



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais

Luciana Resende de Souza Lima

Rio de Janeiro
2013

LUCIANA RESENDE DE SOUZA LIMA

A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica Areal
Nelson C. Tavares Júnior

Rio de Janeiro
2013

A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Luciana Resende de Souza Lima

Graduada pela Faculdade de Direito de Valença. Advogada. Pós-graduada em Direito Civil pela Escola Superior de Advocacia – ESA.

Resumo: O que se pretende demonstrar com o presente artigo científico é que a aplicação dos direitos fundamentais, previstos na Constituição de 1988, não se dá apenas nas relações estabelecidas entre o Estado e o cidadão, mas também naquelas relações estabelecidas entre particulares, que, em tese, se encontrariam em posição de igualdade. O entendimento, segundo o qual as normas de direito fundamental atuam exclusivamente na relação entre o cidadão e o Estado, vem se apresentando ultrapassada. Nos dias de hoje, a existência de forças sociais exige que se reconheça, e que se aplique os direitos fundamentais, também, em face de pessoas e entes privados, diante do grande poder concentrado em suas mãos, os quais, por vezes, abusam e oprimem o cidadão, desvirtuando por completo o objetivo de tais normas. A pesquisa objetiva, portanto, a demonstração de que, caso não possa haver a aplicação das normas de Direito Fundamental nas relações entre particulares, estará se admitindo e protegendo a desigualdade material existente entre os indivíduos, passíveis de se gerar danos irreparáveis, mediante a imposição da vontade de um particular sobre o outro.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito Fundamental. Eficácia Horizontal. Relação entre Particulares.

Sumário: Introdução. 1. Histórico dos Direitos Fundamentais. 2. Conceito de Direitos Fundamentais. 3. Os direitos e as Garantias Fundamentais na Constituição de 1988. Classificação dos Direitos Fundamentais. 3.1. Classificação 4. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana – Conceito e Importância. 5. A Eficácia Vertical e Horizontal dos Direitos Fundamentais. 5.1. Teorias Relacionadas à Eficácia horizontal e Vertical dos Direitos Fundamentais. 5.2. A Posição do Supremo Tribunal Federal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho proposto enfrenta a importância da aplicação dos direitos fundamentais não só nas relações entre Pessoas (físicas e jurídicas) e o Estado, ou seja, trata da eficácia

horizontal dos direitos fundamentais no âmbito das relações jurídico-privadas, que por sua vez, teve início nos anos cinquenta e início da década de sessenta, na Alemanha e nos Estados Unidos da América.

Os direitos fundamentais agrupam-se num vasto rol de normas constitucionais que emitem efeitos jurídicos com alta densidade de valores histórico-sociais. Ao Estado é entregue o direito-dever de administrar e zelar os administrados, ou seja, o direito posto impõe normas estruturais ao Estado com intuito jurídico-social de inibir que o seu poder mutile as relações intersubjetivas, bem como fiscalize as condutas humanas. Essa proibição ou delimitação constitucional provoca o nascimento dos direitos fundamentais, já que ao Estado e aos particulares é imposto o dever de zelar por todas as relações intersubjetivas, seja através de condutas positivas ou negativas.

Quando se trata da incidência horizontal das normas essenciais, pretende-se demonstrar que a vinculação de tais garantias não se dá apenas nas relações de poder que se estabelecem entre o Estado e o cidadão, o que constitui relação do tipo vertical, mas também naquelas estabelecidas entre pessoas e entidades que se encontram em posições, pelo menos em teoria, de igualdade, ou seja, entre particulares.

A doutrina tradicional entende os direitos fundamentais como sendo as normas destinadas a proteger o indivíduo contra eventuais violações causadas pelo Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), quando este abusa de seu poder, não possuindo maior relevância no que se refere às relações particulares. No entanto, no que se refere à aplicação tradicional dos direitos em questão, existe uma relação do tipo "Estado-cidadão", em que apenas o último é detentor de tais garantias. Em contrapartida, nas relações entre privados (onde existe diferença de interesses) existe a detenção das prerrogativas em apreço por ambos os polos, que se encontram em posições de igualdade de poder, daí a expressão "aplicação horizontal".

Este entendimento, segundo o qual as normas de cunho essencial atuam exclusivamente na relação entre o cidadão e o Estado, vem se apresentando ultrapassada. Tal pensamento, em verdade, acaba por legitimar a ideia de que haveria, para a pessoa civil, sempre um espaço imune a qualquer ingerência estatal, o que suscita uma problemática de difícil solução, tanto no plano teórico, como no campo prático.

Assim sendo, a existência de forças sociais, como os conglomerados econômicos, sindicatos, grandes empresas multinacionais, associações patronais, entre outras, exige que se reconheça a aplicação dos direitos fundamentais, também, em face de pessoas e entes privados, tendo em vista o poder que concentram em suas mãos, os quais, incontáveis vezes, oprimem e abusam do cidadão, parte mais frágil, desvirtuando o interesse social na consecução de interesses particulares.

É desta maneira que a própria ideia de poder, anteriormente ligada unicamente ao Estado, sofre rupturas, quando se passa a perceber a desigualdade material existente entre os indivíduos, admitindo-se que o poder exercido nas esferas privadas também pode causar danos irreparáveis, mediante a imposição da vontade de um particular sobre o outro.

1. HISTÓRICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A expressão "direitos fundamentais" surgiu na França, por volta do ano 1770, como um dos resultados do movimento chamado Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Tal nomenclatura veio a alcançar, algum tempo depois, lugar de extrema importância nas Constituições de todo o mundo.

Elaborar um conceito para definir o que são direitos fundamentais, é uma tarefa complicada.

Em função de sua transformação ao longo do tempo, a dificuldade aumenta pelo fato de se utilizarem várias expressões quando nos referimos a eles, tais como “direitos humanos”, “direitos individuais do homem e do cidadão” etc., o que acaba por gerar uma confusão entre os institutos citados. Na verdade, apesar de serem distintos encontram-se entrelaçados de maneira que se torna tarefa extremamente difícil fazer a distinção.

O importante doutrinador, Oscar Vilhena Vieira, conceitua "Direitos Fundamentais" como sendo "a denominação comumente empregada por constitucionalistas para designar o conjunto de direitos da pessoa humana expressa ou implicitamente reconhecidos por uma determinada ordem constitucional".¹

Direitos ou princípios constitucionais fundamentais são normas essenciais, as quais conferem sistematicidade à Constituição, servindo de parâmetros para todas as demais regras contidas no ordenamento jurídico, de forma a minimizar possíveis conflitos de leis, através de uma interpretação conforme os preceitos fundamentais, e garantindo o mínimo necessário ao homem-cidadão. Tais normas ocupam o mais alto grau na escala normativa, identificando-se com os mais supremos valores humanos, para o desenvolvimento de uma sociedade justa.

Pode-se dizer que os direitos fundamentais são um parâmetro estabelecido daquilo que a sociedade busca, de modo que o interesse por eles protegidos devem prevalecer sobre outros de cunho não fundamental. Além disso, diante da sua importância, possuem aplicação imediata, ou seja, não podem ter sua aplicabilidade condicionada ou até mesmo retardada pela inexistência de leis regulamentadoras.

Hoje, pode-se dizer que os direitos fundamentais apresentam-se como garantias de primeira, de segunda e de terceira dimensões, ou como alguns doutrinadores denominam primeira, segunda e terceira “gerações”, segundo a evolução histórica em que passaram.

¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 36.

A divisão anteriormente citada nos remete diretamente ao lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade. Correspondem os direitos de primeira geração às liberdades aos direitos civis e políticos, os de segunda, com as liberdades positivas com os direitos sociais e econômicos, ao passo que os direitos de terceira geração materializem-se nas titularidades coletivas, atribuídos genericamente a todos os indivíduos ou cidadãos.

O surgimento dos Direitos Fundamentais datam de longo período, desenvolvendo-se através de diversas civilizações e por esta razão, não é muito seguro definir de maneira exata o surgimento das garantias fundamentais. Há falta de documentos históricos idôneos a comprovar indubitavelmente tal questão.

No século XIII, outorgada por João Sem-terra, surge a *Magna Charta Libertatum*, a qual estabelecia, dentre outras, regras tais como algumas restrições tributárias, uma certa proporcionalidade entre a gravidade do delito praticado e a sanção, a previsão do devido processo legal, o livre acesso a justiça.

A partir de então pode-se constatar traços de direitos fundamentais na legislação de vários países. Por volta dos anos 1600, aparecem a *Petition of Right*, a qual previa que nenhum homem livre ficasse sobre prisão ou detido ilegalmente, ou seja, em outras palavras, surgia o *Habeas Corpus*. Alguns anos depois surgia a *Bill of Rights*, trazendo enorme restrição ao poder estatal, impedindo, por exemplo, que o rei pudesse suspender leis sem o consentimento do parlamento, assim como trazia a vedação de penas cruéis como forma de punição dos indivíduos. Em torno dos anos 1700, surge o *Act of Seattlemente*, que previu a possibilidade do impeachment. Logo após, com idêntica importância, surgem nos Estados Unidos contribuições imprescindíveis ao desenvolvimento dos direitos em questão. Podemos citar como exemplo, a Declaração de Direitos da Virgínia, onde foram expressamente previstos diversos direitos humanos fundamentais, tais como o princípio da igualdade e o princípio do juiz natural e imparcial. Outro exemplo importante é a Declaração de

Independência dos Estados Unidos da América e a sua Constituição em suas dez primeiras emendas, que traziam a limitação do poder estatal, estabelecendo assim, vários direitos fundamentais.

Muito embora existam grandes exemplos da evolução histórica dos direitos fundamentais em diversos países, considera-se que a sua consagração se deu na França, com a Declaração dos Direitos Fundamentais do Homem e do Cidadão e com as Constituições de 1791 e 1793.

Já século XIX a efetivação dos direitos fundamentais se deu durante o constitucionalismo liberal, fazendo surgir diplomas como a Constituição Espanhola, a Constituição Portuguesa, a Constituição Belga, e na França, a Declaração Francesa de 1848, que por sua vez, esboçou uma ampliação dos direitos humanos fundamentais, posteriormente adotados definitivamente pelas Constituições modernas.

É no século XX, no entanto, que surge um forte traço social dos direitos fundamentais nas Constituições pelo mundo.

A Constituição mexicana de 1917, passou a garantir direitos trabalhistas e relativos à efetivação da educação. A Constituição de Weimar (Alemanha), previu Direitos e Deveres fundamentais dos alemães, como a inviolabilidade das correspondências, a liberdade de pensamento, igualdade entre os sexos, direitos direcionados especificamente a juventude, liberdade de culto, sistema de seguridade social, etc.

A Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador de 1918, e, posteriormente, a Lei Fundamental Soviética, não obstante determinadas normas terem sido consideradas por muitos, retrógradas e ditatoriais, proclamou o princípio da igualdade, independentemente de raça ou nacionalidade, assim como aboliu o direito de propriedade privada, sendo as terras divididas entre os trabalhadores de forma igualitária em usufruto, passando a ser de propriedade estatal.

Percebe-se o surgimento dos direitos fundamentais também na Itália fascista, onde houve grande avanço em relação aos direitos sociais dos trabalhadores, quando da proclamação da Carta do Trabalho de 1927.

No Brasil, a Constituição do Império de 1824 previa extenso rol de direitos fundamentais ao homem, e tal característica repetiu-se em todas as constituições brasileiras promulgadas posteriormente, as quais sempre trouxeram em seu bojo extensa enumeração destes direitos.

Desde que tais garantias assumiram caráter concreto de normas positivas na Carta Magna, passou sua natureza a ser constitucional, o que já constava de maneira expressa nas Declarações dos Direitos do Homem e do Cidadão, mais especificamente em seu art. 16, o qual previa que a adoção das garantias de cunho fundamental seriam elementos essenciais ao próprio conceito de constituição.

Ressalta o professor José Afonso da Silva², que direitos fundamentais não são normas de valor supra-constitucional, ou supra-estatal, como defende Pontes de Miranda, embora possuam, cada vez mais, dimensão internacional, sendo, portanto, de natureza constitucional, na medida em que se inserem no texto da Suprema Carta do ordenamento ou constam de declarações solenes, estabelecidos pelo poder constituinte. São, portanto, direitos nascidos e fundamentados na vontade soberana popular.

2. CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O termo “Direitos Fundamentais” pode ser definido basicamente como aqueles reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de um determinado Estado (caráter nacional).

² SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p.68.

No entanto, o Direito, como ciência humana que é, enfrenta muitas questões filosóficas e sociológicas, tais como as definições das terminologias e o consenso de conceitos, o que por vezes leva o estudioso a confundir alguns institutos.

Com os direitos fundamentais não é diferente.

A própria Constituição Federal de 1988 utiliza expressões diversas para expressar conteúdos idênticos, tais como “direitos humanos”, “direitos e garantias fundamentais”, e “direitas e garantias individuais”.

A análise dos direitos fundamentais à luz do direito constitucional positivo vigente, deve levar em conta a sintonia do conceito “direitos fundamentais” com a terminologia utilizada pela nossa Constituição, que, na epígrafe do Título II, se refere aos ‘Direitos e Garantias Fundamentais’, consignando-se aqui o fato de que este termo, de cunho genérico, abrange todas as demais espécies ou categorias de direitos fundamentais, quais sejam os direitos e deveres individuais e coletivos, os direitos sociais, a nacionalidade, os direitos políticos e o regramento dos partidos políticos, constantes dos Capítulos I, II, III, IV e V, respectivamente.³

Fazendo-se uma análise do conteúdo semântico das expressões adotadas pela Constituição Federal, evidencia-se que a expressão “direitos fundamentais” engloba todas as demais expressões encontradas no texto constitucional uma vez que os conteúdos valorativos são idênticos.

No entanto, no que diz respeito à terminologia de direitos humanos e direitos fundamentais, é necessária a sua diferenciação.

Os direitos humanos são sempre direitos inerentes ao ser humano tais como a sua dignidade sem, contudo, apresentar juridicidade constitucional, enquanto os direitos fundamentais encontram-se positivados na constituição.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 34.

Muito embora os dois termos acima citados, e utilizados como sinônimos, ensejem alguma confusão, a explicação para a distinção é de que o termo "direitos fundamentais" se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado e expressos na constituição, ao passo que a expressão "direitos humanos" guardaria relação com o direito internacional, por se referir às aquelas posições jurídicas que se reconhecem o ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional e que, portanto, aspiram a validade universal para todos os povos e tempos.

Os direitos humanos não irradiam efeitos jurídicos constitucionais, enquanto os direitos fundamentais reconhecidos e sujeitos ao sistema constitucional vigente possuem eficácia jurídico-social, em função do fato de estarem devidamente positivados.

3. OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988. CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal de 1988, em virtude de diversos acontecimentos históricos, estatuiu um rol de Direitos e Garantias Fundamentais, compreendido entre os artigos 5º e 17.

Sendo Lei Maior do Estado Constitucional de Direito, a Constituição vincula governantes e governados, garantindo à todos uma série de direitos e garantias tendo por base o Princípio da Tripartição de Poderes.

Importante ressaltar que a legislação e doutrina fazem importante distinção entre "garantias fundamentais" e "direitos fundamentais".

De acordo com o Professor Paulo Bonavides, em sua obra "Curso de Direito Constitucional", as garantias constitucionais podem ser tanto da Constituição, como serem

"garantias dos direitos subjetivos expressos ou outorgados na Carta Magna, ou seja, remédios jurisdicionais eficazes para a salvaguarda desses direitos".⁴

As garantias constitucionais, no sentido lato, dizem respeito à manutenção da eficácia e proteção da ordem constitucional contra fatores que possam colocá-la em risco. Já as garantias constitucionais em sentido estrito, buscam proteger de forma direta ou indireta os direitos fundamentais subjetivos através de remédios jurisdicionais aptos a combater a violação de direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais, consagrados pela Constituição de 1988, são direitos assegurados ao cidadão, tanto em sociedade quanto isoladamente, e que objetivam protegê-los da discricionariedade estatal ou outros atos temerários praticados por terceiros.

