

Direitos fundamentais – vinculação dos particulares às relações privadas

Melina Girardi Fachin

Doutora em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), 2013. Mestre em Direito pela PUC-SP, 2008. Especialista em Direitos Humanos pelo L'Institut International des Droits de L'Homme, Estrasburgo (França), 2005. Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR), 2005. Professora da UFPR nos cursos de graduação e pós-graduação.



Foto: Divulgação.

Dizer que a [Constituição](#) é a fonte de validade de todo o Direito implica a assunção do compromisso da afetação integral de todas as suas normas pelas disposições constitucionais. Não existe *locus* jurídico imune à Constituição e, consequentemente, aos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos com posição de relevância.

Apenas com a mudança de paradigma operada pela Constituição atual, promulgada em 1988, é que o Direito brasileiro passou a absorver esta mudança, assumindo a força normativa da Constituição e levando os direitos a sério. Um dos principais efeitos deste giro é a vinculação dos particulares às normas de direitos fundamentais, ou, como parte da doutrina se refere, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Três décadas constitucionais depois, este ainda é um campo em consolidação.

O debate acerca da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais desenvolveu-se, inicialmente, na Alemanha, com o constitucionalismo do pós-guerra refutando o modelo jurídico pautado sob influência do liberalismo clássico, que entendia que os direitos fundamentais representavam exclusivamente direitos dessa contra o Estado¹ – o que as atrocidades do segundo grande conflito mundial demonstram insuficientes, tendo em vista a participação ativa da sociedade civil nas violações. Foi a partir de reiteradas decisões do Tribunal Constitucional Federal que o campo de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas consolidou-se. Dentre estas decisões, destaca-se o caso histórico

de grande repercussão conhecido como Lüth. A discussão se deu em torno da legitimidade de um boicote contra um filme dirigido pelo cineasta Veit Harlan, de passado nazista, organizado por Erich Lüth, em 1950, que invocou seu direito fundamental à liberdade de expressão para justificar o boicote. O Tribunal Constitucional adotou o entendimento de que a legislação deve ser interpretada a partir dos valores constitucionais, e ponderando os valores envolvidos, determinou que, naquele caso, o direito fundamental à liberdade de expressão invocado por Lüth deveria ser preponderante.²

Cabe ressaltar, no entanto, que qualquer resistência à teoria da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais nas relações privadas, encontrada em países como a Alemanha, não possui a mesma relevância no Brasil. Isto porque a Constituição Federal do Brasil é incompatível com qualquer teoria que exclua a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, vez que esta expressamente prevê em seu art. 5º, § 1º, a aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais, abrangendo aí as relações privadas.

A aplicação progressiva dos direitos fundamentais às relações privadas pode ser encontrada na jurisprudência dos tribunais, ressaltando-se, por vezes, a preponderância dos direitos fundamentais sobre a autonomia privada. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais demonstra a falência da dicotomia clássica que ainda reproduzimos entre direito público e direito privado, já que Estado e sociedade somam-se

1. SARMENTO, Daniel. A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Coord.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 195.

2. Op. cit., p. 215-216.

ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

em direção à ética uma, que é a defesa material da dignidade da pessoa humana.

O leading case do direito pátrio sobre esta matéria é o [Recurso Extraordinário nº 201.819](#), julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2006. O recurso traduz pedido da União Brasileira de Compositores (UBC) a fim de reformar o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que invalidou o seu ato de exclusão de associado, tendo em vista não ter sido respeitado o princípio constitucional da ampla defesa. O ministro Gilmar Mendes, em voto de divergência, entendeu que, ainda que se trate de uma associação privada, os direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata nas relações privadas, sendo acompanhado pela maioria dos ministros, que decidiram pelo não provimento do recurso. Este precedente espalhou-se nas jurisdições ordinárias que consolidaram o mesmo entendimento. A título exemplificativo, cite-se: [AGI nº 0010646-98.2016.8.05.0000](#), TJBA, 5ª Câmara Cível, j. 13/12/2016, Rel. Des. Carmem Lúcia Santos Pinheiro; [Apelação Cível nº 1677.297-5](#), TJPR, 7ª Câmara Cível, j. 18/7/2017, Rel. Des. D'Artagnan Serpa Sá; [Apelação Cível nº 0006914-90.2013.8.24.0031](#), TJSC, 4ª Câmara de Direito Civil, j. 24/8/2017, Rel. Des. Rodolfo C. R. S. Tridapalli.

