

A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS RELAÇÕES PRIVADAS

EFFICIENCY HORIZONTAL OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE PRIVATE RELATIONS

Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas¹

Uelton David do Nascimento²

RESUMO: Busca-se no presente artigo realizar uma análise da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e sua vinculação às relações privadas. Não obstante a evolução dos Direitos Humanos ao longo da história verifica-se, ainda, a carência de proteção, notadamente, em face das garantias institucionalizadas. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais, também denominada pela doutrina de eficácia privada ou externa, ou *Drittwirkung*, defende a força vinculante e a eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre os indivíduos, sobretudo, no que diz respeito às relações privadas em que há nítido desequilíbrio de forças entre os sujeitos envolvidos, fazendo com que os direitos fundamentais exerçam função essencial para o deslinde da questão, restaurando ao sujeito ofendido a integridade de sua dignidade como pessoa humana. Diante desse contexto, com o emprego da metodologia de coleta de dados bibliográficos e jurisprudenciais, pretende-se avaliar a efetividade da vinculação dos direitos fundamentais às relações privadas.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Eficácia horizontal. Relações privadas. Eficácia privada. *Drittwirkung*.

¹ Doutoranda e Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Gama Filho. Especialista em Educação à distância pela PUC Minas. Especialista em Direito Público – Ciências Criminais pelo Complexo Educacional Damásio de Jesus. Bacharel em Administração de Empresas e Direito pela Universidade FUMEC. Professora de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Estado de Minas Gerais e Faculdades Del Rey – UNIESP. Tutora do Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Servidora Pública Federal do TRT MG – Assistente do Desembargador Corregedor. Site: www.claudiamara.com.br. E-mail: claudiamaraviegas@yahoo.com.br. Endereço: Rua Senador Amaral, 314 – Mangabeiras – Belo Horizonte – MG. <http://lattes.cnpq.br/1035903177130910>.

² Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogado – E-mail: uelton.david@gmail.com.

ABSTRACT: Seeks to in this Article perform an analysis of the horizontal effect of fundamental rights and their relation to private relations. Despite the evolution of human rights throughout history there is, still, the lack of protection, especially in the face of institutionalized guarantees. The horizontal effect of fundamental rights, also known by the private or external effectiveness doctrine, or *Drittwirkung*, defends the binding force and the immediate effectiveness of fundamental rights in relations between individuals, especially with regard to private relationships where there is clear imbalance of forces between those involved, making exercise fundamental rights essential role for the disentangling of the issue by restoring the subject offended the integrity of their dignity as human beings. In this context, with the use of collection methodology of bibliographic and jurisprudential data, we intend to evaluate the effectiveness of binding fundamental rights to private relationships.

Keywords: Fundamental rights; Horizontal Effectiveness. private relations. Private effectiveness. *Drittwirkung*.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 A Perspectiva dos Direitos Fundamentais; 2.1 Conceito dos direitos fundamentais; 2.2 Classificação dos direitos fundamentais; 2.3 Direitos fundamentais e suas dimensões; 2.4 Direitos fundamentais, em defesa dos indivíduos e da coletividade; 2.4.1 A subjetividade do direito fundamental, ante a objetividade da norma; 2.5 Os direitos fundamentais positivados na CRFB de 1988; 2.5.1 Breve apontamento material dos direitos fundamentais na CRFB/88; 3 A Aplicabilidade Dos Direitos Fundamentais; 3.1 O embaraço quanto à terminologia; 3.2 A ampliação imediata – Art. 5º, §1º, da CRFB/88; 3.3 A aplicabilidade e eficácia dos direitos de defesa; 3.4 A aplicabilidade e eficácia dos direitos de prestações; 4 A Vinculação Dos Direitos Fundamentais Ao Poder Público; 4.1 Síntese teórica da eficácia vertical; 5 Eficácia Horizontal: A Vinculação Dos Direitos Fundamentais Nas Relações Privadas; 5.1 Inserção das premissas basilares; 5.2 Apontamentos da eficácia horizontal; 5.3 A rejeição da eficácia horizontal; 5.4 As teses que vinculam os direitos fundamentais as relações privadas; 5.4.1 Teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais; 5.4.2 Teoria direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações particulares; 5.4.3 Outras teorias de tutela; 6 A Possibilidade Da Vinculação Dos Particulares Aos Direitos Fundamentais; 6.1 A adoção brasileira pela teoria direta e imediata dos direitos fundamentais; 6.3 Jurisprudências do STF com a aplicação da eficácia direta e imediata; 7 Conclusão; Referências.

1 INTRODUÇÃO

Os Direitos Humanos ao longo da história de sua concepção, bem como seu reconhecimento e positivação em determinado texto normativo, vem sofrendo várias mutações³, quanto ao seu entendimento, extensão e aplicação, em diversas esferas do direito.

Os direitos fundamentais, sob a concepção da doutrina tradicional, foram conhecidos como normas destinadas a proteger o indivíduo contra eventuais violações causadas pelo Estado, utilizadas quando este abusa de seu poder, não possuindo maior relevância no que se refere às relações particulares.

Tal cenário se justifica porque, em sua origem, os direitos fundamentais eram ligados à liberdade, os chamados direitos de defesa, direitos que exigem uma abstenção do Estado. O único destinatário dos direitos fundamentais era o Poder Público. Os direitos individuais eram atribuídos à pessoa para que esta pudesse se proteger dos atos violadores do Estado.

Levando a efeito que a relação entre os particulares e o Poder Público é de hierarquia/subordinação e não de coordenação, esta eficácia dos direitos fundamentais ficou conhecida como eficácia vertical. Cuida-se da eficácia clássica dos direitos fundamentais.

Como se percebeu que a opressão e as violações aos direitos fundamentais não sobrevinham apenas do Estado, mas também de outros particulares, iniciou-se uma mudança na aceção da eficácia dos direitos fundamentais e passou-se a enxergá-la em seus efeitos horizontais – particular – particular.

Tendo em conta que a relação entre particulares é, em primeira análise, de coordenação, de igualdade jurídica, fala-se em eficácia horizontal ou privada dos direitos fundamentais. Por um lado, foi um grande avanço na evolução do Direito Constitucional, de outro, este enfrentamento trouxe uma enorme tensão, pois surgiram várias teses, de como seria a extensão e aplicação destes direitos nas relações privadas, e até mesmo a negação quanto à produção e vinculação de tais efeitos.

Para muitos estudiosos do Direito Constitucional, os direitos fundamentais têm aplicação direta somente no vínculo entre o Estado e o cidadão, permeando, contudo, as demais áreas do Direito. Em caso de colisão, as normas de direitos fundamentais alcançariam os institutos de Direito Privado por meio de *irradiação*. Destarte que as normas constitucionais não possuem hierarquia e o modo de resolução de conflitos é por meio da técnica da *ponderação*.

³ Na dicção de Luís Roberto Barroso, a mutação constitucional é, “sua própria alteração e adaptação a novas realidades”.

Após inúmeros debates nas cortes internacionais⁴, as doutrinas e as jurisprudências não harmonizam seu entendimento, quanto ao alcance da *Drittwirkun* aos particulares. Os direitos fundamentais são normas abertas, ou seja, executa o interesse constitucional, na busca pela solução do embate acerca da discussão e aplicação da eficácia horizontal, posto que, há um enorme abrigo de valores, interesses diversos e coletivos da sociedade, com maior preservação a liberdade, a autonomia pública e privada, para não serem cerceados.

A proteção aos direitos fundamentais nas relações privadas, notoriamente, tutela o direito a liberdade em sentido amplo, sobretudo, pelo fato de a CRFB/88 ser baseada em princípios sociais, decorrentes de um Estado Social e Democrático de Direito.

