

**CONSIDERAÇÕES ACERCA DA *STATE ACTION* COMO REQUISITO  
PARA A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES  
PARTICULARES NO DIREITO CONSTITUCIONAL NORTE-AMERICANO**

NOTES CONCERNING STATE ACTION  
AS REQUIREMENT TO APPLY FUNDAMENTAL RIGHTS  
IN PRIVATE RELATIONS IN AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW

**Leandro Maciel do Nascimento<sup>1</sup>**

<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4232356J6>

**RESUMO:** O presente artigo aborda os principais aspectos da exigência de ação estatal para o reconhecimento da eficácia de direitos fundamentais no âmbito das relações privadas no direito constitucional norte-americano. Primeiramente será apresentado um panorama acerca da origem e das principais teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, com ênfase na experiência europeia após a Segunda Guerra Mundial (eficácia direta, indireta e dever de proteção estatal). A seguir, serão apresentadas a origem, a evolução e as principais teorias que justificam a exigência de comprovação de ação estatal para a vinculação de particulares aos direitos fundamentais no âmbito do direito constitucional norte-americano. Serão abordados ainda os julgados mais representativos proferidos pela Suprema Corte daquele país a tratar do tema.

**PALAVRAS-CHAVE:** Relações privadas; Direito Constitucional; Direitos fundamentais; Eficácia; Ação estatal.

**ABSTRACT:** This article is proposed to discuss the chief topics about state action as requirement to apply fundamental rights in private affairs in american constitutional law. At first, it introduces an overview about origins and most important ideas concerning the matter, emphasizing the european experience after World War II (direct and indirect binding and state protection duty theories). Then, it describes the origins, evolution and most important

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Professor de Direito Constitucional. Procurador do Ministério Público de Contas do Estado do Piauí. Endereço Eletrônico: <macieldonascimento@hotmail.com>

approaches about the state action doctrine in american constitutional law (public function theory; significant involvement and encouragement, authorization or approval theories). At last, it shows the most representative decisions from US Supreme Court about this theme.

**KEY WORDS:** Private relations; Constitutional Law; Fundamental rights; Enforcement; state action.

## INTRODUÇÃO

A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares desperta cada vez mais a atenção da comunidade jurídica. Inúmeras são as controvérsias que desafiam a aplicação de normas constitucionais em assuntos, anteriormente, regidos apenas por contrato ou por valores morais e afetivos. Neste contexto, o Poder Legislativo é chamado a mediar, através de leis, e o Judiciário passa a ser cada vez mais provocado a decidir disputas familiares, societárias, trabalhistas ou negociais em geral, tendo como causa de pedir possíveis violações a direitos fundamentais.

A relevância da matéria passou a ser visualizada, em solo europeu, a partir da década de 1950, quando no direito alemão onde houve grande avanço doutrinário e jurisprudencial, o qual passou a influenciar o direito de muitos outros países. Não causa surpresa constatar que as teorias e os modelos mais conhecidos e aplicados relativamente à eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares têm origem germânica.

No entanto, bem antes disso, o direito norte-americano já debatia o assunto, embora sob outra ótica. Lá, desde o século XIX, consolidou-se o entendimento de que as normas constitucionais somente se aplicam nas relações envolvendo o poder público. Assim, particulares, a princípio, não estão obrigados a respeitar direitos fundamentais, a não ser que se possa vislumbrar alguma ação estatal. Trata-se, pois, da *state action doctrine*, como requisito para a vinculação de pessoas privadas aos direitos fundamentais. O delineamento de seus traços fundamentais, no direito dos Estados Unidos da América, constitui o objetivo principal deste trabalho.

Em verdade, o desenvolvimento da matéria mostrou-se mais complexo do que a breve descrição feita acima. Ao longo dos anos houve avanços e retrocessos na eficácia das

normas constitucionais, de modo que sua análise revela os detalhes que muitas vezes fazem a diferença entre a eficácia da Constituição e a indiferença diante de abusos cometidos por particulares.

O tema, embora abordado de forma panorâmica, é de grande importância, mesmo em um país, como o Brasil, cuja constituição é extensa, detalhista e prevê inúmeras hipóteses de vinculação direta de particulares a direitos fundamentais. Sem dúvida, a análise crítica dos argumentos utilizados, ao longo dos anos, para justificar a aplicação ou não de direitos constitucionais às relações entre particulares, mostra-se importante subsídio para o aperfeiçoamento da matéria no direito brasileiro.

Para atingir o objetivo, o presente estudo divide-se em três partes. Na primeira, será apresentado um panorama sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, indicando a origem do debate, as principais teorias e a situação no direito brasileiro. Na segunda parte, serão mostradas noções gerais sobre a *state action* e, na última parte, o tema será abordado com mais detalhamento, indicando a origem, o desenvolvimento, as principais teorias e os julgados mais representativos proferidos pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

Tentar-se-á, na medida do possível, captar o ponto de vista norte-americano, utilizando-se como objeto de pesquisa fontes doutrinárias e jurisprudenciais daquele país.

## **1 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PARTICULARES: VISÃO PANORAMICA**

A existência, no século XX, de um debate sobre a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas partiu do pressuposto de que havia um paradigma jurídico que não reconhecia tal eficácia.<sup>2</sup> Dessa forma, tais direitos eram vistos “como um instituto específico das relações entre indivíduo e Estado, consagrado com um fim determinado: a salvaguarda da liberdade individual e social.” (ANDRADE, 2007, p. 247)

---

<sup>2</sup> “Como esta mesma designação já indicia, a relevância directa dos direitos fundamentais nas relações entre particulares começou por ser negada no entendimento liberal tradicional. Numa época em que o indivíduo era concebido isoladamente no espaço social e político e a Sociedade e o Estado eram considerados dois mundos separados e estanques, cada um governado por uma lógica de interesses própria e obedecendo, por isso, respectivamente, ao direito privado ou ao direito público, não admira que os direitos fundamentais pudessem ser e fossem exclusivamente concebidos como direitos do indivíduo contra o Estado.” (ANDRADE, 2007, p. 246). No mesmo sentido, Sarlet (2000, p. 117-118).

Com efeito, do final do século XVIII até meados do século XX, o universo jurídico europeu e americano era polarizado entre dois campos de atuação distintos: as esferas particular e pública.<sup>3</sup> A primeira tratava do âmbito privado, da pessoa enquanto proprietário, contratante, associado, membro de família ou herdeiro: assuntos regidos pelos códigos civis. A segunda, as relações das pessoas com o Estado, especialmente quanto à organização das estruturas estatais e a declaração de direitos fundamentais (a vincular apenas o poder público): conteúdo típico das constituições. No entanto, tanto o constitucionalismo moderno quanto as codificações a partir do século XIX são frutos do mesmo contexto histórico.<sup>4</sup>

Em face da forte separação entre sociedade e Estado que vigorava naquela época, predominava a noção de divisão do direito em público e privado, em que ambos seriam ramos distintos e distantes, com objetos próprios, incomunicáveis e regidos por princípios específicos.<sup>5</sup> De um lado, a previsão de direitos fundamentais nas constituições visava a proteger as pessoas contra a ação do Estado.<sup>6</sup> De outro, no direito privado, durante muito tempo influenciado pelo Código Civil francês de 1804,<sup>7</sup> prevalecia a ética da liberdade formal (FACCHNI NETO, 2010, p. 44), a autonomia da vontade, da força obrigatória dos contratos, do

---

<sup>3</sup> “Por volta do século XVIII, passa-se a realçar a diferenciação entre a esfera das relações econômicas e a esfera das relações políticas, entre sociedade civil e Estado. Nesse contexto, a dicotomia *público v. privado* volta a se apresentar sob a forma de distinção entre a sociedade política (o reino da desigualdade) e sociedade econômica (o império da igualdade). Cada uma dessas sociedades é caracterizada pela presença de sujeitos diversos: o *citoyen* da sociedade política, que titulariza interesses públicos, e o *bourgeois* da sociedade econômica, que cuida dos seus próprios interesses privados. É nesse contexto histórico que se revela mais intensa a divisão dicotômica entre público e privado e suas derivações – a separação entre Estado e Sociedade, Política e Economia, Direito e Moral. Essa visão dicotômica de mundo repercute no mundo jurídico, com a acentuação da diferença entre Direito Público e Direito Privado. O Direito Público passa a ser visto como o ramo do direito que disciplina o Estado, sua estruturação e funcionamento, ao passo que o Direito Privado é compreendido como o ramo do direito que disciplina a Sociedade civil, as relações intersubjetivas, e o mundo econômico (sob o signo da liberdade).” (FACCHNI NETO, 2010, p. 41-42).

<sup>4</sup> “O projeto constitucional e o projeto de codificação do direito civil são expressões jurídicas da modernidade e de uma de suas principais metas: ‘(...) assegurar para todos os indivíduos a realização da ideia-força do Iluminismo, a autonomia’. Originalmente, contudo, tais projetos assumiram um traçado paralelo – incidindo a Constituição e o Código, cada um separadamente, sobre um conjunto próprio de relações jurídicas.” (NEGREIROS, 2002, p. 48). No mesmo sentido, Zagrebelsky (2011, p. 31-32).

<sup>5</sup> “De fato, num tempo em que o muro a separar o Estado e a sociedade ainda estava de pé, as relações ditas privadas circunscreviam-se ao espaço normativo delimitado pelo Código. Em qualquer uma de suas manifestações específicas surgidas a partir do *Code* francês, de 1804, o projeto de codificação tivera a pretensão de ali abarcar, num único *corpus*, e graças à acuidade científica das categorias técnicas então formuladas, todas as relações jurídicas referentes àquele ramo do Direito. (...) À Constituição caberia, ao invés, ordenar as relações públicas – definidas subjetivamente como as relações das quais participasse o Poder Público – e, em se tratando do indivíduo, protege-lo frente ao poder de império do Estado.” (NEGREIROS, 2002, p. 49).

