

A IMPORTÂNCIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL COMO GARANTIA DA PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Zulmar Fachin¹

<http://lattes.cnpq.br/8640721822545057>

Karina Pereira Benhossi²

<http://lattes.cnpq.br/8422258752882441>

RESUMO: O presente artigo tem por finalidade refletir sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, partindo da premissa de que esses direitos são desrespeitados cotidianamente, em razão da atuação dos particulares, resultando em violações à dignidade da pessoa humana. Por eficácia horizontal compreende-se a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre indivíduo-indivíduo, e não indivíduo-Estado, ou seja, as agressões a tais direitos também podem ser causadas por atores privados, nas relações interpessoais. Nesse sentido, observa-se que a liberdade de atuar, garantida na própria Constituição Federal, deve prevalecer no campo das relações privadas. Contudo, esse entendimento não pode ser adotado de forma absoluta, haja vista a concepção de que os direitos (mesmo os fundamentais) são relativos. Assim, os direitos fundamentais, não apenas os que se concretizam em face do Estado, mas inclusive os que são exercíveis no espaço reservado à autonomia privada, devem se constituir em instrumentos de proteção e promoção da dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE: Dignidade da Pessoa Humana; Direitos Fundamentais; Autonomia Privada; Eficácia Horizontal.

THE RELEVANCY OF THE HORIZONTAL EFFECTIVENESS AS A GUARANTEE OF PRESERVATION TO THE FUNDAMENTAL RIGHTS AND HUMAN PERSON DIGNITY

ABSTRACT: This article aims to reflect about the horizontal effectiveness of the fundamental rights, starting from the premise that those rights are daily violated, due to the actions of individuals, resulting in violations on human person dignity. Horizontal effectiveness means the impact of fundamental rights in relations between person-person, and not person-state, in other words, disturbance on such rights can also be caused by private actors in interpersonal relationships. By this way, it is noted that the freedom to act, guaranteed in the Federal Constitution, must prevail in the field of private relations. However, this approach can not be adopted as absolute, given the idea that the rights (even the fundamentals) are relative. Thus, fundamental rights, not just those that consolidates by the state, but even those that are achievable in the space reserved for private autonomy, must make themselves as instruments of protection and promotion of human person dignity.

KEY WORDS: Human Person Dignity; Fundamental Rights; Private Autonomy; Horizontal Effectiveness.

¹ Doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Paraná – UFPR; Docente de Direito Constitucional no Mestrado do Centro Universitário de Maringá – CESUMAR e na Universidade Estadual de Londrina; Membro da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; Presidente do IDCC - Instituto de Direito Constitucional e Cidadania. Endereço eletrônico: <zulmarfachin@uol.com>.

² Graduada e Mestranda em Direito pelo Centro Universitário de Maringá (CESUMAR). Advogada. Endereço eletrônico: <karinapb12@hotmail.com>.

INTRODUÇÃO

A luta pelo respeito à dignidade da pessoa humana e pela plena efetivação dos direitos fundamentais sempre foi e continua sendo imprescindível para a proteção do ser humano, sobretudo para propiciar o direito de viver bem e ser respeitado em todos os aspectos da vida humana.

A dignidade da pessoa humana, embora não possa ser devidamente mensurada, representa um referencial protetor à vida, um princípio maior e supremo, sob o qual deve estar sempre em evidência, pois dela emana toda fundamentação para os demais direitos garantidos no ordenamento jurídico.

É inegável que os direitos fundamentais são essenciais para a ordem constitucional, pois além de influenciarem de forma a limitar a atuação nefasta do Estado em face dos indivíduos, permite a eles ter como escudo a proteção de direitos que os fazem serem reconhecidos como pessoa detentora de respeito à dignidade. Por tanto, a eficácia vertical dos direitos fundamentais é pacífica, não havendo controvérsias sobre sua incidência.

Procurar-se-á demonstrar que as relações que se formam na sociedade não provem apenas do Estado, mas também dos particulares, sob as quais inexistente intervenção estatal, além de serem reguladas pelo direito privado.

Diante desse contexto, buscar-se-á a premissa de que as agressões à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais podem emanar de uma multiplicidade de atores privados, seja indivíduos ou entidades cuja posição hierárquica se encontra no mesmo plano.

Eis o objetivo da presente pesquisa, qual seja, constatar que as relações privadas, que são livres para atuarem em razão da autonomia privada, podem em função da liberdade desmedida, macular os direitos, valores e garantias individuais. Por isso, justifica-se a relativização da autonomia privada em prol da defesa da eficácia horizontal como garantidora da previsão constitucional que resguarda direitos tão importantes para o ser humano.

