

A aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares

The application of the fundamental rights in private relations

PANMELA ALVES MACHADO DE SOUSA

9.º período do curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas.

e-mail: panmelaalves@bol.com.br

Resumo: O presente trabalho tem por intuito analisar a Teoria da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, e demonstrar a importância que eles exercem diante da sociedade em torno da construção de uma convivência estável. Pretende-se demonstrar posições favoráveis e desfavoráveis a respeito da aplicação dos direitos fundamentais, dentro das relações privadas, analisando as teorias de Eficácia Vertical, considerando o surgimento precípua contra as arbitrariedades do Estado e a Teoria da Eficácia Horizontal. Pretende-se com análises de casos concretos, apresentar a necessidade de se aplicar os Direitos Fundamentais nas relações entre particulares, e a presença de dificuldades para tanto, no que tange ao modo de aplicação, sem desconsiderar os já tipificados princípios de cunho privado.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; eficácia horizontal; autonomia da vontade.

Abstract: The present paper intends to analyze the Theory of Horizontal Efficiency of the Fundamental Rights in private relations, and demonstrate the importance they exert in society, in relation to the building of an enduring sociability. We intend to demonstrate favorable and unfavorable positions about the application of fundamental rights, in the private relations, analyzing the theories of Vertical Efficiency, considering the essential appearance against the State arbitrariness and the Theory of Horizontal Efficiency. We also intend, with analyses of concrete cases, present the need to apply the Fundamental Rights in the relations among the private, and the presence of difficulties for that, in what concerns the way of application, without disregarding the private principles already typified.

Keywords: Fundamental rights; horizontal efficiency; autonomy of will

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988 apresenta no art. 5.º um rol dos direitos e garantias fundamentais, como o direito à vida, à liberdade, à honra, à segurança, à propriedade, dentre outros. Todo indivíduo é possuidor desses direitos, que devem ser respeitados pela sociedade e pelo próprio Estado.

Os mencionados direitos são considerados fundamentais, pois traduzem regras necessárias a uma convivência estável dentro de uma sociedade, e trazem como finalidade, o dever de proteção do cidadão contra arbitrariedades do Estado. O Estado possui uma gama de poderes, e como não podia ser diferente, quanto mais poder alguém detém, mais facilidade tem de cometer arbitrariedades, trazendo prejuízos para todos aqueles que estão sob seu crivo de administração. Na tentativa de impedir tais abusos, por aqueles que possuem maiores poderes, surgiu a necessidade de criação de tais direitos.

Assim, em princípio sua criação seria destinada a proteger o homem do Estado. Porém, hoje, discute-se a possibilidade de sua aplicação nas relações que envolvam particulares. Seria possível aplicar os direitos fundamentais nessas relações em detrimento de regras contratuais firmadas entre as partes? Como fica a questão da autonomia da vontade? Seria desconsiderada? As relações entre particulares deixariam de ser regidas pelas regras de direito privado em prol de uma maior efetividade da Constituição Federal?

Há divergência na doutrina e jurisprudência. Assim, a presente pesquisa tem por finalidade estudar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, apresentando as posições favoráveis e desfavoráveis a este respeito. Para a elaboração deste estudo, utilizar-se-á de pesquisa bibliográfica, analisando doutrina, legislação e jurisprudência.

2. Considerações históricas

Atualmente, menções aos direitos fundamentais são cada vez mais frequentes. A busca pela paz social, a preservação dos direitos humanos, além de constantes, se mostram essenciais, tendo em vista estarmos em um Estado Democrático de Direito.

O homem se diferencia das demais espécies por ter desenvolvido no decorrer do tempo, habilidades, deixando seu instinto tipicamente “animal”, pela fala, escrita, organização e principalmente raciocínio. Decorrente disso, a cultura humana começou a se desenvolver e com ela, a necessidade de o homem se relacionar, e para um bom convívio, a criação de leis, regras para disciplinar cada ato humano, procurando proteção individual e coletiva.