<sup>6</sup> No Estado clássico e liberal de Direito, os direitos fundamentais alcançavam sentido apenas nas relações entre os indivíduos e o Estado, dentre outros motivos, “em virtude de uma preconizada separação entre Estado e sociedade, entre o público e o privado (...)” (SARLET, 2011, p. 377).

<sup>7</sup> Predominava a “ideologia dos 3 Cs”, segundo a qual se pretendia que os códigos fossem completos (sem lacunas); claros (contendo apenas regras de fácil interpretação e sem conteúdos ambíguos ou polissêmicos) e coerentes (sem qualquer antinomia). (FACCHNI NETO, 2010, p. 44).

conservadorismo em matéria de propriedade, em assuntos familiares<sup>8</sup> e em matéria de relações de trabalho.<sup>9</sup> Ressalte-se que estes todos eram assuntos “privados” e fora do alcance da intervenção estatal.<sup>10</sup>

A ideia de que o único alçoz seria o Estado fez prevalecer o entendimento de que somente haveria duas partes em uma relação de direitos fundamentais: o particular (como beneficiário) e o Poder Público (como destinatário).<sup>11</sup> Fora desta relação bilateral, qualquer outro seria considerado um terceiro. Daí, quando se passou a reconhecer que particulares também poderiam violar direitos fundamentais, a doutrina de língua alemã adotou a expressão *Drittwirkung*, a qual, numa tradução literal, quer dizer “vinculação de terceiros”.<sup>12</sup>

Assim, foi justamente no direito alemão, mais precisamente nos anos cinquenta do século XX,<sup>13</sup> que se passou a reivindicar a aplicação dos direitos fundamentais também nas relações entre particulares.<sup>14</sup> Nasceu no âmbito do direito do trabalho,<sup>15</sup> sob inspiração

---

<sup>8</sup> “O tom geral do *Code* de 1804 é nitidamente conservador, como demonstra o respeito aos direitos de família e de propriedade como base da ordem social.” (CAENEGEM, 2000, p. 10).

<sup>9</sup> “Havia também discriminação contra o direito dos trabalhadores, como mostra, por exemplo, o sistema de registro de operários (*livrets d’ouvriers*). A norma do artigo 1.781 do *Code* era particularmente desfavorável: no caso de disputa entre empregador e empregado a propósito de uma questão de pagamento ou de obrigação recíproca, prevalecia a palavra do empregador.” (CAENEGEM, 2000, p. 13).

<sup>10</sup> No entanto, “[...] a ortodoxia liberal não dispensa um Estado forte. As funções estatais, porém, ao invés de dirigidas às políticas sociais, concentram-se em certos aspectos da política econômica: estabilidade monetária, contenção orçamentária, redução da carga tributária incidente sobre as rendas mais altas são alguns dos pontos fundamentais da cartilha liberal, cuja fiel execução não prescinde de um poder estatal devidamente aparelhado.” (NEGREIROS, 2002, p. 77).

<sup>11</sup> “Poder-se-ia até afirmar que os direitos fundamentais não poderiam deixar de ser então concebidos desta maneira: para além da natural influência de um contexto favorável, estava em causa uma exigência teórica e prática, visto que os direitos fundamentais tinham precisamente como finalidade a proteção da sociedade contra as intromissões do poder público.” (ANDRADE, 2007, p. 246).

<sup>12</sup> “A temática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas foi inserida na discussão jurídica dos anos 50 e 60 do século passado, expressando um fenômeno que foi originalmente concebido e estudado na Alemanha sob a denominação de *Drittwirkung der Grundrecht*, que, em tradução livre, significa ‘eficácia dos direitos fundamentais perante terceiros’.” (DUQUE, 2013, p. 40).

<sup>13</sup> “O debate sobre tal questão desenvolveu-se, inicialmente, na Alemanha, logo após o advento da Lei Fundamental de Bonn, onde foram gestadas as teorias da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais entre terceiros, e a teoria da eficácia indireta ou mediata destes direitos, cujos contornos serão adiante expostos. Foi também no cenário germânico que se delineou posteriormente uma corrente que tentava explicar a penetração dos direitos fundamentais no âmbito privado através da teoria dos deveres de proteção aos direitos fundamentais (...).” (SARMENTO, 2008, p. 186).

<sup>14</sup> “A questão relativa à eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre particulares marcou o debate doutrinário dos anos 50 e do início dos anos 60 na Alemanha. Também nos Estados Unidos, sob o rótulo da *state action*, tem-se discutido intensamente a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas.” (MENDES, 2013, p. 38)

<sup>15</sup> “Mas foi no âmbito das relações de trabalho que o tema adquiriu seu impulso inicial. Efetivamente, o campo das relações de trabalho revelou-se como terreno fértil para o desenvolvimento de um debate em torno da *Drittwirkung*, já que se afirma como típico caso de relações entre sujeitos privados, nas quais os direitos fundamentais podem assumir um significado preponderante, independentemente da presença do Estado em um dos polos da relação. Além disso, a desigualdade de poder, típica das relações de trabalho, revelou com considerável nitidez a possibilidade de uma parte – considerada mais forte, notadamente o empregador – restringir direitos fundamentais da parte mais fraca – o empregado.” (DUQUE, 2013, p. 41).

doutrinária e judicial de Hans Carl Nipperdey (FACCHINI NETO, 2010, p. 60),<sup>16</sup> então presidente do Tribunal Federal do Trabalho da Alemanha (UBILLOS, 2010, p. 269). Posteriormente, o alcance dos direitos fundamentais atingiu outros ramos jurídicos (DUQUE, 2013, p. 41-42) e outros países (SARLET, 2011, p. 375; SARMENTO, 2008, p. 186).

Em outras palavras, foram reconhecidas outras fontes de opressão além do Estado, oriundas de onde menos se esperava: o mundo das relações privadas, no âmbito do mercado, da família, da empresa e da sociedade civil (SARMENTO, 2008, p. 185). Admitiu-se, portanto, que particulares dotados de poder econômico, social ou moral poderiam violar direitos fundamentais (CANOTILHO, 2003, p. 1.293). Segundo Jean Rivero e Hugues Moutouh:

Subestima-se, com facilidade, a gravidade dos atentados que certos particulares podem cometer contra a liberdade alheia. Contudo, o poder político não é o único a se exercer numa sociedade. Existem outros: poder econômico, autoridade moral, sem lembrar sequer a simples força física. Assim sendo, se deixamos de lado o dogma da igualdade jurídica das vontades privadas e nos voltarmos às realidades, a frequência das situações de dependência que permite a quem se encontra em posição de superioridade impor sua vontade ao inferior fica evidente. (2006, p. 204-205).

Na Alemanha, a matéria se desenvolveu e se irradiou de tal forma, que Ingo von Münch passou a afirmar que a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares (“vinculação de terceiros”, como o assunto é conhecido naquele país) constitui mais um produto de exportação *made in Germany* (CANARIS, 2006, p. 10).<sup>17</sup>

Atualmente, “no panorama romano-germânico é hoje praticamente consensual a ideia de que os direitos fundamentais penetram nas relações privadas, subsistindo dúvidas apenas em relação à forma e à extensão desta incidência.” (SARMENTO, 2008, p. 187-188). Há, inclusive, crítica quanto à expressão “vinculação de terceiros”, no sentido de não ser a mais adequada para tratar do assunto, pois na relação travada entre beneficiários e destinatários de direitos fundamentais, os particulares não são mais “terceiros”, estranhos à posição de devedor do respeito aos direitos fundamentais.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> Nota de rodapé nº 55. Há tradução para o português dos textos de Nipperdey (NIPPERDEY, 2012. p. 71-90).

<sup>17</sup> A informação está no prefácio escrito por Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto.

<sup>18</sup> “Com efeito, como já tivemos oportunidade de apontar em outra ocasião (...) verifica-se um dissenso no que diz com a terminologia apropriada, sendo cada vez maiores as críticas em relação às expressões mais conhecidas, como é o caso da *Drittwirkung* (eficácia em relação a terceiros ou eficácia externa) dos alemães, as também da expressão eficácia horizontal, já que, relativamente ao primeiro termo, não estaria em causa verdadeiramente um terceiro nível eficaz (tendo em conta que os direitos ou operam nas relações indivíduo-Estado ou na esfera das relações das pessoas privadas entre si), ao passo que a expressão eficácia horizontal não dá conta das situações de manifesta desigualdade de poder entre indivíduos e portadores de poder social, que, no que diz com o exercício do poder e imposição da vontade em detrimento da outra parte da relação jurídico-privada, assumem

Em suma, poucos ainda defendem um modelo de completa ineficácia dos direitos fundamentais nas relações particulares.<sup>19</sup> Como dito, o foco das discussões está na forma e na intensidade de tal aplicação, em face das peculiaridades das relações privadas quando comparadas com as relações entre os particulares e o Estado. A principal delas está no fato de que, na relação entre os primeiros, há dois titulares de direitos fundamentais; quando a relação é o particular e o Estado, este último não os titulariza.<sup>20</sup>

Sobre o tema, a doutrina costuma mapear pelo menos três modelos de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas. O primeiro diz respeito à aplicação indireta (através da mediação do legislador ou do juiz), o segundo trata da aplicação direta e o terceiro aborda a questão dos deveres de proteção estatal. Há, ainda modelos mistos, dos quais pode ser citado o exposto por Robert Alexy (2008, p. 533).

Todas as propostas têm origem na doutrina alemã<sup>21</sup> e são apresentadas por vários autores, como Ingo Wolfgang Sarlet (2000, p. 107-163), Juan Maria Bilbao Ubillos (2010, 269-379), José Joaquim Gomes Canotilho (2008, p. 191-215), Jorge Miranda (2000, p. 324), José Carlos Vieira de Andrade (2007, p. 250-255), Daniel Sarmento (2008, p. 185-233), Virgílio Afonso da Silva (2008, p. 66-106), Wilson Steinmetz (2004, p. 135-185), Marcelo Schenk Duque (2013, p. 102-383) e Thiago Luis Santos Sombra (2013, p. 75-95).