Mais recentemente, em 2011, outra decisão, com alto grau de reverberação jurídica e social, proferida pelo STF na [Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental \(ADPF\) nº 132](#), repercutiu direitos fundamentais no âmbito das relações familiares, reconhecendo união estável entre casais do mesmo sexo. No voto condutor, o então ministro e relator Carlos Ayres Britto concluiu que o [Código Civil](#) deve ser interpretado à luz da [Constituição Federal](#) e, neste sentido, deve ser excluído qualquer significado do art. 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, tendo como fundamento o art. 3º, inciso IV, da Constituição Federal, que veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor, e que, diante disso sentido, ninguém

pode ser diminuído ou discriminado em função de sua orientação sexual.

No domínio das titularidades, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), construiu sólido repertório jurisprudencial acerca da necessidade de atendimento dos pressupostos constitucionais estampados nos deveres da função social. Destaque-se o [Recurso Especial nº 1.179.259-MG](#), no qual a ministra Nancy Andrighi, invocando a teoria da vinculação dos particulares a direitos fundamentais, negou provimento ao recurso, decidindo em favor da extinção do usufruto, por conta da falta de atendimento à finalidade social do imóvel. Do mesmo modo, a força irradiadora do precedente é percebida nas jurisdições inferiores: a título exemplificativo, cite-se [Apelação Cível nº 20160110558088](#), TJDF, 3ª Turma Cível, j. 21/2/2018, Rel. Des. Maria de Lourdes Abreu; [Apelação nº 0026062-83.2015.8.07.0001](#), TJDF, 7ª Turma Cível, j. 7/2/2018, Rel. Des. Fábio Eduardo Marques; [AGI nº 1.0000.17.072262-3/001](#), TJMG, 10ª Câmara Cível, j. 27/2/2018, Rel. Des. Cabral da Silva.

Mister ressaltar que os exemplos colacionados dizem respeito àquelas situações em que em ambos os lados existem particulares com presunção de isonomia das suas posições. Outras situações são aquelas que envolvem os ditos poderes privados. Nesses casos, de disparidade substancial entre as partes, como no campo das relações consumeristas, não nos restam dúvidas de que o modo de incidência dos direitos fundamentais nessas relações privadas *sui generis* é análogo àquele quando envolvido o Poder Público.

Portanto, infere-se que se faz necessária a releitura do dogma privado da autonomia à luz da legalidade constitucional, de modo que não há espaço privado fora do texto constitucional. O domínio é o mesmo, a soberania concreta da dignidade da pessoa humana, e é nesse influxo que a autonomia privada se faz, forma e função, no texto constitucional. Destarte, faz-se mister que a jurisprudência e os labores concretos dos advogados reflitam esta mesma lógica.

veja nas ementas a seguir as decisões

Recurso de agravo de instrumento. Direito de vizinhança. Destituição de síndico. Ato de motivação vinculada por norma de ordem pública do CC/2002. Inobservância do contraditório e da ampla defesa. Suspensão dos efeitos da deliberação.