Forças se multiplicam quando se atua em conjunto: a certeza de gerações e gerações, a continuidade de uma história, é o que nos faz buscar relacionamentos. O homem necessita dessas aproximações, para que com isso desfaça o pensamento de alguma ameaça. Evoluir é da espécie humana, e a adaptação a novos ambientes, às novas tecnologias faz com que o homem se modifique. Há muito tempo, o indivíduo vem se preocupando em determinar direitos que sejam fundamentais à sua existência.

Segundo Lenza (2010, p. 740) a história, a religião, as diferentes culturas, todos esses aspectos influenciaram no surgimento dos direitos fundamentais. Pedro Lenza dispõe sobre documentos históricos marcantes para a positivação de tais direitos, como a Magna Carta de 1215, assinada pelo Rei João Sem Terra, a Paz de Westfália (1648), O *Habeas Corpus Act* (1679), o *Bill Of Rights* (1688), as Declarações americana (1776) e fran-

cesa (1789), sendo ainda citados alguns acontecimentos históricos que desrespeitaram tais direitos já elencados, como as duas Grandes Guerras Mundiais.

Com os diversos acontecimentos sociais, políticos e filosóficos, surge o Estado Liberal de Direito, de que derivam também os direitos fundamentais, impedindo o abuso por parte do Estado para com o indivíduo e a sociedade em um todo. Esse Estado de Direito acaba por ser substituído pelo Estado Democrático de Direito, conforme nossa Constituição Federal do ano de 1988, norma suprema, concebendo-se os direitos fundamentais, com aplicação direta e imediata.

Para tanto, houve influência da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que delineou os direitos básicos do homem, deixando claro que

a Assembléia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforcem, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universal e efetiva, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição. (Declaração dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.onubrasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php> Acesso em: 08 nov. 2010)

Tratando-se assim de direitos e deveres, dispostos para indivíduos e Estado, buscando-se uma sociedade solidária, pacífica, estabelecida na base do respeito individual e coletivo, independentemente da posição assumida por quem quer que seja dentro de uma relação.

3. Direitos fundamentais – conceituação

Com o decorrer do tempo e a construção da história, surgem diversas nomenclaturas aos direitos fundamentais. Esses direitos inerentes à pessoa humana foram se transformando e, com cada transformação, com cada cultura, uma denominação diferente foi surgindo, sem deixar contanto que sua essencialidade se perdesse.

Dentre as diversas denominações constam-se: direitos do homem, liberdades fundamentais, direitos naturais, direitos humanos, e direitos fundamentais. Enfim, qual seria a melhor conceituação para tais direitos?

Nos ensinamentos de J. J. Gomes Canotilho, os direitos do homem são aqueles válidos em todas as épocas e povos, sendo nesta definição observada a dimensão jus-naturalista-universalista. A denominação *liberdades fundamentais* é utilizada quando se trata de direitos civis, excluindo-se os direitos políticos. Os direitos naturais referem-se àqueles próprios do indivíduo sem qualquer interferência de acordos sociais; já os denominados direitos humanos decorrem essencialmente da Declaração Universal dos

Direitos Humanos. A conceituação que nos interessa é a de direitos fundamentais do homem, sendo estes juridicamente garantidos e limitados no espaço e no tempo (CANOTILHO, 2003. pp. 393-396). Dispõe Bulos:

Direitos fundamentais são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social (BULOS, 2009, p. 228).

Cada denominação surgiu em um determinado momento: evoluções históricas significam mudança, crescimento e desenvolvimento. Com a referida evolução, chegamos ao século XXI, atual Estado Democrático de Direito, com os direitos e garantias fundamentais tipificados.

Os direitos fundamentais são considerados garantias indispensáveis ao indivíduo para um desenvolvimento saudável e digno, não só para ele, mas para toda a coletividade. São essenciais na garantia da justiça, sendo considerados precípuos para um desenvolvimento pessoal e uma contínua progressão social, buscando preservar os princípios constitucionais, em especial o da dignidade da pessoa humana, base de todo o ordenamento.

Criados para proteger o cidadão do Poder Público, os referidos direitos desempenham um grande papel na proteção contra arbitrariedades e abusos do Estado. Sua importância é tamanha que nossa atual Constituição Federal, datada de 1988, inseriu um capítulo só para eles, rol exemplificativo, haja vista que ao longo de toda a Constituição, direitos muitas vezes implícitos são considerados fundamentais.