Utilizar-se-á, portanto, a metodologia jurídica exploratória para avaliar o alcance da aplicação da Eficácia horizontal nas relações privadas.

2 PERSPECTIVAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 Conceito dos direitos fundamentais

Os “Direitos Humanos”, ou como alguns autores o chamam “direitos do homem”, ou “direitos individuais”, tiveram uma grande evolução, ao serem efetivados e reconhecidos em determinada constituição, dada nomenclatura de direitos fundamentais (usada pelo direito Constitucional brasileiro), com capacidade de superioridade normativa, devido o grau e extensão a proteção dos indivíduos tutelados em determinado corpo social.

Destarte, conforme a lição de Bernardo Gonçalves Fernandes (2012), conceituar os direitos fundamentais, não é uma função fácil (FERNANDES, 2012, p. 305). E nesse sentido, José Adércio Leite Sampaio (2010) assevera que, “[...] envolvem um conceito e muitas concepções”, e os direitos fundamentais, busca apresentar um sentido para cingir a essência de tais direitos, contudo, perante a doutrina pátria, interpretamos e reconhecemos, como direitos absolutos, imutáveis e também intemporais, intrínseco aos seus titulares. (SAMPAIO, 2010, p. 21).

É dotado de caráter absoluto, pelo fato de ser exclusivamente do homem, ou seja, natural pela nossa condição humana, e que de nenhuma causa, maneira ou circunstância, poderá ser lesado, e nem extinto. Assim, está digressão, diz respeito ao *aspecto natural*. Sem embargo, o *aspecto material* pode ser relativizado, pois possui o caráter constitucional

⁴ Primeiramente na Europa, com a convenção Européia dos Direitos do Homem – *Drittwirkun*, visando uma proteção aos cidadãos, contra os órgãos públicos e entidades privadas.

positivo, ou seja, a parte material que compõe nossa Cara Magna, e consente a Constituição a extensão a outros direitos fundamentais.

Deste modo, há a conveniência de um conceito mais concreto, e segundo as lições de Paulo Bonavides (2015):

Os direitos fundamentais propriamente ditos são, na essência, entende ele, os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado. E acrescenta: numa acepção estrita são unicamente os direitos da liberdade, da pessoa particular, correspondente de um lado ao conceito do Estado burguês de Direito, referente a uma liberdade, em princípio ilimitada diante de um poder estatal de intervenção, em princípio limitado, mensurável e controlável. (BONAVIDES, 2015, p. 575).

Ademais, como a CRFB/88 trás em seu título o nome de, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, deste modo, Paulo Bonavides (2015) descreve que os direitos fundamentais, distinguem das “garantias fundamentais” que temos em nossa Constituição, porém é necessário diferenciar os dois institutos, sendo o primeiro (direito) é correspondente a uma norma de conteúdo declaratório (exemplo direito à vida e à liberdade de crença), ou seja, determinada norma que diz o direito que você tem, já a garantia ou garantias, remete a um direito assecuratório (assegurado), exemplo, o direito de locomoção, que diz que você pode ir e vir a qualquer lugar do país, e o dispõe sobre uma segurança no âmbito político e judicial. (BONAVIDES, 2015, p. 540).

Devemos ressaltar, que as garantias constitucionais positivadas na CRFB/88, são fundadas em dimensões subjetivas e objetivas. Na primeira concepção, temos a possibilidade estabelecer a vontade do Estado, por meio de seus órgãos, e na segunda concepção, dispõe sobre os direitos fundamentais de modo como orientador normativo do ordenamento jurídico. Desse modo, temos garantias constitucionais dos indivíduos e direitos personalíssimos (clássicos), tutelados contra abusos e violações por parte do Estado face à força da lei constitucional. Sem essas garantias, os direitos incluídos e enunciados seriam apenas teóricos, ou deixariam de existir perdendo a concretude, não produzindo assim, a eficácia integral da liberdade do ser humano.

A CRFB/88, como a lei mais importante do nosso ordenamento jurídico, trás os direitos fundamentais positivados em vários artigos, e classificados alternadamente. Também encontramos os direitos fundamentais nos tratados Internacionais, sendo estes ratificados pelo Brasil (tem hierarquia de emendas constitucional), como exemplo Tratado de Direitos Humanos. Dessa forma, os direitos fundamentais têm diversas características, como a *universalidade*, que pertence a todos os cidadãos que estão ao alcance da constituição,

independente de classe social, não importando a raça, cor ou etnia, isto é, gozam de universalidade. Outra característica importante dentre várias, é a *historicidade*, pois os Direitos Fundamentais são históricos, ou seja, sua forma advém do acontecimento e fatos no decorrer da história.

Os direitos fundamentais como já explicado, não são “absolutos” e sim “relativos”, devido sua importância e supremacia. Como exemplo dessa relativização, podemos inferir o direito a vida (um dos mais importantes), dessa forma imagine determinada situação hipotética, em que uma mulher inserida em determinada comunidade, é abusada por um delinquente, configurando o crime de estupro, conseqüentemente será acometida por uma gravidez indesejada, assim, ela poderá abortar esse filho (art. 128, II, CPB), haja vista, que o nascimento e a criação desta criança, poderiam acarretar problemas psicológicos e depressivos.

Todavia, ainda podemos acrescentar conforme a dicção de Bernardo Fernandes (2012), que “os direitos fundamentais representam *garantias fundamentais de caráter instrumental*. Ou seja, eles permitiriam ao cidadão acionar os Poderes Públicos – mas principalmente o Judiciário – para representação de outros direitos, representando, assim, meios processuais para o reconhecimento e asseguramento de direitos (por exemplo, o mandado de segurança, *habeas corpus* etc.)” (FERNANDES, 2012, p. 307, **grifo do autor**).

Conseqüentemente, os direitos fundamentais são os direitos precípuos aos cidadãos de determinada sociedade, tutelados por uma constituição, que vão dar parâmetros para o ser humano se desenvolver, e ter uma vida digna na sociedade em que está inserido.

2.2 Classificação dos direitos fundamentais

A doutrina clássica brasileira é composta pelo novo Direito Constitucional⁵, assim, o conjunto de direitos fundamentais possui alto grau de complexidade e são dotados de muitas funções, deste modo, há a necessidade de um critério para organização, quanto ao conteúdo. Nesse sentido, com base na doutrina de Bernardo Fernandes (2012), a classificação tem a seguinte ordem: (i) direitos individuais e coletivos – art. 11; (ii) direitos sociais – art. 6º a art. 11; (iii) direitos da nacionalidade – art. 12; (iv) direitos políticos – art. 14 a art. 16 e (v) direitos de organizações em partidos políticos – art. 17. (FERNANDES, 2012, p, 310).

Todavia, o conteúdo axiológico e a feição de proteção da CRFB/88, não se restringem somente a proteção do indivíduo (*prima facie*), sem que a amplitude dos direitos

⁵ Ou para alguns autores como Luís Roberto Barroso, Direito Constitucional Contemporâneo.

fundamentais, vão além do rol citado acima, e pelo efeito irradiante alcança outros direitos na lei constitucional e com base no Estado Democrático de Direito, assim, versam também sobre a ordem econômica e social (arts. 170 e 193, da CF), direito a educação (art. 205, da CF), etc. Por isso, temos essa abertura sob o aspecto material, pois há uma necessidade da extensão da interpretação hermenêutica de determinado fato isolado.

2.3 Direitos fundamentais e suas dimensões

Devido à historicidade dos direitos fundamentais em relação à construção doutrinária, temos a classificação como: primeira, segunda, terceira e até mesmo uma quarta dimensão (doutrina minoritária). Cada dimensão ou como alguns autores preferem dizer, “geração” foi ganhando sua forma e roupagem de acordo com cada época da história internacional, em face da necessidade de proteção dos seres humanos.

