

# A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA TEORIA DE ROBERT ALEXY

## *THE HORIZONTAL EFFECT OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THEORY OF ROBERT ALEXY*

**Wilson Steinmetz<sup>1</sup>**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina

**Cristhian Magnus De Marco<sup>2</sup>**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina

**RESUMO:** Este artigo tem por objetivos reconstruir a análise e a interpretação de Robert Alexy das teorias existentes na doutrina e jurisprudência constitucionais alemãs sobre a eficácia horizontal – teoria da eficácia direta, teoria da eficácia indireta e teoria da imputação – e descrever os elementos essenciais da teoria integradora e unitária que ele propõe. Alexy argumenta que as teorias existentes produzem resultados equivalentes, que cada uma delas toca em aspectos relevantes do problema e que por isso nenhuma delas pode ser considerada integralmente falsa ou integralmente correta. Tomando esses argumentos como pontos de partida,

Alexy formula uma teoria integradora e unitária com a pretensão de satisfazer o postulado da correção na solução de cada caso concreto e com a pretensão de contribuir para uma compreensão mais precisa dos efeitos dos direitos fundamentais e das normas de direitos fundamentais no sistema jurídico.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos fundamentais; eficácia horizontal; sistema jurídico; teoria integradora.

**ABSTRACT:** *This article aims at reconstructing Robert Alexy's analysis and interpretation of the existing theories on German case law and legal literature about the horizontal effect – theory of direct effect,*

<sup>1</sup> Doutor em Direito (UFPR), Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul, Consultor jurídico. *E-mail:* wilson.steinmetz@gmail.com.

<sup>2</sup> Doutor em Direito (PUCRS), Advogado. *E-mail:* cristhian.demarco@unoesc.edu.br.

*theory of indirect effect and theory of imputation – and at describing the essential elements of the integrative and unitary theory which he proposes. Alexy argues that the existing theories produce equivalent results, that each one of them deals with relevant aspects of the problem and therefore none may be considered entirely false. Using these arguments as a starting point, Alexy formulates an integrative and unitary theory with the purpose of satisfying the postulate of the propriety in the solution of every concrete case and with the purpose of contributing for a more precise understanding of fundamental rights and fundamental rights norms in the legal system.*

**KEYWORDS:** *Fundamental rights; horizontal effect; legal system; integrative theory.*

## I

Alexy situa o tema do efeito perante terceiros ou da eficácia horizontal dos direitos fundamentais no contexto do significado das normas de direitos fundamentais para o sistema jurídico<sup>3</sup>. Dizendo de outro modo, analisar a eficácia horizontal é analisar o significado que as normas de direitos fundamentais têm para o sistema jurídico. Esse significado depende da fundamentalidade formal e da fundamentalidade material dos direitos fundamentais<sup>4</sup>.

A fundamentalidade formal deflui da supremacia formal dos direitos fundamentais em um ordenamento jurídico concebido como uma estrutura escalonada de normas. Situados no ápice do ordenamento, os direitos fundamentais vinculam direta e imediatamente todos os Poderes Públicos.

No entanto, a tese da fundamentalidade formal, por si, ainda não define a natureza do modelo constitucional. Alexy especula sobre dois modelos constitucionais extremos: o puramente procedimental e o puramente material<sup>5</sup>. No primeiro, “[...] a constituição contém apenas normas de organização e procedimento”. Desse modelo resulta que qualquer conteúdo pode ser direito positivo válido, desde que criado conforme os ritos ou procedimentos estipulados pela constituição. Uma constituição puramente procedimental não determina ou influencia *diretamente* o conteúdo do direito infraconstitucional. Desde que observados os procedimentos, a vontade do legislador é determinante e decisiva. O direito infraconstitucional pode abrigar qualquer conteúdo.

<sup>3</sup> Alexy, 2008, p. 520 e seguintes.

<sup>4</sup> Alexy, 2008, p. 520.

<sup>5</sup> Alexy, 2008, p. 520-523.

No modelo puramente material, a constituição é composta apenas de normas materiais (*e.g.*, direitos subjetivos e objetivos estatais). Nesse modelo, o direito infraconstitucional é determinado globalmente pelo conteúdo das normas constitucionais. O legislador, ao criar normas, apenas declara ou explicita aquilo que já está contido na constituição. Não há liberdade legislativa de criação e conformação.