O artigo 5.º da Constituição Federal prevê os direitos e garantias fundamentais, que se diferenciam. Os direitos fundamentais consistem em disposições declaratórias, e as garantias em disposições assecuratórias, conforme dispõe Bulos:

Direitos fundamentais são bens e vantagens disciplinados na Constituição Federal. Consagram *disposições meramente declaratórias*, imprimindo existência legal aos direitos reconhecidos (Ruy Barbosa). Exemplo: art. 5.º, XVI e XXII.

Garantias fundamentais são as ferramentas jurídicas por meio das quais tais direitos se exercem, limitando os poderes do Estado. Contêm *disposições assecuratórias*, que servem para defender direitos, evitando o arbítrio dos Poderes Públicos (Ruy Barbosa). Exemplo: art. 5.º, XXXV a LXXVII (BULOS, 2009, p. 231).

Declarados os direitos fundamentais, legalmente dispostos, as garantias surgem para que os mesmos possam ser exercidos, defendendo-os de possíveis abusos por parte do Poder Público. Um está intimamente ligado ao outro: declarados, os direitos dependem das garantias para serem amplamente exercidos.

Atualmente, a doutrina classifica os direitos fundamentais em 1ª, 2ª e 3ª geração. Na busca por novos direitos, fazem-se necessários os quesitos de crescimento e

evolução. Assim, em uma sociedade democrática de direito, também evoluíram os direitos fundamentais. Há autor que defende ainda os direitos fundamentais de 4ª geração. Para Uadi Lammêgo Bulos (2009, p. 130), estas quatro etapas se delimitam da seguinte forma:

Os direitos fundamentais de 1ª geração inauguraram-se com o surgimento dos direitos individuais clássicos. Abrangem os direitos referidos nas Revoluções americana e francesa, gerando um dever de não fazer por parte do Estado, buscando a preservação do direito à vida, à liberdade de locomoção, à expressão, à religião, à associação etc. Os antecedentes formais dessa geração podem assim ser lembrados: Carta Magna de 1215 do Rei João Sem Terra, *Petition of Rights* de 1628, Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia de 1776, dentre outros.

A 2ª geração, advinda após a Primeira Grande Guerra, compreende os direitos sociais, econômicos e culturais, visando o bem-estar e a igualdade. Trata-se de uma obrigação positiva imposta ao Estado, resguardando os direitos relacionados ao trabalho, ao seguro social, à subsistência digna do homem, ao amparo à doença e à velhice.

Os direitos de 3ª geração, ou de novíssima dimensão, englobam os chamados direitos de solidariedade e fraternidade. Acrescenta ainda o autor que os direitos difusos, como o meio ambiente equilibrado, a vida saudável e pacífica, o progresso, o avanço da tecnologia, representam alguns dos direitos catalogados no rol dos direitos de solidariedade, assim como os direitos do consumidor.

Quanto aos direitos de 4ª geração, definidos como direitos dos povos, são relativos à informática, softwares, biociência, eutanásia, sucessão dos filhos gerados por inseminação artificial, clonagens, dentre outros ligados à engenharia genética. Geração ainda discutida entre os doutrinadores e aplicadores do direito.

Apesar de tantas evoluções, o Brasil continua apresentando violações a essas normas constitucionais. Inúmeros são os desrespeitos à criança e ao adolescente, ao idoso, ao deficiente físico, ao consumidor, parte mais vulnerável neste país. Porém, não devemos deixar de lado todo um progresso, com relação principalmente às mulheres, negros e homoafetivos, fazendo com que haja uma harmonização entre os brasileiros e o meio em que vivem.

Independentemente de denominações, ou do momento de seu surgimento, os direitos fundamentais devem ser preservados, e a busca por novos direitos não deve cessar, pois são prerrogativas essenciais ao convívio social. São os direitos que dão ao cidadão a oportunidade de se proteger contra as opressões muitas vezes adotadas pelo Estado, sendo uma das finalidades mais específicas, em análise do contexto histórico apresentado.