Por fim, faz-se uma abordagem acerca das teorias sobre eficácia horizontal e os fundamentos para justificar a defesa da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, como meio de efetivação e proteção dos referidos direitos e da dignidade da pessoa humana.

1 NOÇÃO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A idéia de dignidade humana vai muito além do que a tradução da palavra, ela repousa no ser de cada pessoa, passando a agregar maior valor e reconhecimento após a Segunda Guerra Mundial, em que se ficou nitidamente registrado o sofrimento e a ofensa à humanidade pelo desrespeito desmedido causado por conflitos que a história escreveu.³

Apesar de acontecimentos pretéritos que também marcaram o valor da dignidade humana, somente por volta de 1945 com a elaboração de documentos legislativos, como a Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, que se consolidou o respeito aos direitos fundamentais do homem, da dignidade e do valor do ser humano, além da qualidade de que todos nascem livres e iguais em dignidade e direitos.⁴

A visão patrimonialista conservada até então, passou a dar espaço à valorização do indivíduo, permitindo que este fosse colocado em evidência, levando o princípio da dignidade da pessoa humana como o “primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarida dos direitos individuais”⁵.

Para adentrar no contexto da dignidade humana, é de extrema importância entender o significado e importância da pessoa, do ser humano, obviamente sujeito de direitos e deveres. Nesse prisma, Hans Kelsen faz a seguinte conceituação:

[...] a pessoa física é um ser humano, [...]. Em considerações jurídicas, estamos interessados no homem apenas na medida em que a sua conduta faça parte do conteúdo da ordem jurídica. Assim, apenas as ações e abstenções de um ser humano qualificado como deveres ou direitos na ordem jurídica são relevantes para o conceito de pessoa jurídica. Definir a pessoa física (natural) como um ser humano é incorreto, porque homem e pessoa não são apenas dois conceitos diversos, mas também os resultados de dois tipos inteiramente diversos de consideração. [...] Pessoa é um conceito

³ A história por si só, fortaleceu as bases de proteção ao ser humano. Norberto Bobbio, em sua obra “A era dos direitos” ratifica a idéia de que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez, nem de uma vez por todas. As nações não compartilham os mesmos valores, pois em cada lugar, a história é escrita de forma diversa. O que é fundamental para determinada nação, não o é para outra, ou para outras épocas e culturas diversas. E justamente a expressa concepção de que esses direitos do homem são inerentes à ele, ou à sua própria natureza, não cabe ao governo retirá-los em qualquer circunstância. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 1-65.

⁴ Eis a origem e o fundamento da dignidade humana, conforme se infere do Preâmbulo da Carta das Nações Unidas e o artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

⁵ NUNES, Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 45.

da jurisprudência, da análise de normas jurídicas. [...] Faz sentido dizer que o Direito impõe deveres e confere direitos a seres humanos⁶.

O ser humano é dotado de inúmeras características que o fazem apto a gozar da prerrogativa de ao menos ser tratado com o mínimo de respeito, pelo simples fato de ser pessoa. Ao abordar a dignidade da pessoa humana, bem como um conceito exato sobre os valores que essa temática alberga, cabe frisar que sem pretensão e possibilidade de exaustividade, a noção de dignidade humana, se pauta, em última análise, nos direitos fundamentais, vistos como um alicerce para se garantir que ao ser humano seja destinado um tratamento que preserve seus direitos.

Dessa forma, aponta Adriana Zawada Melo que “é na garantia que os Estados contemporâneos buscam ofertar, a cada indivíduo, de levar sua vida de acordo com a dignidade humana, que os direitos humanos fundamentais encontram sua explicação e sua inspiração”⁷.

Sob o que enfoque da proteção de direitos, é possível evidenciar a preocupação de tutelar a vida humana sob todos os seus aspectos, permitindo e conciliando a atuação estatal para com o indivíduo e as relações interpessoais em plena harmonia, a fim de que seja assegurado o valor supremo do ser humano, qual seja, a dignidade da pessoa humana⁸.

Cabe frisar nesse contexto de valores, o ensinamento de Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão, quanto a liberdade de escolha, de ideologia e filosofia de vida:

Os valores que norteiam a vida do ser humano são de ordem emocional, cultural espiritual e moral. A existência humana admite diferenças no modo de conceber e viver os valores, além disso, cada pessoa tem a capacidade de escolha dos valores que terão predominância sobre sua vida e que serão considerados válidos. Aí está a liberdade interior do ser humano em fortalecer determinado valor ético ou moral, em seu interior. Em razão dessa liberdade, existem as diferenças axiológicas no meio social⁹.

⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 136.

