



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas

Cleone da Silva Morelo

Rio de Janeiro
2014

CLEONE DA SILVA MORELO

A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas

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:

Artur Gomes

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Cleone da Silva Morelo

Graduado pela Universidade Estácio de Sá. Advogado. Pós-graduando em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: Os direitos fundamentais se apresentam como direitos subjetivos individuais essenciais à proteção da pessoa humana, bem como expressão de valores objetivos de atuação e compreensão do ordenamento jurídico. Esses direitos, pela sua natureza, projetam seus efeitos em todos os setores do ordenamento jurídico, especialmente nas relações entre particulares. Assim, num conflito jurídico entre privados, todos os interessados gozam da proteção aos direitos fundamentais. Logo, a eficácia desses direitos nas relações privadas é condição necessária para se alcançar os objetivos da República brasileira: construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Palavras-chave: Constitucional. Direitos fundamentais. Relações privadas. Eficácia direta.

Sumário: Introdução. 1. Fundamentos da eficácia dos direitos fundamentais. 2. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda o tema da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, considerando que as maiores violações às prerrogativas essenciais do cidadão comum não partem do poder público, mas de particulares.

As drásticas transformações sociais ocorridas no mundo globalizado favoreceram aos poderes privados usurpar do Estado a condição de maior fonte potencial de ameaças à concretização material dos direitos fundamentais. Por isso, apresenta-se razoável discutir qual o grau de proteção que a legislação civil é capaz de proporcionar ao indivíduo perante eles.

As questões norteadoras buscam discutir a aplicação dos direitos criados para limitar a atuação do poder estatal, também nas relações privadas. Em sentido contrário, seria impossível manter a coerência do ordenamento se a lei trata com distinção as relações particular – público e particular – particular.

Busca-se, assim, estudar a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares, como meio de construção de uma dogmática brasileira sobre este aspecto, com o fim de erguer uma base teórica capaz de auxiliar aplicadores do direito na tarefa de compreender a influência que os direitos fundamentais exercem em toda relação jurídica, seja de natureza pública ou privada.

Deste modo, a teoria dos direitos fundamentais passou por um grande processo evolutivo, do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito, e que o maior resultado desta evolução consiste na teoria da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a qual projeta a eficácia desses direitos em todos os setores do ordenamento jurídico.

Assim, a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas é condição necessária para se construir uma sociedade livre, justa e solidária. Outrossim, na ordem constitucional brasileira, a eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada não somente é possível, como também necessária.

Por fim, para se alcançar o objetivo pretendido, o estudo que se pretende realizar seguirá a metodologia do tipo bibliográfica e comparativa, qualitativa, parcialmente exploratória.

1. FUNDAMENTOS DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais, segundo Antonio Enrique Pérez Luño¹, foram distinguidos pela primeira vez na França, em 1770, no movimento político e cultural em que se baseou a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

Esses direitos não se confundem com os direitos humanos, por estarem positivados em planos distintos, contudo, objetivam a proteção e a promoção da dignidade da pessoa

¹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999, p. 30.

humana. Para Robert Alexy², os direitos humanos são aqueles reconhecidos pela comunidade internacional, nos tratados e convenções, e os direitos fundamentais são os direitos humanos positivados no plano interno de cada Estado.

Esta distinção se mostra clara na Constituição brasileira de 1988³, a qual nomeia direitos fundamentais os direitos nela positivados (título II) e direitos humanos os consagrados em tratados e convenções internacionais (art. 4º, II; art. 5º, § 3º, e art. 109, V-A e § 5º).

Em relação à natureza dos direitos fundamentais, muito se questionou acerca do caráter normativo e vinculante deles. Segundo Canotilho⁴, a doutrina clássica francesa entendia ser indispensável intervenção legislativa para conferir eficácia aos preceitos constitucionais garantidores desses direitos, todavia, esse entendimento restou ultrapassado, e os direitos fundamentais passaram a ser reconhecidos como normas positivas constitucionais vinculantes, dotadas de força normativa, independente de lei.