Verifica-se, portanto, que enquanto as garantias são instrumentos da efetivação dos direitos fundamentais e sendo assim, eminentemente assecuratórios, não estando necessariamente expressos no Texto Constitucional, os direitos fundamentais, propriamente ditos, constam expressamente da Carta Magna, o que confere aos mesmos, caráter declaratório.

Os direitos fundamentais possuem caráter de norma constitucional, haja vista a sua positivação na Lei Maior. São direitos fundamentais na medida em que estão insertos no Texto Constitucional, tendo passado por declaração do Poder Constituinte Derivado para tanto, com fundamento no Princípio da Soberania Popular. A priori, tais direitos possuem eficácia e aplicabilidade imediata, situação que pode ser mitigada conforme os critérios de razoabilidade e proporcionalidade previstos na lei ou a serem arbitrados em determinado caso concreto.

⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 73.

3.1. CLASSIFICAÇÃO

São características dos direitos fundamentais, dentre outras, a historicidade, a inalienabilidade, a imprescritibilidade, a irrenunciabilidade, a inviolabilidade, a universalidade, a concorrência, a efetividade, a interdependência e complementaridade.

A historicidade dos direitos fundamentais diz respeito ao seu nascimento, modificação e desaparecimento no tempo, sujeitas aos acontecimentos da sociedade no desenvolver de sua história. No que diz respeito à inalienabilidade, esta é caracterizada pela não possibilidade de negociação, tendo-se em vista o fato de não possuírem conteúdo patrimonial.

São imprescritíveis os direitos fundamentais, na medida em que podem ser exercidos ou reclamados a qualquer tempo, não havendo lapso temporal que limite sua exigibilidade. São também irrenunciáveis, pois, mesmo não sendo tais prerrogativas exercidas, não se pode renunciar às mesmas.

Os direitos são, ainda, invioláveis, porquanto não podem ser desrespeitados por qualquer autoridade ou lei infraconstitucional, sob pena de prática ilícito civil, administrativo e até mesmo ilícito penal.

Os direitos fundamentais podem, ainda, ser exercidos ao mesmo tempo, ainda que em um caso concreto um se contraponha ao outro caso. Em assim sendo, serão aplicados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

A universalidade é caracterizada pela disposição dos direitos fundamentais a todo ser humano, com observância do Princípio da Isonomia e a efetividade é assegurada pelos meios coercitivos dos quais dispõe o Estado para garantir a possibilidade de exercício das prerrogativas constitucionais.

No que diz respeito à interdependência, pode-se dizer que deve existir uma relação harmoniosa das normas constitucionais e infraconstitucionais com os direitos fundamentais, devendo aquelas zelar pelo alcance dos objetivos previstos destas.

Por fim, a complementaridade, refere-se à interpretação conjunta dos direitos fundamentais, objetivando sua realização de forma absoluta.

A classificação acima apontada é bastante difundida pela doutrina, no entanto existem outras formas de se classificar os direitos fundamentais. Eles também são divididos em quatro categorias, sendo elas: direitos fundamentais de primeira, segunda, terceira e quarta geração.

Os direitos de primeira geração, são aqueles que se convencionou chamar de “direitos de liberdade”, no que tange aos direitos civis e políticos. São de titularidade individual e oponíveis ao Estado, e por isso demonstram caráter ante estatal. Neste sentido, observa-se que, de fato, há uma separação entre Sociedade e Estado, ficando a faculdade intervencionista do deste, Estado, limitada de modo a não atingir as liberdades abstratas de cada indivíduo.

Expressam que o indivíduo está acima, ou melhor, são apresentados como direitos de cunho negativo, uma vez que dirigidos a uma abstenção do Estado, e não a uma conduta positiva por parte dos entes públicos. Os direitos fundamentais de primeira geração espelham os direitos de defesa do indivíduo diante o Estado com a intenção de delimitar a área de domínio do Poder Público, e assim, por consequência, ter o afastamento do Estado das relações individuais.

Como forma de exemplificar, pode-se citar os direitos civis e políticos, inerentes à vida, à intimidade, à inviolabilidade de domicílio.

Os direitos fundamentais de segunda geração são os direitos culturais, sociais, coletivos e econômicos, tendo uma relação muito próxima com o Princípio da Igualdade. Trazem consigo a proteção da isonomia entre os cidadãos através das normas Constitucionais.

Preserva, portanto, a proteção da igualdade material e determinam a proteção à dignidade da pessoa humana.

Há, neste caso, uma proclamação à dignidade relacionada a prestações sociais estatais obrigatórias tais como a saúde, a educação, a assistência social, o trabalho e etc. Sendo assim, se impõe ao Estado o fornecimento de prestações destinadas a concretização da igualdade e redução de problemas sociais como forma de entregar a pessoa humana o mínimo necessário para sua subsistência.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão constituem, portanto, os chamados direitos positivos, pois não há abstenção do Estado e sim uma conduta positiva proclamando a sua presença nas relações intersubjetivas sociais.

Enquanto as categorias anteriores demonstram estrita relação com a individualidade, os direitos de terceira geração protegem a sociedade como um todo.

