (e nos mesmos termos), o que já ficou bem demonstrado que não é verdade. A demonstração tem que ser conexa: fundamentação constitucional da vinculação direta (construção dogmática comprobatória), construção do “como” da vinculação, e demonstração palpável da solução dogmática aos problemas decorrentes dessa vinculação. Só assim os adeptos da teoria da eficácia imediata se desvencilhariam de seu ônus argumentativo.

Então, se a solução apresentada pelos adeptos dessa corrente na verdade nada resolve, fica comprometido todo esforço argumentativo deles, tendo em vista que não constroem meio para solver as naturais colisões da autonomia privada com os direitos fundamentais (e aí não resolvem o problema acima apresentado nas relações negociais). Quanto às relações não negociais, não se pode fazer a mesma afirmação de que a ponderação dos direitos fundamentais, supostamente em conflito, não seja apta dogmaticamente a resolver a questão. Mas, até nessas, não deixa de haver inconvenientes, embora de outro tipo.

Veja-se o exemplo do cidadão na parada de ônibus sendo afetado em sua integridade física pela fumaça produzida por outro cidadão fumante, que igualmente espera a chegada do transporte público, questiona-se: teria o cidadão não fumante um direito subjetivo face ao fumante a que este obstasse de fumar, pois estaria a agredir sua integridade física? O fumante não teria também, a seu favor, um direito subjetivo face ao outro particular a que este respeitasse sua liberdade?

Ponderando os valores envolvidos, estando um direito a impedir fática e juridicamente a realização do outro, qual deveria prevalecer? A liberdade do fumante? E se o cidadão não fumante sofresse de uma alergia ou qualquer outra enfermidade que fizesse com que qualquer contato com fumaça de cigarro pudesse ser letal (e tendo o não fumante advertido o outro cidadão dessa particularidade), então a liberdade do fumante já não prevaleceria?

Como já foi ressaltado, a teoria em comento só seria juridicamente válida se conseguisse dar resposta a ambos os problemas (vinculação dos particulares nas relações negociais e nas relações não negociais, sendo aquelas as mais problemáticas). Mas, de toda forma, a vinculação direta seria contrária à liberdade, mesmo nas relações não negociais, posto que qualquer ação do particular seria potencialmente ofensiva a bem jusfundamental de outro, o que geraria um suposto direito fundamental de um face ao outro, mutuamente, transformando a vida privada em um constante temor de, no exercício de sua liberdade, está-se, sem sequer muitas vezes saber ou mesmo desejar, agredindo o âmbito protegido de outro, ficando sujeito a sanções e delegando sempre ao Poder Judiciário, isso na ausência de regulamentação ordinária, a solução para até as mínimas agressões fruto do dia a dia normal e natural de cada cidadão. Isso tudo justifica que não há como se reconhecer uma vinculação direta dos direitos fundamentais às relações entre particulares.

Não faz sentido admitir que um particular tenha sempre e em regra um direito subjetivo face ao outro que, ao mesmo tempo e em sua defesa, levanta igualmente um direito subjetivo (como no caso do fumante na parada de ônibus), e isso seria o resultado da vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais.

O reconhecimento de um direito subjetivo contra outro particular necessitaria de uma suficiente determinabilidade do conteúdo da prestação que se exige (comissiva ou omissiva), que seria uma prestação definitiva, sem espaço para atenuações ou isenções (parcial ou total), e a ponderação leva, necessariamente, à possibilidade (em tese) de uma atenuação, e é contrária a ideia de uma prestação definitiva, pois parte de um direito *prima facie*. Não haveria como se reconhecer um direito subjetivo de um particular face ao outro, com o grau de determinabilidade do conteúdo da prestação exigível (definitiva), quando do lado oposto o outro particular tem igual direito subjetivo, com a

mesma força e garantido pelos mesmos princípios, não havendo assim como se resolver o conflito.<sup>127</sup> Os direitos fundamentais apresentar-se-iam com a aparência de serem trunfos de todos contra todos.<sup>128</sup>

Retomando-se o exemplo do fumante na parada de ônibus, essa ideia de um particular ter um direito subjetivo face ao outro, e vice-versa, no fim das contas controverte o princípio da liberdade geral onde tudo é permitido, nas relações entre particulares, desde que não seja proibido,<sup>129</sup> na medida em que tudo seria, ao mesmo tempo e *a priori*, permitido e proibido. Enquanto seria permitido, por exemplo, fumar na parada de ônibus (suposto direito subjetivo do fumante face ao outro a que respeite sua liberdade), ao mesmo tempo esta ação seria, a princípio, igualmente proibida, uma vez que o fumante também teria que respeitar a integridade física do outro particular.