Nada obstante, será empregado o termo dimensão, para ressaltar que os direitos fundamentais, mesmo como à evolução e o surgimento de um novo direito, não necessariamente, ira suprimir o outro, assim como uma geração nova, substitui uma geração antiga.

Pois bem, os direitos fundamentais de primeira dimensão são também intitulados, direitos de liberdade (direitos civis e políticos), conseguinte da concepção liberal burguês do século XVIII, postergando ao início do século XIX. É a saída do Estado absolutista (autoritário), e a entrada no Estado de Direitos, sob uma perspectiva de absentismo. Compreende pelo fato de que o indivíduo (direitos individuais) ganha uma proteção face ao Estado absolutista, “são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”. (FERNANDES, 2012, p. 312).

Já no século XX, temos o surgimento dos direitos de segunda dimensão. Está geração teve forte desenvolvimento social, e com isto veio os direitos: sociais, culturais e econômicos, bem como a saúde e a educação de interesse coletivo. Podemos destacar como traço desta dimensão, a Revolução industrial, e com ela, abuso do poder econômico, em face dos indivíduos. Nasce a idéia, de que os direitos sociais são mais evidentes, sob os aspectos da igualdade dos indivíduos, e uma ideologia de “declarações solenes das Constituições marxistas e também de maneira clássica no constitucionalismo da social-democracia (a de Weimar, sobretudo)”. Conforme Paulo Bonavides (2015), logo na entrada dessa dimensão houve uma baixa normatividade, por possuir uma eficácia com dívidas, pois, haveria uma

inversão de polos, sendo que o Estado agora passaria a prestar assistência e recursos aos cidadãos. (BONAVIDES, 2015, p. 578).

Alcançando assim o sistema normativo, está segunda fase não estava totalmente aplicável devido o caráter programático, desta forma estes direitos tinham a eficácia mediata, posto pelo constituinte.

De acordo com Bonavides (2015), após o advento da segunda dimensão dos direitos fundamentais, com a importância dos estudiosos alemães, houve a percepção de valores e princípios objetivos para uma tutela institucional, com a proteção as instituições no aspecto social, denominando as garantias institucionais. Desse modo, o rol de garantias foi acessível às outras garantias como, “funcionalismo público, o magistério, a autonomia municipal, as confissões religiosas, a independência dos juizes, a explosão de tribunais de exceção, etc.” (BONAVIDES, 2015, p. 580).

Com o advento do desenvolvimento estatal e social, ou até mesmo o desenvolvimento precário, nasce uma terceira dimensão, com interesses sob fundamentos na fraternidade, visando à proteção dos direitos difuso e coletivos. Está fase foi marcada no final da Segunda Guerra, e no fim do século XX, tendo em vista o ser humano como receptor, em decorrência dos valores e princípios.

Na quarta dimensão, na qual um dos defensores é Paulo Bonavides (2015), diz respeito aos avanços e seus efeitos globalizantes em todas as áreas estatais. Assim, está dimensão consagra os direitos “à democracia”, “informação” e ao “pluralismo”, que tem como objetivo a uma universalização dos direitos fundamentais. Esta universalização visa unificar os direitos das três dimensões e colocar o indivíduo como titular pela sua condição como pessoa, em qualquer sociedade que esteja inserido, porém devemos ressaltar que não é a doutrina majoritária brasileira, que entende a existência dessa quarta dimensão.

O direito a “Paz”, seria destinado à evolução e a concepção da quinta dimensão dos direitos fundamentais, porém como bem leciona o professor Bernardo Fernandes Gonçalves:

Acontece que, já existem autores defendendo (ou pelo menos explicitando) uma *quinta geração* (dimensão) de direitos. Um deles é o próprio Paulo Bonavides que acaba, nas últimas edições de seu *curso de direitos constitucional* visualizando a paz como um direito de quinta geração (dimensão). Nesses termos, o direito a paz seria alçado de um direito de terceira dimensão para a quinta dimensão, alcançando assim um patamar superior e específico de fundamentalidade no início do século XX. (FERNANDES, 2012, p. 314, **grifo do autor**).

2.4 Direitos fundamentais, em defesa dos indivíduos e da coletividade

A tese sobre uma teoria dos direitos fundamentais, como direitos que tutelam a defesa dos indivíduos face ao poderio estatal, ou contra intervenções de terceiros podem abarcar diversas situações desde uma lesão corporal até mesmo uma reparação em um dano material (responsabilidade civil), e é investido na ordem jurídica por meio de normas constitucionais, ou infraconstitucionais. Essa teoria pode ser traduzida como uma análise da perspectiva objetiva, e assim exigir os limites constitucionais invocados na ordem jurídica.

O estado terá que criar mecanismos para a existência dessa tutela, haja vista, que se trata de uma subjetividade, quanto à aplicação da norma objetiva, incorrendo assim, em uma problemática, restando saber, se esses direitos existem de fato.

2.4.1 A subjetividade do direito fundamental, ante a objetividade da norma

Os direitos fundamentais são subjetivos, e sua aplicação será mediata com aplicabilidade preventiva aos deveres de proteção no idealismo, em que o Estado é o protetor com atuação categórica nos caso de lesão e violação a direitos fundamentais. Assim Robert Alexy (2012), nos ensina que, “uma simples proibição objetiva de intervenção significaria menos que um direito subjetivo de defesa de conteúdo similar. Nesse sentido, a subjetivação dos deveres de proteção pode ser fundamentada por meio da natureza principiológica dos direitos fundamentais”. (ALEXY, 2012, p 455).

Em síntese, temos que tal proteção, fomenta um ato de proibição, implícito a entes de direito público e privado (terceiros) e o destaque constitucional por parte do constituinte para a produção e emissão de normas, em todo o ordenamento jurídico.

2.5 Os direitos fundamentais positivados na CRFB de 1988

O constituinte de 1988, ao elencar os direitos fundamentais em nossa Carta Magna, os destinou no Título II, denominando “dos Direitos e Garantias fundamentais”, especificamente no art. 5º, com título de “Direitos e Deveres Individuais”; assim, os arts. 6º, 7º, 8º, 9º, 10º e 11º, sendo os “Direitos Sociais”; arts. 12º e 13º, dos “Direitos da Nacionalidade”; arts. 14º, 15º e 16º, dos “Direitos Políticos” e por último, o art. 17º em tutela dos “Partidos Políticos”. Apesar disso, mesmo o rol demonstrado acima, conforme a doutrina pátria, é sabido que dos direitos fundamentais estão em outras partes do corpo (outros textos) da Constituição Federal, como exemplo os direitos da “Da ordem Econômica” e “Ordem Social”, devido à abrangência material das normas.

2.5.1 Breve apontamento material dos direitos fundamentais na CRFB/88

É importante ressaltar, que amplitude do texto constitucional remete a uma expressão literal, conforme a redação dada ao art. 5º, §2º, da CRFB/88, de que, “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” (Constituição da República Federativa do Brasil, 2012, p.).

Deste modo, o texto alcança a presença desse materialismo no qual, realizou-se a extensão a outros direitos congêneres, pois assim, os direitos elencados na CRFB/88, se traduzem em um rol exemplificativo, conforme o entendimento sedimentado na doutrina majoritária. Nessa lógica, nos deparamos com os denominados “direitos implícitos”, e “de acordo com a formulação consagrada pela nossa doutrina e que deve ser considerada em nossas ponderações em torno do significado e alcance do art. 5º, §2º, da nossa lei fundamental.” (SARLET, 2014, p. 86).