Nesse sentido, Canotilho⁵ observa que se operou o deslocamento da doutrina dos “direitos fundamentais dentro da reserva de lei” para a doutrina da “reserva de lei dentro dos direitos fundamentais”.

Sob outro ponto de vista, José Carlos Vieira de Andrade⁶ disse que os direitos fundamentais apresentam uma característica peculiar quanto à estrutura de suas normas: a matéria dos direitos fundamentais e os direitos fundamentais. Segundo o autor, das normas de direito fundamental decorrem os direitos subjetivos fundamentais e também disposições destinadas a garantir direitos individuais ou definir regimes jurídicos.

² ALEXY, Robert. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10.12.1998, p. 6.

³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 set. 2014.

⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1.142.

⁵ *Ibid.*, p. 1.141-1.142.

⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 109.

Assim, a norma de direito fundamental contempla uma dimensão subjetiva, e também uma dimensão objetiva.

Logo, pode-se considerar que os direitos fundamentais se apresentam como direitos subjetivos individuais essenciais à proteção da pessoa humana, bem como expressão de valores objetivos de atuação e compreensão do ordenamento jurídico. Esses valores, contudo, compreendem a dupla qualificação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, conforme doutrina de Bockénforde⁷, o qual diz:

[...]se conciben, por un lado, como derechos subjetivos de la libertad, que hacen parte de la esfera jurídica de su titular individual y, por otra parte – y al mismo tiempo – como normas objetivas de principio (Objektive Grundsatznormen) y decisiones axiológicas (Wertentscheidungen) que tienen valor para todos los ámbitos del derecho.

Nesse sentido, Paulo Bonavides⁸ constatou que o tema sofreu evidente mudança de paradigma pela qual passou o constitucionalismo ao longo do século XX. Ele esclarece que a antiga relação direta, exclusiva e unidimensional do cidadão com o Estado, caracterizada pelo *status negativus* e pelo subjetivismo individualista do liberalismo, foi definitivamente superada por outra relação, mais ampla, pluridimensional e plurifuncional, que é a do *status positivus*.

Deste modo se deu a evolução da norma de direito fundamental, a qual passou a ser reconhecida como norma objetiva, de validade universal, de conteúdo indeterminado e aberto, e que não pertence nem ao direito público, nem ao direito privado, mas compõe o fundamento de todo o ordenamento jurídico.

Ademais, André Rufino do Vale⁹ assegura que o aniquilamento do liberalismo impulsionou o “ponto de mutação mais importante ao longo da história de afirmação dos direitos fundamentais, surgindo daí a obrigatoriedade desses direitos também no âmbito das

⁷ BOCKÉNFORDE, Ernst. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 95.

⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 577-578.

⁹ VALE, André Rufino do. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004, p. 49.

relações privadas”. O autor faz referência à dimensão objetiva, enquanto núcleo da eficácia irradiante, a qual propaga esses direitos em várias direções que não somente ao Estado.

Consequentemente, segundo observação de Ingo Sarlet¹⁰, o primeiro desdobramento da força jurídico-objetiva dos direitos fundamentais foi a eficácia irradiante desses direitos, os quais fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação do direito infraconstitucional.

Portanto, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas decorre diretamente da significativa inovação representada pelo reconhecimento da dimensão objetiva desses direitos.

Nesse passo, sintetiza Gilmar Ferreira Mendes¹¹:

Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, direitos fundamentais outorgam aos seus titulares a possibilidade de impor seus interesses em face dos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo, quanto aqueles outros, concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático.

Assim, a dimensão objetiva além de funcionar como um reforço à imperatividade dos direitos individuais, ela projeta a influência desses direitos em todo o ordenamento jurídico e também na vida em sociedade.

Portanto, é na teoria da dimensão objetiva dos direitos fundamentais que se encontra o fundamento para a eficácia desses direitos nas relações privadas.

¹⁰ SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 172.

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos, 1998, p. 32-33.