---

feições manifestamente verticalizadas, no sentido de similares às relações entre os particulares e o poder público. Por tais razões, o mais apropriado é, de fato, falarmos de uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais ou mesmo da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.” (SARLET, 2011, p. 375). A menção está na nota de rodapé nº 474.

<sup>19</sup> “*Son cada vez menos los autores que niegan la relevancia de los derechos fundamentales en la esfera del Derecho privado. Pero todavía hay quien considera que esta extensión, contra natura, del ámbito de aplicación de los derechos constitucionales es innecesaria. Las amenazas procedentes de los particulares se contemplan en las leyes civiles y penales y no en la Constitución, que solo traza los límites que el poder público no puede franquear.*” (UBILLOS, 2010, p. 270)

<sup>20</sup> “Atualmente, a ideia de que normas de direitos fundamentais produzem efeitos na relação cidadão/cidadão e, neste sentido, têm um efeito perante terceiros, ou efeito horizontal, é amplamente aceita. O que é polêmico é como e em que extensão elas o fazem. A questão sobre como as normas de direitos fundamentais produzem efeitos na relação cidadão/cidadão é algo que diz respeito a um problema de construção. A questão sobre em que extensão elas o fazem é uma questão que expressa um problema substancial, a saber, um problema de colisão. Tanto o problema de construção quanto o de colisão resultam de uma diferença fundamental entre a relação Estado/cidadão e a relação cidadão/cidadão. A relação Estado/cidadão é uma relação entre um titular de direitos fundamentais e um não-titular. A relação entre cidadão/cidadão é, ao contrário, uma relação entre titulares de direitos fundamentais.” (ALEXY, 2008, p. 528)

<sup>21</sup> “O fato de a questão em torno da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas ter encontrado o seu mais alto desenvolvimento dogmático na Alemanha não é por acaso. Isso se deve não apenas à diferenciada capacidade dos juristas alemães, no sentido de assimilar e tentar equacionar problemas jurídicos, como também a motivos históricos. A trágica experiência trazida pelo nacional socialismo contribuiu para a necessidade de se fortalecer os direitos fundamentais. Evidentemente que o preço pago, para tanto, foi alto demais. Todavia, o fato de a liberdade dos particulares ter sido severamente violado no curso dessa ditadura, não apenas por organismos estatais, mas também por organizações privadas gerou uma necessidade de séria reflexão no sentido de que não apenas o Estado, mas igualmente organizações privadas, podem tornar-se implacáveis contra os direitos fundamentais.” (DUQUE, 2013, p. 40-41).

O detalhamento de cada uma das teorias não será abordado aqui, por questão de espaço e escopo do trabalho (restrito à concepção adotada nos Estados Unidos da América), sempre lembrando a constatação de que a vinculação de particulares a direitos fundamentais é “um dos temas mais controversos e fascinantes da dogmática jurídico-constitucional contemporânea.” (SARLET, 2000, p. 112).

Quanto ao direito brasileiro, a matéria é relativamente recente (SARLET, 2013, p. 58).<sup>22</sup> Entretanto, observa-se um direcionamento, pois, embora exista quem defenda uma eficácia eminentemente indireta dos direitos fundamentais no âmbito das relações particulares (DIMOULIS; MARTINS, 2012, p. 106; DUQUE, 2013) converge-se para a eficácia direta, com respaldo no art. 5º, § 1º,<sup>23</sup> da Constituição Federal (STEINMETZ, 2004, p. 271-295). No entanto, a matéria é complexa e sua aplicação requer reflexão e temperamentos, pois várias situações reclamam soluções diferenciadas. Para Ingo Wolfgang Sarlet:

Se a tese da assim designada eficácia mediata (indireta) segue dominante na doutrina e jurisprudência alemãs, inclinamo-nos hoje – pelo menos à luz do direito constitucional positivo brasileiro – em prol de uma necessária vinculação direta (imediate) *prima facie* também dos particulares aos direitos fundamentais, sem deixar de reconhecer, todavia, na esteira de Canotilho e outros, que o modo pela qual se opera a aplicação dos direitos fundamentais às relações jurídicas entre particulares não é uniforme, reclamando soluções diferenciadas. (2011, p. 382-383).

Segundo o autor, a aplicação imediata e direta requer “cautela redobrada em seu manejo”, pois “se está a deslocar para o Judiciário a decisão final sobre a ponderação dos direitos esgrimidos entre os sujeitos privados”. Com efeito, a preocupação decorre da constatação de que o procedimento decisório vai trabalhar com “valores mais ou menos abstratos e sujeitos às mais variadas interpretações” (2011, p. 383) com os riscos inerentes a decisões que envolvem esse tipo de matéria.

No entanto, tomando-se os devidos cuidados na fundamentação das decisões (uma vez que “as hipóteses de um conflito entre os direitos fundamentais e o princípio da autonomia privada pressupõem sempre uma análise tópico-sistemática, calcada nas circunstâncias específicas do caso concreto”, há de se reconhecer que não há impedimento a uma eficácia direta “ainda mais no sentido de uma eficácia direta *prima facie*” (SARLET, 2011, p. 383) dos direitos fundamentais nas relações entre particulares no direito brasileiro.

---

<sup>22</sup> Conforme o autor, embora “se possam identificar algumas vozes isoladas que já há mais tempo pugnam por uma aplicação dos direitos fundamentais na seara do direito privado, ou, pelo menos, apontam para algumas dimensões desta temática, certo é que o debate propriamente dito, seja na doutrina, seja na jurisprudência, é relativamente recente, coisa de aproximadamente, no máximo, 15 anos.”

<sup>23</sup> “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”



## 2 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PARTICULARES NO DIREITO NORTE-AMERICANO

### 2.1 Noções gerais.

Como visto, a evolução teórica e prática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações particulares teve impulso e maior desenvolvimento no direito alemão a partir da década de cinquenta do século XX.<sup>24</sup> No entanto, bem antes de a matéria ser debatida com mais atenção em solo europeu, os norte-americanos se depararam com esse problema.<sup>25</sup>

A tradição jurídica norte-americana parte do pressuposto, há muito assentado, de que a Constituição e os direitos fundamentais vinculam unicamente o poder público e não os particulares.<sup>26</sup> Atendo-se ao elemento gramatical, dentre os dispositivos que compõem a *Bill of Rights* da Constituição dos Estados Unidos da América (EUA),<sup>27</sup> apenas a décima terceira emenda (que aboliu a escravidão) refere-se expressamente aos particulares.<sup>28</sup>

Ainda no século XIX, a questão relativa à vinculação dos particulares a direitos fundamentais chegou à Suprema Corte. Assim, quando chamada a julgar casos envolvendo deveres de igualdade e proibição de tratamento discriminatório (no contexto da reconstrução do país após o fim da escravidão, em decisões cujo conjunto ficou conhecido como *Civil Rights Cases* de 1883), a resposta foi no sentido de reforçar duas teses: 1) o Congresso não poderia legislar sobre direito privado e 2) na ausência de dispositivo legal expresso, os particulares não estariam vinculados a deveres previstos na Constituição, a não ser que a

---

<sup>24</sup> “Com efeito, apesar da dificuldade de se estabelecer com precisão até que ponto a reivindicação do propagado pioneirismo e originalidade é correta, não há como negar ter sido na Alemanha, especialmente a partir da Lei Fundamental de 1949, que o tema encontrou seu maior desenvolvimento, gerando acirrada controvérsia na doutrina e na jurisprudência, acabando por atrair (e influenciar) as atenções da doutrina europeia em geral, até mesmo – embora ainda de forma tímida – a doutrina e a jurisprudência francesas.” (SARLET, 2000, p. 200).

<sup>25</sup> “Sem dúvida alguma, por motivos que serão analisados posteriormente, é na Alemanha que o problema é estudado de forma sistemática há mais tempo. Mas também nos Estados Unidos, ainda que de forma assistemática, o tema é velho conhecido da doutrina e, especialmente, da jurisprudência.” (SILVA, 2008, p. 19).

<sup>26</sup> “*It is firmly established that the Constitution applies only to government conduct, usually referred as ‘state action’. The behavior of private citizens and corporations is not controlled by the Constitution.*” (CHEREMINKSY, 1985, p. 507). Como o título do trabalho sugere (“*Rethinking state action*”), o autor não se resigna com o conteúdo da afirmação e propõe, ainda na década de 1980, repensar a *state action doctrine*.

<sup>27</sup> Como se sabe, a redação original da Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787, não continha uma declaração de direitos. Esta só veio com a aprovação das dez primeiras emendas, em 1791, sob a liderança de James Madison, cumprindo o compromisso assumido quando do processo de união das ex-colônias após a independência da Inglaterra. Posteriormente, a declaração de direitos veio a ser complementada com as emendas aprovadas após a Guerra Civil, no período conhecido como “Reconstrução”, com destaque para Décima Terceira (que aboliu a escravidão) e a Décima Quarta (que, dentre outros pontos, estendeu aos Estados o dever de respeito e cumprimento aos direitos fundamentais). (AMAR, 1998; FARBER, 2007; ACKERMAN, 2006).

<sup>28</sup> “*With one exception [‘Only the thirteenth amendment prohibition of slavery applies to private as distinguished from governmental action.’], the Constitution does not seek to govern or regulate the affairs of individuals and private entities*” (STRICKLAND, 1991, p. 591).

conduta pudesse ser relacionada a alguma ação estatal (BARRON; DIENES, 2013, p. 620; CHEREMINSKY, 1985, p. 507-509). Estabeleceu-se, então, a *state action doctrine*.<sup>29</sup> Desde então, o tema se tornou um dos mais complexos e debatidos no âmbito do direito norte-americano.<sup>30</sup>

Em resumo, nos Estados Unidos, a matéria é tratada da seguinte forma: 1) em regra, as normas constitucionais não vinculam particulares; 2) para vincular os particulares, as normas constitucionais precisam de confirmação legal e 3) na ausência de lei, os particulares somente serão obrigados a respeitar direitos fundamentais se houver alguma ação estatal de sua parte.