Vários exemplos poderiam ser apresentados, demonstrando a inviabilidade de se aplicar diretamente os direitos fundamentais, sem mediação legal, às relações entre particulares. Adotando-se essa tese (vinculação direta), levanta-se os seguintes questionamentos: qual seria a solução concreta em um caso de exclusão de indivíduo de associação de cunho espiritual ou ideológico, quando ele alegar que não foi garantido a si o pleno exercício do direito à defesa e ao contraditório? Como o Poder Judiciário decidiria um litígio em que se questione uma decisão dos representantes da maçonaria em excluir uma pessoa de seus quadros sem que lhe tenha sido oportunizado, de forma plena, o direito à defesa, ou que se questione a impossibilidade de participação de mulheres da mesma forma que o homem participa? Como se pronunciaria o Poder Judiciário em caso de exclusão

---

<sup>127</sup> Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *A intervenção .... Op. cit.*, p. 283.

<sup>128</sup> Nesse sentido, Jorge Reis Novais afirma que "(...) do processo de invocação do direito subjectivo fundamental contra outros particulares, a força de *trunfo* do direito fundamental é desvitalizada ou neutralizada através da recíproca invocação por parte do oponente." (NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais... Op. cit.*, p. 92).

<sup>129</sup> Cf. OTERO, Paulo. *Lições.... Op. cit.*, p. 228.

de membro de uma associação religiosa, como um bispo, ou em caso de suspensão de ordem ou de excomunhão, pelo fato do membro da entidade passar a professar ideias cismáticas, pregando em contrariedade aos dogmas e ideologias da religião, punição essa que se alegue não tenha observado de forma plena o direito à ampla defesa?

Será que nesses casos (e havendo ausência de mediação legal ou estatutária que garantisse a ampla defesa, por exemplo), inclusive em âmbito em que se está imune a controle judicial, como as questões de ideologia em associação religiosa,<sup>130</sup> o STF, último intérprete da Constituição, anularia a exclusão do sócio, por inobservância à ampla defesa para, reintegrando o indivíduo à associação, ver o mesmo novamente excluído, agora com o direito à defesa e, dessa decisão, não mais cabendo interferência estatal? Faria mesmo sentido esse posicionamento? Parece que não.

Se o critério é vincular, diretamente, as associações à ampla defesa, então todas essas situações já nasceriam com resposta *constitucional*: em todos os casos dever-se-ia oportunizar a oitiva plena da parte acusada, antes de aplicar a punição. Mas a verdade é que nas relações entre particulares, em regra, apenas se houver a mediação legal (ou estatutária) é que tal garantia ver-se-á projetada a esse tipo de relação, e aí a questão não seria constitucional.

Pergunta-se ainda: em um caso concreto, será que o STF deveria declarar ser violador do direito fundamental à igualdade o fato da maçonaria não permitir a participação de mulheres da mesma forma que o homem participa, imputando a essa associação de pessoas o dever de, contrariando seus preceitos, permitir a participação plena das mulheres? Isso porque esse deveria ser o resultado se os particulares estivessem vinculados diretamente aos direitos fundamentais, mas, o resultado obtido soa como

---

<sup>130</sup> Cf. COELHO, Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 453.



uma interferência estatal em âmbito que deve haver liberdade de atuação, liberdade para se fazer escolhas, âmbito sem ordinária interferência do Estado.