1. O STJ entende que deve-se reconhecer a aplicação imediata dos

princípios que protegem a pessoa humana nas relações entre particulares, a reconhecida eficácia horizontal dos direitos fundamentais que, também, deve incidir nas relações condominiais, para assegurar, na medida do possível, a ampla defesa e o contraditório – REsp nº 1365279-SP. 2. O art. 1.349 do CC de 2002, que exige motivações vinculadas para a destituição de síndico, constitui-se norma de ordem

pública e tem observância cogente mesmo em convenções condominiais elaboradas antes de sua vigência. 3. No caso concreto, é incontroversa a idoneidade da eleição da síndica destituída. A assembleia que deliberou por sua destituição, além de conter indícios de nulidade por razões formais, deve ter seus efeitos suspensos em razão da inobservância das garantias fundamentais da síndica, que não teve

a oportunidade de apresentar defesa antes da deliberação sobre a sua destituição. 4. Agravo interno julgado prejudicado. Agravo de instrumento conhecido e não provido.

[Agravo nº 0010646-98.2016.8.05.0000/50000-Salvador-BA](#)

TJBA - 5ª Câmara Cível

Relator: Des. Carmem Lúcia Santos Pinheiro

Julgamento: 13/12/2016

Votação: unânime

Agravo de instrumento em mandado de segurança preventivo. Indeferimento do pedido de antecipação dos efeitos da tutela pelo juízo *a quo*. Preliminar de inadequação da via eleita. Ataque a ato normativo em tese. Inocorrência. Indicação de situações concretas, públicas e notórias, que a parte impetrante visa evitar. Preliminar rejeitada. Serviço de transporte privado individual de passageiros. Aplicativo Uber. Livre concorrência e iniciativa. Existência simultânea da plausibilidade do direito alegado e do perigo da demora. Recurso da parte autora provido. Decisão interlocutória reformada.

1. Em sede de contrarrazões, a Autarquia Municipal de Trânsito e Cidadania (AMC) requereu a extinção do feito por carência da ação mandamental, tendo em vista que, segundo defende, há ataque a ato normativo em tese e não a ato concreto das autoridades reputadas coatoras. 2. Da análise cuidadosa dos autos, extrai-se que a parte impetrante não desvirtuou a finalidade do writ preventivo, porquanto descreveu as ações que visa evitar, consistentes em atos de perseguição, apreensões de veículo e imposição de penalidades por parte dos agentes públicos, pelo único fato

de o motorista encontrar-se realizando o transporte de passageiro através do aplicativo Uber, o que é público e notório, não se tratando, na verdade, de insurgência contra lei em tese. Portanto, sob essa ótica, não há que se falar em falta de cabimento do remédio heroico para os fins colimados pela parte agravante. Preliminar rejeitada. 3. Agravo de instrumento interposto pela parte autora contra decisão que denegou pedido de antecipação dos efeitos da tutela em mandado de segurança, o qual busca coibir as autoridades impetradas de praticarem qualquer ato ou medida repressiva que impeça a parte impetrante de desempenhar livremente o transporte privado individual de passageiros, através do aplicativo Uber. 4. *In casu*, exsurge patente a verossimilhança das alegações vertidas na inicial, haja vista que não se vislumbra equivalência entre o serviço prestado pelo motorista cadastrado no Uber e aquele oferecido pelo taxista. De fato, o serviço de táxi, que necessita de permissão administrativa, enquadra-se como serviço de transporte público individual, nos termos da Lei nº 12.468/2011. O serviço do Uber, por sua vez, parece submeter-se ao regime de direito privado, que tem previsão nos arts. 3º e 4º da Lei de Diretrizes de Mobilidade Urbana (Lei Federal nº 12.587/2012). 5. A Carta Magna de 1988, em seu art. 1º, prevê que a República Federativa do Brasil tem como fundamentos “os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa”, estabelecendo, ainda, em seu art. 170, que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, observado o princípio da livre concorrência. 6. Nos termos do art. 175 da CF/1988, apenas os serviços públicos estão sujeitos ao regime de delegação estatal – concessão e permissão, o que não se aplica às atividades econômicas