Conforme Ingo Sarlet (2014), esse formato de abertura do dispositivo, é de dimensão *sui generis*, contido expressamente, e possibilita a eventualidade de construção jurisprudência, pelo fato de existir a falta de dispositivos positivados, mas incluídos em outros textos. Devemos referenciar também, os tratados internacionais, e especialmente a “Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU”, como basilar exemplo para o instituto que estamos trabalhando. As ratificações dão a eles a força de emenda constitucional, sendo os tratados, equivalentes a Lei Constitucional. Ainda nessa questão, podemos citar algumas controvérsias de alguns autores, que tem entendido a existência de “direitos fundamentais legais”, que está sendo interpretado na legislação infraconstitucional, como exemplo do direito a “pensão alimentícia”, além do mais, este instituto já é interpretado como direito fundamental (constitucional), pois é intrínseca a dignidade da pessoa humana. (SARLET, 2014, p. 89).

A vital relevância da “dignidade da pessoa humana” no ordenamento jurídico brasileiro mantém uma enorme conexão com os direitos fundamentais, e consente a abertura material do alcance de outros direitos, e como bem define Fernandes (2012), é um “super princípio corporificado”, e não poderia ser tratado como um simples princípio, devido a sua superioridade, gerando muitas vezes a confusão quanto a sua definição. (FERNANDES, 2012, p. 357-358). Deste modo, a CRFB/88, demonstra que a abertura e alcance para novos direitos fundamentais, desde que se moldem as exigências constitucionais.

Por fim, no tange ao tema, devemos mencionar que na legislação brasileira, as súmulas vinculantes dos tribunais superiores têm força de lei na qual foi introduzida pela EC nº. 45/2004 (conhecida como a reforma do judiciário), e regulamentada pela Lei nº. 11.417/2006. Apesar deste entendimento, ser um entendimento do direito constitucional contemporâneo, os Juízes (ou Ministros) na busca por maior segurança jurídica e interesse coletivo, tem trabalhado com as vinculações, haja vista que muitas matérias constitucionais são objeto de súmulas.

3 A APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 O embaraço quanto à terminologia

Inúmeras são as controvérsias sobre a “eficácia” dos direitos fundamentais, mesmo sendo o rol restrito ao direito constitucional, porém ainda assim, ao conceituar e usar sua nomenclatura, algumas doutrinas e operadores do direito, incorre nesta imprecisão.⁶ Assim, para não incorrer em erro, usaremos termo “eficácia”, entendendo como aplicabilidade nas normas jurídicas, na busca conceitual da efetividade. (SARLET, 2014, p. 245).

Ingo Sarlet (2014) ressalta a importância para se efetuar o discernimento entre a “eficácia jurídica” e “social”, preservando a nomenclatura normal e já pacificada em nossa doutrina, tornando fácil a compreensão, e, para elucidar melhor o autor afirma que:

[...] podemos definir a eficácia jurídica como a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de - na medida de sua aplicabilidade - gerar efeitos jurídicos, ao passo que a eficácia social (ou efetividade) pode ser considerada como englobamento tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz), quanto ao resultado concreto decorrente - ou não - desta aplicação. (SARLET, 2014, p. 248).

Depois destas ponderações, temos a eficácia jurídica, como parecer clássico do tratamento das normas constitucionais, na aplicação da ciência do direito, em face das aplicações nos casos concretos.

3.2 A ampliação imediata – Art. 5º, §1º, da CRFB/88

⁶ Como é o caso de interpretar, ou até mesmo trocar o significado entre “vigência” e “validade”.

É importante explorar o conteúdo programático da extensão da eficácia dos direitos fundamentais, no qual o constituinte deu ao editar o art. 5º, §1º, da CRFB/88, conforme a redação:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido-se aos brasileiros e aos estrangeiros no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (EC nº 45/2004).

§1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. (BRASIL, 2012).

Nesse sentido, o dispositivo legal caracterizou um efeito imediato às normas de direitos e garantias fundamentais, e em decorrência, a produção de efeitos estendendo o alcance também aos dispositivos fora do rol de direitos individuais e coletivos estabelecidos no artigo 5º, da CRFB/88.

Em conformidade com Luís Roberto Barroso (2009), “as normas de eficácia plena são as que receberam do constituinte normatividade suficiente à sua incidência imediata e independem de providência normativa ulterior para sua aplicação”. (BARROSO, 2009, p. 213). Nessa perspectiva, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, é a aplicação da norma produzindo efeitos no alcance da ampla eficácia, sendo suficientemente, sem a intervenção do legislador.

Nada obstante, Virgílio Afonso da Silva (2010), pronúncia sobre uma dissensão sobre a eficácia do §1º, art. 5º, CRFB/88, bem como sua forma de produção e efeitos no plano da aplicação dos direitos fundamentais. Adverte o professor, que na Carta Magna (especificamente os direitos individuais), a aplicação imediata faz referência a uma capacidade de produção instantânea. E ressalta, que tal comando de aplicação imediata não fala sobre “quais relações” irão recair seus efeitos, isto é, não faz menção a qual lesão os direitos fundamentais irá sofrer, deste modo, o instituto não se refere a qual relação jurídica será está produção, ou seja, se é somente quando o Estado é o agente, ou quando terceiros (particular) também. (SILVA, 2010, p. 57-58).

Em razão, da idealização da aplicação imediata do §1º, art. 5º, CRFB/88, o comando vincula os direitos fundamentais aos poderes da República Federativa—Legislativo, Executivo e Judiciário, do ponto de vista de total abrangência da eficácia. (SARLET, 2014, p. 275). Neste aspecto, parcela da doutrina entende que a aplicação também alcança além dos órgãos públicos, “terceiros” (particular) do ponto de vista de que, eles têm que exercer a função das garantias, em caso de colisão com um direito fundamental em qualquer relação.

Além do que, os direitos fundamentais não se traduzem em princípios (sem entrar na dogmática de hierarquia de princípios e normas), mas sim fundamentos promulgados e estruturados para ser a coluna da CRFB/88, tendo em vista que os remédios constitucionais, como por exemplo, o “Mandado de Injunção”, caso alguma autoridade ou órgão haja como omissões estarão disponíveis de pronto para proporcionar o exercício do direito e as liberdades constitucionais.

Essa outorga de superioridade ao referido §1º, art. 5º, CRFB/88 além de vincular os Poderes Públicos, atribui maior responsabilidade ao poder Judiciário, haja vista a função típica, que é interpretar e aplicar as normas em caso concreto. O órgão exercerá legitimidade que a norma propõe, e em caso de lacunas a serem preenchidas, cabe ao órgão uma interpretação estendida (teleológica) a fim de sanar as atecnia legislativas.

Enfim, é de se verificar que o constituinte de 1988, por atribuir essa exceção aos direitos fundamentais, incorporou um *status* dessemelhante, e também para toda e qualquer norma constitucional, mesmo na “eficácia limitada”, temos as garantias individuais como uma hipótese de completude, que foi atribuído uma colocação privilegiada.

3.3A aplicabilidade e eficácia dos direitos de defesa

Após a descrição da eficácia imediata dos direitos fundamentais, iniciaremos a análise da aplicação destas normas, dada a singularidade a determinados grupos. Destarte, no direito contemporâneo, a separação das normas que possuem aplicação mediata, das que não possuem essa aplicação, não condizem com a praxe cotidiana, pois propõe a presença de normas ineficazes e desprovidas de caráter imperativo, de forma que na nossa Carta Magna, os dispositivos não se traduzem em mera recomendação.

Após tais digressões, é mister ressaltar a ocupação dos direitos de defesa e a importância dada pelo constituinte a esse conjunto de direitos, devido sua essência material, estruturada pelos “direitos à liberdade, a igualdade, as garantias, os direitos políticos e direitos sociais”. Ingo Sarlet (2014) assevera que estes direitos subentendem que há uma abstinência pelo Estado, haja vista, a omissão por parte deste, ao impedir no âmbito da autonomia privada, ou em geral, a sujeição da efetivação destes direitos. Ademais, a sua aplicação imediata, bem como sua eficácia dos direitos de proteção é entendida e concebida como auto executáveis, sem nenhum intermédio para sua efetivação. (SARLET, 2014, p, 283).