4. Características dos direitos fundamentais

Além de serem direitos fundamentais, os referidos direitos possuem também as seguintes características, conforme previsão de Leo Van Holthe (2009, p. 250) e Uadi Lammêgo (2009, p. 233): historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade, universalidade, efetividade, são cumuláveis, vinculantes e relativos.

Esses autores explicam que, no que diz respeito à historicidade, é o que vemos com a evolução no decorrer dos tempos, é a necessidade do ser humano de criar, ampliar, limitar, ou mesmo extinguir certos direitos, quando do seu próprio crescimento dentro de uma sociedade. A inalienabilidade deixa clara a indisponibilidade dos direitos fundamentais por parte de seus detentores. São imprescritíveis, ou seja, sempre exigíveis, levando-se em consideração o seu caráter não patrimonial; irrenunciáveis, por não poderem ser renunciados, podendo, no entanto, não ser exercidos. Também possuem caráter de universalidade, bastando a condição de ser humano para adquiri-los, independentemente de qualquer outra circunstância; são efetivos com relação ao Poder Público, que deve dar tamanha garantia; cumuláveis, podendo ser exercidos ao mesmo tempo; vinculantes também no que diz respeito ao Poder Público, que deve obedecer sua força e condição de supremacia, e por fim relativos, pois salvo alguns casos, não possuem caráter absoluto e irrestrito (HOLTHE, 2009, p. 250; BULOS, 2009, p. 233).

Ademais, os direitos fundamentais produzem efeitos irradiantes no ordenamento jurídico. Estes direitos servem como norte, como diretrizes para a atuação do Estado, como também para a interpretação e aplicação das normas jurídicas. Nosso ordenamento jurídico estaria condicionado aos preceitos constitucionais, em especial os direitos fundamentais. Seriam em tese diretrizes básicas para que todas as normas infraconstitucionais fossem aplicadas e interpretadas segundo a Carta Magna.

Dispõe Daniel Sarmiento:

A eficácia irradiante, neste sentido, enseja a “humanização” da ordem jurídica, ao exigir que todas as suas normas sejam, no momento da aplicação, reexaminadas pelo operador do direito com novas lentes, que terão cores da dignidade humana, da igualdade substantiva e da justiça social, impressas no tecido constitucional. Assim, toda a legislação infraconstitucional (civil, penal, processual, econômica etc.), muitas vezes editada em contexto axiológico diverso, mais individualista ou mais totalitário, terá de ser revista pelo operador do direito, a partir de uma nova perspectiva, centrada na Constituição e em especial nos direitos fundamentais que esta consagra (SARMENTO, 2008, p. 124-125).

Desta forma, os operadores do direito estão “vinculados” aos direitos fundamentais, fazendo-se necessário um reexame na interpretação do nosso ordenamento jurídico à luz dos referidos direitos, de forma a conservar elementos essenciais ao desenvolvimento do indivíduo como ser humano, dotado de direitos e garantias.

5. Teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais

O artigo 5.º, §1.º da Constituição Federal, dispõe que os direitos fundamentais têm aplicação imediata. Isso significa dizer que os aplicadores do direito devem dar a maior eficácia possível aos direitos fundamentais dentro de uma relação conflituosa,

devem aplicá-los independentemente de regulamentação. Claro que não é uma regra absoluta, já que existem normas constitucionais de eficácia limitada, que dependem, sim, de uma regulamentação para que possam produzir seus efeitos.

Os direitos fundamentais são aplicados na relação Estado-particular, sem maiores dúvidas sobre o assunto. É a denominada Eficácia Vertical dos direitos fundamentais. Por outro lado, encontra-se divergência na doutrina sobre a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas. É a denominada Eficácia Horizontal.

5.1. Da eficácia vertical

É a aplicabilidade dos direitos fundamentais no contexto indivíduo-Estado.

Os direitos fundamentais surgiram para proteger o indivíduo diante do reconhecimento da vulnerabilidade do cidadão perante a opressão estatal. Daí surge esta teoria, segundo George Marmelstein:

O indivíduo é titular de direitos, não sendo sujeito passivo na relação. É o que se pode chamar de eficácia vertical dos direitos fundamentais, simbolizando uma relação (assimétrica) de poder em que o Estado se coloca em uma posição superior em relação ao indivíduo (MARMELSTEIN, 2008, p. 38).