Para Alexy, a Constituição da República Federal da Alemanha é mista: modelo material-procedimental<sup>6</sup>. E isso tem implicações relevantes para o sistema jurídico. E aqui uma citação mais longa é necessária:

O fato de uma constituição ter elementos procedimentais e materiais combinados entre si tem importantes consequências para todo o sistema jurídico. Isso significa que, ao lado dos conteúdos que, no sistema jurídico, são simplesmente *possíveis* em relação à constituição, há também conteúdos que são, também em relação à constituição, *necessários* ou *impossíveis*. O fato de as normas de direitos fundamentais estabelecerem os conteúdos constitucionalmente necessários e impossíveis para o sistema jurídico constitui o núcleo da fundamentalidade formal desses direitos.<sup>7</sup>

À formal soma-se a fundamentalidade material ou substancial. “Direitos fundamentais e normas de direitos fundamentais são fundamentalmente substanciais porque, com eles, são tomadas decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade”<sup>8</sup>.

Da fundamentalidade formal e da fundamentalidade material dos direitos fundamentais, assim entendidas, resulta que as normas de direitos fundamentais projetam efeitos não só sobre as relações entre o Estado e os cidadãos (relações de direito público), mas também sobre as relações entre os cidadãos (relações de

<sup>6</sup> A rigor, esse é o modelo adotado por todas as constituições contemporâneas. Embora seja possível conjecturar sobre um modelo puramente procedimental ou um modelo puramente material, o fato é que tanto um como o outro desfigurariam o próprio conceito moderno de constituição: um conjunto de normas fundamentais sobre direitos dos cidadãos, limites à atuação estatal e organização (funções e competências) dos Poderes Públicos.

<sup>7</sup> Alexy, 2008, p. 522.

<sup>8</sup> Alexy, 2008, p. 522.

direito privado). Em suma, produzem efeitos sobre o sistema jurídico como um todo.

Estabelecidas essas premissas, Alexy, então, enfrenta o tema dos efeitos dos direitos fundamentais perante terceiros (eficácia horizontal).

## II

Alexy admite – e isso ele escreve em meados dos anos 80 do século 20, tendo por objeto a doutrina e a jurisprudência alemãs – que a tese segundo a qual direitos fundamentais produzem efeitos nas relações entre cidadãos é amplamente aceita. Contudo, ainda são controversos o *como* e a *extensão* desses efeitos. A questão do *como* é um problema de construção; a da *extensão* é um problema de colisão. No enfrentamento dessas questões, é preciso ter presente que uma coisa é a relação entre o cidadão (titular de direitos subjetivos) e o Estado (não titular de direitos subjetivos); outra coisa é a relação entre cidadão-cidadão, na qual ambos os polos titularizam direitos subjetivos<sup>9</sup>.

Há três teorias sobre a questão da construção<sup>10</sup>.

Segundo a teoria dos efeitos indiretos perante terceiros<sup>11</sup>, formulada por Günter Dürig em 1953 e adotada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão a partir do caso Lüth (1958), os direitos fundamentais, enquanto “decisões axiológicas”, “normas objetivas” ou “valores constitucionais”, influenciam a interpretação e aplicação das disposições de direito privado. Isso se operacionaliza em especial no “preenchimento” das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados<sup>12</sup>. Na interpretação de Alexy, essa teoria tem como destinatário o juiz<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> Alexy, 2008, p. 528.

<sup>10</sup> Em sua *Teoria dos direitos fundamentais*, publicada na Alemanha em 1986 (*Theorie der Grundrechte*), Alexy não analisa a teoria dos deveres de proteção, também denominada teoria dos imperativos de tutela. O principal formulador dessa teoria é Canaris. As suas formulações são posteriores à *Teoria dos direitos fundamentais* de Alexy. Sobre a teoria dos deveres de proteção no âmbito das relações entre particulares, ver Canaris (2003), Steinmetz (2005) e Duque (2013, p. 314-383).

<sup>11</sup> Também denominada na literatura especializada “teoria da eficácia mediata” ou “teoria da eficácia indireta”.

<sup>12</sup> Alexy, 2008, p. 529. Exposições detalhadas da teoria da eficácia indireta ou mediata estão em Steinmetz (2004, p. 136-164), Sarmiento (2006, p. 197-204), Virgílio Afonso da Silva (2005, p. 75-86) e Duque (2013, p. 195-314).