No entanto, existem algumas controvérsias no que tange à aplicabilidade imediata dos direitos de defesa, necessitando de uma justificativa desta aplicação. Porém, a tese não se

sustenta devido o critério de aplicação dos direitos fundamentais como instrução normativa de presunção do axioma postulado pelo, art. 5º, §1º, da CRFB/88.

Os preceitos explícitos nos direitos de defesa remetem grande parcela dos direitos sociais destacados em nossa Carta Magna, relacionado à proteção do indivíduo, quando este for acometido por ofensa pelo Estado, formando uma genuína condição subjetiva, que permite o assertivo exercício do direito, igualmente de pleitear a ausência da tutela estatal, como meio de preservar lesões por consequência destes.

Em suma, os direitos de defesa em razão das consideráveis finalidades, a extensão das normas produz um caráter revestido de proteção ao princípio da liberdade individual garantido pela nossa constituição, com o propósito que é característico da abstenção do Estado.

3.4 A aplicabilidade e eficácia dos direitos de prestações

Outro grupo primordial dos direitos fundamentais é denominado como direitos de prestações, e tem como finalidade a conduta positiva do destinatário e a exigência do Estado à ação, solicitando a verificação de atuação prestacional (proteção e cooperação), de caráter jurídico, com propósito de assegurar valores jurídicos para defesa da intervenção de terceiros. Logo, são opostos aos direitos de defesa, pois funcionam de maneira inversa, manifestando e exigindo do Estado a atuação, restringindo a interferência da liberdade autônoma do indivíduo.

Sendo assim, são normas de prestações sociais que ira definir os programas que serão elaborados pelos poderes do Estado, materialmente das liberdades sociais, e como objeto uma “conduta positiva do Estado (ou particulares destinatários da norma), consistente numa prestação de natureza fática”. Pressupõe uma postura ativa do Estado no âmbito econômico e social, dado a natureza positiva (prestacional), presume a criação e disposição à prestação como causa. Estes direitos sociais se vinculam a diversas relações, como direito ao trabalho, assistência social, previdência, educação, saúde, moradia e etc., determinada por diferentes gêneros que formaram o núcleo do objeto destes direitos. (SARLET, 2014, p. 291-292).

Por fim, os direitos sociais visam à ampliação de normas de conteúdo programático, para melhores condições sociais dos indivíduos, através de efeitos imediatos em caso de colisão.

4 A VINCULAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS AO PODER PÚBLICO

4.1 Síntese teórica da eficácia vertical

A aplicação dos direitos fundamentais como proteção dos direitos difusos está em íntima relação entre o cidadão e o Estado, e por consequência deste vínculo do indivíduo aos poderes públicos temos a concepção denominada *eficácia vertical*, abrangendo as competências legislativa, executiva e judiciária. Deste modo, este liame cria modelos de organização e delimitação dos poderes intuídos.

Na dicção de Ingo Wolfgang Sarlet (2014), a CRFB/88, diferente de outras constituições, silenciou em expressar a vinculação dos direitos fundamentais na nossa Carta Magna, limitando-se apenas a sua aplicação imediata, deste modo declara que, “[...] pode ser compreendido como um mandado de otimização de sua eficácia, pelo menos no sentido de impor aos poderes públicos a aplicação imediata dos direitos fundamentais, outorgando-lhes, nos termos desta aplicabilidade, a maior eficácia possível”. (SARLET, 2014, p. 383).

Conforme Bernardo Fernandes (2012), a vinculação ao poder Legislativo é a que inaugura e mais simples do órgão definido pela legislação, e tem tarefa de resguardar a conexão e cumprimento dos direitos fundamentais, na execução da atividade legislativa. Em atenção a esta vinculação o legislador deverá produzir normas que propõem legitimação dos direitos fundamentais que se sujeitem a concretização legislativa. (FERNANDES, 2012, p. 334).

A vinculação dos direitos fundamentais ao poder Executivo é de forma extensa a toda Administração Pública, e abrange o rol não somente as pessoas jurídicas de direito público, mas também os de direito privado que são dotados de poderes públicos sem que, lidar com os particulares, estando inerente aos direitos fundamentais, podendo ser penalizado por seus atos. E deste modo, identificar e privilegiar o respeito aos direitos fundamentais, como fim para a realização do bem e da finalidade pública. (FERNANDES, 2012, p. 335-336).

Por derradeiro, temos a vinculação dos direitos fundamentais ao poder Judiciário, que nos termos do art. 5º, XXXV, da CRFB/88, é incontestável o reconhecimento das situações em que envolvam as lesões e ameaças aos direitos como principal ofício a proteção destes direitos. Com a evolução dogmática constitucional, coube ao poder Judiciário, a fiscalização dos atos de outros poderes, quanto ao consenso com a ordem jurídica. Desta forma, parte da doutrina brasileira expõe a teoria de que os órgãos judicantes devem exercer a máxima efetividade dos direitos fundamentais, e coibir a afronta a tais direitos. (FERNANDES, 2012, p. 336).

Portanto, a função vinculante dos poderes públicos aos direitos fundamentais tem como atribuição peculiar máxima efetivação, cumprimento e proteção, independente de qual seja a sua funcionalidade.

5 EFICÁCIA HORIZONTAL: A VINCULAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

5.1 Inserção das premissas basilares

A tese de sustentação da vinculação dos direitos fundamentais nas relações privadas constata como marco histórico, a concretização do paradigma do modelo estatal (Estado como governo), devido às modificações relativas a convicções que possibilitam à vinculação dos direitos fundamentais as relações particulares.

Deste modo, temos como primórdios, o surgimento do Estado Liberal, após a Revolução Francesa, que estabeleceu a concepção de liberdade dos indivíduos, através da soberania do regime absolutista do Estado, instituindo o conceito da subjetividade dos direitos públicos. Assim, estes direitos teriam em tese, que a figura estatal jamais seria capaz de impelir ou introduzir-se nas liberdades individuais dos cidadãos de quaisquer sociedades.

Desta forma, em decorrência desta fase relevante, e dada esta demarcação histórica, a relevância na concepção dos direitos fundamentais, era de limitar o consentimento e ampliação dos efeitos quando existisse a vinculação as relações particulares, pois neste momento da história, o absolutismo era uno e ditatorial dos direitos e da proteção dos indivíduos.

Sendo assim, o Estado Liberal não permitia a evolução, bem como o desenvolvimento da sociedade, e delimitava a atuação do cidadão, de forma que, a sociedade e o Estado, seriam duas extremidades distintas, conduzidas entre legislação específicas e insociáveis, delimitando as esferas publicas e privadas⁷. Deste modo, no domínio do Direito público, os direitos fundamentais prevaleciam como ampla proteção dos indivíduos, e o inverso, o Direito Privado regulamentava a origem da autonomia privada.

O paradigma do Estado, por meio da liberdade individual alcançou inusitadas conquistas visando aplicação dos valores humanos como primordial princípio. Este avanço se

⁷ Inicia-se, a divisão entre Direito Publico e Direito Privado.

originou devido o vínculo do cidadão como Estado, ou particular, por meio de acordos, pactos ou negócios, estabelecendo assim, determinada vinculação.

5.2 Apontamentos da eficácia horizontal

A conexão entre o Direito Público (especificamente os direitos fundamentais) e o Direito Privado (relações particulares), sempre será uma relação de embate e divergências, haja vista, os axiomas de ambos os institutos, são diferentes e contraditórios, sob a perspectiva de aplicação no exercício do direito. Assim, de um lado temos o Estado, e do outro o indivíduo, e em quase toda relação, o indivíduo está propenso a ser afetado um dos direitos fundamentais, sob a incidência destes direitos por meio de uma correlação, ou acordo, ou contrato, negócios comerciais e etc.