⁷ MELO, Adriana Zawada. *A dignidade da pessoa humana como fundamento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais*. In: GOZZO, Débora (Coord.). *Informação e direitos fundamentais: a eficácia horizontal das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 16.

⁸ O autor Elimar Szaniawski trata a dignidade da pessoa humana como o “princípio-mãe de todos os demais princípios constitucionais”, sendo ele o fundamento de todo o ordenamento jurídico. SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2.ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 61-62.

⁹ FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. *Direito e axiologia – o valor da pessoa humana como fundamento para os direitos da personalidade*. Revista Jurídica Cesumar, Maringá, v. 7, n. 1, p. 57-80, jan./jun. 2007, p. 62.

Cada um merece o espaço a que tem direito, possuindo capacidade de escolha para se realizar como ser humano, por seus próprios meios, e isso também se traduz em dignidade humana.

Nesse contexto, oportuno mencionar a lição de Ingo Wolfgang Sarlet a respeito da profundidade e relevância da dignidade da pessoa humana:

[...] onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças. Tudo, portanto, converte no sentido de que também para a ordem jurídico-constitucional a concepção do homem-objeto (ou homem-instrumento), com todas as conseqüências que daí podem e devem ser extraídas, constitui justamente a antítese da noção de dignidade da pessoa, embora esta, à evidência, não possa ser, por sua vez, exclusivamente formulada no sentido negativo (de exclusão de atos degradantes e desumanos), já que assim se estaria a restringir demasiadamente o ambiente de proteção da dignidade.¹⁰

É preciso, todavia, que haja um equilíbrio resguardando o suposto embate entre as relações ocorridas no âmbito público e privado, onde os sujeitos se relacionem de modo a respeitar os limites estipulados pelos direitos e garantias individuais, tendo em vista que a dignidade humana não só deve, mas como também prevalece, imperando sempre no que tange a proteção e o respeito ao indivíduo.

A dignidade humana, não deve ser vista como uma mera garantia constitucional, pois é um princípio fundamental basilar. Tal princípio vai muito mais além, e requer, para seu cumprimento, políticas atuantes e efetivas por parte do Estado, sendo inimaginável que a visão de dignidade se restrinja aos exatos termos da legislação, limitada pela ausência do Estado e falta de capacidade financeira de um poder executivo hipertrofiado, diante dos problemas, sobretudo os sociais, vivenciados pela sociedade¹¹. De fato, como salienta Ana Cláudia Marassi Spineli, “a dignidade não é mero conceito ou apelo ético e moral. O poder estatal deve propiciá-la a cada indivíduo, como direito fundamental, pois só assim será

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 7. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 66.

¹¹ 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, São Paulo, n. 67, ano 17, p. 214-243, abr./jun. 2009, p. 219.

alcançada a justiça”¹². Dessa afirmação, é lógica a conclusão de que a justiça está totalmente ligada à dignidade da pessoa humana, sendo esta um elemento básico condicional para que se vislumbre a justiça almejada.

A dignidade se mostra tão profunda, que pode ser identificada como um elemento mínimo de sobrevivência do ser humano, sob todos os aspectos de vida, e se funda nos direitos que o homem necessita ter respeitados, possuindo um elo com a educação, a cultura, a segurança, a religião, a liberdade, a igualdade, dentre outros inúmeros preceitos sem os quais a pessoa não se completa como pessoa, ser humano digno de usufruir direitos.

Seja qual for a circunstancia “no convívio social, seus pensamentos, ações e o próprio comportamento têm que ser respeitados, desde que não prejudiquem ou firam a dignidade de outro e de si mesmo. É a liberdade de imagem, de intimidade e de consciência que, também, constituem a sua dignidade”¹³. Nesse sentido, também preleciona Luiz Eduardo de Toledo Coelho:

Somente colocando em prática a dignidade da pessoa humana é que o homem conseguirá realizar seu projeto existencial, seja ele qual for. Importante destacar, desde já, que o homem para decidir a respeito de seu destino precisa estar postado em situação de igualdade material com seus semelhantes, é preciso que ele tenha tido a oportunidade escolher entre o céu, a água e o mar¹⁴.

Conforme dito alhures, diante dessa dificuldade em poder mensurar ou evidenciar o conteúdo que molda a dignidade, não há como se obter um conceito universal, mas que se aproxime ao máximo do contexto que envolve tal princípio. Por tais razões, cumpre-se colacionar o conceito formulado por Ingo Wolfgang Sarlet, cuja dignidade da pessoa humana pode ser entendida como:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e

¹² SPINELI, Ana Claudia Marassi. *Dos direitos da personalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana*. Revista Jurídica Cesumar, Maringá, v. 8, n. 2, p. 369-382, jul./dez. 2008, p. 378.