2. A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Acerca da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas se destacou Hans-Carl Nipperdey¹², com sua teoria, segundo a qual a eficácia dos direitos fundamentais no direito privado provém diretamente da Constituição.

Nipperdey¹³ aplicou sua teoria num caso que dizia respeito ao direito à igualdade salarial entre homens e mulheres na Alemanha, para o qual não havia previsão específica na legislação trabalhista. Ele, como juiz do caso, pronunciou-se pela eficácia direta do mandamento constitucional de igualdade estampado no artigo 3º da Lei Fundamental alemã.

Nipperdey¹⁴ compreendia que o vasto rol de direitos fundamentais abrange disposições de caráter distinto entre si, cujo significado, modo e grau de ação devem ser verificados detalhadamente caso a caso. Ele propunha o seguinte:

No pocas disposiciones tienen además la importante función de proposiciones ordenadoras o principios para con el orden jurídico en su conjunto. Se trata del efecto directamente normativo de algunas disposiciones jurídico-fundamentales como derecho constitucional objetivo vinculante, que ha venido a derogar, modificar, completar o crear disposiciones jurídico-privadas. Este derecho constitucional contiene para los ámbitos jurídicos extraconstitucionales no solamente 'directrices' o 'reglas de interpretación', sino una regulación normativa del orden jurídico en su conjunto unitario, de la que también emanan directamente derechos subjetivos privados del individuo.

Assim, a obra de Nipperdey¹⁵ se mostra relevante, principalmente quando afirma que a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais aparece como consequência lógica das transformações que o conceito de Estado Social implica. Ele acrescenta que uma constituição tem que ser reflexo da ordem estatal no momento de sua promulgação, pelo que devem ser contempladas, ao interpretá-la, as tendências espirituais dominantes e as circunstâncias desse momento.

¹² NIPPERDEY *apud* ESTRADA, Alexei Julio. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 106.

¹³ ALEMANHA. BAG (Bundesarbeitsgericht – Tribunal Federal do Trabalho) 1, 185. Disponível em: <<http://www.bundesarbeitsgericht.de/>>. Acesso em: 23 jul. 2014.

¹⁴ NIPPERDEY *apud* ESTRADA, op. cit., p. 103, 104.

¹⁵ *Ibid.*, p. 105.

A Suprema Corte argentina¹⁶ também aplicou essa teoria ao reconhecer o fato de que, além dos indivíduos e do Estado, existe também uma terceira categoria de sujeitos, os quais não eram conhecidos e nem os constituintes puderam prever: os sindicatos, as associações profissionais, as grandes empresas que acumulam sempre um enorme poderio material ou econômico. A corte entendeu que essas forças se opõem ao Estado, e junto com o progresso material da sociedade, é uma fonte de ameaça para o indivíduo e seus direitos essenciais. O Tribunal, portanto, sintetizou a essência da teoria da eficácia direta, ao assinalar:

Nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados derechos humanos – porque son los derechos esenciales del hombre – estén circunscriptas a los ataques que provengan sólo de la autoridad pública. [...] la constitución, que es la ley de las leyes y se halla en el cimiento de todo el orden jurídico positivo, tienen la virtualidad necesaria de poder gobernar las relaciones jurídicas nacidas en circunstancias sociales diferentes a las que existían en tiempo de su sanción.

A doutrina espanhola também acolheu a teoria da eficácia direta. Pedro de Vega García¹⁷ salienta que a aceitação da eficácia direta é necessária, pois sem a projeção desses direitos em todos os setores do ordenamento jurídico, não há que se falar em igualdade. Assim ele disse:

La igualdad formal ante la ley (como norma jurídica general que regula las relaciones entre particulares) sólo tiene sentido en la medida en que esa igualdad abstracta no queda destrozada socialmente por la desigualdad material y económica de las posiciones de los individuos que deberían ejercerla. Aparece así la Drittwirkung como correctivo de unas formas de organización social que, en el plano real, chocan frontalmente con el sistema de valores que, en el plano ideal, definen al ordenamiento constitucional. Lo que a la postre significa dar el salto de un Derecho constitucional de la libertad a un Derecho constitucional concebido, ante todo, como Derecho de la igualdad.