A terceira dimensão de direitos fundamentais pressupõe a proteção de grupos humanos. São os chamados direitos de fraternidade ou também como se escuta falar, direitos de solidariedade. Acima da individualização encaram-se as necessidades de proteção da sociedade, e não do indivíduo por si só. Há uma preocupação com interesses difusos, incluindo, por exemplo, a proteção o meio ambiente, paz e etc.

Pode-se dizer que a terceira dimensão enfoca-se nas relações intersubjetivas sociais, com a aproximação dos povos, ou seja, há um agrupamento dos direitos difusos, cuja concretização somente será possível com a unificação e cooperação entre as nações, objetivando a fraternidade e a solidariedade como um todo. Cuida-se, na verdade, do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelas inovações trazidas pela tecnologia e pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra, acarretando profundo reflexos na esfera dos direitos fundamentais.

Por derradeiro, tem-se ainda os direitos de quarta geração, que por sua vez englobam a democracia, o direito à informação, autodeterminação dos povos e ao pluralismo. Tendo como base a globalização política, tais direitos tem como característica representar a fase mais moderna do Estado Social, e objetivam preparar o cidadão para uma participação social mais ativa, legitimando-o a tomar parte no sistema democrático.

4. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – CONCEITO E IMPORTÂNCIA

A base dos direitos fundamentais é o princípio da dignidade da pessoa humana. Tal princípio é de suma importância que se pode afirmar que é a base de todo do ordenamento jurídico e que por sua vez está previsto no artigo 1º, III, da Constituição Federal.

O princípio ora em análise coloca o ser humano como centro do ordenamento positivado uma vez que a dignidade da pessoa humana é o núcleo essencial de todos os direitos fundamentais. Isso também significa dizer que a ofensa a algum dos direitos fundamentais representaria violação direta ser humano.

A dignidade é uma condição concreta do ser humano e tem sua origem no nascimento e não no ordenamento jurídico, ou seja, a dignidade é inerente à sua essência por si só, o que implica, indubitavelmente, sua juridicidade pelo direito posto e sua efetivação pelo Estado.

De acordo com o professor Miguel Reale em sua obra *Filosofia do Direito*:

O homem, considerado na sua objetividade espiritual, enquanto ser que só se realiza no sentido de seu dever ser, é o que chamamos de pessoa. Só o homem possui a dignidade originária de ser enquanto deve ser, pondo-se essencialmente como razão determinante do processo histórico.⁵

Pode-se concluir, portanto, que, de acordo com o importante doutrinador constitucionalista, a dignidade da pessoa humana é a razão da existência do Estado, uma vez

⁵ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 220.

que, sem sombra de dúvidas, sustenta a máquina administrativa. Deve-se observar a dignidade da pessoa humana de modo a se impor restrições às regras jurídicas, sob pena de afronta a este tão importante princípio.

5. A EFICÁCIA VERTICAL E HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A passagem do Estado Liberal (direito de primeira geração) para o Estado Social (direitos de segunda geração), foi um marco muito importante na evolução dos direitos fundamentais. Pode-se afirmar que a divisão do mundo no campo econômico foi de extrema importância nesse contexto.

A nítida necessidade de que o Estado atuasse diretamente na garantia de direitos fundamentais (sociais, econômicos e culturais), se deu pela constatação de que grande parte da população estava farta da tomada de decisões em virtude da organização político-social então vigente. Importante exemplo de conduta que levou à transição, foi a então participação de trabalhadores, os quais, por sua vez, estavam muito insatisfeitos com as condições de trabalho então vigentes e passaram a exigir que o Estado defendesse seus interesses.

Tais conquistas sociais foram, aos poucos, se traduzindo em modificações legislativas.

Nessa nova realidade política, que se denominou Estado Social (direitos de segunda geração), a perspectiva acerca do papel do Estado deixou de ser meramente negativa.

Tornou-se maciça a idéia de que para a garantia da liberdade material era necessária a intervenção do Estado nos domínios privados. Com efeito, os precursores do Estado Social afirmavam que a não interferência do Estado garantia uma liberdade retórica, também chamada por alguns de liberdade formal. Isso porque na configuração inicial do Estado Liberal ocorria apenas uma mudança de onde emanava a opressão, que deixava de ser do Estado e passava a ser perpetrada por aqueles que detinham o poder econômico e social. Em

contrapartida, no Estado Social, buscava-se corrigir as distorções por intermédio da atribuição de um papel positivo ao Estado, onde por exemplo, se procurava proteger os direitos dos trabalhadores, organizava-se um sistema de seguridade social, de educação e saúde, com vistas à proteção da dignidade humana.

Sendo desta forma, uma vez incontestável a premissa de que as fontes vulneradoras dos direitos fundamentais poderiam ser múltiplas, não se restringindo ao Estado, necessário se fez uma teorização acerca de como se proteger a pessoa humana nesse contexto.

O modelo intervencionista de Estado Social de Direito rompeu com diversos postulados do Estado Liberal de Direito, que por sua vez, constituíam obstáculos à incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Outros dois aspectos relevantes podem ser citados como responsáveis para a propagação da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas. São eles: o reconhecimento da supremacia das normas contidas na Constituição e a compreensão da Constituição como ordem objetiva que visa ordenar todas as esferas da vida social.

Nesse sentido, percebe-se que a Constituição de 1988 rompeu com a dialética entre direitos sociais e individuais que as constituições anteriores traziam, e que acabava por resultar na persistência de uma visão individualista e liberalista dos direitos individuais.

Nos dias de hoje, a Carta Magna passou a dar suporte ao entendimento de que os direitos humanos fundamentais nela previstos integram-se de forma harmoniosa, onde os direitos individuais estão impregnados de dimensão social.