¹³ SPINELI, Ana Claudia Marassi. *Dos direitos da personalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana*. Revista Jurídica Cesumar, Maringá, v. 8, n. 2, p. 369-382, jul./dez. 2008, p. 378.

¹⁴ 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, São Paulo, n. 67, ano 17, p. 214-243, abr.-jun. 2009, p. 219.

da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida¹⁵.

Diante do aludido conceito não restam dúvidas no que tange a profundidade desse princípio, que se interliga com todos os aspectos voltados à efetivação dos direitos individuais, tendo o Estado a obrigação de atuar no intuito de concretizar o que o texto constitucional prevê, a fim de ao menos legitimar o Estado democrático de direito. Nesse prisma, salienta Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] além da íntima vinculação entre as noções de Estado de Direito, Constituição e direitos fundamentais, estes, sob o aspecto de concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como dos valores da igualdade, liberdade e justiça, constituem condição de existência e medida da legitimidade de um autêntico Estado Democrático de Direito, tal qual como consagrado também em nosso direito constitucional positivo vigente¹⁶.

Nota-se que o autêntico Estado Democrático de Direito só existe na medida em que todos os elementos essenciais garantidos constitucionalmente estejam presentes e concretizados, o que reforça a idéia de importância da preservação da dignidade da pessoa humana.

Na concepção de Cleverson Mèrlin Clève, exprime-se a idéia de que o Estado é um meio para a plena efetivação dos direitos fundamentais e da dignidade humana:

[...] o Estado é uma realidade instrumental [...]. Todos os poderes do Estado, ou melhor, todos os órgãos constitucionais, têm por finalidade buscar a plena satisfação dos direitos fundamentais. Quando o Estado se desvia disso, ele está do ponto de vista político, se deslegitimando, e do ponto de vista jurídico, se desconstitucionalizando¹⁷.

Portanto, partindo da premissa de que o Estado é o precursor para concretização dos direitos e garantias individuais, o ser humano é o fim, que representa, por óbvio, a primazia da pessoa humana em face do Estado.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 7. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 67.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 74.

¹⁷ CLÈVE, Clémerson Mèrlin. *O Controle de Constitucionalidade e a Efetividade dos Direitos Fundamentais*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 388.

A importância do referido princípio é indiscutível, uma vez que se trata de um “valor supremo e fundamento do Estado Democrático de Direito, pois a dignidade da pessoa humana é a garantia das condições mínimas de existência, conforme a justiça social”¹⁸.

A dignidade da pessoa humana tem o condão de amparar e fundamentar qualquer afronta ao ser humano. Assim, diante das múltiplas dimensões que a dignidade envolve, convém elucidar seu conteúdo como sendo “tudo aquilo que merece respeito, consideração, mérito ou estima. Está na categoria da moral, como qualidade ou valor particular atribuído aos seres humanos em função da posição que eles ocupam na escala dos seres”¹⁹, o que corrobora com a indiscutível necessidade de preservar tal princípio de valor significativo para toda humanidade.

Assim sendo, a dignidade da pessoa humana constitui o arcabouço do ordenamento jurídico, possuindo extrema relevância para o bem-estar humano, que só pode ser alcançado, se respeitados esses direitos e valores que formam o indivíduo.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA IMPORTÂNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Os direitos fundamentais também percorreram um logo trajeto até serem consagrados com a devida importância no atual ordenamento jurídico. No decorrer da história, as constituições passaram a incorporar esses direitos a partir do momento em que reconhecem o indivíduo enquanto um ser moral, capaz e merecedor de usufruir de seu direito de liberdade, igualdade e propriedade. E assim, o indivíduo pode fazer serem respeitados tais direitos, tanto em face do Estado, como perante a sociedade²⁰.

A Constituição Federal alberga em seu texto um rol de princípios, direitos e garantias fundamentais, tanto de forma expressa, como implícita, mas independentemente, devem ser estritamente respeitados. Na realidade, “os direitos fundamentais, por serem fundantes, são prévios, isto é, ligados a um núcleo de valores antecedentes ao próprio Estado”²¹. Logo, sempre estiveram presentes no ordenamento jurídico formalizado pelas constituições.

¹⁸ SPINELI, Ana Claudia Marassi. *Dos direitos da personalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana*. Revista Jurídica Cesumar, Maringá, v. 8, n. 2, p. 369-382, jul./dez. 2008, p. 378.

¹⁹ SPINELI, Ana Claudia Marassi. *Dos direitos da personalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana*. Revista Jurídica Cesumar, Maringá, v. 8, n. 2, p. 369-382, jul./dez. 2008, p. 378.

²⁰ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 22.

²¹ AMARAL, Gustavo. *Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes*. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 103.