Feitos todos esses apontamentos, resta agora saber se há algum âmbito que vincula diretamente os particulares, se há algum limite a esse âmbito de livre escolha do cidadão constitucionalmente determinado. Admitiu-se, mesmo que genericamente, que a liberdade do indivíduo, logicamente, não era ilimitada e, com isso, reconheceu-se que há algum limite constitucional a essa livre escolha, algum âmbito em que realmente os particulares se deparem perante uma norma de conduta constitucionalmente estabelecida, tanto nas relações negociais quanto nas relações não negociais.

O reconhecimento de algum limite à autonomia privada, por exemplo, não pode ser lido como a destruição do que foi afirmado acima, tendo em vista que se parte, em regra, de um âmbito de livre escolhas, em que o particular é legislador de si próprio para, então, reconhecer que há limites a esse âmbito, limite esse que, aí sim, não admite alternativa de conduta, mas compele todos os particulares a respeitarem.

É que mesmo reconhecendo-se que sem liberdade jurídica negativa (da qual a autonomia privada é expressão) não há dignidade humana em um sentido juridicamente relevante,<sup>131</sup> o exercício dessa liberdade pode, por ela mesma, ser causadora de agressões violentas à dignidade, e aí poder-se-ia pensar em uma vinculação direta excepcional e residual, não aos direitos fundamentais, mas à dignidade da pessoa *humana enquanto princípio constitucional autônomo*<sup>132</sup>.

---

<sup>131</sup> Cf. ALEXY, Robert. *Teoria...* Op. cit., p. 357.

<sup>132</sup> Quanto ao âmbito constitucional de proteção da dignidade da pessoa humana, enquanto princípio constitucional autônomo, veja-se os apontamentos feitos em CHIANCA JUNIOR, Nildeval. *Uma leitura da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais compatível com a liberdade individual: um estudo à luz da Constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 23-38, onde o autor apresenta a dignidade da pessoa humana em seus três níveis de realização, sendo um deles aquele mais superficial, protegido (exteriorizado) pelos direitos fundamentais, e os

Uma vinculação direta nesses casos há de ser imperativa. É justamente para não por fim à própria liberdade, à autonomia privada, que se faz necessário o reconhecimento de um âmbito restrito de limitação, e isso porque, assim como a liberdade em geral, a autonomia privada não é ilimitada,<sup>133</sup> e agressões à dignidade podem vir tanto do Estado quanto de particulares, valendo aqui a máxima de que “pouco importa de quem provém a ‘bota no rosto do ofendido’”.<sup>134</sup>

Está-se refutando a ausência de limites constitucionais aos particulares, nas relações que estabelecem entre si, tendo em vista que a total inaplicabilidade de limites (constitucionais) às relações interprivadas isolaria, de forma plena, as relações ocorridas no seio da sociedade entre os indivíduos (quando ausente regulamentação legal), como que houvesse uma “fortaleza” que resistisse aos princípios constitucionais, o que não se vê sustentável em Estado de Direito Constitucional,<sup>135</sup> que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Isso se justifica porque, agindo-se ao abrigo da liberdade tutelada, o particular pode afastar-se do modelo normativamente fixado em termos imperativos,<sup>136</sup> e aí a necessidade de se reconhecer um limite geral à sua ação constitucionalmente determinado.

É inimaginável em um modelo constitucional fundado na

---

demais extraídos autonomamente do preceito constitucional que prescreve o princípio, desvinculado de qualquer outro preceito constitucional.

<sup>133</sup> Nesse sentido, NEUNER, J. *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais .... Op. cit.*, p.145.

<sup>134</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais .... Op. cit.*, p.149. Nesses termos, confirmando o que aqui se defende e trazendo interessante informação, referindo-se à Lei Fundamental da Alemanha, Jörg Neuner afirma que “a dignidade da pessoa humana não pode ser violada apenas pela ação do Estado, mas também por cidadãos individuais. Nos trabalhos preparatórios da Constituição, menciona-se o exemplo de um empresário privado que participa da escravização de trabalhadores.” (NEUNER, Jörg. *O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental*. Trad. Peter Naumann. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 253).

<sup>135</sup> Em sentido semelhante, cf. NOVAIS, Jorge Reis. *A intervenção.... Op. cit.*, p. 249.