Na prática, o problema está em saber em que exatamente consiste a ação estatal, pois o entendimento dado à matéria variou conforme a composição da corte ao longo do tempo (BARRON; DIENES, 2013, p. 623-624). Em verdade, a doutrina da ação estatal permite duas leituras: 1) a desvinculação de particulares aos direitos fundamentais seria um pressuposto tão forte no direito norte americano, que se exige a comprovação de uma *state action* para afastá-lo;<sup>31</sup> 2) a *state action*, em outra interpretação, seria uma válvula de escape, um atalho ou um pretexto jurisprudencial para vincular particulares em um país cuja tradição liberal ainda é apegada à tese de que direitos constitucionais somente se dirigem ao poder público.<sup>32</sup>

No dia-a-dia das demandas judiciais, a alegação de ação estatal funciona como um requisito para o conhecimento do caso pelo Poder Judiciário, especialmente a Suprema Corte. Na hipótese de o tribunal entender que não há *state action*, a causa é afastada de plano e não

---

<sup>29</sup> A Suprema Corte norte-americana já havia, entretanto, anunciado a *state action doctrine* antes mesmo dos *Civil Rights Cases* de 1883: “*The Civil Rights Cases are frequently credited with being the origin of the state action doctrine requirement. (...) Prior to Civil Rights Cases, however, the Supreme Court already had announced the state action doctrine. See Virginia v. Rives, 100 US 313, 318 (1879); United States v. Cruikshank, 92 U.S. 542, 554-55 (1875).*” (CHEREMINSKY, 1985, p. 508). A informação está na nota de rodapé n. 17.

<sup>30</sup> “*During the 1950’s and 1960’s, probably no topic attracted more attention in law review articles than ‘state action’. Literally dozens of articles were written. In 1967, Yale Professor Charles Black observed that state action ‘is the most important problem in American Law. We cannot think about it too much; we ought to talk about it until we settle on a view both conceptually and functionally right.’*” (CHEREMINSKY, 1985, p. 503)

<sup>31</sup> É a leitura que se extrai de Daniel Sarmento. Segundo o autor, “é no direito norte-americano que a tese da não vinculação dos particulares aos direitos fundamentais estabelecidos em sede constitucional teve maior difusão. É praticamente um axioma do Direito Constitucional norte-americano, quase universalmente aceito, a ideia de que os direitos fundamentais, previstos no *Bill of Rights* da Carta estadunidense, impõe limitações apenas para os Poderes Públicos e não atribuem aos particulares direitos frente a outros particulares com exceção apenas da 13ª Emenda, que proibiu a escravidão.” (SARMENTO, 2008, p. 189.)

<sup>32</sup> É o que se depreende de Virgílio Afonso da Silva. De acordo com ele, a “doutrina da *state action* procura determinar quando um ato privado que viole direitos fundamentais, especialmente o direito de igualdade, pode ser objeto de controle judicial. (...) Ao invés de negar a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas, a doutrina da *state action* tem como objetivo justamente definir em que situações uma conduta privada está vinculada às disposições de direitos fundamentais.” (SILVA, 2008, p. 99).

será julgada.<sup>33</sup> Se entender que a ação estatal está presente, muito provavelmente determinará a responsabilização do particular acusado de violar algum direito fundamental.<sup>34</sup>

Erwin Cherminsky critica severamente esta doutrina. Argumenta ser inconstitucional, impertinente e desnecessária. Para o autor, seria um mecanismo para a Suprema Corte afastar inúmeras causas sem apreciar o mérito, quando, na realidade, o ideal seria julgar o cerne (a violação ou não de direitos fundamentais) sem a necessidade de questionar se haveria ou não ação estatal (CHEREMINSKY, 1985, p. 506).

Em linhas gerais, a abordagem norte-americana não recebe muita atenção da doutrina civil-constitucional brasileira. Tal fato gera surpresa, tendo em vista se tratar de um dos temas jurídicos mais complexos naquele país e que abrange tanto o direito público quanto as relações particulares. Embora tenha havido diminuição da produção doutrinária, o que apenas reflete o caráter mais restritivo da aplicação da doutrina pela Suprema Corte norte-americana, em contraposição ao que era feito durante a chamada Corte Warren (CHEREMINSKY, 1985, p. 503-504), o tema continua atual, principalmente em face da aproximação e interpenetração cada vez maior entre o público e o privado (HARVARD LAW REVIEW, 2010, p. 1250-1251). Além disso, os contornos da ação estatal podem definir os dos direitos fundamentais.<sup>35</sup>

Ademais, a análise de suas linhas gerais ainda é útil para a melhor compreensão da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito brasileiro. Com efeito, é inegável a influência norte-americana no início do constitucionalismo republicano brasileiro. Quanto à *state action* propriamente dita, observa-se diversos traços de sua presença no direito pátrio, como no âmbito das ações de *habeas corpus* e de mandado de segurança (SILVA, 2008, p. 102-103). A propósito, um *leading case* julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF)<sup>36</sup> utilizou a *state action doctrine* como reforço argumentativo em caso que envolvia a vinculação de uma associação ao dever de assegurar o devido processo legal na expulsão de

---

<sup>33</sup> “Eliminating the concept of state action merely means that the court would have to reach the merits and decide if a sufficient justification exists; courts could not dismiss cases based solely on the lack of government involvement. Thus, the balance might be different with nongovernmental actors than with the government, but the key is that courts would have to balance and could not dismiss cases based on the lack of state action.” (CHEREMINSKY, 1985, p. 506)

<sup>34</sup> Virgílio Afonso da Silva aponta, com base em análise quantitativa feita por Thomas Giegerich, que a vinculação do requisito formal (comprovação de uma ação estatal) com o mérito da demanda (violação de um direito fundamental) é tão forte que “com exceção de dois casos, em todas as decisões em que se equiparou uma conduta privada a uma ação estatal houve, ao mesmo tempo, o reconhecimento de violações a direitos fundamentais.” (SILVA, 2008, p. 102).

<sup>35</sup> “Despite a recent lull in scholarly engagement with the doctrine — perhaps out of sheer frustration — the task of defining state action and determining its proper limits is no less important today than it was in the previous century. As the public becomes more private, and the private becomes more public, the contours of the state action doctrine may come to define the contours of our most basic constitutional rights.” (HARVARD LAW REVIEW, 2010, p. 1250)

<sup>36</sup> A decisão foi proferida no julgamento do Recurso Extraordinário nº 2010.819-RJ. [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/209\\_2.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/209_2.pdf). Acesso em: 18.09.2013.

um associado. Dessa forma, após tecer considerações sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, o ministro Gilmar Ferreira Mendes, autor do voto condutor, assim se manifestou:

Essas considerações parecem fornecer diretrizes mais ou menos seguras e, até certa parte, amplas, para a aplicação do direito de defesa no caso de exclusão de associados. Todavia, afigura-se-me decisivo no caso em apreço, tal como destacado, a singular situação da entidade associativa, integrante do sistema ECAD, que, como se viu na ADI 2.054/DF, exerce uma atividade essencial na cobrança de direitos autorais, que poderia até configurar um serviço público por delegação legislativa. Esse caráter público ou geral da atividade parece decisivo aqui para legitimar a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF) ao processo de exclusão de sócio de entidade. (BRASIL, 2009, p. 837)

Sem dúvida, a fundamentação contida no trecho acima em muito se assemelha à *state action doctrine* e foi utilizada como reforço argumentativo para o reconhecimento da eficácia de direitos fundamentais nas relações particulares travadas no caso submetido ao STF.

No entanto, dada a riqueza do debate, a doutrina da ação estatal merece maior atenção. Este será o objeto do presente estudo, o qual, por questões de espaço, apresentará apenas uma visão panorâmica,<sup>37</sup> restrita à origem e às principais justificativas de sua aplicação.

## **2.2 A STATE ACTION DOCTRINE**

### *2.2.1 Origens*

A Constituição dos Estados Unidos da América, ratificada em 1787, não continha direitos fundamentais. Estes, somente surgiram anos depois, com a aprovação das dez primeiras emendas. Estas, juntamente com as que foram aprovadas após a Guerra Civil, constituem o *Bill of Rights* norte-americano.

Naquele país, a defesa de direitos fundamentais não utiliza artigos da Constituição original como fundamento jurídico, mas o conteúdo das emendas.<sup>38</sup> Exemplos: processar criminalmente alguém por queimar a bandeira nacional em protesto público viola a liberdade

---

<sup>37</sup> Sempre atento à advertência de que “um país não deve criticar o sistema jurídico de outro, pois não está sujeito à sua cultura, sua população e sua história, nem experimentou – ou jamais experimentará – os efeitos concretos da influência destas determinantes.” (BORGES NETO, 2008, p. 159)

<sup>38</sup> “Os direitos fundamentais encontram-se no *Bill of Rights* composto pelas primeiras dez emendas à constituição, que ao contrário do modelo brasileiro, ficam de fora do texto, integrando a constituição após seu último artigo, numa secção destinadas às emendas à constituição.” (MOREIRA, 2007. p. 94)

de expressão prevista na 1ª Emenda<sup>39</sup> e impedir alguém de interromper a gravidez até o primeiro trimestre viola direitos fundamentais contidos na 1ª, 4ª, 5ª, 9ª, e 14ª Emendas.<sup>40</sup>

Por outro lado, fora a 13ª Emenda, que proíbe a escravidão, todas as demais que compõem o *Bill of Rights* têm como destinatário expresso o poder público; não os particulares.<sup>41</sup> Além disso, ao contrário do Brasil, compete aos estados (e não ao governo nacional) legislar sobre direito privado (SARMENTO, 2008, p. 189; BARRON; DIENES, p. 619). Assim, uma lei do Congresso dos Estados Unidos não pode atribuir obrigações (de natureza contratual, por exemplo) a particulares, a não ser que diga respeito ao comércio internacional ou interestadual (matérias de competência federal). No entanto, o que se pode chamar de “argumento federativo” foi flexibilizado ao longo do século XX, tendo como pano de fundo a constatação de que, por meio do Senado, os estados-membros participam do processo legislativo e podem “se defender” de leis federais (QUINN, 1976, p. 150).