Mais contundente ainda é Bilbao Ubillos¹⁸, ao dizer que a mediação do legislador não pode ser considerada indispensável, pois não tem caráter constitutivo, senão meramente declarativo. Ele amplia o raciocínio ao dizer que um direito fundamental que depende do

¹⁶ *TODO el derecho*. Disponível em: <<http://www.todoelderecho.com/Apuntes/Constitucional/Apuntes/acciondeamparo.htm>>. Acesso em: 25 jun. 2014.

¹⁷ GARCÍA, P. de Vega. Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (la eficacia horizontal de los derechos fundamentales). In: PÉREZ-LUÑO, Antonio-Enrique (Coord.). *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 278.

¹⁸ UBILLOS, Juan María Bilbao. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 296-297, 313.

legislador para ser reconhecido não é um direito fundamental, é simplesmente um direito de cunho legal, e isto porque o direito fundamental se define justamente pela indisponibilidade de seu conteúdo ao legislador. E, vai além o autor espanhol:

[...] si nos atenemos, pues, a los estrictos términos en que se formula, esta teoría niega en realidad la 'Drittwirkung'. Al interponerse necesariamente la ley o la cláusula general, lo que se aplica como regla de decisión del litigio es una norma de Derecho Privado.

Em Portugal, o tema foi enfrentado com grande propriedade em razão da inovadora disposição do art. 18.1 da Constituição Portuguesa: “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.”

Canotilho e Vital Moreira¹⁹ partilham da mesma opinião que Bilbao Ubillos, pois sustentam que o sentido precípua da imposição constitucional acerca da aplicabilidade direta das normas constitucionais consagradoras de direitos, liberdades e garantias fundamentais consiste em rejeitar qualquer possibilidade delas serem havidas como “enfraquecidas”, “imperfeitas” ou “programáticas”. Inadmitem, pois, que essas normas careçam de regulamentação legal para adquirir operatividade jurídica.

Entretanto, a literatura jurídica nacional é ainda bastante tímida a respeito da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais em comparação com a de outras nações. Apesar disso é possível vislumbrar uma clara inclinação favorável à incidência direta desses direitos no setor privado.

Jane Reis Pereira Gonçalves²⁰ cuidou de expor, em minuciosa análise, as razões pelas quais acolhe a eficácia direta. Segundo ela, as construções teóricas contrárias à teoria refletem “uma abordagem mais ideológica que descritiva do ordenamento”. Ao analisar a questão do eventual cerceio à autonomia privada, ao temor de que a vinculação direta dos agentes

¹⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. v. 1. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 382.

²⁰ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 488.

privados resulte num “esvaziamento da liberdade que deve prevalecer nesta seara”, logra repelir o problema com o seguinte raciocínio:

Ora, a proteção constitucional da autonomia privada não é, de modo algum, incompatível com a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. Se a tutela da autonomia for posta como um obstáculo intransponível à incidência direta dos outros direitos fundamentais nas relações privadas, o que se tem, em verdade, é uma regra abstrata de preferência em favor daquela. Nessa perspectiva, a crítica de que a eficácia direta compromete o valor constitucional da autonomia escamoteia o verdadeiro ponto de divergência: a questão não se encontra em saber se a autonomia privada deve ou não ser protegida, mas sim se esta deve *prevalecer* em face dos demais direitos fundamentais quando tratar-se de relações jurídicas entre particulares. Ao admitir-se a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações *inter privados*, a autonomia não é amesquinhada, e sim colocada no mesmo plano dos direitos fundamentais.

No ensinamento da jurista²¹, a discussão sobre a eficácia direta deve ser tomada sob um enfoque mais amplo, que é “a natureza e os limites da função judicial no Estado contemporâneo”. Esta incidência “é uma consequência natural e lógica da adoção de um modelo hermenêutico comprometido com o caráter da Constituição”.