<sup>136</sup> Cf. OTERO, Paulo. *Lições.... Op. cit.*, p. 221.

dignidade da pessoa humana, como o atual, a existência de seres humanos sem uma proteção à sua dignidade apenas pelo fato do legislador ordinário não ter laborado em tal favor.<sup>137</sup> Por ser realidade indisponível, a dignidade da pessoa humana, *enquanto princípio autônomo*, é limitativa da autonomia e liberdade de todos que com ela se cruzam, exigindo proteção e respeito, tanto por parte do Estado quanto por parte de todas as pessoas, sempre.<sup>138 139</sup>

Desde já é importante ter-se em mente que se está referindo-se a limites impostos diretamente pelo texto constitucional, na medida em que, ao que parece, a doutrina que defende a teoria da eficácia imediata busca resolver todas as formas de conflitos ocorridos na sociedade, por meio do recurso direito aos preceitos constitucionais. Como argumento retórico, trazem exemplos que supostamente ficariam sem solução se adotadas correntes outras, querendo fazer crer que correta seria a teoria que tudo resolvesse.

Esquecem-se, entretanto, que, se por ventura alguma

---

<sup>137</sup> Conforme bem pontua Paulo Otero, “(...) há aqui uma obrigação geral de respeito que torna inadmissível um modelo constitucional fundado na dignidade humana que permitisse a existência de seres humanos sem qualquer proteção (...)” à dignidade (OTERO, Paulo. *Instituições...* Op. cit., p. 554).

<sup>138</sup> Cf. OTERO, Paulo. *Instituições...* Op. cit., p. 554.

<sup>139</sup> Em outras palavras, repetindo afirmação já feita, a dignidade da pessoa humana, ao menos como princípio constitucional autônomo, tem como *destinatário* todos, particulares e Estado, ao menos no que se refere a sua não afetação. Corroborando essa afirmação, Vieira de Andrade considera que o “conteúdo essencial” dos direitos fundamentais, aferível em abstrato, é um núcleo “absoluto”, não de cada direito subjetivo de cada indivíduo, mas um conteúdo essencial do “preceito normativo” identificável com a *dignidade da pessoa humana* (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos...* Op. cit., p.324-325). O que importa aqui salientar é que, mesmo para os autores que consideram a dignidade como “conteúdo essencial” do direito fundamental (sem se adentrar na discussão nem posicionar-se), o veem como princípio absoluto, destinado a todos. São nesses exatos termos que Paulo Mota Pinto, considerando a dignidade da pessoa humana como o “núcleo” dos direitos fundamentais, entende que nesse elemento nuclear, “correspondente aos direitos humanos e que se prende com a *dignidade da pessoa humana*, tem de afirmar-se que são destinatários dos direitos fundamentais também os particulares, e na medida das entidades públicas.” (PINTO, Paulo Mota. *Autonomia privada ....* Op. cit., p. 370).

situação da vida privada ficar “em aberto”, sem solução diante da adesão de uma teoria diversa da em análise neste tópico, é preciso ter em mente que toda sociedade sofre com os descasos dos Poderes Públicos e, na medida em que o legislador ordinário não cumpre seu papel de regular algum tipo de relação ou situação da vida privada carecedora de proteção, quem primeiro irá sentir essa falta de regulamentação é a sociedade.

A própria autonomia privada pode sofrer outras limitações, mas esses limites (além daquele limite mínimo constitucionalmente existente, decorrente do valor central absoluto em Estado de Direito),<sup>140</sup> há que decorrer da lei, em sua liberdade conformadora.<sup>141</sup> Se os anseios sociais clamam para uma limitação da autonomia privada ou uma limitação da liberdade dos particulares que não foi objeto de atenção por parte do legislador ordinário, isso não pode ser justificativo para se adotar teoria que, supostamente, tudo resolveria. Essa visão de vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, no fim das contas, com a promessa de que a Constituição tudo resolve, é uma rigidez e uma inflexibilidade da vida jurídico-privada, o que resultaria, conseqüentemente, em uma substituição do direito civil pelo direito constitucional.<sup>142</sup>

Se não bastassem todos esses contrapontos, ainda há um ponto relevante que corrobora a inadmissão pela Constituição da teoria da eficácia imediata. Ora, se os adeptos da teoria da eficácia imediata, de forma quase que unânime, admitem que há direitos que expressamente a Constituição tenha se referido aos particulares (ou pelo menos a determinados particulares),

---

<sup>140</sup> Considerando o respeito à dignidade da pessoa humana como limite constitucional da autonomia privada, Paulo Mota Pinto afirma que se inclui no que considera discriminação atentatória à dignidade aquelas que se basearem em motivos de “raça”, sexo etc. (PINTO, Paulo Mota. *Autonomia privada .... Op. cit.*, p. 385).