privadas. 7. Assim, se não há vedação legal ao transporte privado individual, não há ilegalidade na atividade exercida pela parte agravante, devendo o poder de fiscalização e vigilância outorgado aos entes federados “restringir-se à análise das condições de conservação e de segurança do veículo, sua regularidade documental, aplicação das leis de trânsito, coibição de embriaguez ao volante, etc.”, não podendo a Administração “apreender veículos, como diariamente noticiado em tantas localidades do país, apenas porque tais motoristas não são considerados ‘oficialmente’ taxistas num campo, ao que parece, ainda não convenientemente regulamentado da atividade econômica eletrônica”. (TJSP, Rel. Fermino Magnani Filho, 5ª Câmara de Direito Público; j. 23/9/2016). 8. A despeito da ausência de regulamentação da referida atividade, deve prevalecer a liberdade da iniciativa privada, de modo que o serviço de transporte por meio do aplicativo Uber não pode sofrer restrições ou sanções por parte do Poder Público, como se ilícito fosse. Ora, a competência do Poder Público municipal de fixar normas de segurança, higiene e conforto para o exercício do transporte privado de passageiros não o autoriza a proibir tal atividade, indistintamente, como vem ocorrendo. 9. De igual modo, pondera-se flagrante a presença do *periculum in mora*, tendo em vista que, caso não se conceda a tutela de urgência requerida, a parte autora poderá ser coibida de seu direito constitucional de livre-iniciativa, tendo seu veículo apreendido e multado, como vem acontecendo nesta capital alencarina e em todo o nosso país, fato este amplamente divulgado pela mídia. 10. Logo, restando plenamente demonstrada a relevância da fundamentação e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, há de ser provido o presente agravo, reformando-se a decisão de primeiro grau, para conceder

a antecipação dos efeitos da tutela. 11. Recurso provido. Decisão interlocutória reformada.

[Agravo de Instrumento nº 0625498-17.2017.8.06.0000-CE](#)

TJCE - 2ª Câmara de Direito Público

Relator: Des. Luiz Evaldo Gonçalves Leite

Julgamento: 18/4/2018

Votação: unânime

Rescisão contratual. Promessa de compra e venda. Imóvel. Atraso na entrega. Preliminares. Ilegitimidade passiva. Cerceamento de defesa. Código de Defesa do Consumidor. Incidência.

1. Cabe ao magistrado, como destinatário final da prova, proferir o julgamento antecipado da lide se a matéria de mérito for unicamente de direito ou, se de direito e de fato, os autos já se encontrarem suficientemente instruídos, sem a necessidade de maior dilação probatória. 2. À luz do Código de Defesa do Consumidor, a participação da apelada/ré na cadeia de consumo do produto fornecido ao apelado/réu induz à sua responsabilização solidária pela eventual devolução dos valores vertidos a título de comissão de corretagem. 3. A controvérsia deve ser solucionada sob o prisma do Código de Defesa do Consumidor, que regulamenta o direito fundamental de proteção do consumidor e incide nos contratos de compra e venda, em que a empresa se obriga à construção de unidades imobiliárias. 4. A aquisição de imóvel por pessoa física com o objetivo de sua exploração econômica através de aluguéis ou mesmo futura venda a terceiros não lhe retira a qualidade de consumidora. 5. Preliminares de cerceamento de defesa e de ilegitimidade passiva rejeitadas.

6. Recurso conhecido e desprovido.

[Apelação Cível nº 20160110558088-DF](#)

TJDFT - 3ª Turma Cível

Relator: Des. Maria de Lourdes Abreu

Julgamento: 21/2/2018

Votação: unânime

Apelação cível. Consumidor. Transporte aéreo. Nevoeiro. Cancelamento de voo doméstico. Força maior. Ausência de informações e assistência. Defeito na prestação do serviço da companhia. Dano moral reconhecido. Arbitramento em valor razoável e proporcional.