<sup>13</sup> Alexy, 2008, p. 531.

Conforme a teoria dos efeitos diretos perante terceiros<sup>14</sup>, formulada por Hans C. Nipperdey e adotada pela 1ª Turma do Tribunal Federal do Trabalho, dos direitos fundamentais previstos na constituição “fluem também diretamente direitos subjetivos privados para os indivíduos” (Nipperdey). Segundo Nipperdey, novamente citado textualmente por Alexy,

o efeito jurídico é muito mais um efeito normativo direto, que modifica as normas de direito privado existentes, não importa se se trata de direitos cogentes ou dispositivos de cláusulas gerais ou normas jurídicas específicas, ou cria novas normas, sejam proibições, deveres, direitos subjetivos, leis de proteção ou motivos justificadores.<sup>15</sup>

Para Alexy, essa teoria tem como destinatário, em primeiro plano, o juiz<sup>16</sup>.

Uma terceira teoria, cujo destacado expoente é Jürgen Schwabe, sustenta que os efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares decorrem da vinculação do Estado a esses direitos como direitos de defesa. As violações de direitos fundamentais entre particulares devem ser imputadas ao Estado (teoria da imputação), à medida que ao Estado cabe criar e impor as normas de direito privado. Portanto, os efeitos dos direitos fundamentais entre cidadãos se justificam e se processam pela dimensão defensiva dos direitos fundamentais do cidadão contra o Estado<sup>17</sup>. Essa teoria tem por destinatários o legislador e o juiz<sup>18</sup>.

Alexy conclui que há algo em comum entre essas teorias: todas têm como destinatário o Poder Judiciário. Assim, no plano da decisão judicial, essas teorias produzem resultados equivalentes<sup>19</sup>.

<sup>14</sup> Também denominada na literatura especializada “teoria da eficácia imediata” ou “teoria da eficácia direta”. Na literatura brasileira, exposições detalhadas da teoria da eficácia direta ou imediata estão em Steinmetz (2004, p. 136-164), Sarmiento (2006, p. 204-216), Silva (2005, p. 86-98), Sarlet (2007, p. 124 et seq.) e Duque (2013, p. 102-194).

<sup>15</sup> Alexy, 2008, p. 530.

<sup>16</sup> Alexy, 2008, p. 531.

<sup>17</sup> Alexy, 2008, p. 530-531. Na literatura brasileira, sobre a teoria da imputação ver Steinmetz (2004, p. 175-178) e Silva (2005, p. 104-105).

<sup>18</sup> Alexy, 2008, p. 531.

<sup>19</sup> Alexy, 2008, p. 531.

Outro ponto em comum é este: nenhuma delas concebe como dogmáticamente equivalentes as relações cidadão-Estado e cidadão-cidadão. Elas não ignoram que a relação cidadão-cidadão é uma relação de tipo diferente, porque de ambos os lados há titulares de direitos fundamentais. Disso deriva que os efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre cidadãos devem ser modulados. Para essas teorias, “[...] a medida do efeito dos direitos fundamentais na relação cidadão/cidadão é, no final das contas, uma questão de sopesamento”. O que significa isso? Pelo sopesamento, “[...] em determinados âmbitos do direito privado, determinados direitos fundamentais podem ceder totalmente ou em grande medida. Assim, por exemplo, nenhuma das construções exclui a possibilidade de que a liberdade de testamento esteja desvinculada do princípio da igualdade”<sup>20</sup>.

### III

Se as três construções teóricas sobre a eficácia horizontal são equivalentes em resultados, então é falsa a hipótese segundo a qual apenas uma delas é a correta. A rigor, cada uma delas põe, corretamente, em destaque algum aspecto do problema. Isso não significa que não se deve construir um modelo abrangente com pretensão de correção. Uma construção correta dos efeitos horizontais é relevante não só para a solução de cada caso que se apresenta, mas também é importante para uma precisa compreensão dos efeitos dos direitos fundamentais e das normas de direitos fundamentais no sistema jurídico<sup>21</sup>.