<sup>141</sup> Paulo Otero também reconhece que a autonomia privada pode sofrer limites, mas esses decorrem da lei, podendo esta fixar proibições, limitar ou condicionar a forma de expressão, o conteúdo, o objeto e o fim da autonomia privada (OTERO, Paulo. *Lições .... Op. cit.*, p. 230).

<sup>142</sup> Cf. PINTO, Paulo Mota. *Autonomia privada .... Op. cit.*, p. 370.

estando esses direitos fora da problemática, tendo em vista que a resposta já estaria na própria estrutura normativa do próprio dispositivo de direito fundamental, que o destinaria inclusive aos particulares,<sup>143</sup> esse argumento contribui para a conclusão de que os particulares não estão vinculados aos direitos fundamentais de forma direta e plena, e em regra, como defende essa doutrina.

É que, enquanto a doutrina afirma que há direitos que expressamente têm como destinatários os particulares, e no fim de suas lições afirmam que todos os direitos fundamentais (ou ao menos a maioria) vinculam diretamente os indivíduos (de forma direta e na plenitude do âmbito do direito), fica a ideia de que a Constituição teria contribuído para a confusão da eficácia desses direitos nas relações entre particulares – vinculação direta, indireta, não vinculação – na medida em que se todos os direitos fundamentais (ou a maioria deles, pelo menos) teriam como destinatários, em todo seu âmbito, os particulares, qual o sentido de se positivar apenas alguns com essa destinação expressa (com diversidade de estrutura normativa)?

Seria essa previsão de destinação expressa uma positivação inócua, sem sentido e que apenas contribui para confundir? Mas já não se admite expressão normativa constitucional desprovida de sentido, de valor. Sendo assim, há que se dar algum significado, alguma compreensão àquelas normas que, expressamente, a doutrina sinaliza que têm como destinatários, indubitavelmente, os particulares, e logo se vê que outra não pode ser a conclusão senão a de que essas normas, diferente das demais, vinculam o particular em todo seu âmbito, enquanto as demais, em regra, não o vinculam (eis o significado da diversidade de estrutura dessas normas).<sup>144</sup>

---

<sup>143</sup> E aqui lembre-se que isso não afasta a natural vinculação estatal a esses direitos, como, por exemplo, o dever do legislador de não produzir leis colidentes com direitos fundamentais em geral etc.

<sup>144</sup> Aparentemente em sentido oposto, extraindo conclusão aparentemente inversa àquela aqui defendida a respeito do sentido constitucional da positivação de normas

## CONCLUSÃO

Apesar de já haver uma tendência entre os doutrinadores brasileiros que se debruçaram com mais intensidade sobre o tema proposto, reconhecendo a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais como imprescindível à completa tutela da liberdade individual em Estado Social (nesse sentido ecoam as vozes de Wilson Steinmetz, Daniel Sarmento, Ingo Wolfgang Sarlet, André Rufino do Vale e Thiago Luís Santos Sombra), essa visão desconsidera que os limites constitucionais impostos à liberdade, à autonomia privada, com a vinculação direta dos particulares, são incompatíveis com o que é essencial à sobrevivência de toda ordem capitalista, que é a propriedade e a liberdade contratual.

Também, a vinculação direta corrompe a máxima segundo a qual, no seio das relações entre particulares, tudo seria permitido, salvo o que fosse expressamente proibido por lei, na medida em que a sociedade passa a ser um ambiente em que tudo é, ao mesmo tempo, permitido e proibido, estando a liberdade de um sempre a limitar a liberdade do outro, sendo permitido e, ao mesmo tempo, proibido ser livre.