Os direitos fundamentais, aqui expressados de forma ampla, representam direitos imprescindíveis à pessoa humana e de extrema importância, pois nenhuma lei pode afrontar qualquer desses direitos, que existem para assegurar à todos os seres humanos o respeito, a existência digna, livre e igual.

Ao Estado, não cabe apenas e tão somente a função de reconhecer os direitos fundamentais formalmente, isto é, constar no texto da constituição como regras. É indispensável que o Estado haja de forma a concretizar tais direitos, impondo a obrigação de cumprimento a si mesmo e a todos, sob pena de responder por eventual ofensa.

Nesse sentido são as palavras de Paulo Bonavides, em que “os direitos fundamentais, em rigor, não se interpretam; concretizam-se”²², sendo uma real ofensa a ausência do Estado para evitar o sofrimento humano, pelo descumprimento de tal premissa.

Embora a ênfase aos direitos fundamentais possa parecer de conhecimento geral, não se pode negar a real necessidade de efetivação desses direitos. O debate sobre essa efetivação sempre deverá existir, pois enquanto o ser humano é tolhido de “usufruir” direitos e garantias mínimas, o Estado não cumpre com seu papel, sendo que sua omissão ou não cumprimento dá azo à ações constitucionais.

Quanto a definição dos direitos fundamentais, na concepção de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, “são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”²³.

Nesta definição, é possível constatar significativos elementos caracterizados, como os sujeitos da relação formalizada pelos direitos fundamentais, a finalidade desses direitos, bem como sua posição no ordenamento jurídico²⁴.

Para Ingo Wolfgang Sarlet, os direitos fundamentais podem ser entendidos como:

[...] todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à constituição

²² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 545.

²³ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 46-47.

²⁴ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 47.

material, tendo, ou não assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do catálogo)²⁵.

Nesse enfoque, é inegável o tratamento privilegiado que os direitos fundamentais são submetidos na Constituição, o que se justifica pela extrema formalidade e até impossibilidade de alteração de determinados conteúdos considerados cláusulas pétreas.

Há que se fazer também uma análise sob o enfoque da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, na perspectiva de André Rufino do Vale:

[...] as normas que consagram direitos fundamentais, não são apenas constitutivas de direitos subjetivos (em sentido amplo), mas operam também como valores objetivos do sistema jurídico. Isso leva a crer que os direitos fundamentais não podem ser entendidos apenas do ponto de vista de certas concepções individualistas, pelo que acabariam sendo resumidos a um emaranhado de posições jurídicos-subjetivas em face do Estado. Os direitos fundamentais são a expressão normativa do conjunto de valores básicos de uma sociedade²⁶.

Sobre uma concepção estritamente objetiva, Virgílio Afonso da Silva preleciona que “proteger o conteúdo essencial de um direito fundamental implica proibir restrições à eficácia desse direito que o tornem sem significado para todos os indivíduos ou para boa parte deles”²⁷. Em contrapartida, a dimensão subjetiva é aquela que realmente é afetada na ocorrência de uma restrição ou eliminação da proteção de um direito fundamental, como por exemplo, ao vislumbrar a possibilidade de pena de morte no Brasil, no caso de guerra declarada, o que faz abolir o direito à vida daquele que é condenado²⁸.

Ao falar em direitos fundamentais, não há como não relacionar sua significativa importância com a vida, o bem-estar, a liberdade e a igualdade dos seres humanos. Nessa perspectiva, Robert Alexy remete a idéia de que “o fato das normas de direitos fundamentais estabelecerem os conteúdos constitucionalmente necessários e impossíveis para o sistema jurídico constitui o núcleo da fundamentalidade formal desses direitos”²⁹.

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 91.

²⁶ VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de Direitos Fundamentais*. Repensando a distinção entre regras, princípios e valores. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 167.

²⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 185.

²⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 186.

²⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 522.

Os direitos fundamentais são a base do ordenamento jurídico, pois regulam as ações do Estado, em benefício aos indivíduos, bem como a estrutura normativa em que se pauta o poder legislativo, executivo e judiciário. Na lição de Robert Alexy, “direitos fundamentais e normas de direitos fundamentais são fundamentalmente substanciais porque, com eles, são tomadas decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade. Isso vale independentemente do quanto de conteúdo é a eles conferido”³⁰.

Os direitos fundamentais não só precisam como também são colocados em evidência, sendo necessário discutir sua efetivação, bem como o ponto crucial na defesa de tais direitos: sua prevalência sobre qualquer circunstância, ou seja, sua eficácia horizontal nas relações privadas, onde a princípio, não possui espaço para tal interferência, mas que pode repercutir sérios efeitos para uma das partes, nas relações advindas de sujeitos particulares em geral.