Trata-se de uma barreira protetora contra possíveis arbitrariedades do Poder Público. Em decorrência dessa teoria, o Estado e as autoridades públicas, dotadas de poder em relação ao indivíduo, estariam assim vinculados aos direitos fundamentais, ficando proibidos de violar os mesmos, de forma a salvaguardar interesses próprios.

5.2. Da eficácia horizontal

É a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas. Concede também ao indivíduo, assim como na teoria da eficácia vertical, meio de defesa contra arbitrariedades, porém nas relações entre particulares, ou seja, nas relações de trabalho ou consumo, por exemplo. Aqui começam a surgir as dúvidas com relação à aplicação dos direitos fundamentais dentro das relações privadas.

Os direitos fundamentais saem da esfera de limitação do poder estatal e se transferem para a esfera privada, protegendo o indivíduo nas relações contra os agentes privados. Surge a ideia de que há nesta relação, indivíduos que, dotados de poder, acabam por causar danos e oprimir o ser humano em seu cotidiano privado, tanto quanto o Estado o faz.

Dispõe sobre essa teoria Marmelstein:

Em decorrência dessa constatação de que a sociedade também pode tyrannizar tanto quanto o Estado e também pode cometer violações aos mais básicos direitos do ser humano, fala-se hoje na aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, ou se-

ja, esses direitos deixaram de ser um mero instrumento de limitação do poder estatal para se converter também em uma ferramenta de conformação ou modelação de toda a sociedade melhor dizendo, em um “sistema de valores” a orientar toda ação pública e privada (MARMELESTEIN, 2008, p. 41).

A primeira decisão que reconheceu a eficácia horizontal dos direitos fundamentais de forma expressa foi no ano de 1958, no Tribunal Constitucional Federal Alemão, no caso Luth, de que se faz seguir o seguinte trecho:

A finalidade primária dos direitos fundamentais é a de salvaguardar as liberdades individuais contra interferência das autoridades públicas. Eles são direitos defensivos do indivíduo contra o Estado. Esta é uma decorrência do desenvolvimento histórico do conceito de direitos fundamentais e também do desenvolvimento histórico que levou à inclusão de direitos fundamentais nas constituições de vários países. [...] É igualmente verdadeiro, no entanto, que a Lei Fundamental não é um documento axiologicamente neutro. Sua seção de direitos fundamentais estabelece uma ordem de valores, e esta ordem reforça o poder efetivo destes direitos fundamentais. Este sistema de valores, que se centra na dignidade da pessoa humana, em livre desenvolvimento dentro da comunidade social, deve ser considerado como uma decisão constitucional fundamental, que afeta a todas as esferas do direito público ou privado. Ele serve de metro para aferição e controle de todas as ações estatais nas áreas da legislação, administração e jurisdição. Assim é evidente que os direitos fundamentais também influenciam o desenvolvimento do direito privado. Cada preceito do direito privado deve ser compatível com este sistema de valores e deve ainda ser interpretado à luz do seu espírito. O conteúdo legal dos direitos fundamentais como normas objetivas é desenvolvido no direito privado através dos seus dispositivos diretamente aplicáveis sobre esta área do direito (MARMELESTEIN, 2008, p. 41).

Deparamo-nos com uma situação conflituosa, em que dois direitos aparentemente poderão ser aplicados para solucionar um litígio, sendo que há de se fazer a opção por um em detrimento do outro. Razão de inúmeras discussões, haja vista que deixando os direitos fundamentais e aplicando uma norma de direito privado, estaríamos negando a posição hierárquica de norma suprema da Constituição Federal, mas aplicando os direitos fundamentais em detrimento do privado, de onde ocorreria uma supressão da autonomia da vontade.