1. Não se tratando de transporte internacional e limitada a controvérsia ao dano moral, a relação jurídica entre as partes é regida pelo Código de Defesa do Consumidor, afastando normas especiais do Código Brasileiro da Aeronáutica e dos tratados internacionais, haja vista o direito fundamental previsto na Constituição Federal (art. 5º, inciso XXXII). Incidem, portanto, as regras da responsabilidade objetiva do prestador de serviço defeituoso (art. 14 do CDC) e do direito básico do consumidor em ter a efetiva prevenção e reparação de danos (art. 6º, inciso VI). 2. Mesmo para as relações de consumo, as causas excludentes de responsabilidade genérica – força maior ou caso fortuito externo – têm habilidade para eventualmente romper o nexo de causalidade na hipótese de defeito na prestação de serviço do fornecedor. A força maior no evento natural (fenômeno da natureza) possível de previsão, mas que não pode ser evitado ou impedido, exclui a responsabilidade nos termos do art. 393 do Código Civil. Além disso, as alterações meteorológicas rompem o nexo de causalidade entre o defeito do serviço e o acidente de consumo para a responsabilidade do fornecedor. 3. No caso, a causa de pedir não está centrada exclusivamente no atraso ou cancelamento do voo, porém nos acontecimentos seguintes que violaram a dignidade do consumidor para efeitos de sua compensação. Configurada, pois, a falta de

informação adequada e clara, bem como de assistência ao consumidor, resta caracterizada falha na prestação dos serviços da companhia aérea, ensejando a reparação civil pelo dano moral causado. 4. Correto o arbitramento para a compensação de dano moral se, proporcional e razoável, são observadas as finalidades da condenação e as circunstâncias da causa. 5. Apelações conhecidas e não providas.

[Apelação nº 0026062-83.2015.8.07.0001-DF](#)

TJDFT - 7ª Turma Cível

Relator: Des. Fábio Eduardo Marques

Julgamento: 7/2/2018

Votação: unânime

Agravo de instrumento. Plano de saúde. Procedimento cirúrgico. Negativa de cobertura. Revogação de tutela. Impossibilidade. Respaldo em laudo médico idôneo. Preservação da saúde. Direito fundamental. Presença dos requisitos. Concessão da tutela antecipatória.

A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, nos termos do art. 300 do CPC. Constando laudo médico subscrito por profissional devidamente inscrito no CRM, que corrobora a necessidade e urgência do procedimento nos moldes prescritos, há que se antecipar os efeitos da tutela, não se justificando a recusa do plano de saúde. O rol de procedimentos previstos pela ANS não é taxativo e representa, apenas, referência de cobertura mínima obrigatória para cada segmentação de plano de saúde, não podendo ser prejudicial ao consumidor.

[Agravo de Instrumento nº 1.0000.17.072262-3/001-Belo Horizonte-MG](#)

TJMG - 10ª Câmara Cível
Relator: Des. Cabral da Silva
Julgamento: 27/2/2018
Votação: unânime

Apelação cível. Ação declaratória de nulidade. Sentença de parcial procedência. Exclusão de sócio patrimonial.

Ausência da garantia da ampla defesa e do contraditório. Art. 5º, inciso IV, da Constituição Federal. Direito constitucionalmente assegurado. Cláusula do estatuto social ilícita. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Exclusão do sócio nula. Direito ao pagamento da cota em virtude da venda da sede histórica da sociedade. Sentença mantida. Recurso conhecido e não provido.

[Apelação Cível nº 1677.297-5-Curitiba-PR](#)
TJPR - 7ª Câmara Cível

Relator: Des. D'Artagnan Serpa Sá
Julgamento: 18/7/2017
Votação: unânime

Apelações cíveis. Ação revisional de alimentos. Recursos interpostos por ambas as partes contra sentença de parcial procedência que minorou a verba alimentar outrora definida em 22% para 15% dos rendimentos do alimentante, excetuados os descontos obrigatórios (IR e INSS), além do pagamento das despesas relativas ao plano de saúde. Agravo retido. Pedido reiterado em preliminar do apelo da parte requerida. Quebra do sigilo bancário do genitor. Desnecessidade.