A autora²² ressalta, porém, que “isso não significa dizer que os direitos fundamentais devam incidir de forma absoluta e incondicionada nas relações entre particulares”, tanto que “não há como se cogitar de que os pais sejam obrigados a dar a seus filhos presentes de Natal semelhantes – ou que lhes devam oferecer mesadas idênticas, ou mesmo castigar-lhes de forma equivalente – em obediência ao princípio da igualdade”. Deverá o aplicador do direito, no caso concreto, “modular a extensão de sua incidência por meio dos recursos hermenêuticos tradicionais”, é dizer, “cabe aferir, em cada caso, se o direito fundamental invocado na relação de direito privado justifica a compressão ou afastamento do direito à autonomia privada que, em princípio, deve incidir em todos os negócios envolvendo particulares”.

A doutrina de Ingo Sarlet²³, contudo, chega a conclusões parecidas. Debatendo os argumentos favoráveis à eficácia indireta, o jurista pondera que o legislador é obrigado a

²¹ Ibid., p. 489.

²² Ibid., p. 491-494.

²³ SARLET, Ingo. *Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. In: _____ (Org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 143.

tomar em conta os direitos fundamentais na concretização das normas privadas, porque está diretamente vinculado a elas, dada sua condição de órgão estatal, mas isso nada diz em relação ao “problema específico da vinculação dos particulares”.

Também não subsiste, na visão de Sarlet²⁴, a dificuldade apontada por Hesse, de que “num conflito jurídico entre privados todos os interessados gozam da proteção dos direitos fundamentais, enquanto que na relação do cidadão com o Estado tal tutela não corresponde ao Poder Público”. Isto porque – e neste ponto aproxima-se à posição de Jane Reis Gonçalves Pereira – a “tensão inevitável” que existe entre a autonomia privada e outros direitos fundamentais “é similar aos conflitos entre quaisquer outros direitos fundamentais e, de tal forma, sujeita aos mesmos princípios, no que diz com sua superação”.

Outro argumento de grande importância, de acordo com Sarlet²⁵, repousa na dignidade da pessoa humana, princípio-base cujas concretizações se materializam nos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. Daí resulta que as normas jus fundamentais – pelo menos no que tange a seu conteúdo em dignidade humana – vinculam diretamente tanto o Poder Público como os particulares.

Ao enfrentar especificamente a situação brasileira, Sarlet²⁶ ressalta o fato de que na Alemanha, onde a Lei Fundamental se dirige apenas aos poderes estatais como destinatários dos direitos fundamentais, parte da doutrina nega que tal disposição impeça a vinculação dos particulares. A respeito disso, o autor conclui dizendo:

Se mesmo em Estados desenvolvidos e que, de fato, assumem (em maior ou menor grau) as feições de um Estado democrático (e social) de Direito já se aceita [...] que nas relações cunhadas pela desigualdade, o particular mais ‘poderoso’ encontra-se diretamente vinculado aos direitos fundamentais do outro particular (embora ambos sejam titulares de direitos fundamentais), mais ainda tal vinculação deve ser reconhecida na ordem jurídica nacional, onde, quando muito, podemos falar na previsão formal de um Estado Social de Direito que, de fato, acabou sendo concretizado apenas para uma diminuta parcela da população.

²⁴ Ibid., p. 144-145.

²⁵ Ibid., p. 150.

²⁶ Ibid., p. 152-153.

O argumento é retomado por Virgílio Afonso da Silva²⁷, o qual destaca o fato de a Constituição Federal de 1988 em momento algum estipular que apenas Executivo, Legislativo e Judiciário estão vinculados aos direitos fundamentais. Disso se extrai conclusões interessantes. A principal delas é a de que, justamente pelo texto constitucional não contar com norma análoga, a dogmática constitucional brasileira não precisa recorrer àquele mesmo artifício do qual teve que lançar mão a jurisprudência alemã para pronunciar a expansão dos direitos fundamentais: “elevá-los à condição de valores fundamentais destinados a reger não somente a atividade estatal como também toda a vida social”.