Trata-se de uma relação complicada, em que o Judiciário, ao optar pela aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, pode causar grandes aberrações jurídicas, deixando às vezes de trazer benefícios, para trazer maiores conflitos, podendo-se, por exemplo, mitigar a autodeterminação, tirando todo o equilíbrio que deveria conter na relação discutida, e privando as pessoas de exercerem de forma plena suas liberdades.

Daniel Sarmento explica que

temos, como seres humanos, o direito inalienável de agir com base em nossos sentimentos pessoais, preferências subjetivas de foro íntimo, e até caprichos, e esta faculdade as autoridades públicas, num Estado de Direito, não podem possuir. Por tudo isso, tem-se entendido que a fixação de limites para a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares envolve um problema de ponderação com a autonomia privada. Esta ponderação, num Estado que “leva a sério” a democracia, deve ser realizada primariamente pelo legislador. No entanto, na falta de norma, ou diante da sua inadequação em face dos valores constitucionais em jogo, a competência transfere-se para o juiz (SARMENTO, 2010, p. 223).

Da eficácia horizontal, ponto principal deste estudo, deriva duas teorias que tentam normatizar a forma pela qual os direitos fundamentais serão aplicados. Trata-se da teoria da Eficácia Indireta (mediata) e da teoria da Eficácia Direta (imediata).

5.2.1. Teorias da eficácia indireta (mediata) e direta (imediata) dos direitos fundamentais

Analisando a possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, duas teorias devem ser verificadas: a teoria da eficácia indireta e a teoria da eficácia direta.

A corrente que defende a teoria da eficácia indireta alega que não haveria uma aplicação imediata, direta dos direitos fundamentais, haja vista que dessa forma, aplicando-se imediatamente, não estaria garantida a autonomia da vontade. Por esta teoria, os direitos fundamentais não teriam por função resolver conflitos entre particulares.

Guilherme Pena Moraes entende que esta teoria

afasta a aplicação privada dos direitos fundamentais, independentemente de mediação dos órgãos legislativos, com a finalidade de preservar a autonomia da vontade, a harmonia entre os Poderes e a identidade do Direito Privado, que ficaria absorvido pelo Direito Constitucional (MORAES, 2008, p. 502).

Afirma-se que os direitos fundamentais só poderiam ser aplicados a uma relação entre particulares, quando houvesse uma norma para disciplinar a aplicação. Preza-se pela garantia da autonomia da vontade, e afirma-se que pela aplicação imediata, o Judiciário ficaria detentor de um poder além do que lhe compete, ficando o indivíduo à mercê dos juízes.

Aqui se encontra grande crítica a essa teoria, pois a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, apenas existindo uma norma regulamentadora para tanto, faz com que a Constituição perca, se assim podemos dizer, sua característica de Norma Suprema.

Com clareza, Sarmento (2010, p. 209) explica que o simples fato de não existir regra específica sobre a matéria, ou quando havendo, esta estiver divergente dos valo-

res constitucionais, não obsta a aplicação dos direitos fundamentais, sendo que se assim o fosse, a Constituição Federal estaria servindo apenas de depósito de conselhos ao Legislativo.

A segunda teoria, da eficácia direta ou imediata, defende que há um equilíbrio entre os direitos fundamentais e as relações privadas. Prepondera a justiça, tanto do indivíduo com relação a abusos do Estado, quanto contra terceiros. Defende-se a aplicação de normas constitucionais nas relações entre particulares, sem que haja um intermédio legislativo.

Guilherme Pena Moraes explica que esta teoria

afirma a aplicação privada dos direitos fundamentais, invocáveis perante os órgãos jurisdicionais, de sorte a tutelar a pretensão deduzida, diante dos perigos oferecidos pelas entidades privadas que, nas sociedades de massa, são revestidas de poder social e econômico, em todos os âmbitos da atuação humana [...] (MORAES, 2008, p. 502).

Ao contrário da teoria anteriormente apresentada, nesta, os direitos fundamentais teriam aplicação imediata, independentemente da existência ou não de uma norma que assim regulamente. Destaca-se a possibilidade de uma norma não estar em consonância com os direitos fundamentais, acarretando assim a inconstitucionalidade da mesma.