Informes de seus rendimentos devidamente carreados aos autos. Injustificável violação dos direitos e das garantias fundamentais assegurados pela norma constitucional, em seu art. 5º, inciso X. Recurso conhecido e

desprovido. Insurgência de ambos os litigantes. Verba alimentar. Pretensão do alimentado à manutenção dos alimentos no patamar inicialmente acordado ou fixação em valor condizente com a realidade das partes. Insubsistência. Decisão recorrida em consonância com o binômio necessidade e possibilidade. Exegese do § 1º do art. 1.694 e art. 1.699, ambos do Código Civil. Necessidade presumida do infante. Comprovação satisfatória da redução da capacidade econômico-financeira do alimentante relativamente à época do acordo que os definiu. Em consequência, pleito de minoração para 10% dos rendimentos e exclusão da obrigação de pagamento do plano de saúde não acolhidos. Encargo que se torna ínfimo nessa perspectiva. Sentença mantida. Recursos conhecidos e desprovidos.

[Apelação Cível nº 0006914-90.2013.8.24.0031-Indaial](#)

TJSC - 4ª Câmara de Direito Civil

Relator: Des. Rodolfo C. R. S. Tridapalli
Julgamento: 24/8/2017
Votação: unânime

Direito Civil. Recurso especial. Ação de extinção de usufruto. Prequestionamento. Ausência. Súmula nº 211/STJ. Dissídio jurisprudencial não demonstrado. Reexame de fatos e provas. Inadmissibilidade. Não uso ou não fruição do bem gravado com usufruto. Prazo extintivo. Inexistência. Interpretação por analogia. Impossibilidade. Exigência de cumprimento da função social da propriedade.

1. A ausência de decisão acerca de dispositivos legais indicados como violados, não obstante a interposição de embargos de declaração, impede o exame da insurgência quanto à matéria. 2. O dissídio jurisprudencial deve ser comprovado mediante o cotejo

analítico entre acórdãos que versem sobre situações fáticas idênticas. 3. O reexame de fatos e provas em recurso especial é inadmissível. 4. O usufruto encerra relação jurídica em que o usufrutuário – titular exclusivo dos poderes de uso e fruição – está obrigado a exercer seu direito em consonância com a finalidade social a que se destina a propriedade. Inteligência dos arts. 1.228, § 1º, do CC e 5º, inciso XXIII, da Constituição. 5. No intuito de assegurar o cumprimento da função social da propriedade gravada, o Código Civil, sem prever prazo determinado, autoriza a extinção do usufruto pelo não uso ou pela não fruição do bem sobre o qual ele recai. 6. A aplicação de prazos de natureza prescricional não é cabível quando a demanda não tem por objetivo compelir a parte adversa ao cumprimento de uma prestação. 7. Tratando-se de usufruto, tampouco é admissível a incidência, por analogia, do prazo extintivo das servidões, pois a circunstância que é comum a ambos os institutos - extinção pelo não uso - não decorre, em cada hipótese, dos mesmos fundamentos. 8. A extinção do usufruto pelo não uso pode ser levada a efeito sempre que, diante das circunstâncias da hipótese concreta, se constatar o não atendimento da finalidade social do bem gravado. 9. No particular, as premissas fáticas assentadas pelo acórdão recorrido revelam, de forma cristalina, que a finalidade social do imóvel gravado pelo usufruto não estava sendo atendida pela usufrutuária, que tinha o dever de adotar uma postura ativa de exercício de seu direito. 10. Recurso especial não provido.

[Recurso Especial nº 1.179.259-MG](#)

STJ - 3ª Turma

Relator: Min. Nancy Andrighi
Julgamento: 14/5/2013

Votação: unânime ■