Outro ponto que merece destaque é sobre o quão influente foi (e ainda é) a questão da escravidão negra na história dos Estados Unidos da América. A omissão constitucional quanto ao tema chamou a atenção em face do conteúdo igualitário da Declaração de Independência dos Estados Unidos.<sup>42</sup> Do mesmo modo, não se tratou da escravidão na redação original da Constituição de 1787, muito menos nas dez primeiras emendas que originaram o *Bill of Rights*, aprovadas em 1791. No entanto, a divergência latente entre o Sul e o Norte veio à tona de tal forma que levou o país à guerra civil, à quase separação e, ao final do conflito, à “Reconstrução”.<sup>43</sup> Acrescente-se a este panorama os graves conflitos raciais no século XX e as tentativas de contornar suas consequências, como o fim da doutrina dos “separados mas iguais”,<sup>44</sup> através do caso *Brown v. Board of Education*,<sup>45</sup> de 1954, e as decisões que seguiram sua esteira, bem como vários tipos de ações afirmativas para negros.

---

<sup>39</sup> Caso *Texas v. Johnson* (1989) (HARTMAN; MERSKY; TATE, 2007. p. 434-435).

<sup>40</sup> Caso *Roe v. Wade* (1973) (HARTMAN; MERSKY; TATE, 2007. p. 08-10).

<sup>41</sup> “Only the Thirteenth Amendment, which abolishes the institution of slavery, is also directed do controlling the actions of private individuals.” (NOWAK; ROTUNDA, 2010. p. 595).

<sup>42</sup> “Despite American protests against the ‘slavery’ of English rule and the majestic assertion in the Declaration of Independence that ‘all men are created equal’, the canonists rarely connected the ideology of the Revolution with an opposition to slavery. Jefferson’s original draft of the Declaration included slavery and the slave trade as grievances against the king, but the clauses were excised by the Continental Congress. Perhaps the fact that Jefferson himself owned over two hundred slaves undercut the justness of his words.” (FARBER; SHERRY, 2005, p. 208)

<sup>43</sup> “In what can only be described as a constitutional revolution, the nation ended slavery, made every person born under the flag an equal citizen, guaranteed a host of civil rights to all American, and extended equal political rights to black men.” (AMAR, 2006, p. 351). Contudo, o autor reconhece que o cumprimento de tais normas somente passou a se efetivar com a segunda reconstrução, na segunda metade do século XX.

<sup>44</sup> Estabelecida a partir do caso *Plessy v. Ferguson*, julgado em 1896. Por mais de sessenta anos, a Suprema Corte referiu-se a “separados mas iguais” como uma interpretação jurídica adequada relativamente aos direitos dos cidadãos negros (HARTMAN; MERSKY; TATE, 2007, p. 101).

Neste contexto, boa parte dos casos levados à Suprema Corte a título de *state action* é relativa à discriminação contra pessoas negras, sendo “um ponto nodal da atribuição dos direitos fundamentais nas relações entre particulares” e que “esconde questão cultural ainda não resolvida.” (MOREIRA, 2007, p. 98). Assim, o debate sobre o conteúdo e extensão da referida doutrina teve, em inúmeros casos, a questão racial como pano de fundo.<sup>46</sup> Inclusive na sua origem.

Em 1875, pouco tempo após a Guerra Civil, sendo ainda recentes o fim oficial da escravidão e o assassinato do presidente Lincoln, o Congresso aprovou o *Civil Rights Act*. Esta norma (federal) impunha obrigação de os particulares tratarem igualmente as pessoas, através da proibição de diferenciação por motivos raciais em locais de acomodação pública, como hotéis e restaurantes.<sup>47</sup> De modo expresse, assim determinava a lei, em tradução livre:

Todas as pessoas sob a jurisdição dos Estados Unidos devem ter pleno e igual usufruto a acomodações, vantagens, serviços e privilégios em hospedagens, meios de transporte terrestre ou aquático, teatros e outros locais de diversão; sujeitos somente a condições e limitações estabelecidas

---

<sup>45</sup> Indiscutivelmente, o caso *Brown* é tido por juristas, políticos, acadêmicos e historiadores como um dos dois ou três mais importantes julgados da Suprema Corte norte-americana, tanto por seu conteúdo quanto pelas consequências que gerou, tendo incentivado o movimento negro na reivindicação de direitos e mudado a vida política dos Estados Unidos (HARTMAN; MERSEY; TATE, 2007, p. 38).

<sup>46</sup> Exemplos: cláusula proibitiva de venda de imóvel para negro, no caso *Shelley v. Kraemer* (1948); exclusão de negros em convenções partidárias, no caso *Terry v. Adams* (1953) e a restrição do acesso de negros a parque aberto ao público, no caso *Evans v. Newton* (1966) e a recusa de um estabelecimento comercial em atender pessoas negras, no caso *Burton v. Wilmington Parking Authority* (1980). A propósito, Laurence Tribe, ao explicar as razões de a Suprema Corte reconhecer *state action* no caso *Burton v. Wilmington Parking Authority* e negá-la nos casos *Blum v. Yaretsky* e *Rendell-Baker v. Kohn*, afirma que: “*The best explanation for his seeming retrenchment by the Court may not be wholly doctrinal. First, unlike Burton, neither Yaretsky nor Rendell-Baker involved issues of racial discrimination, and the Court has usually been more willing to find state action when race was involved.*” (TRIBE, 1985, p. 251). A informação está no capítulo dezesseis, cujo título é “*Refocusing the ‘State Action Inquiry: Separating State Acts for State Actors*”.

<sup>47</sup> Extraído do sítio do Senado Norte Americano ([www.senate.gov](http://www.senate.gov)):

“**Landmark Legislation: Civil Rights Act of 1875.** Radical Republican senator Charles Sumner of Massachusetts introduced the Civil Rights Act in 1870 as an amendment to a general amnesty bill for former Confederates. The bill guaranteed all citizens, regardless of color, access to accommodations, theatres, public schools, churches, and cemeteries. The bill further forbid the barring of any person from jury service on account of race, and provided that all lawsuits brought under the new law would be tried in federal, not state, courts. Sumner predicted that the Civil Rights Act would be the greatest achievement of Reconstruction. “Very few measures of equal importance have ever been presented,” he proclaimed. Unfortunately, Sumner did not live to see the fate of his bill. He died of a heart attack in 1874—just 63 years old. “Don’t let the bill fail,” the dying Sumner pleaded to Frederick Douglass and others at his bedside. “You must take care of [my] civil rights bill. In the months following Sumner’s death, Congress debated the bill. As another Republican senator from Massachusetts, George Boutwell, explained, the Reconstruction amendments (Thirteenth, Fourteenth, and Fifteenth amendments to the Constitution) “did limit the power of the States; they did extend the power of the General Government,” but lawmakers in Washington failed to agree on how far the power of the federal government should be extended. After long and at times heated discussions on the Senate floor, the bill’s supporters agreed to drop one of the more contentious components of the bill, which would prohibit segregation in public schools. Another contentious debate in the Senate centered on the question of whether or not Congress had the constitutional right to define the composition of juries selected for state courts. The Senate brought the bill to the floor for a vote in late February 1875. Perhaps as a last gesture of respect for the departed Charles Sumner, for whom securing civil rights had been a lifelong pursuit, the Senate passed the bill with a vote of 38 to 26 on February 27, 1875. **The bill became law on March 1, 1875.**” Disponível em: <http://www.senate.gov/artandhistory/history/common/generic/CivilRightsAct1875.htm>. Acesso em 24.09.2013.

por lei, e aplicáveis de maneira similar aos cidadãos de qualquer raça e cor, não obstante qualquer condição anterior de escravidão.<sup>48</sup>

Nada absurdo, a princípio, em um país que tinha acabado de abolir a escravidão negra. No entanto, a matéria foi levada à Suprema Corte. Em decisões proferidas em 1883, o tribunal, pelo voto condutor do *Justice Bradley*, considerou a lei inconstitucional em um conjunto de casos que ficou conhecido como *Civil Rights Cases*.<sup>49</sup>

Em resumo, a Corte entendeu que o Congresso não tinha poderes para vincular particulares. Por três motivos: 1) não havia previsão na Constituição nem no *Bill of Rights*; 2) a lei estava a violar o pacto federativo, pois invadia a competência estadual para legislar sobre direito privado e 3) o dever de não discriminar violaria a liberdade de entidades privadas, sem que estas estivessem a exercer qualquer ação estatal (BARRON; DIENES, 2013, p. 619).

Na prática, no que tange à questão racial, tal decisão abriu caminho para o caso *Plessy v. Ferguson*, no qual foi adotada a polêmica doutrina dos “separados mas iguais”.<sup>50</sup> Precedente que durou décadas e somente foi revertido (sem qualquer alteração do texto constitucional) quando do julgamento do caso *Brown v. Board of Education*, em 1954 (BARROSO, 2009, p. 145).<sup>51</sup>

---

<sup>48</sup> “*The new law required: ‘That all persons within the jurisdiction of the United States shall be entitled to the full and equal enjoyment of the accommodations, advantages, facilities, and privileges of inns, public conveyances on land or water, theaters, and other places of public amusement; subject only to the conditions and limitations established by law, and applicable alike to citizens of every race and color, regardless of any previous condition of servitude.’ The second section provided that any person denied access to these facilities on account of race would be entitled to monetary restitution under a federal court of law.*” Disponível em: <http://www.senate.gov/artandhistory/history/common/generic/CivilRightsAct1875.htm>. Acesso em 24.09.2013.