A verdade é que a passagem do Estado Liberal para o Estado Social fez com que o Poder Público figurasse como o grande responsável por suprir e destruir os obstáculos à

---

de direitos fundamentais expressamente destinadas a particulares, Ingo Sarlet afirma que “O simples fato de existirem normas de direitos fundamentais que expressamente têm por destinatários os particulares (...) revela que uma eficácia, no sentido de uma vinculação direta dos particulares, é de ser admitida (...)” (p. 139), complementando e, ao que parece, relativizando essa afirmação, diz ser essa ideia “(...) admitida, pelo menos nos casos em que prevista na Constituição” a mencionada destinação direta. Pelo que ficou dito, o constitucionalista brasileiro parece ter sinalizado no sentido de que a positivação de normas de direitos fundamentais destinadas expressamente a particulares (inclusive) é indicativo de uma eficácia direta desses direitos nas relações entre particulares. (SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais .... Op. cit.*, p.139).

liberdade deixados pelo liberalismo, mas a forma desse ativismo estatal, do Estado em ação como amigo e não inimigo dos direitos fundamentais, é justamente, e primordialmente, uma ação prestacional exercida por si (prestações materiais) – eficácia vertical dos direitos fundamentais, possibilitando uma efetiva fruição da liberdade individual.

Fora isso, naquilo em que a Constituição quis, desde logo, intervir no âmbito privado de modo a impor a vontade estatal face à livre vontade dos particulares, isso como meio de implementar seu plano social de equilibrar a sociedade, o fez de forma expressa. Apenas nesses direitos fundamentais em que os particulares figuram como destinatários, indubitavelmente, que se pode dizer que os indivíduos apresentam-se como partícipes do plano constitucional *inicial* do Estado na implementação da socialidade na sociedade, buscando romper com os obstáculos existentes para um efetivo gozo da liberdade. Nesses casos, o Estado sequer esperou a atuação do legislador ordinário para proceder uma restrição à liberdade individual, entendendo que era necessária uma imediata intervenção por meio da destinação de normas jusfundamentais.

Para além desse intervencionismo, a implementação de restrições à liberdade foi relegada à ação legislativa ordinária que, regulando de forma pontual e específica alguma realidade social, dá continuidade ao plano constitucional de socializar a sociedade em prol da liberdade efetiva de cada indivíduo.

Por outro lado, uma possível inércia do legislador ordinário, na missão de equilibrar a sociedade, não é justificativa constitucional para transmutar uma competência, que é sua (legislador), para algo que, supostamente, já estaria imposto pela própria Constituição, sequer necessitando de atuação legislativa ordinária. Não se pode resolver um problema, que é grave, criando-se outro. Não se pode imputar à Constituição a promessa de “tudo resolver”, isentando o legislador ordinário de todo déficit de labor em matéria de direitos fundamentais nas relações

entre particulares, enrijecendo e inflexibilizando a vida jurídico-privada.

A vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, e conseqüentemente das operadoras de planos de saúde, lida de forma geral, na ânsia de tutelar a liberdade dos particulares, na verdade aniquila a autonomia privada dos indivíduos, tolhendo-lhes a natural possibilidade de ser livre. É uma compressão intolerável da liberdade, supostamente em nome da própria liberdade, não se podendo sequer fazer uso das máximas da proporcionalidade, como pretende a doutrina, para solver um conflito entre direito fundamental e autonomia privada.

Sendo assim, a resposta à problemática proposta não pode ser outra, senão esta: os particulares não estão, em regra, vinculados aos direitos fundamentais, salvo àqueles direitos em que o constituinte tenha, indubitavelmente, destinado aos indivíduos, o que é revelado pela estrutura da norma. Por outro lado, não se poderia reconhecer um ordenamento jurídico que, tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana, aceite que a inércia do legislador ordinário legitime a que um particular afete a dignidade do outro. Há um âmbito da dignidade que é imponderável e sua proteção é impostergável, sendo o mínimo que se espera de um Estado nos moldes do Brasil.