Após eminência do Estado liberal, a eficácia e a produção de efeitos dos direitos fundamentais eram apenas na condição vertical, como paradigma do Estado sendo o único destinatário. Porém, dada o desenvolvimento da dogmática constitucional, nas relações contratuais entre Estado e indivíduo, compreende-se uma ruptura da limitação da produção de efeitos dos direitos fundamentais, e por meio da *incidência* destes direitos, surgiu então a denominada eficácia vertical. Neste momento, há uma ruptura do vínculo entre o Estado e a sociedade, conquistando uma insubmissão, e em decorrência, a adoção do Estado Social.

A questão que se inicia, teve surgimento na construção jurisprudencial germânica (Alemanha), e especificamente, com o advento da Lei Fundamental de Bonn⁸, na qual originou duas teses basilares sobre a vinculação dos direitos fundamentais, assim, temos a eficácia direta ou imediata, e a tese da eficácia indireta ou mediata, e ambas são fundamentos para a vinculação dos direitos fundamentais nas relações particulares. Não obstante, a controvérsia influenciou a doutrina e a jurisprudência de outros países como Espanha e Portugal, mantendo o debate sobre a extensão da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, com base nas mesmas teorias. (SARMENTO, 2006, P. 186).

Sem embargo no EUA, o problema foi introduzido com outro formato, pois há compreensão de que as normas constitucionais vinculam somente o Estado, com exceção da 13ª Emenda que proibiu a escravidão. (SARMENTO, 2006, p, 186-187). No entanto, o problema ganhou notoriedade e influenciaram diversos outros países do continente Europeu e

⁸ A Lei Fundamental de Bonn é a nomenclatura para nomear a Constituição da Alemanha Ocidental, em 22 de maio de 1949.

até mesmo o EUA, com diversos questionamentos de como se daria esta eficácia nas relações particulares, com o surgimento de teorias afirmativas, bem como negativas.

Em decorrência da questão posta, temos a Constituição como lei soberana, reconhecendo os princípios básicos e objetivos da sociedade, desta forma, as teorias pretendem demonstrar como será efetivação desta extensão.

5.3 A rejeição da eficácia horizontal

Dada à concepção da eficácia horizontal, houve enorme confusão nas doutrinas e jurisprudências dos países que foram pioneiros do conceito da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, e como se não bastasse, surgiu à corrente em que nega tal aplicação, e impõe enormes questionamentos de como seria esta aplicação, e como se daria esta proteção.

Após eclosão da admissão da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, principalmente na Alemanha, diversos publicistas germânicos apresentaram teses fundamentadas manifestando a contrariedade, e certificando com base na Constituição germânica, de que os direitos fundamentais se vinculam apenas aos poderes públicos, e que esta concepção horizontal destruiria a autonomia individual, bem como a personalidade do Direito Privado. Assim, os defensores desta idéia, através de inúmeras investidas conceberam a ocultação do tema durante longo período. Mas, na década de 1950, o próprio Tribunal Constitucional Federal, reconheceu a aplicação da eficácia horizontal e aplicou em diversas decisões no Egrégio Tribunal. (SARMENTO, 2006, p. 188).

Na mesma diretiva, o EUA idealizou a negação dos direitos fundamentais nas relações privadas, deturpando as jurisprudências e doutrinas americanas, deste modo, a argumentação da rejeição teve maior disseminação baseada na doutrina de escritores prestigiados, aceitando apenas a vinculação dos direitos fundamentais somente ao poder público, com exceção da 13ª Emenda, que proíbe a escravidão, na qual já é fundamentada na letra da Carta Estatuidense. (SARMENTO, 2006, p. 189).

Com base na doutrina de “state action”⁹, bem como no acordo federativo, cada Estado poderá legislar sobre as matérias nas relações privadas. Por conseguinte, conforme Virgílio Afonso da Silva (2010), o “state action”, define que qualquer ação privada que cause lesão em direitos fundamentais, será instrumento de controle judicial. De modo controverso, o autor afirma que a doutrina não reconhece expressamente a vinculação dos

⁹ Na tradução de Virgílio Afonso da Silva, a terminologia é traduzida como “ação estatal”.

direitos fundamentais, porém de outra forma, na qual só ocorreria a vinculação a relações particulares, quando o Estado também estiver envolvido. Assim, só haverá a incidência dos direitos fundamentais quando tiver a “ação estatal”, ou seja, o controle judicial. (SILVA, 2010, p, 99).

Nesse sentido, a doutrina Virgílio Afonso do Silva (2010) dispõe que, “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, 2010, p. 99).

Nada obstante, após diversos episódios envolvendo os direitos fundamentais, o alcance a Suprema Corte norte-americana, após a década de 40, houve a inauguração da “*public function theory*”, ocasionando o não consentimento da eficácia horizontal, que, por conseguinte, teve novas interpretações, no que concerne a vinculação dos direitos às relações privadas. Deste modo, a aplicação será de natureza estatal não destituindo o vínculo ao Poder público¹⁰. (SARMENTO, 2006, p. 191).

Além do mais, conforme Bernardo Gonçalves (2012), mesmo com a aplicação da teoria, a Suprema Corte Americana apreende que o Estado não é autorizado pela legislação, mesmo que de modo direto, ou indireto, a infringir os direitos fundamentais. (FERNANDES, 2012, p. 352). Portanto, a doutrina do *state action* mesmo relativizada, está muito além de ser uma teoria incontestável para proteção dos direitos fundamentais e a vinculação nas relações particulares.

5.4 As teses que vinculam os direitos fundamentais as relações privadas

5.4.1 Teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais

A teoria criada pelo germânico Günter Düring, publicada em 1956, surgiu como nexo entre a negação e a vinculação dos direitos fundamentais nas relações privadas, e posteriormente teve vasta repercussão justificando a vinculação dos direitos na esfera privada. Deste modo, a eficácia indireta ou mediata significa dizer que, os direitos fundamentais não são aplicados como direitos subjetivos, e para serem acionados, deveram ser sob o comando da Constituição, devido o caráter constitucional da autonomia privada, possibilitando a

¹⁰ Na doutrina de Daniel Sarmiento, é exposto um caso importantíssimo da aplicação da teoria *public function theory*, denominado “*Mars v, Alabama*, julgado em 1946. Discutia-se se uma empresa privada, que possuía terras no interior das quais se localizavam ruas, residências, estabelecimentos comerciais, etc., podia ou não proibir Testemunhas de Jeová de pregarem no interior da sua propriedade. A Suprema Corte declarou inválida tal proibição, pois ao manter uma “cidade privada” (*private owned town*), a empresa se equiparava ao Estado e se sujeitava à 1ª Emenda Constitucional norte-americana, que assegura a liberdade de culto” (326 U.S. 502-1946).

renúncia a direitos fundamentais por parte dos indivíduos na esfera das relações particulares. Além disto, existe a liberdade da prática de alguns atos privados, podendo ser vedados ou não. Esta teoria, tem ampla ligação aos valores intrínsecos do ser humano, proporcionando um processo objetivo. (SARMENTO, 2006, p. 198).

Para Daniel Sarmento (2006), esta teoria abstém a probabilidade de uma aplicação de forma *direta* dos direitos fundamentais nas relações particulares, isto porque, determinada corrente chegou à conclusão de que, a incidência extingiria a autonomia privada, deturpando o conceito de direito privado, transformando a disciplina em direito constitucional. (SARMENTO, 2006, p. 198).

No entanto, o Tribunal Constitucional Alemão, enfrentou o problema da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas e através da decisão do caso Lüth¹¹, reconheceu a incidência dos direitos fundamentais, porém de forma indireta, e com um olhar ao liberalismo clássico, e, por conseguinte dando publicidade da solução.