Segundo Silva²⁸, se na ordem constitucional brasileira não se faz necessário recorrer à construção teórica dos direitos fundamentais como “ordem de valores”, resulta, então, que aqui não se aplicam “as principais críticas feitas a esse tipo de tese, que são aquelas direcionadas exatamente contra a ideia de direitos fundamentais como ordem objetiva de valores”. Com isso, torna-se “perfeitamente possível que o modelo de aplicabilidade direta desempenhe um papel no caso brasileiro que não é viável no caso alemão”. A resposta está no conceito de direitos fundamentais como princípios, ou seja, “normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes”, na conceituação de Alexy.

Em conclusão, embora não adote inteiramente a teoria da eficácia direta, tampouco vislumbra na mediação estatal uma condição *sine qua non* de operatividade dos direitos fundamentais no tráfico jurídico-privado, como defendem os autores da eficácia direta, para o Silva²⁹, os efeitos jus fundamentais nesse campo “não são e nem podem ser sempre diretos ou sempre indiretos”.

²⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 139, 140.

²⁸ *Ibid.*, p. 57-58, 32.

²⁹ *Ibid.*, p. 175.

Em favor da teoria idealizada por Nipperdey posicionou-se também o constitucionalista Luís Roberto Barroso³⁰. Para ele, “o ponto de vista da aplicabilidade direta e imediata afigura-se mais adequado para a realidade brasileira e tem prevalecido na doutrina”.

Wilson Steinmetz³¹ partilha do mesmo pensamento acerca da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais, conquanto observe que ela deve ser “‘matizada’ (‘modulada’ ou ‘graduada’) por estruturas de ponderação (ordenadas no princípio da proporcionalidade e seus elementos) que, no caso concreto, tomem em consideração os direitos e/ou princípios fundamentais em colisão e as circunstâncias relevantes”.

Finalmente, advém transcrever a explicação de Daniel Sarmiento³², ao assumir a incondicional defesa da eficácia direta no Brasil. Para o autor, “a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é direta e imediata, não dependendo da atuação do legislador ordinário, nem se exaurindo na interpretação das cláusulas gerais do direito privado”. Após refutar aqueles que considera os principais argumentos contra o modelo de eficácia em apreço, realça a natureza “intervencionista e social” do texto constitucional, que “não se ilude com a miragem liberal de que é o Estado o único adversário dos direitos humanos”:

Nossa Constituição é francamente incompatível com a tese radical, adotada nos Estados Unidos, que simplesmente exclui a aplicação dos direitos individuais sobre as relações privadas. Da mesma forma, ela nos parece irreconciliável com a posição mais compromissória, mas ainda assim conservadora, da eficácia horizontal indireta e imediata dos direitos individuais, predominante na Alemanha, que torna a incidência destes direitos dependente da vontade do legislador ordinário, ou os confina ao modesto papel de meros vetores interpretativos das cláusulas gerais do Direito Privado.

Em seguida, arremata o jus constitucionalista³³:

³⁰ BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>>. Acesso em: 28 jul. 2014.

³¹ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 295.

³² SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 237, 239.

³³ *Ibid.*, p. 242.

Quando o próprio constituinte, numa clara e inequívoca escolha, opta por se imiscuir na esfera das relações privadas, como aconteceu no caso brasileiro, não existe qualquer razão que justifique excluir a jurisdição constitucional neste campo. Não divisamos nenhuma razão para que se reconheça plena eficácia a certas normas constitucionais quando, no caso concreto, seus comandos dirigirem-se ao Estado, negando-se iguais efeitos às mesmas normas quando voltadas à resolução de litígios privados. Trata-se de puro preconceito ideológico, travestido sob a forma de teses jurídicas sofisticadas, que na verdade pugnam para evitar que a axiologia solidarista da Constituição ‘contamine’ o reino de suposta neutralidade e de justiça comutativa do Direito Privado.

É seguro afirmar, portanto, que no Brasil existe inequívoca tendência doutrinária³⁴ à teoria da eficácia direta e imediata, o que se constata tanto pelas opiniões acima transcritas, como pelo fato de tal linha de pensamento seguir contando com o a simpatia dos autores de obras mais recentes.