Seria complicado dizer que em qualquer caso deverão se aplicar os direitos fundamentais. Estaríamos suprimindo a autonomia da vontade e a liberdade do indivíduo, ora também consagrados na Carta Magna. Sobre esse fato dispõe Daniel Sarmento:

O fato de os particulares serem também titulares de direitos fundamentais, desfrutando de uma autonomia privada constitucionalmente protegida, impõe uma série de adaptações e especificidades na incidência dos direitos humanos no campo privado. Este é um ponto reconhecido consensualmente mesmo pela doutrina que advoga a tese da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares (SARMENTO, 2010, p. 222).

A busca é por uma ponderação dos conflitos existentes entre os direitos fundamentais e a autonomia privada.

5.2.2. A eficácia horizontal perante a doutrina e a jurisprudência

A aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, ainda se mostra minoritária. Há autores que defendem uma aplicação integral dos direitos fundamentais nas relações privadas, outros que negam a sua aplicação, e outros ainda saem em prol de uma aplicação indireta.

Vieira de Andrade destaca a respeito à não-aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas:

[...] quando muito, os preceitos constitucionais serviriam como princípios de interpretação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados suscetíveis de concretização, clarificando-os (*Wertverdeutlichung*), acentuando ou desacentuando determinados elementos do seu conteúdo (*Wertakzentuierung, Wertverschärfung*), ou, em casos extremos, colmatando as lacunas (*Wetschutzluckenschliessung*), mas sempre dentro do espírito do Direito Privado (ANDRADE *apud* SARMENTO, 2010, p.184).

Virgílio Afonso da Silva (SILVA *apud* COELHO, 2009, p. 233-234) adota uma posição diferente no que diz respeito à eficácia indireta dos direitos fundamentais, em que a aplicação desses direitos às relações privadas variará em detrimento do caso concreto em questão. Cada caso será avaliado, e dessa maneira, várias serão as decisões, podendo até mesmo ocorrer decisões diversas para um mesmo caso, pois dependerá da opinião e interpretação do aplicador do direito.

Percebe-se que os adeptos da teoria da eficácia indireta simplesmente atenuam as defesas daqueles que negam completamente a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas (SARMENTO, 2010, p. 184).

Por outro lado, defendem a eficácia horizontal Daniel Sarmiento e Carlos Roberto Siqueira Castro. Daniel Sarmiento (2010, p. 171) explica que, de fato, parece indiscutível que se a opressão e a violência contra a pessoa provêm não apenas do Estado, mas de uma multiplicidade de atores privados, presentes em esferas como o mercado, a família, a sociedade civil e a empresa, a incidência dos direitos fundamentais na esfera das relações entre particulares se torna um imperativo incontornável.

Carlos Roberto Siqueira defende que

[...] o sentimento constitucional contemporâneo passou a exigir que o princípio da dignidade do homem, que serve de estrutura ao edifício das Constituições da era moderna, venha fundamentar a extensão da eficácia dos direitos fundamentais às relações privadas, ou seja, a eficácia externa, também denominada direta ou imediata, que na prática coincide com o chamado efeito horizontal do elenco de direitos, de liberdades e de garantias que através do tempo granjearam assento nos estatutos supremos das nações (SIQUEIRA *apud* SARMENTO, 2010, p. 214).

Já aparecem casos no nosso ordenamento jurídico, em que os direitos fundamentais são aplicados às relações privadas. Conforme demonstra Uadi Lammêgo:

Viola o princípio da igualdade estatuto de empresa que discrimina funcionários com base em critério de sexo, raça, nacionalidade e credo religioso (STF, RE 161.243-6); e pratica constrangimento ilegal fábrica que faz a revista íntima de funcionárias (STF, RE 160.222-8) (BULOS, 2009, p. 237).

No Supremo Tribunal Federal, houve o julgamento de um dos mais precedentes casos de aplicação de direitos fundamentais às relações privadas. Este, no ano de 2005, concluiu que o princípio da ampla defesa tem incidência direta nas relações entre particulares, motivo pelo qual membro de sociedade não pode ser excluído sem a garantia da ampla defesa:

II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA 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 direto 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 [...]. (Recurso Extraordinário 201.819 STF; Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 08 nov. 2010)

Existem também casos de sua aplicação nas relações de consumo: “Fere o princípio da razoabilidade contrato de consórcio que prevê devolução nominal de valor já pago em caso de desistência (STF, RE 175.161-4)” (BULOS, 2009, p. 237).