Embora exista a possibilidade de os indivíduos regularem seus próprios interesses, objeto pelo qual o direito civil privado se ocupa, não há como não discutir o iminente prejuízo que pode afetar as relações onde os direitos fundamentais não sejam observados.

É um risco evidente deixar a mercê do poder privado, a autonomia desmesurada para regular quaisquer relações, sob o argumento de que o próprio ordenamento jurídico lhe faculta agir, em detrimento de direitos e valores, conforme aqui já expostos, que são indispensáveis à proteção do ser humano.

3 A AUTONOMIA PRIVADA E SUA RELATIVIZAÇÃO

Sem pretender exaurir o conteúdo relativo à autonomia privada, bem como sem discorrer por suas bases históricas que levaram à construção do atual panorama liberal, pretende-se tornar claro o fato de que a sociedade alberga uma multiplicidade de relações tanto verticais (entre indivíduos e Estado), quanto interpessoais, cujos sujeitos possuem ampla liberdade de atuação, com poderes para deliberar sobre determinadas regras de interesses e satisfação pessoal. Ocorre que tal liberdade, se não for dosada, pode acarretar em violações a direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana.

Ao abordar o embate no tocante a incidência ou não de direitos fundamentais na esfera privada, tratar-se-á da oposição entre a liberdade da autonomia privada e sua suposta relativização por meio dos direitos fundamentais ora aplicados nas relações entre Estado e

³⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 522.

indivíduo, mas que pelas razões aqui expostas, também deverão incidir nas relações interpessoais.

Ressalte-se, por primeiro, que a autonomia privada também é uma garantia constitucional, como bem observa Daniel Sarmiento ao explicar que tal princípio “tem berço constitucional na cláusula da dignidade da pessoa humana, no direito à liberdade inscrito no *caput* e no inciso II do art. 5º da Lei Maior e no princípio da livre iniciativa, acolhido no art. 170 do texto fundamental”³¹.

Observa-se, no entanto que há uma liberdade para atuar conforme desejos individuais, inexistindo controle de intervenção de terceiros. De fato, há possibilidade de particulares criarem suas próprias regras dentro de suas relações, auto-regulamentarem seus próprios interesses e decidir sobre aquilo que almejam conseguir, contudo, sem se olvidar dos limites a serem respeitados a fim de que o direito de terceiros não seja maculado.

De forma simples, a autonomia representa “o reconhecimento de que cabe a cada pessoa, e não ao Estado ou a qualquer outra instituição pública ou privada, o poder de decidir os rumos de sua própria vida, desde que isto não implique em lesão a direitos alheios”³².

Logo, o indivíduo diante de uma garantia constitucional expressa, possui liberdade para agir segundo suas ideologias e concepções, mas não se pode aceitar que tais comportamentos não se atenham para o suposto e eventual prejuízo que certos atos possam causar à terceiros, isto é, o benefício próprio pode certamente gerar uma ofensa ao direito alheio.

Ao invocar o conceito de autonomia privada, imperioso consignar que sua análise não pode fundar-se unicamente numa concepção de individualidade e de sobreposição da vontade particular em detrimento dos direitos e garantias individuais.

Na visão de Fernanda Borghetti Cantali, autonomia privada pode ser entendida da seguinte forma:

[...] em uma concepção atual, entende-se a autonomia privada como a faculdade ou poder conferido pelo ordenamento jurídico aos privados para autorregularem seus próprios interesses. Em outras palavras, trata-se do poder conferido às pessoas para livremente conformarem seus interesses, governando a sua esfera jurídica, já que no exercício cotidiano dos direitos, o que é garantido pela tutela positiva reconhecida pela ordem jurídica. No exercício da autonomia o titular do direito disciplina as relações concretas do seu cotidiano, criando, modificando ou extinguindo situações jurídicas. Nesse sentido, estabelece as regras que regulam as situações específicas de

³¹ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 6.

³² SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 188.

sua vida, regras estas que são reconhecidas e validadas pelo ordenamento jurídico, desde que não atinjam direitos de terceiros e não configurem um ato ilícito, além de respeitar o conteúdo mínimo da dignidade humana. A autonomia é, portanto, legítima fonte de direito, já que se traduz em um poder normativo³³.

Em que pese a autonomia privada conceder liberdade e poder de pactuar amplamente regras conforme o interesse individual no âmbito do direito privado, ela não pode estar desconexa aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana.