Por conseguinte, temos então o reconhecimento da forma e aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas de forma indireta assumindo o valor da liberdade, e conforme Virgílio Afonso da Silva (2010), existe uma “conciliação entre direitos fundamental e direito privado, por meio da produção indireta de efeitos dos primeiros no segundo, pressupõe a ligação de uma concepção de direitos fundamentais como um *sistema de valores* com a existência de *portas de entrada* desses valores no próprio direito privado.” (SILVA, 2010, p. 76).

5.4.2 Teoria direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações particulares

A tese defendida como teoria direta ou imediata, se traduz na aplicação expressa (direta) dos direitos fundamentais nas relações particulares, independente de lei, ou seja, a sua eficácia de forma direta, sob o comando constitucional. A teoria surgiu na década de 50, no seio da Alemanha, e desenvolvida pelo jurista Hans Carl Nipperdey, no qual exercia o cargo de juiz do Tribunal Federal do Trabalho, e acolhido pela jurisprudência deste tribunal.

Segundo Virgílio Afonso da Silva (2010), Nipperdey fundamentou sua teoria, expondo que os direitos fundamentais são dotados de um caráter absoluto, assim, não necessitam de intervenção legislativa para serem investidos nas relações particulares. Esse caráter absoluto,

¹¹O Caso Lüth, julgado em 1958, deu grande ênfase no continente Europeu, reconhecendo a aplicação dos direitos fundamentais nas relações particulares.

não é necessário aplicar estratégias interpretativas, quando aplicados nas relações em que o Estado não faz parte. (SILVA, 2010, p.87).

Destaca-se, que na teoria da aplicação direta ou mediata, os seguidores e apoiadores não se abstêm de que existem particularidades para cada caso, porém não há necessidade de ponderar direitos como a autonomia privada, e nem mesmo trata-se de uma tese absoluta, que ira resolver os problemas da ordem jurídica como afirma os não adeptos. (SARMENTO, 2006, p. 205).

Consoante, Daniel Sarmento (2006) expõe que, mesmo após seu reconhecimento na Alemanha, à teoria da eficácia imediata não houve grande anuência, no entanto, se tornou majoritária na Espanha e Portugal. Desta forma, autores como Bilbao Ubilos, atestam que na Carta Magna espanhola já subtende a aplicação dos direitos fundamentais na eficácia horizontal pela sua essência, como o direito fundamental à liberdade de religião. Contudo, há os direitos que vinculam apenas ao Poder Público, e não descarta a possibilidade de efetuar a ponderação de cada caso em separado (isolado). (SARMENTO, 2006, p. 206-206).

Nessa composição, constata-se que a esfera jurídica privada não é separada do âmbito constitucional. Assim, há o acolhimento dos conceitos fundamentais, bem como as garantias constitucionais sem ferir a regulamentação civil. Destarte, é necessária uma proporcionalidade entre a autonomia privada e os direitos fundamentais, afim de não usurpar a ordem jurídica.

A teoria da eficácia direta teve grande difusão e aceitação, mesmo que existem opositores ao referido modelo, mas com o progresso e o temperamento da aplicação da teoria, redução nas coações aos direitos fundamentais, projetando a eficácia absoluta das normas fundamentais.

Afinal, as instituições públicas por longos anos tiveram o arbítrio sobre os titulares de direitos e garantias, e em diversas ocorrências, o cenário não era promissor ao cidadão, que em certos conflitos, eram subjugados seus valores, abnegando a existência da irradiação dos direitos fundamentais nas relações privadas. Da mesma maneira, mesmo que para tal acontecimento tenha que preencher condições, sabe-se que diversos entes privados, são também titulares de direitos, todavia a admissão da tese de vinculação dos direitos fundamentais aos particulares foi um grande desenvolvimento na dogmática constitucional.

5.4.3 Outras teorias de tutela

Nessa transição, ocorreu o surgimento de novas teorias de vinculação dos direitos fundamentais as relações privadas, ainda no direito Alemão, nasce um novo fundamento em

face da proteção aos direitos fundamentais, concebida como a “Teoria dos Deveres de Proteção”.

Para Daniel Sarmento (2006), a teoria teve vários autores, dentre eles o de maior destaque, Claus-Wilhelm Canaris. A sua tese, se traduz no sentido de que o Estado não tem apenas a obrigação de guardar os direitos fundamentais de qualquer lesão, mas também de proteger contra ameaça de terceiros. Assim, a doutrina defendida por Canaris, sustenta que no ordenamento jurídico alemão, os direitos fundamentais se vinculam diretamente ao poder estatal, e não há sujeição ao Direito Privado, contudo, a proteção alcança as ameaças e lesões advindas dos particulares, sendo que o mesmo tem duas dimensões, “defensivas e protetiva”. (SARMENTO, 2006, p. 216-217).

Desta forma, a teoria surgiu para justificar ou dar respostas ao problema da colisão dos direitos fundamentais, e a sua concepção, é classificada em duas dimensões: “proibitivas” e dimensão “positivas”. Por isso, é a mesma forma da eficácia indireta, na qual os direitos fundamentais só podem ser aplicados nas relações entre particulares, se tiver uma lei fazendo um liame (um nexos) entre caso e a constituição— dimensão proibitiva. Deste modo, a lei limita as garantias individuais, sobretudo o direito a dignidade da pessoa humana e propriedade privada. Já na dimensão positiva, o legislador tem que ser incentivado à proteção dos direitos fundamentais.

Há ainda, uma subdivisão intercessora das teorias, conduzida pelo alemão Jünger Schwabe, lançada em 1971, denominada como “teoria da convergência estática”, originando enormes controvérsias no âmbito alemão. Conforme Schwabe, o Estado é o menor encarregado de verificar a lesão causada aos direitos fundamentais que adveio de relações particulares, promovendo a polemica da *Drittwirkung*¹². (SARMENTO, 2006, p. 220-221).

Em conclusão, temos a compreensão de que mesmo com divergências a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, foi recepcionada e aplicada nas jurisprudências dos tribunais, e por derradeiro, a influência em outros países para a transformação dogmática constitucional, proporcionando máxima proteção e confiança jurídica.

¹² Termo usado na jurisprudência e doutrina alemã, para discutir até onde os direitos fundamentais são aplicados nas relações privadas.

6 A POSSIBILIDADE DA VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

6.1 A adoção brasileira pela teoria direta e imediata dos direitos fundamentais

Em 5 de outubro, do ano de 1988, o Brasil passa pelo processo de redemocratização, e temos a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, com natureza e personalidade, de um Estado Democrático de Direito (conforme o art., 1º, da CRFB/88), marcada por conquistas sociais, organizada e estruturada com normas programáticas, e com fundamentos em programas estatais para a promoção, segurança e desenvolvimento da sociedade.

A CRFB/88 tem o caráter de protetora dos direitos fundamentais, porém não é expressa em dizer, que tais institutos são vinculados ao âmbito privado. E como no Brasil, existe uma enorme discrepância quanto à desigualdade social, os direitos fundamentais não proporcionariam igualdade nas relações privadas.

Nesse sentido, Daniel Sarmiento (2006) declara que, “a eficácia dos direitos individuais é direta e imediata, e não depende da atuação do legislador ordinário, nem se exaurindo na interpretação das cláusulas gerais do Direito Privado”. Assim, a CRFB/88 possui propriedade intervencionista e social, com normas elencadas em um rol social e econômico (art. 6º, 7º, 196º, etc.), e tem como objetivo “fundamental da República, construir uma sociedade livre justa e solidaria (art. 3º, da CRFB/88)”. (SARMENTO, 2006, p. 237).