Praticamente todos os autores que aderem à aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas reconhecem que para que esta aplicação possua eficácia, faz-se necessário o uso do instituto da ponderação (SARMENTO, 2010, p. 208). Paulo Gustavo Gonet Branco reconhece que “em qualquer caso, é necessário ponderar o direito fundamental em jogo com a autonomia privada do particular, e que o grau de desigualdade da relação jurídica constitui dado relevante para decisão do caso” (GONET *apud* SARMENTO, 2010, p. 214).

Percebe-se, portanto, que a teoria da eficácia horizontal direta não propõe uma vinculação total aos direitos fundamentais.

6. Conclusão

Dentro do nosso ordenamento jurídico, os direitos fundamentais exercem função essencial à justiça, sendo os mesmos imprescindíveis para o desenvolvimento de uma sociedade.

No presente estudo, verificou-se que os direitos fundamentais surgiram inicialmente para reger as relações entre indivíduo e Estado, sendo que este último, detentor de grande poder, teria uma maior tendência de cometer arbitrariedades e opressões, motivo pelo qual não há discussões quanto à aplicação dos direitos fundamentais dentro das relações públicas. Entretanto, abusos e arbitrariedade partem não só do Estado, como também da sociedade para com o cidadão. Esta percepção trouxe a indagação se seria possível a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Para responder a esse questionamento, este trabalho conceituou, classificou e apresentou as características dos direitos fundamentais. Pesquisou-se a opinião da doutrina e da jurisprudência sobre a eficácia denominada horizontal.

O assunto não é pacífico. Parte da doutrina nega esta aplicação, alegando que haveria supressão da autonomia da vontade, e o direito privado seria absorvido pelo contexto constitucional. Por outro lado, os que defendem, afirmam que não aplicando os direitos fundamentais, estaria sendo desconsiderada a posição de norma suprema da Constituição Federal, e que a autonomia da vontade não tem caráter absoluto, podendo e devendo ser ponderada com os direitos constitucionais.

Por todo o exposto, entende-se que o melhor posicionamento é aquele favorável à aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, desde que haja equilíbrio e ponderação na sua aplicação. O que se pretende com a adoção da teoria da eficácia horizontal é a progressão de uma sociedade, uma convivência harmônica, e uma simetria dentro das relações privadas, não a criação de mais um poder “extremista” ao Poder Público e uma supressão da vontade das partes.

Deve haver uma adequação das normas regentes das relações privadas com a Constituição, de forma a tornar a aplicação a mais eficaz possível em prol da justiça, principal busca de qualquer cidadão que teve seu direito lesado. Pretende-se que os aplicadores do direito explanem as regras disciplinadoras do direito privado em consonância com os direitos fundamentais, estabelecendo assim, parâmetros para a resolução dos casos concretos em debate.

Referências

BRASIL. *Declaração dos Direitos Humanos, 1948*. Nações Unidas no Brasil. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em 08 nov. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 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 Extraordinário n. 201819/RJ. Recorrente: União Brasileira de Compositores. Recorrido: Arthur Rodrigues Villarinho. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 11 de outubro de 2005. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em 08 nov. 2010.

BRASIL. *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. Organizado por Anne Joyce Angher. 11 ed. São Paulo: Rideel, 2010.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito Constitucional ao alcance de todos*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. São Paulo: Almedina, 2003.

COELHO, Luiz Eduardo de Toledo. Os Direitos Fundamentais e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana aplicados às Relações Privadas. *Revista de Direito Constitucional e Internacional: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 17, n. 66, p. 233-234, jan./mar. 2009.

DIDIER, Fredie Jr. (org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

HOLTHE, Leo Van. *Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2009.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARMELSTEIN, George. *Controle Judicial dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2008 (Currículo Permanente. Caderno de Direito Constitucional: módulo 5.

MORAES, Guilherme Pena. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.