Não existindo uma construção dogmática unitária para a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, Alexy<sup>22</sup> propõe um modelo de três níveis, integrando as três teorias básicas: teoria da eficácia mediata, teoria da eficácia imediata e teoria da imputação de Schwabe (direitos de defesa contra o Estado). Essas teorias não se excluem. Em cada uma, há aspectos corretos incorporáveis em uma construção dogmática unitária.

Como já anotado *supra*, Alexy constata que as teorias da eficácia mediata e da eficácia imediata dirigem-se, em primeiro plano, ao Poder Judiciário e à teoria da imputação, ao Poder Legislativo e ao Poder Judiciário. Como construções dogmáticas dirigidas à atividade judicial, são equivalentes em seus resultados. O resultado alcançável com uma também pode ser alcançado com as outras.

---

<sup>20</sup> Alexy, 2008, p. 532.

<sup>21</sup> Alexy, 2008, p. 533.

<sup>22</sup> Alexy, 1997, p. 511-524.

As três teorias tomam em conta (i) que, na relação entre particulares, ambas as partes são titulares de direitos fundamentais, (ii) que, por essa razão, a eficácia deve ser matizada (gradação da eficácia) e (iii) que a medida da eficácia deve ser definida, em última instância, pela ponderação ou pelo sopesamento. Em relação à ponderação, a diferença é que, para a teoria da eficácia mediata, ela deve ser realizada no marco do direito civil válido.

Alexy<sup>23</sup> propõe um modelo de três níveis: (i) o dos deveres do Estado, (ii) o dos direitos ante o Estado e (iii) o das relações jurídicas entre particulares. (i) A teoria da eficácia mediata situa-se no nível dos deveres do Estado. Os direitos fundamentais como princípios objetivos que se projetam sobre todos os âmbitos do direito obrigam o Estado a tomá-los em conta na legislação e na jurisdição. (ii) Os direitos ante o Estado (a teoria de Schwabe) situam-se no segundo nível. O particular, em conflito com outro particular, tem o direito fundamental a que o juiz e os Tribunais, em suas decisões, tomem em consideração os princípios jusfundamentais (princípios objetivos) que apoiam a sua (do particular) posição ou pretensão. Esse direito fundamental é um direito fundamental ante (contra) a jurisdição. Se o juiz ou o Tribunal, na decisão proferida, não tomar em consideração esse direito fundamental, estará lesando esse direito fundamental como direito de defesa. (iii) No terceiro nível, situa-se a eficácia de direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares (teoria da eficácia imediata). Na definição de Alexy<sup>24</sup>, a eficácia imediata “[...] consiste em que, por razões jusfundamentais, na relação cidadão/cidadão existem determinados direitos e não-direitos, liberdades e não-liberdades, competências e não-competências que, sem essas razões, não existiriam”.

Para Alexy, com essa definição é possível concluir que também da teoria da eficácia mediata e da eficácia por meio da mediação estatal (teoria de Schwabe) resulta uma eficácia imediata. Portanto, as três construções chegam a um mesmo resultado: em última instância, de todas elas resulta uma eficácia imediata. Exemplifica com o caso *Blinkfuer*<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Alexy, 1997, p. 516 e seguintes.

<sup>24</sup> Alexy, 1997, p. 521.

<sup>25</sup> *Blinkfuer* era um semanário pró-comunista. No verão de 1961, o grupo editorial Springer enviou uma circular a todos os postos de venda sugerindo um boicote àquelas publicações que veiculassem informações sobre os programas de rádio e de televisão das emissoras da República da Alemanha Oriental. Na carta circular, havia uma advertência: o grupo Springer poderia romper relações comerciais com quem não aceitasse a sugestão de boicote. *Blinkfuer* ajuizou ação contra o grupo Springer alegando concorrência desleal e pedindo indenização por danos (§ 823 do BGB – Código Civil

Dada a densidade da argumentação de Alexy, é oportuno citar a exemplificação por inteiro e diretamente:

O Tribunal Constitucional Federal começa com a constatação de que a ordem objetiva de valores que subjaz à seção de direitos fundamentais influi na questão de saber o que é contrário ao direito no sentido do § 823.1 do BGB [Código Civil alemão]. Isso responde à teoria da eficácia mediata. A Corte de Justiça Federal [Tribunal Superior Federal] havia chegado à conclusão de que o boicote chamado pela Editora Springer não era contrário ao direito. Isso significava que o editor de “Blinkfüer” não tinha ante a Editora Springer nenhum direito a que esta omitisse seu chamado ao boicote. [...] esse não-direito do editor de “Blinkfüer” à omissão é equivalente a uma permissão à Editora Springer para levar a cabo o chamado ao boicote. De acordo com o Tribunal Constitucional Federal, os princípios jusfundamentais exigem justamente o resultado oposto. Isso significa que, *sobre a base* dos princípios jusfundamentais, existe um direito do editor de “Blinkfüer” ante a Editora Springer a que omita o chamado ao boicote. Esse direito é equivalente à obrigação da Editora ante o editor a omitir o chamado ao boicote. Portanto, os princípios jusfundamentais conduzem a direitos e deveres em relações entre iguais que, devido à vigência desses princípios relativa à Constituição, são necessários, porém que, sem sua vigência, não o seriam. Essa é uma eficácia imediata. A teoria da eficácia mediata tem, pois, como consequência necessariamente uma eficácia imediata.

O mesmo vale para a teoria da eficácia por meio da mediação do Estado [teoria de Schwabe]. Como já

---

alemão). Nos Tribunais ordinários, o semanário obteve êxito. Contudo, o Tribunal Superior Federal, em sentença de 10 de julho de 1963, decidiu favoravelmente ao grupo Springer, argumentando que o boicote estava amparado no direito à liberdade de expressão do art. 5.1 da GG. Em grau de recurso ao Tribunal Constitucional Federal, *Blinkfüer* invoca justamente o direito à liberdade de expressão (GG, art. 5.1). Fatos sumariados a partir do relato de Bilbao Ubillos (1997, p. 309).

se expôs, a Corte de Justiça Federal lesou o direito do editor de “Blinkfüer” a uma proteção na relação entre iguais. Lesou esse direito porque não tomou em conta na devida medida o princípio jusfundamental que apoiava a posição do editor. Porém, isso pressupõe a existência de um direito definitivo do editor ante a Editora à omissão do chamado ao boicote, exigido pelo princípio jusfundamental.<sup>26</sup>

Em síntese, o modelo de Alexy engloba três níveis. “Cada um deles se refere a um aspecto da mesma coisa. Qual deles deve ser eleito em cada caso na respectiva fundamentação jurídica é uma questão de funcionalidade. Porém, nenhum deles pode pretender a primazia sobre os demais”<sup>27</sup>. Afinal, conduzem a um mesmo resultado: a eficácia imediata de direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares.

#### IV

A tese da irradiação dos efeitos das normas de direitos fundamentais para todos os âmbitos do direito tem relevantes consequências para o sistema jurídico. Alexy aponta três. Aqui destacamos uma delas, que é a mais importante para o tema da eficácia horizontal.

Essa consequência refere-se aos conteúdos do direito ordinário que são constitucionalmente possíveis. A constituição mista material procedimental (ver ponto I, retro) não determina todo o conteúdo do direito ordinário (incluído aí o direito privado), mas “[...] os direitos fundamentais excluem alguns conteúdos como constitucionalmente impossíveis e exigem alguns conteúdos como constitucionalmente necessários”. Isso vale para todas as formas de criação estatal de direito ordinário e *também* “[...] para a competência privada para estabelecer obrigações jurídicas por meio de contratos, necessária do ponto de vista dos direitos fundamentais”<sup>28</sup>. Assim, ao menos em parte, o sistema jurídico é “*substancialmente determinado*” pela Constituição.

Para concluir, podemos assim resumir a relevante contribuição de Alexy para o complexo e controverso tema da eficácia horizontal: a partir do

<sup>26</sup> Alexy, 1997, p. 521-522.

<sup>27</sup> Alexy, 1997, p. 522.

<sup>28</sup> Alexy, 2008, p. 543.

acúmulo teórico-dogmático e jurisprudencial existentes, ele formula uma teoria integradora e unitária, que tem a pretensão de ser válida para a solução de cada caso concreto, mas que também pretende contribuir para uma precisa compreensão dos efeitos dos direitos fundamentais e das normas de direitos fundamentais no sistema jurídico.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BILBAO UBILLOS, Juan María. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo (Org.). *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007.

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

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

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

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais e relações entre particulares: anotações sobre a teoria dos imperativos de tutela. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 6, n. 23, p. 291-303, 2005.