Nesse diapasão, parece fácil a constatação que os direitos fundamentais, atualmente, estão sujeitos a sofrer diversas influências sociais, não se limitando ao Estado. Tal realidade ganha propulsão ainda maior com globalização da economia, o qual vem se acentuando e trazendo como consequência a concentração do poder econômico e a edificação de verdadeiras potências privadas.

Assim sendo, nesse contexto, a afirmação de que os direitos fundamentais somente poderiam ser aplicados entre particulares e Estado (forma vertical) e não poderiam ser aplicados na relação entre particulares (aplicação horizontal) vem perdendo força de maneira significativa.

Aqueles que não são adeptos da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, minoria na atualidade, diga-se de passagem, afirmam que tal aplicabilidade não poderia se dar em virtude da outra parte da relação jurídica também ser portadora de direitos fundamentais, e assim sendo, seria necessária a intervenção do legislador infraconstitucional para equacionar tais colisões.

Outro argumento seria o de que, em sendo os direitos fundamentais aplicados diretamente nas relações privadas entre os indivíduos, não restaria qualquer margem para a conformação das relações jurídicas no âmbito da autonomia privada, o que traria por consequência, a perda de identidade do Direito Privado e do próprio Direito Constitucional.

Há ainda a idéia de que a aplicação horizontal dos direitos fundamentais geraria a falta de legitimidade democrática na atribuição de poderes inerentes ao Poder Judiciário para a interpretação das normas abertas consubstanciadoras dos direitos fundamentais, além da insegurança jurídica que isso proporcionaria, uma vez que deixaria em aberto como seriam solucionadas as questões, dada a ampla margem de discricionariedade atribuída. Tal argumento, no entanto, não leva em conta que a autonomia privada é também um valor constitucionalmente assegurado, uma vez que tem sua origem no princípio geral da liberdade, previsto no art.5º da Constituição.

Fato é que diferenças econômicas, políticas e sociais, muito aparentes nos dias de hoje, fez com que o entendimento acima exposto ficasse ultrapassado pois, a relação jurídica que se trava em hipóteses como a mencionada, tem como traço característico na maioria das vezes a

hipossuficiência de uma das partes, que por sua vez, por vezes se encontrará em situação de substancial desamparo se estiver regida somente pelo direito privado infraconstitucional.

Outro aspecto relevante é o de que o Estado não pode mais ser visto como inimigo da sociedade pois tem como objetivo primordial criar uma sociedade mais justa, e para isso nada mais normal do que regular as atividades dos próprios particulares. Note-se que a necessidade latente da população por uma por tutela da dignidade da pessoa humana deu respaldo ao entendimento de que não bastava a mediação do legislador infraconstitucional para se concretizarem e protegerem os direitos fundamentais, sendo também de extrema necessidade que o intérprete constitucional seja convocado para dizer as hipóteses em que os direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata nas relações privadas.

Pode-se dizer, portanto, que os motivos que levam à utilização deste princípio no âmbito dos direitos fundamentais nas relações entre Estado e cidadão podem se adequar perfeitamente às relações existentes entre particulares, desde que respeitados alguns parâmetros, obviamente.

5.1. TEORIAS RELACIONADAS À EFICÁCIA HORIZONTAL E VERTICAL DOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Questão de extrema importância para compreensão do tema ora abordado está relacionada com a aplicação direta, ou também denominada aplicação horizontal dos direitos fundamentais, na relação entre particulares, pois não incidem da mesma maneira como nas relações travadas com o Estado, ou seja, de forma vertical. Por esta razão, necessitam de ajustes para a determinação da forma e da medida da aplicabilidade.

Sobre o tema, existem algumas teses que precisam ser levadas em conta para o bom entendimento do assunto. São elas:

a) Teoria da Ineficácia Horizontal

Trata-se da teoria de menor prestígio atualmente, haja vista o fato de, a cada dia, a teoria da eficácia horizontal angariar mais adeptos. Para os seguidores desta frágil teoria, não é admissível a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, ou seja, somente podem ser aplicadas nas relações existentes entre o indivíduo e o Estado.

Esta teoria é amplamente adotada no Direito Norte Americano.

b) A teoria da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais

Para os adeptos desta teoria, a proteção constitucional da autonomia privada implica na possibilidade de os indivíduos renunciarem a direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, o que, de outra parte, seria inconcebível no que concerne às relações travadas com o poder público.

Portanto, esvaziando-se esse direito geral de liberdade consistente na aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, a autonomia contratual assumiria caráter apenas retórico.

Assim sendo, para os adeptos da Teoria da Eficácia Indireta, cabe ao legislador privado, a tarefa de mediar a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, estabelecendo uma disciplina que se revele em consonância com os valores constitucionais.

Todavia, mesmo para os adeptos da teoria da eficácia indireta, ainda remanesceria um espaço interpretativo para a viabilização dos direitos fundamentais através das cláusulas gerais, dada a textura normativa aberta de que são portadoras.

Portanto, remanesceria ao Poder Judiciário o papel de preencher as lacunas criadas pelas cláusulas indeterminadas, sempre levando em consideração os direitos fundamentais. Deve-se ressaltar que ao Judiciário seria tribuído, ainda, o papel de julgar inconstitucionais determinadas regras de direito privado incompatíveis com os direitos fundamentais. Neste caso, apenas excepcionalmente e, nos casos de impossibilidade de utilização das cláusulas gerais que pudessem ser preenchidas a luz dos valores constitucionais, é que se permitiria ao juiz à aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, independentemente da mediação do legislador.