<sup>49</sup> Considerando que o caso foi decidido bem antes de a competência da União para legislar sobre comércio atingisse seu estágio atual e que a lei questionada não se restringia ao comércio interestadual (matéria de indiscutível competência legislativa da União), a Corte examinou se as disposições da 13ª e 14ª Emendas davam ao Congresso Norte Americano poderes para editá-la. (“*In the Civil Rights Cases, 109 U.S 3 (1883), the Court, per Justice Bradley, held the Civil Rights Act of 1875, proscribing racial discrimination in places of public accommodation, unconstitutional. Since the case was decided well before the commerce power reached the its present expansive proportions, and since the Act was not limited to interstate commerce, the Court examined whether the enforcement clauses of Thirteenth and Fourteenth Amendments gave Congress power to enact the law*” (BARRON; DIENES, 2013, p. 620).

<sup>50</sup> “*The Supreme Court declared the law unconstitutional in 1883. In a consolidated case, known as the Civil Rights Cases, the court found that the Fourteenth Amendment to the Constitution granted Congress the right to regulate the behavior of states, not individuals. The decision foreshadowed the 1896 Plessy v. Ferguson decision in which the Court found that separate but equal facilities for blacks and whites were constitutional.*” Disponível em: <http://www.senate.gov/artandhistory/history/common/generic/CivilRightsAct1875.htm>. Acesso em 24.09.2013.

<sup>51</sup> “*Brown v. Board of Education*, julgado em 1954, representou, no plano jurídico, a superação da doutrina do ‘separados, mas iguais’, estabelecida em *Plessy v. Ferguson*, ao considerar inconstitucional a separação entre crianças brancas e negras nas escolas públicas e determinar a adoção de uma política de integração. Warren conseguiu liderar a Suprema Corte a uma decisão unânime, de apenas doze páginas, cuja ênfase recaía não em aspectos jurídicos – como o sentido e o alcance da Emenda 14 ou a superação de *Plessy* –, mas no argumento da intrínseca desigualdade da discriminação em matéria de educação, pelo sentimento de inferioridade que ela produzia nas crianças negras, tal como demonstrado em estudos psicológicos expressamente levados em conta

Ressalte-se que a decisão tomada nos *Civil Rights Cases*, em 1883, foi polêmica desde sua origem. Houve divergência na Corte. Na ocasião, o *Justice Harlan* entendeu a 14ª Emenda (em Seção 1) atribuiu cidadania aos negros e que esta cláusula poderia e deveria ser protegida diretamente através de leis do Congresso. E mais. Argumentou que sua Seção 5 dava mais poderes ao legislativo federal: o poder de estabelecer obrigações positivas e negativas com vistas a assegurar o cumprimento das emendas constitucionais oriundas do fim da Guerra Civil. Por fim, entrando na discussão da *state action*, o dissidente ainda argumentou que os proprietários de acomodações públicas seriam agentes estatais, pois estavam submetidos, a respeito de deveres e funções, a regulação pública.

No entanto, sua posição divergente foi derrotada. A Corte entendeu, conclusivamente, que discriminação racial em locais públicos não teria qualquer relação com escravidão ou servidão involuntária e que a violação de qualquer direito da parte deveria ser apreciada de acordo com leis estaduais (BARRON; DIENES, 2013, p. 622).

Como funciona, então, a doutrina da ação estatal? Em linhas gerais, da seguinte forma:

Um particular demanda judicialmente contra outro particular para fazer valer um direito individual constitucional ou uma pretensão nele fundada. Recebida a demanda, o juiz ou o tribunal (i) verifica se a demanda é contra o Estado (funcionário, agência, entidade pública, etc.) ou um particular. Se o demandado não é o Estado, então o juiz ou tribunal (ii) verifica se a ação ou ações do demandado-particular podem ser imputados, por alguma razão, ao Estado, isto é, se ela(s) podem ser subsumidas ao conceito de *state action*. (STEINMETZ, 2004, p. 179)

A análise da jurisprudência, ainda que de modo superficial, aponta para um caráter casuístico, incoerente e oscilante,<sup>52</sup> variando de acordo com a composição da Suprema Corte norte-americana, ao longo do século XX.<sup>53</sup>

Cumprido, por fim, lembrar que se a posição do *Justice Harlan* sobre o significado das Emendas da Guerra Civil (no julgamento dos *Civil Rights Cases* de 1883) tivesse sido aceita por seus pares, muito da confusa história da *state action doctrine* poderia ter sido evitada.<sup>54</sup>

---

no acórdão. Os efeitos dessa decisão histórica se projetariam pelas décadas seguintes.” (BARROSO, 2009, P. 145-146)

<sup>52</sup> “Atribuir um grau de participação do Estado nos processos entre particulares foi tarefa dos advogados e juristas norte-americanos, que se desenvolveu em vários níveis, produzindo, em alguns casos, ligações entre Estado e particular por ficção jurídica; em outros casos, a negativa da relação entre ato estatal e particular causa espanto.” (MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Ob. cit.* p. 97)

<sup>53</sup> “When can private action qualify as state action? This is the critical question in state action cases. During the Warren Court years, the Court seemed so willing to find state action in nominally private conduct that commentators began to speak of the twilight of the state action doctrine. It seemed as if the doctrine was being merged into the issue of whether the right was violated rather than serving as a threshold issue of whether the constitutional right was even implicated. But beginning with the Burger Court, the state action doctrine has been restored – and with a vengeance.” (BARRON, Jerome A.; DIENES, C. Thomas. *Ob. cit.* p. 625).



### 2.2.2 Conteúdo e justificativas

Ao longo dos anos a configuração da *state action* (mais abrangente ou mais restritiva) variou conforme a composição da Suprema Corte. Com juízes mais liberais, como no caso da Corte Warren<sup>54</sup>, a Suprema Corte elasteceu muito os limites. Com componentes mais conservadores, como na presidência dos *Chief Justices* Warren Burger e William Rehnquist, o tribunal foi mais restritivo quanto à matéria (STRICKLAND, 1976, p. 588-589).

A análise de várias decisões da Suprema Corte, ao aceitar ou negar a alegação de *state action*, aponta fundamentação assistemática, conforme Virgílio Afonso da Silva:

[O]s direitos fundamentais são aplicáveis somente nas relações entre Estado e particulares. Mas a construção jurisprudencial da *state action* tem por objetivo justamente romper com essa limitação e, para alcançar esse objetivo, tenta definir – ainda que de forma assistemática e casuística – quando uma ação privada é equiparável a uma ação pública. Sempre que essa equiparação for possível, e como se verá adiante, na maioria das vezes essa equiparação é artificial e feita com o intuito de coibir o ato privado violador dos direitos fundamentais, as relações entre particulares estarão vinculadas às disposições de direitos fundamentais. Assim, mesmo que a doutrina norte-americana costume encarar os direitos fundamentais como aplicáveis somente na relação Estado-indivíduos, não é difícil notar que o raciocínio é artificial e apenas encobre o que de fato acontece. (...) Nesse sentido, ainda que, com a doutrina da *state action*, se queira, aparentemente, negar a vinculação de entidades não-estatais aos direitos fundamentais, não é isso que acontece de fato, já que o casuísmo da Suprema Corte norte-americana sempre encontra uma forma, por mais artificial que seja, de igualar o ato privado questionado a um ato estatal quando se quer coibir alguma violação a direitos fundamentais por parte de pessoas privadas (2008, p. 99-100).

Quando o Estado (ou qualquer de seus agentes) está presente, a situação é de solução fácil. No entanto, nem sempre essa presença é clara. Para esses casos, a jurisprudência da Suprema Corte aponta para os seguintes testes: 1) o particular exerce alguma função pública? (*public function theory*); 2) há significativa participação ou envolvimento do poder público na atuação do particular? (*significant involvement/joint participation*) e 3) há incentivo,

---

<sup>54</sup> BARRON, Jerome A.; DIENES, C. Thomas. Ob. cit. p. 623.

<sup>55</sup> “Como Juiz Presidente por quinze anos, Warren tinha liderado uma revolução judiciária que transformou muitos relacionamentos sociais e políticos na América. A Corte Warren muitas vezes lançou o país em amargas controvérsias, como quando decretou o fim da discriminação racial apoiada publicamente, banuiu as orações nas escolas públicas e estendeu as garantias constitucionais aos negros, aos indigentes, aos comunistas, e a todos os que eram interrogados, presos ou detidos pela polícia. Os assessores de Warren reverenciavam-no como a um símbolo, o fulcro de muito do que acontecera. O antigo e intrépido Promotor de Justiça, três vezes governador da Califórnia e indicado pelos republicanos para a vice-presidência, causara, como Juiz Presidente, maior impacto no país do que a maioria dos presidentes.” (ARMSTRONG; WOODWARD, 1985, p. 11-12. No mesmo sentido, Leda Boechat Rodrigues (1991, p. 75).

encorajamento, aprovação ou autorização por parte do poder público? (*encouragement, authorization and approval*) (BARRON; DIENES, 2013, p. 625-638).

### 2.2.2.1 Teoria da função pública

De acordo com a teoria da função pública, se o particular agir no exercício de atividades tipicamente estatais, está vinculado aos direitos fundamentais (SARMENTO, 2008, p.190).

Essa doutrina parte do pressuposto de que algumas atividades são intrinsecamente governamentais, de modo que, mesmo exercida por particulares, correspondem a uma função pública. Assim, a falha estatal em agir onde há um dever de prevenir o erro (na conduta particular) caracteriza uma forma de ação estatal (BARRON; DIENES, 2013, p. 625).