É notório que atualmente o Estado não mais enfatiza a autonomia privada e a liberdade contratual, elementos que imperavam antigamente e nesse sentido explana Luiz Eduardo de Coelho Toledo:

[...] isto ocorreu, em suma, porque proteger o cidadão contra a ação lesiva do Estado foi um primeiro passo, porém, este primeiro degrau não foi suficiente para pacificar a sociedade e satisfazer o ser humano. O que se contatou foi que em muitas ocasiões era necessário proteger o cidadão contra o próprio cidadão³⁴.

Torna-se claro que o poder econômico de algumas pessoas aliado à ampla liberdade de pactuar negócios, pode indubitavelmente compelir indivíduos a situações vexatórias³⁵, privá-los de direitos mínimos, além de fortalecer ainda mais supostas desigualdades que a sociedade já está farta de presenciar.

Portanto, é inegável o fato de que a autonomia privada embora tenha sua força normativa, deve ser relativizada perante outros direitos fundamentais e o princípio da dignidade humana.

Dessa forma, preceitua Daniel Sarmento:

[...] autonomia privada não é absoluta, pois tem de ser conciliada, em primeiro lugar, com o direito de outras pessoas a uma idêntica quota de liberdade, e, além disso, com outros valores igualmente caros ao Estado Democrático de Direito, como a autonomia pública (democracia), a igualdade, a solidariedade e a segurança. Se a autonomia privada fosse

³³ CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da Personalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 203.

³⁴ 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, São Paulo, n. 67, ano 17, p. 214-243, abr./jun. 2009, p. 226.

³⁵ 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, São Paulo, n. 67, ano 17, p. 214-243, abr./jun. 2009, p. 226.

absoluta, toda lei que determinasse ou proibisse qualquer ação humana seria inconstitucional³⁶.

Para corroborar com a interpretação de que a autonomia privada não deve ser absoluta, mas sim relativizada, colaciona-se o entendimento de Alexandre David Malfatti:

A autonomia privada deve ceder espaço a um direito fundamental social de maior magnitude, direta e umbilicalmente ligado à dignidade humana [...]. [...] Como conceber uma sociedade justa e solidária, uma redução das desigualdades sociais, a promoção do bem de todos se uma pessoa carente que necessita de atendimento médico e hospitalar especializado ficar desprovida da prestação de serviços por negativa da entidade privada³⁷.

O que deve restar claro, é que a autonomia privada deve vigorar sob o ponto de vista de não engessar a conduta privada e, não impossibilitar o direito individual de agir ora garantido constitucionalmente. O que se pretende demonstrar, é que essa autonomia não pode ser absoluta, tampouco utilizada como escudo para a prática de condutas vis, que afrontem os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, submetendo o ser humano a situações que possam discriminá-lo, diminuí-lo, impossibilitá-lo de ter a segurança jurídica a que tem direito.

É nesse sentido que se justifica a importância de se discutir a eficácia horizontal, pois a autonomia privada não pode ser um meio de ofensa à pessoa, mas sim uma prerrogativa que deve ser utilizada em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana e com os direitos fundamentais que devem, sobretudo, incidir nas relações privadas.

Cumpra-se assim denotar a importância de se conhecer as teorias que fundamentam a questão da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, em que se faz possível vislumbrar a autonomia privada em oposição à interferência desses direitos, o que propicia uma análise relevante do ordenamento jurídico, a fim de que se busque a efetivação e o equilíbrio entre os direitos fundamentais responsáveis por permitir a concretização da justiça social e da dignidade da pessoa humana.

³⁶ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 189.

³⁷ MALFATTI, Alexandre David. *O direito de informação no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Alfabeta Jurídico, 2003, p. 128.

4 FORMAS DE APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS: TEORIAS DA EFICÁCIA HORIZONTAL

Antes de adentrar no tema da eficácia horizontal, ressalta-se a distinção evidenciada em relação à eficácia vertical, a qual diz respeito à eficácia da aplicabilidade das normas constitucionais, que dentre as classificações que retratam o tema, destacam-se, por exemplo, as normas de eficácia plena, contida e limitada, conforme a clássica doutrina de José Afonso da Silva³⁸.

A eficácia horizontal diz respeito à incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, embora estas estejam amparadas pela autonomia privada e sejam reguladas pelo Direito Civil, que tutelam as relações no meio privado.

Ocorre que, a agressão e a opressão dos direitos fundamentais não provem apenas e tão somente do Estado, mas de uma multiplicidade de atores da esfera privada. Eis a preocupação em proteger tais direitos que são imprescindíveis para a preservação da dignidade da pessoa humana³⁹.

Nesse contexto, importa colacionar a lição de Daniel Sarmento acerca do tema:

O ponto nodal da questão consiste na busca de uma fórmula de compatibilização entre, de um lado, uma tutela efetiva dos direitos fundamentais, neste cenário em que as agressões e ameaças a eles vêm de todos os lados, e, do outro, a salvaguarda da autonomia privada da pessoa humana⁴⁰.