Pode-se afirmar que o modelo de efeitos indiretos ou mediatos dos direitos fundamentais nas relações privadas tem como fundamento a idéia de que os direitos fundamentais não são apenas garantia dos indivíduos face ao Estado, mas também constituem, simultaneamente, uma ordem objetiva de valores, que, como tal, se impregnam no direito privado por intermédio das cláusulas gerais.

Importante mencionar que, em contrapartida às afirmações supra, os adeptos da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas afirmam categoricamente que a doutrina da eficácia mediata não proporciona uma tutela integral dos direitos fundamentais no plano privado, uma vez que estes ficariam dependentes diretamente do entendimento do legislador ordinário.

Há, ainda, aqueles que sustentam o caráter “inútil” desta construção, pois ela acaba se reconduzindo inteiramente à noção mais do que sedimentada de interpretação conforme a Constituição.

Por fim, a última crítica que se faz é a de que o modelo de aplicabilidade indireta dos direitos fundamentais acabaria por aumentar a competência jurisdicional das cortes constitucionais, uma vez que qualquer caso singelo referente à aplicação de direito privado se veria transformado em uma questão constitucional, o que vem se tentando evitar.

c) A teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais

Para os adeptos desta teoria, os direitos fundamentais têm efeitos absolutos. Para eles, seria desnecessária a intermediação legislativa para a sua aplicação, sob a justificativa de que existem multiplicidade de fontes vulneradoras dos direitos fundamentais, as quais não se circunscreveriam apenas ao Estado. Há também a indicação da opção constitucional pelo Estado Social, o que implicaria no reconhecimento da extensão dos direitos fundamentais às relações privadas.

Existem ainda aqueles que afirmem que, pela unidade da ordem jurídica, não seria possível conceber o Direito Privado como ramo isolado, o qual remanesceria à margem da Constituição e dos direitos fundamentais.

A principal diferença entre o modelo de aplicabilidade direta e o modelo de efeitos indiretos está intimamente relacionada com a desnecessidade de intermediação legislativa para que os direitos fundamentais produzam efeitos nas relações entre particulares.

O modelo de aplicabilidade direta sustenta, também, a desnecessidade de artimanhas interpretativas para que os direitos fundamentais produzam efeitos nas relações privadas.

Importante ressaltar, ainda, que o modelo de aplicabilidade direta dos direitos fundamentais às relações privadas não prega que inexistam especificidades na aludida incidência, ou seja, a verificação dessa aplicabilidade deve ser individualizada e ficará na dependência da análise das características de cada norma de direito fundamental.

Por derradeiro, o modelo de aplicabilidade direta sustenta que se o direito fundamental for aplicável às relações entre particulares, então essa aplicação será direta. Mas não se aparta a possibilidade de direitos fundamentais, que pela sua própria configuração jurídica, sejam apenas aplicáveis nas relações Estado-cidadão.

A teoria em questão não nega a necessidade de ponderar o direito fundamental em questão com a autonomia privada dos particulares envolvidos no conflito porque, afirmam os seus adeptos, que não se trata de uma teoria aberta, vaga, pois ela não prega a desconsideração da liberdade individual no tráfico jurídico-privado.

Oportuno salientar que a eficácia horizontal direta ou imediata não exclui a eficácia mediata ou indireta. Na verdade, deve-se conferir primazia para a lei na proteção dos direitos fundamentais e apenas quando o legislador se omitir, negando aplicação do direito fundamental, é que se tem de admitir a sua eficácia direta sobre os particulares.

d) Teoria Integradora

Teoria idealizada por Robert Alexy, segundo a qual se busca integrar as duas teorias da eficácia horizontal direta e indireta.

Afirma que quando um direito fundamental é aplicado a uma relação entre particulares, o ideal é que exista intermediação do legislador. No entanto a inexistência de lei não impede a aplicação direta.

Há quem afirme que trata-se da melhor das teorias, mas, dependendo das condições sociais e econômicas de igualdade, deve ser aplicada de forma direta.

5.2. A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Muito embora existam algumas decisões dos tribunais Estaduais e Federais acerca da aplicabilidade direta da Constituição nas relações privadas, muito raramente se faz referência à discussão travada e aos argumentos trazidos pelos adeptos de cada uma das teorias existentes a cerca do tema.

O pioneiro dos acórdãos prolatados pelo STF no que se refere ao tema discute sobre à expulsão de associado de cooperativa por deliberação da Assembléia Geral, sem que fossem observadas as regras estatutárias relacionadas à ampla defesa.

A controvérsia se estabeleceu em torno do fato de que os próprios associados lançaram desafio público manifestando o desejo de serem julgados pela Assembléia Geral. Apesar de no aludido caso ter sido feita referência ao direito à ampla defesa como derivativo do devido processo legal, o fato é que o próprio estatuto da entidade já fazia referências ao direito de defesa, o que acabou por prejudicar, pelo menos no referido acórdão, a análise acerca de qual corrente tem a preferência da Suprema Corte.