Nesse sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto princípio constitucional autônomo, é destinado a todos: Estado e particulares, àquele de forma plena e geral, e a estes ao menos a um aspecto de respeito, de não afetação a esse princípio, sendo, neste caso, a vinculação direta não aos direitos fundamentais, mas à dignidade da pessoa humana enquanto princípio constitucional autônomo, cujo âmbito de proteção é bem mais restrito do que aquilo que dele se diz em manuais de direito e em decisões judiciais.

Conclui-se, pois, que as operadoras de planos de saúde, entidades privadas que atuam em setor que sofre forte intervenção estatal por meio da Agência Reguladora competente, estão



vinculadas aos direitos fundamentais na medida da extensão desses direitos a si por meio da legislação ordinária ou por ato normativo da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). O direito à saúde, por exemplo, de onde se extrai pretensões a prestações materiais fáticas, positivado no art. 6º da CF, destina-se apenas ao Estado, e dele não se pode extrair, diretamente, obrigações às operadoras de planos de saúde.

Essa foi a opção do constituinte originário quando, inclusive, estabeleceu que a assistência à saúde pode ser explorada livremente pela iniciativa privada (art. 199 da CF), e as limitações e obrigações na atuação nesse setor econômico serão impostas pontual e expressamente pelo Estado, em cumprimento à sua função de Agente Regulador (art. 174 da CF).



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRANTES, José João Nunes. *A vinculação das Entidades Privadas aos Direitos Fundamentais*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990.
- ALEXANDRINO, José de Melo. *Direitos Fundamentais. Introdução Geral*. Estoril: Principia, 2007.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- \_\_\_\_\_. *O Círculo e a Linha. Da “Liberdade dos Antigos” à*

- liberdade dos modernos na teoria republicana dos direitos fundamentais.* In: MIRANDA, Jorge; \_\_\_\_\_ . *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAUPERS, João. *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição.* Coimbra: Almedina, 1985.
- CHIANCA JUNIOR, Nildeval. *Uma leitura da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais compatível com a liberdade individual: um estudo à luz da Constituição brasileira de 1988.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- COELHO, Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CRORIE, Benedita Ferreira da Silva Mac. *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais.* Coimbra: Almedina, 2005.
- CRUZ, Rafael Naranjo De La. *Los Límites de Los Derechos Fundamentales en Las Relaciones entre Particulares: la buena fe.* Madrid: Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional.* Salvador: JusPODIVM, 2008.
- ESTRADA, Alexei Julio. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares.* Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2000.
- FACHIN, Luiz Edson & RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica* In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.* Trad. da 20ª ed. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; COELHO, Mártires

- Coelho;BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- NEUNER, Jörg. *O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental*. Trad. Peter Naumann. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 247-27.
- NOVAIS, Jorge Reis. *A intervenção do Provedor de Justiça nas relações entre privados*. O Provedor de Justiça – Novos Estudos. Lisboa: 2008.
- \_\_\_\_\_. *Direitos Fundamentais – Trunfos contra a Maioria*. Coimbra Editora, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*. Lisboa: Coimbra Editora, 2004.
- OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*. Vol.1. Tomo I. Lisboa: Pedro Ferreira, 1998
- PINTO, Paulo Mota. *Autonomia privada e discriminação: algumas notas* In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 361-429.
- \_\_\_\_\_. *Autonomia privada e discriminação: algumas notas* In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 361-429.
- \_\_\_\_\_. *Influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado português*. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg SARLET, Ingo (orgs.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado. Uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007.

- SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição Concretizada. Construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 107-163.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- SILVA, Marcos Antonio Marques da. *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quatier Latin do Brasil, 2008.
- SILVA, Vasco Pereira da. *A vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias*. Revista de Direito e de Estudos Sociais. Abril-Junho, Ano XXIX (II da 2ª Série). Coimbra: Almedina, 1987.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Princípio da Proporcionalidade e Atos de Autonomia Privada. Restrição de Direitos Fundamentais*. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- UBILLOS, Juan Maria Bilbao. *En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 301-340.
- \_\_\_\_\_. *La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en el ordenamiento español* in MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg SARLET, Ingo (Org.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado. Uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007.