Embora “essa teoria seja facilmente justificada, mostra-se difícil determinar quais atividades deveriam ser julgadas funções públicas e submetidas a limitações constitucionais” (NOWAK; ROTUNDA, 2010, p. 604). Dessa forma, apenas as atividades ou funções que são tradicionalmente associadas à soberania estatal e são operadas quase que exclusivamente por entidades governamentais poderiam ser inseridas no conceito de função pública (NOWAK; ROTUNDA, 2010, p. 604). Na verdade, a análise é feita caso a caso e os referidos autores tentam encontrar a lógica da doutrina:

Então, a operação de sistemas de eleição, a administração de cidades e vilas, e, talvez, a operação de facilidades aparentemente públicas tais como parques serão consideradas funções públicas reguladas pela Constituição. Porém, a mera operação de negócios que poderiam ser operados pelo governo não será construída como uma função pública porque não envolveria uma determinação baseada na importância prática da atividade, ao invés de sua relação com a função pública do estado. Dessa forma, a operação de um serviço público como uma companhia de eletricidade não é uma função pública. (NOWAK; ROTUNDA, 2010, p. 604).

Pelo trecho acima, observa-se que o reconhecimento de função pública é casuístico. Senão, observe-se. Em julgamento de casos envolvendo convenções partidárias, a Suprema Corte entendeu que excluir negros do processo de escolha dos candidatos viola a 14<sup>a</sup> Emenda. No entanto, a regra não foi generalizada, pois “se as ações do partido político sempre constituem *state action* não foi decidida, mas parece improvável que assim o seja” (BARRON; DIENES, 2013, p. 625).

Debate interessante surgiu quanto às atividades de *shopping centers* e a liberdade de expressão em seu interior. Em um primeiro momento, a Suprema Corte entendeu que se a

manifestação estivesse relacionada com as atividades do empreendimento, haveria *state action* e a liberdade de expressão deveria ser garantida em seu interior.<sup>56</sup> No entanto, posteriormente, a Corte entendeu que a distinção baseada no conteúdo da expressão (se relacionada ou não com as atividades do *shopping center*) seria uma discriminação inadmissível frente à cláusula da liberdade de expressão (BARRON; DIENES, 2013, p. 626).

Já no contexto de uma composição mais conservadora, a Suprema Corte norte-americana afastou o reconhecimento de *state action* em casos que, sob a ótica do direito brasileiro, causaria surpresa. No caso *Jackson v. Metropolitan Edison Co.* (1974), a corte discutiu se a fornecedora de energia elétrica deveria seguir o devido processo legal para cortar o fornecimento de energia elétrica a consumidor inadimplente. O Tribunal não encontrou qualquer *state action*, embora fosse um serviço monopolista e sujeito à licença pelo Estado. Segundo a decisão, havia pouco contato entre o serviço e o poder público “a justificar restringir as atividades por limitações constitucionais” (NOWAK; ROTUNDA, 2010, p. 607).

Mais dois casos chamam à atenção pelo caráter restritivo da Suprema Corte sobre a matéria. No caso *Rendell-Baker v. Kohn* (1982), aplicou-se o entendimento de que uma escola privada para estudantes com problemas de aprendizagem ou de comportamento (*maladjusted students high school*) não exercia atividade estatal, mesmo sendo financiada, na sua maior parte, por recursos públicos (BARRON; DIENES, 2013, p. 629). Por fim, em *Blum v. Yaretsky* (1982), ficou assentado que o estado não é responsável por decisões sobre a transferência ou exclusão de pacientes em casa de repouso (*nursing home*), mesmo na hipótese de 90% dos recursos serem de origem pública. Sob este entendimento, mesmo que o Estado fosse obrigado por lei a fornecer tal serviço, não se poderia concluir que as decisões do dia-a-dia da administração seriam “o tipo de decisão tradicional e exclusivamente feita pelo soberano para e em benefício do público”. Ou seja, não havia *state action* a justificar aplicação de direitos fundamentais (BARRON; DIENES, 2013, p. 629).

Em suma, muito embora a teoria da função pública apresente uma dificuldade inerente em estabelecer seu conteúdo, ela apresenta um grande mérito: impedir que o Poder Público fuja à responsabilidade simplesmente por atribuir (delegar) o exercício de suas atividades típicas a particulares (SARMENTO, 2008, p. 190).

---

<sup>56</sup> Caso *Amalgamated Food Employees Union Local 590 v. Logan Valley Plaza, Inc.* (1968).

#### 2.2.2.2 Existência de envolvimento significativo entre o particular e algum ente estatal

Nesse caso, o critério consiste em verificar a natureza da relação entre o particular e o poder público. A princípio, havendo uma relação próxima entre ambos, existirá *state action* a justificar a vinculação do particular aos direitos fundamentais.

Tal doutrina atingiu seu ápice no caso *Burton v. Wilmington Parking Auth* (1961). O caso tratava de restaurante particular, cujo estacionamento era propriedade municipal, mas explorado mediante contrato de aluguel. Sendo assim, o empreendimento “estava vinculado ao princípio da isonomia e não podia discriminar sua clientela com base em motivos raciais” (SARMENTO, 2008, p. 192)

No entanto, a abertura adotada no caso acima não se confirmou nos anos seguintes. Casos aparentemente parecidos (ou com uma maior presença do poder público) não tiveram a *state action* reconhecida. Nesse contexto, mesmo recebendo financiamento direto do poder público, a ação estatal não foi reconhecida em diversos casos posteriores, como no já citados *Blum v. Yaretsky* (1982) e *Rendell-Baker v. Kohn* (1982).

Por fim, cita-se o caso *San Francisco Arts & Athletics Inc. v. United States Olympic Comitee* (1987). Aqui, lei federal atribuía ao *United States Olympic Comitee* o uso exclusivo da palavra “*olympic*” nos Estados Unidos. Ao negar o uso da referida expressão em um evento atlético gay (SARMENTO, 2008, p. 192) o comitê foi acusado de ter agido de forma discriminatória e ter violado a Constituição por restringir a liberdade de expressão. Assim:

A Suprema Corte entendeu que a outorga de direito exclusivo para usar a palavra e símbolo olímpico para o Comitê Olímpico dos Estados Unidos não violava a liberdade de expressão assegurada na Primeira Emenda daquelas pessoas que queriam usar a palavra para promover seus próprios interesses (NOWAK; ROTUNDA, 2010, p. 624).

Neste caso, independentemente de o comitê ser regulado por lei federal, a Suprema Corte entendeu que o referido comitê não seria agencia governamental e nem haveria *state action* apta a vincula-lo aos direitos fundamentais. Portanto, sua conduta não seria discriminatória nem violaria a liberdade de expressão de outros particulares.

#### 2.2.2.3 Teoria do estímulo ou encorajamento

Segundo ainda a Suprema Corte, a *state action* pode ser verificada nas hipóteses em que a conduta violadora for fruto de incentivo ou encorajamento por parte do Poder Público. Ou

melhor, “o Estado não pode estimular, de qualquer forma, direta ou indiretamente, o desrespeito aos direitos fundamentais pelos particulares” (SARMENTO, 2008, p. 192).

A princípio, o foco está na existência de “ajudas especiais” do Poder Público, sob a forma de benefícios fiscais, subsídios e outras formas de incentivar a atuação particular. Em regra, havendo o benefício, haverá *state action*; se o benefício violar algum direito fundamental, deverá ser corrigido.

Dois casos devem ser citados. O primeiro, *Shelley v. Kraemer* (1948), que está assim resumido:

Shelley, uma pessoa negra, comprou propriedade sem saber que ela estava gravada por um acordo restritivo ao tempo da compra. A convenção declarava que ‘nenhuma parte desta propriedade deve ser ocupada por qualquer pessoa que não seja da raça caucasiana. Shelley ajuizou ação na corte estadual’. A corte entendeu que a convenção nunca tinha se tornado válida por que não fora assinada por todos os proprietários. A suprema corte estadual reformou o julgado, considerando que a convenção era válida e não violava qualquer direito constitucional de Shelley. A Suprema Corte concordou em apreciar o caso (HARTMAN; MERSEY; TATE, 2007, p. 118).

Ao decidir, a Suprema Corte adotou fundamentação no mínimo curiosa. Afirmou que a dita convenção não violava a 14ª Emenda; mas a sua confirmação pela justiça estadual, sim.<sup>57</sup> Ou seja, a restrição contratual em si era válida; mas a sua ratificação pelo Poder Judiciário, não. Nesse caso, a decisão judicial caracterizaria *state action*, pois o Estado não poderia incentivar ou beneficiar atitudes de particulares a violem direitos constitucionais.<sup>58</sup>

Como dito, embora tenha atingido um resultado constitucionalmente adequado, a argumentação é no mínimo heterodoxa para os padrões brasileiros:

Ora aqui há um problema argumentativo que não pode ser ignorado. Não é possível que a inconstitucionalidade surja somente com a decisão judicial inferior, já que ela nada mais fez do que fazer valer uma cláusula contratual. Se a cláusula contratual é constitucional, a decisão de manter seus efeitos também deve ser. E a recíproca tem que ser verdadeira (SILVA, 2008, p. 101).

---

<sup>57</sup> “Chief Justice Vinson wrote the opinion, saying that private agreements to exclude persons of designated race or color from the occupancy of a residence does not violate the Fourteenth Amendment, but it violates the equal protection clause for the state courts to enforce them” (HARTMAN; MERSEY; TATE, 2007, p. 118).

<sup>58</sup> “Thus, in granting judicial enforcement of these agreements, the state denied Shelley the equal protection of the laws” (HARTMAN; MERSEY; TATE, 2007, p. 118).

Com essa fundamentação,<sup>59</sup> aqueles que se sentissem violados em algum direito fundamental passariam a ajuizar ações com causa de pedir duvidosa “contra tal ato para então, com a recusa do provimento judicial, recorrer à instância superior alegando, agora sim, violação por parte do Estado que, via sentença judicial, manteve cláusula contratual discriminatória” (SILVA, 2008, p. 102). Sem dúvida, a crítica procede.