Segue o julgado acima referido:

Cooperativa – Exclusão de associado – Caráter punitivo – devido processo legal. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância do devido processo legal, viabilizando o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembleia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair a adoção do processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa.⁶

A Segunda Turma da Suprema Corte, um tempo depois, apreciou um outro caso, esta agora envolvendo a aplicação dos direitos fundamentais em relação jurídica travada entre particulares e consistia em uma reclamação trabalhista movida por empregado brasileiro de uma companhia aérea francesa e tinha por objetivo estender as prerrogativas do Estatuto Pessoal da empresa, o qual era aplicado somente aos empregados franceses. O STF, entendendo ter havido uma violação ao princípio isonômico, decidiu da seguinte forma:

Constitucional. Trabalho. Princípio da igualdade. Trabalhador brasileiro empregado de empresa estrangeira: estatutos de pessoal desta: aplicabilidade ao trabalhador estrangeiro e ao trabalhador brasileiro. C.F., 1967. art.153,§1º, C.F., 1998, art.5º, caput.

I – Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita aos empregados de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade (C.F., 1967. art.153,§ 1º, C.F., 1998, art.5º, caput).

II - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso etc.,

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 158. 215-4. Publicado no DJ em 7 jun 1996.

é inconstitucional. Precedentes do STF: Ag. 110.846 (Ag. Rg) – PR, Célio Borja, RTJ 119-465).

III - Fatores que autorizam a desigualação não ocorrentes no caso.

IV. R.E. conhecido e provido.⁷

Hoje, pode-se dizer que, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal aderiu sem sombras de dúvidas à tese da vinculação direta dos direitos fundamentais aos particulares no R.E 201.819/RJ.

O Referido julgado tratava-se também de um caso de expulsão de associado da União Brasileira dos Compositores, e que, mais uma vez, ocorreu sem deferência aos postulados do devido processo legal, em especial ao princípio da ampla defesa. Todavia, distintamente do que ocorreu no RE 158.215-4, acima transcrito, não havia previsão estatutária acerca do direito de defesa, de modo que os não defensores da vinculação direta dos direitos fundamentais, ministros Carlos Velloso e Ellen Gracie, afirmaram que a associação deveria observar, nas relações com seus associados, o estatuto jurídico da sociedade, o qual, por sua vez, constituiria desdobramento do princípio da autonomia privada, segundo o qual tudo que não está proibido por lei está permitido e, assim, não havendo previsão legal a tratar do assunto de forma direta e, ainda, havendo previsão estatutária para tanto, a expulsão se faria ato lícito. O Ministro Carlos Velloso acrescentou, também, que o devido processo legal se aplica nos termos da lei e, no caso, não haveria previsão legal que obstasse a expulsão do associado. Os demais ministros, adeptos da teoria da aplicação direta, e seguindo o voto do Ministro Gilmar Mendes, concluíram que a expulsão do associado configurou uma violação ao princípio da ampla defesa e que, portanto, padecia de injuricidade.

Ao final, afirmou o relator que:

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 nº 2.054-DF, exerce uma atividade essencial na cobrança de direitos autorais, que poderia até configurar um serviço público por delegação legislativa.⁸

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 161.243 -6. Rel. Carlos Velloso. Publicado no DJ em 19 dez 1997.

⁸ Idem.

Terminando por concluir, acerca desse pormenor, que:

[...] 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. Em outras palavras, trata-se de entidade que se caracteriza por integrar aquilo que poderíamos denominar como espaço público ainda que não-estatal.⁹

Poderia-se concluir que a posição do Ministro Gilmar Mendes se aproxima da tese da *state action* adotada pela Suprema Corte Americana, segundo a qual os particulares somente estariam vinculados pelos direitos fundamentais caso exercessem funções quase estatais.

Nada obsta também à conclusão em sentido contrário, ou seja, de que referido trecho apenas reforçou a argumentação em da aplicabilidade direta da constituição em relações travadas por particulares, uma vez que os demais Ministros não fizeram qualquer referência a essa posição quase-estatal.

Conclui-se, portanto, que Supremo Tribunal Federal, embora não tenha se manifestado expressamente, vem se alinhando em favor da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, portanto, pode-se concluir que a eficácia vertical dos direitos fundamentais é demonstrada pela abstenção ou necessidade de ação do Poder Público, aplicando-se de imediato a cada caso em concreto, enquanto a eficácia horizontal, voltada às relações particulares, inibe os detentores de poder social e econômico de mutilarem o piso vital mínimo ofertado pela CF.

As diferenças gritantes que vem se delineando nas relações entre particulares reclamam uma solução jurídica compatível com a necessidade de tutela da dignidade da

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 161.243 -6. Rel. Carlos Velloso. Publicado no DJ em 19 dez 1997.

pessoa humana, e para tal, necessário se faz a aplicação direta dos direitos fundamentais existentes em nossa Constituição Federal.

Trata-se de um dado empírico irrefutável o de que, nos dias de hoje, determinadas organizações privadas, dada a grande diversidade econômica existente, ostentam um poder de mando e sujeição que reclamam as necessárias restrições, que não só podem como devem se consubstanciar na aplicabilidade direta dos direitos fundamentais como opção hermenêutica de proteção à pessoa.

Nesse cenário, há de ser considerada ainda a realidade da sociedade, em especial a brasileira, na qual as diferenças sociais entre os indivíduos são imensas, de modo que a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações privadas pode se qualificar como valioso instrumento de proteção jurídica.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luiz Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro* (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas – análise da jurisprudência da Corte Constitucional Alemã*. São Paulo: Celso Bastos, 1988.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org). *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso (org.). *Interpretação Constitucional*. Coleção Teoria & Direito Público. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 1999.