Ainda nessa ótica, temos que a ordem jurídica brasileira é discordante do padrão norte-americano, utilizado pelas cortes do EUA, devido a não aplicação da incidência dos direitos individuais nas relações particulares. Assim como, diversificamos também, do modelo de aplicação da eficácia mediata usada nas cortes alemãs, colocando os direitos fundamentais ao arbítrio do legislador, em consonância das cláusulas do Direito Privado. Mesmo que no direito Alemão, através da Lei Fundamental de Bonn que permite a vinculação dos direitos individuais aos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. (SARMENTO, 2006, p, 237-238).

Ademais, nossa legislação interna oferece totais condições interpretativas da incidência dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, adverso das Constituições americana e alemã. As liberdades estabelecidas no art. 5º, da CRFB/88, posterga uma concepção de vinculação universal. (SARMENTO, 2006, p. 238).

Em vista disso, com base na teoria direta adotada em nossas cortes, a norma constitucional tem eficácia irradiante, assim, os direitos fundamentais vão se irradiar além dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, e conseqüentemente as relações particulares.

6.3 Jurisprudências do STF com a aplicação da eficácia direta e imediata

A doutrina e a jurisprudência brasileira após a adoção da eficácia horizontal, não manifestaram contradição, quanto à aplicação processual da teoria. Assim, o Supremo Tribunal Federal enfrentou o tema diversas vezes, exaurindo a questão.

Conforme a lição de Liliana Lopes Nery (2012) em sua dissertação de mestrado, “a jurisprudência no Brasil tem orientado no sentido de admitir a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, independente da atuação do legislador ordinário ou de recurso à interpretação das cláusulas gerais do direito privado”. (NERY, 2012. p.146).

No recurso extraordinário (RE n.160222/RJ) – julgado no ano de 1995, demonstra o caso em que uma fabrica de lingerie (De Millus S.A.), todos os dias, ao término do expediente laboral, obrigavam vários trabalhadores, especificamente as mulheres, no final de cada expediente, se submeterem há uma revista íntima (*constrangimento*), para verificar se elas (funcionárias) estavam furtando os produtos fabricados (lingerie). Deste modo, o caso em tela, demonstra o constrangimento ilegal, resultando em uma colisão da dignidade da pessoa humana versus a autonomia privada.

Conforme exposto por Liliana Lopes Nery (2012), segue o voto do relator Ministro Sepúlveda Pertence:

Lamento que a irreversibilidade do tempo corrido faça impossível enfrentar a relevante questão de direitos fundamentais da pessoa humana, que o caso suscita, e que a radical contraposição de perspectivas entre a sentença e o recurso, de um lado, e o exarcebado privatismo do acórdão, de outro, tornaria fascinante. (NERY, 2012, p. 147-148).

Assim, temos a ementa do acórdão RE n.160222/RJ, proferido pelo STF:

EMENTA – I. Recurso extraordinário: legitimação da ofendida - ainda que equivocadamente arrolada como testemunha -, não habilitada anteriormente, o que, porém, não a inibe de interpor o recurso, nos quinze dias seguintes ao término do prazo do Ministério Público, (STF, Sums. 210 e 448). II. Constrangimento ilegal: submissão das operárias de indústria de vestuário a revista íntima, sob ameaça de dispensa; sentença condenatória de primeiro grau fundada na garantia constitucional da intimidade e acórdão absolutório do Tribunal de Justiça, porque o constrangimento questionado a intimidade das trabalhadoras, embora existente, fora admitido por sua adesão ao contrato de trabalho: questão que, malgrado a sua relevância constitucional, já não pode ser solvida neste processo, dada a prescrição

superveniente, contada desde a sentença de primeira instância e jamais interrompida, desde então. (RE nº 160.222-RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 01/09/1995). (NERY, 2012, p. 148).

Outra jurisprudência importantíssima foi proferida através do recurso extraordinário RE n. 201819/RJ, que envolve um caso emblemático da aplicação da eficácia horizontal. O caso aborda a impetração de um recurso pela União Brasileira de Compositores, denominada UBC, a fim de ratificar a sentença que determinou a restituição de um dos sócios que foi excluído sem atentar aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Deste modo, foi identificado uma sedimentação da teoria da eficácia horizontal e o reconhecimento dela. Este caso está diante de uma colisão da autonomia de vontade própria e a máxima efetividade, fere devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. A relatora foi a Ministra Ellen Gracie, no qual acompanhou o voto do Ministro Carlos Velloso, não reconhecendo a aplicação da eficácia horizontal. Ao contrário, o Ministro Gilmar Mendes demonstrou total discordância e proferiu o seu voto reconhecendo a vinculação dos direitos fundamentais nas relações privadas, seja por pessoas físicas ou privadas.

Segue abaixo a ementa do acórdão do RE n. 20819/RJ julgado pelo STF, no ano de 2005:

“EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS: UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I – EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As vinculações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estacando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II – OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADAS DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direito o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. **O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.** III – SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.

APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode dominar de espaço público, ainda que não-estatal. À União Brasileira de Compositores – UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes aos devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art5, LIV e LV, C/88).

IV – RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO”. (grifos nossos)”.

Destarte, o STF vem adotando e aplicando a teoria direta, porém a que se fazer menção, pois a doutrina brasileira não possui uma construção teórica própria, ademais, a referência estrutural dos direitos fundamentais requer máxima eficácia dos direitos e proteção absoluta a eles.

7 CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais têm papel fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, sendo essenciais para o desenvolvimento dos cidadãos inseridos na sociedade brasileira, ou em qualquer sociedade de outro país. Desta forma, devido o caráter intrínseco destes direitos necessitam de proteção máxima.

A temática dos direitos fundamentais tem sido, há muito, explorada pela doutrina nacional e estrangeira, dada a sua alta relevância para o cotidiano dos operadores do direito. Reconhece a doutrina que os direitos fundamentais possuem uma função autônoma por constituírem valores que a sociedade deve respeitar e concretizar.

Percebeu-se que por meio da eficácia da norma constitucional, a abrangência da produção de efeitos dos direitos fundamentais é imediata, irradiando em todo o ordenamento jurídico, haja vista o comando constitucional dado pelo constituinte de da CRFB/88.

Quanto à questão norteadora deste artigo, posicionou-se pela possibilidade de aplicação da teoria da eficácia dos direitos fundamentais às relações privadas, de forma direta, sem intervenção do legislador e sem se contrapor ao princípio da autonomia privada.

Esse conjunto de idéias apresentadas demonstra que em caso de ofensa a qualquer direito fundamental, inclusive, em uma relação privada, o ofendido poderá acionar o Estado

solicitando seu intermédio a fim de obstar a ofensa ou lesão, independente da relação em que se encontram. Isso porque a aplicabilidade do artigo 5º, § 1º da CF não se restringiria somente ao Poder Público, mas também, às relações jurídicas estabelecidas entre particulares. Note-se que o texto Constitucional prescreve que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” e não delimita nem restringe sua atuação, isto é, não há bloqueio constitucional na aplicabilidade dos direitos fundamentais em qualquer relação, seja ela: pública; mista; ou privada.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**: tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional** contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 30. Ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 201.819-8/RJ. Relator: Gilmar Pereira Mendes – Segunda Turma. **Diário da Justiça Eletrônico da Justiça**, Brasília, DF, 11 de outubro de 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>>. Acesso em: 02 nov. 2015.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito Constitucional**. 4. Ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

NERY, Liliana Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada**. 2012. 190 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Curso de Pós-graduação em direito, Belo Horizonte, 2012. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOSXSNCQ/disserta__o_liliana_lopes_nery_2012.pdf?sequence=1>. Acesso em 15 out. 2015

ROMANOS. In: **Bíblia do Homem**: tradução Omar de Sousa. Santo André: Geográfica Editora, 2011.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais**: retórica e historicidade. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev. Atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações privada entre particulares.1.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.