Na mesma linha, mas agora tratando não de ato judicial, mas de ato legislativo, é o caso *Reitman v. Mulkey* (1967). Na decisão, a Suprema Corte “invalidou emenda à Constituição do Estado da Califórnia, que concedia aos proprietários de imóveis o poder de negar-se a vendê-los ou arrendá-los a quem quisessem”, sob o fundamento de que havia o “objetivo de estimular a discriminação racial privada no acesso à moradia” (SARMENTO, 2008, p. 193). A violação aos direitos fundamentais estaria no ato legislativo que encorajou e incentivou condutas particulares discriminatórias. Com este entendimento, a Suprema Corte julgou inconstitucional o dispositivo da constituição estadual submetido à apreciação.

No entanto, a Suprema Corte recuou e passou a adotar entendimentos mais restritos quanto à teoria do incentivo. Tal posicionamento começou a ser adotado no começo da década de 1970<sup>60</sup> e se acentuou durante a presidência do *Chief Justice* Rehnquist.<sup>61</sup>

## CONCLUSÃO

O estudo da eficácia dos direitos fundamentais nas relações particulares no direito dos Estados Unidos da América revela alguns pontos pacíficos e muitas divergências.

Primeiro, somente a Décima Terceira Emenda dirige-se expressamente aos particulares como destinatários dos direitos fundamentais. Todas as demais apontam somente o Poder Público como o potencial violador de tais direitos. Contudo, ausência de previsão não é

---

<sup>59</sup> Segundo Laurence H. Tribe (1985, p. 259), *Shelley v. Kraemer* seria o mais problemático e controverso de todo os casos a tratar de *state action*.

<sup>60</sup> “A onda liberal iniciada no final dos anos 50 já havia chegado ao fim quando Ronald Reagan assumiu a Presidência, em 1981, substituindo Jimmy Carter. A partir daí, o Partido Republicano se instalou na Casa Branca por três mandatos consecutivos, com uma agenda política conservadora, uma visão econômica fundada no *laissez-faire* e um discurso moralista, de fundo religioso. William Rehnquist, que fora nomeado juiz (*Associate Justice*) por Richard Nixon, em 1972, surgiu como um nome natural para a sucessão de Earl Burger. Rehnquist era o juiz mais conservador da Corte Burger e encarnava o ideal de *aucontenção*, deferência ao Executivo, interpretação estrita, inclusive quanto à superação da decisão em *Roe v. Wade*, que se tornara uma obsessão republicana. Rehnquist permaneceu na Corte por um total de 33 anos, tendo sido seu Presidente por 19 anos, de 1986 a 2005.” (BARROSO, 2009, 156-157).

<sup>61</sup> “By the early 1970’s, however, it became clear that the generous interpretation of the state action concept had characterized Warren Court era cases like *Reitman* was coming to a close. A series of cases in the early seventies made it clear that it was going to be much more difficult to reach private conduct through judicial expansion of *state action*.” (BARRON; DIENES, 2013, p. 633).

impedimento para a eficácia das normas constitucionais. Basta lembrar que naquele país nem o controle de constitucionalidade nem a técnica dos poderes implícitos tem previsão expressa. Nem por isso eles deixam de operar no direito daquele país.

Segundo, para que os particulares sejam vinculados aos direitos fundamentais, exige-se a edição de uma lei prevendo tal possibilidade. Como demonstrado, em face do arranjo federativo daquele país, tais normas não de ser estaduais, uma vez que a União não tem competência para legislar sobre direito privado (a menos que se trate de comércio interestadual ou internacional). No entanto, tal entendimento foi flexibilizado e é possível a edição de leis federais que tratam da proteção a direitos humanos, como no caso do *Civil Rights Act* da década de 1960.

Terceiro, na ausência de lei, exige-se do particular alguma ação estatal, *state action*, para que venha a ser obrigado a respeitar os direitos fundamentais. Em que consiste tal ação variou ao longo dos anos, conforme os casos foram sendo levados à Suprema Corte. Todas as teorias e justificativas mais utilizadas na fundamentação das decisões (exercício de função pública, envolvimento/parceria e incentivo/encorajamento) foram utilizadas de modo mais ou menos restritivo, de acordo com a natureza da composição da corte.

Ressalte-se que, como em outros temas, a Corte Warren (1953-1969) foi uma das que adotou interpretação extensiva quanto à matéria, como no caso *Burton v. Wilmington Parking Auth.* (julgado em 1961), em que, por pagar aluguel por um estacionamento pertencente ao Poder Público, um restaurante não poderia discriminar seus clientes por motivos raciais. Sem entrar no detalhe da fundamentação, a mesma Suprema Corte ao apreciar os *Civil Rights Cases* em 1883, julgou inconstitucional lei que proibia discriminação em locais de acomodação pública.

Em suma, como se pôde verificar, a análise do caráter oscilante e casuístico da jurisprudência da Suprema Corte aponta para a procedência das críticas de Erwin Cherminsky (1985, 550-556) quanto à exigência da *state action* como requisito para apreciação da violação de direitos fundamentais por particulares: a proteção aos direitos fundamentais seria muito mais reforçada se se gastasse menos energia procurando alguma presença estatal para que os esforços fossem dirigidos às justificativas constitucionais (ponderação) para a restrição do direito de outro particular.

## REFERENCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. Trad. Virgilio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AMAR, Akhil Reed. **The bill of rights: creation and reconstruction**. New Haven: Yale University, 1998.
- AMAR, Akhil Reed. **America's constitution: a biography**. New York: Random House Paperback, 2006.
- ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional**. Trad. Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3ª ed. (2ª reimpressão da edição de 2004). Coimbra: Almedina, 2007.
- ARMSTRONG, Scott; WOODWARD, Bob. **Por detrás da Suprema Corte**. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Saraiva, 1985.
- BARRON, Jerome A.; DIENES, C. Thomas. **Constitutional law in a nutshell**. 8<sup>th</sup> ed. West Academic Publishing. Minnessota: St. Paul, 2013.
- BARROSO, Luis Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. In: BARROSO, Luis Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Tomo IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 121-174.
- BORGES NETO, Odilon Castello. O instituto americano do *state action* em contraposição ao sistema da eficácia horizontal adotado pela constituição brasileira. **Revista Direitos Fundamentais & Justiça**. Ano 2, nº 02, jan/mar de 2008. Porto Alegre: HS Editora. p. 159-174. Disponível em: <http://www.dfi.inf.br/sumarios2.php>. Acesso em: 18.09.2013.
- CAENEGEM, R.C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- CANARIS, Claus Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. 1ª ed. (Reimpressão da edição de julho de 2003). Coimbra: Almedina, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 1ª ed. Brasileira, 2ª ed. portuguesa. São Paulo: Revista dos Tribunais e Coimbra Editora (co-edição), 2008. p. 191-215.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.



CHEREMINKSY, Erwin. Rethinking state action. **Northwestern University Law Review**. Vol. 80, nº 03, Fall 1985, Chicago, p. 503-557. Disponível em: [http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1709&context=faculty\\_scholarship](http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1709&context=faculty_scholarship). Acesso em: 18.09.2013

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição: *Drittwirkung*** dos direitos fundamentais construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FACCHINI NETO, Eugenio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In. SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Constituição, direitos fundamentais e direitos privados**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 37-75.

FARBER, Daniel A. **Retained by the people**: the “silent ninth amendment and the constitutional rights americans don’t know they have. New York: Basic Books, 2007

FARBER, Daniel A.; SHERRY, Suzanna. **A history of the american constitution**. 2<sup>th</sup> edition. St. Paul: Thomson/West, 2005.

HARTMAN, Gary; MERKSKY, Roy M.; TATE, Cindy L. **Landmark Supreme Court Cases**: the most influential decisions of the Supreme Court of the United States. New York: Checkmark Books, 2007.

HARVARD LAW REVIEW. Developments of Law: State Action and the public/private distinction. **Harvard Law Review**. Vol. 123, n. 05, march 2010. p. 1250-1314. Disponível em: [http://www.harvardlawreview.org/issues/123/march10/Developments\\_in\\_the\\_Law\\_6898.php](http://www.harvardlawreview.org/issues/123/march10/Developments_in_the_Law_6898.php). Acesso em: 18.09.2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. In: BALDUS, Christian. et. all. (Orgs.). **Direito privado, constituição e fronteiras**: encontros da Associação Luso-alemã de juristas no Brasil. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 31-55.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo V: direitos fundamentais. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

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

MOUTOUH, Hugues; RIVERO, Jean. **Liberdades públicas**. Trad. Maria Ermatina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NIPPERDEY, Hans Carl. Direitos fundamentais e direito privado. Trad. Waldir Alves. In: HECK, Luis Afonso (Org.). **Direitos fundamentais e direito privado**: textos clássicos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. p. 71-90.

NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. **Constitutional law**. 8<sup>th</sup> edition. St. Paul: West Publishing Co., 2010.

QUINN, Thomas G. State Action: a pathology and a proposal cure. **California Law Review**. Vol. 64, Issue 1, jan/1976. p. 146-179. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2468&context=californialawreview>. Acesso em: 18.09.2013

RODRIGUES, Leda Boechat. **A corte de Warren (1953-1969)**: revolução constitucional. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

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 entre o direito público e privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 107-163.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11<sup>a</sup> ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: notas sobre a evolução brasileira. In: BALDUS, Christian. et. all. (Orgs.). **Direito privado, constituição e fronteiras**: encontros da Associação Luso-alemã de juristas no Brasil. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 57-89.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2<sup>a</sup> ed. (2<sup>a</sup> Tiragem). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1<sup>a</sup> ed. (2<sup>a</sup> tir.). São Paulo: Malheiros, 2008.

SOMBRA, Thiago Luis Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2013.

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

STRICKLAND, Henry C.. The state action doctrine and the Rehnquist Court. **Hastings Constitutional Law Quarterly**. Vol. 18, Issue n. 3, Spring/1991. p. 587-666. Disponível em: <http://www.hastingsconlawquarterly.org/archives/V18/I3/Strickland.pdf>.

TRIBE, Laurence. **Constitutional choices**. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?. In. SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Constituição, direitos fundamentais e direitos privados**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 263-293.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia y constitución**. 2ª ed. Trad. Miguel Carbonell. Editorial Trotta: Madrid, 2011.