CONCLUSÃO

O conceito de direitos fundamentais está diretamente ligado ao paradigma ideológico estatal vigente na sociedade em cada época. As transformações ocorridas na estrutura do Estado e o modo deste interagir com os indivíduos tiveram por consequência direta uma profunda evolução do significado desses direitos, desde sua origem até aos sistemas constitucionais da contemporaneidade.

E, foi neste contexto histórico que os direitos fundamentais foram pensados e concebidos para defender a dignidade da pessoa humana contra quaisquer manifestações de poder, inclusive as não-estatais.

Assim, o surgimento de movimentos sociais em diversos países, especialmente na segunda metade do século XIX e na primeira do século XX, pôs em evidência a insuficiência do modelo liberal de direitos fundamentais por se entender que a proteção estatal aos direitos

³⁴ MENDONÇA, Audrey Borges; ALVES, Olavo Augusto Vianna. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). *Leituras complementares de Constitucional: Direitos fundamentais*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2007, p. 140.

fundamentais não deveria se limitar a não-intervenção nas liberdades individuais, pois também abrangeria atuações positivas, no sentido de concretizar os direitos sociais.

Durante e após a segunda metade do século XX, a incapacidade estatal de concretizar os direitos fundamentais de segunda geração acentuou a crise do modelo social de Estado. Acontecimentos de cunho internacional, marcadamente a globalização e a concentração do poder nas mãos de organizações privadas, contribuíram para a expansão da teoria germânica da eficácia horizontal dos direitos fundamentais para outros países.

Assim, o debate dogmático acerca da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares se aprofundou, e surgiram várias teorias em favor e contra esta construção teórica. Dentre os argumentos mais abordados pelos críticos, destacam-se a ameaça contra a autonomia privada, a perda da identidade do direito civil, a violação do que seria o sentido histórico dos direitos fundamentais, a insegurança jurídica e a criação de um Estado judicial.

Nesse sentido, a doutrina brasileira se inclinou pela possibilidade da aplicação da teoria da eficácia direta ou imediata no Brasil, em harmonia com a Constituição de 1988. Os autores apontam que não existe, no texto constitucional, qualquer vedação nesse sentido.

Caberia, portanto, aos tribunais, em casos desta natureza, proceder à devida ponderação dos valores fundamentais antagônicos, à maneira do que sucede nas demais situações de conflito entre direitos fundamentais.

Portanto, em meio a tantas desigualdades sociais, o desenvolvimento da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais é importante para a consolidação do significado desses direitos, para uma correta e eficaz efetivação dos objetivos de uma república, que é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

REFERÊNCIAS

- ALEMANHA. BAG (Bundesarbeitsgericht – Tribunal Federal do Trabalho) 1, 185. Disponível em: <<http://www.bundesarbeitsgericht.de/>>. Acesso em: 23 jul. 2014.
- ALEXU, Robert. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10.12.1998.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547/neo-constitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>>. Acesso em: 28 jul. 2014.
- BOCKËNFORDE, Ernst. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 set. 2014.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- _____; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. v. 1. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2007.
- GARCÍA, P. de Vega. Dificultades y problemas para la construcción de um constitucionalismo de la igualdad (la eficacia horizontal de los derechos fundamentales). In: PÉREZ-LUÑO, Antonio-Enrique (Coord.). *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*. Madrid: Marcial Pons, 1996.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos, 1998.
- MENDONÇA, Audrey Borges; ALVES, Olavo Augusto Vianna. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). *Leituras complementares de Constitucional: Direitos fundamentais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2007.
- NIPPERDEY *apud* ESTRADA, Alexei Julio. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. In: _____ (Org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

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

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

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

TODO el derecho. Disponível em: <<http://www.todoelderecho.com/Apuntes/Constitucional/Apuntes/acciondeamparo.htm>>. Acesso em: 25 jun. 2014.

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

VALE, André Rufino do. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004.