³⁸ A respeito do tema, oportuno mencionar o entendimento do autor sobre a eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais: “Uma norma só é aplicável na medida em que é eficaz. Por conseguinte, eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais constituem fenômenos conexos, aspectos talvez do mesmo fenômeno, encarados por prismas diferentes: aquela como potencialidade; esta como realizabilidade, praticidade. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 60.

³⁹ Conforme já explanado, a dignidade humana é valor intrínseco à pessoa, e deve ser respeitada em suas diversas dimensões. Ela é um princípio supremo dos quais emanam os direitos fundamentais. Nesse sentido, importar acrescentar a lição de Antonio Carlos de Sousa Soromenho-Pires: “o ser humano é o motivo e a finalidade tanto dos direitos da personalidade quanto dos direitos fundamentais, ou seja, a dignidade da pessoa humana é princípio constitucional basilar e, assim, todos os direitos da personalidade, bem como os direitos fundamentais, têm por obrigação a conquista e manutenção de uma vida digna para o ser humano [...]. SOUSA SOROMENHO-PIRES, Antonio Carlos de. *Intimidade, Personalidade e a Eficácia Vertical e Horizontal dos Direitos Fundamentais*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 75, ano 19, p. 157-186, abr./jun. 2011, p. 182.

⁴⁰ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 224.

Em regra, os direitos fundamentais são o instrumento de proteção do indivíduo perante o Estado, contudo, fala-se em eficácia horizontal justamente pelo fato de que o direito privado extrapola os limites do respeito, sendo tais ofensas perpetradas também na esfera privada⁴¹.

O ponto de partida para a discussão sobre essa temática teve início na Alemanha, logo após o advento da Lei Fundamental de Bonn, promulgada em 1949, surgindo antes do emblemático *leading case* “Lüth” que refletiu uma discussão política com intuito de proteger interesses de classes e grupos sociais desfavorecidos diante do poder de particulares. Dessa forma, desenvolveram-se as teorias da eficácia direta ou imediata, e a teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas. Nos Estados Unidos, uma teoria mais radical se sobressaiu, negando a interferência dos direitos fundamentais no meio privado.

Diante das controvérsias acerca da aplicação ou não dos direitos fundamentais nas relações privadas, conforme citado, algumas teorias foram criadas, competindo a cada país anuir com aquela que corresponda ao seu respectivo ordenamento jurídico.

Ademais, destaca-se a teoria da negação, a qual rejeita a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, a teoria da eficácia direta e imediata, que defende a total aplicação desses direitos, e a teoria da eficácia indireta e mediata, que é uma construção intermediária entre ambas as teorias ora citadas⁴².

4.1 Teoria da Negação (*State Action*)

A doutrina da *State Action* nos Estados Unidos inicia-se com os *Civil Rigths Cases*, julgados pela Suprema Corte norte-americana em 1883. Após o surgimento das doutrinas sobre a eficácia horizontal, alguns autores em oposição, trouxeram à tona a discordância da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, pautados num liberalismo clássico.

⁴¹ Segundo Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, “[...] no ordenamento jurídico brasileiro, vale como regra geral que destinatário dos deveres de proteção que correspondem aos direitos fundamentais é o Estado, tanto no dever de abstenção como no sentido do dever de ação mediante prestações. Os particulares devem respeitar os direitos fundamentais na exata medida em que estes forem concretizados por leis infraconstitucionais (o direito fundamental à vida corresponde à punição do homicídio etc.). DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 106.

⁴² Convém salientar também, a importante construção teórica de Robert Alexy sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que se resume em três teorias: uma de efeitos indiretos perante terceiros, uma de efeitos diretos e uma de efeitos mediados por direitos em face do Estado. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 529.

A teoria se baseia na negação da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, preservando “o espaço de autonomia dos Estados, impedindo que as cortes federais, a pretexto de aplicarem a Constituição, intervenham nas relações privadas”⁴³.

Os adeptos dessa teoria defendem que os efeitos dos direitos fundamentais não intervenham em outros ramos do direito, havendo assim uma radicalização desse argumento “para sustentar que direitos fundamentais são, *única e exclusivamente*, direitos dos cidadãos contra o Estado. Assim sendo, não produzem eles efeitos nas relações dos particulares entre si”⁴⁴.

Importante consignar que para esta corrente doutrinária, os direitos fundamentais surgiram nas declarações universais como forma de proteger o indivíduo do Estado, logo, não há que se falar em hierarquia normativa da Constituição em face do direito privado, o que não implica na admissão de uma hierarquia axiológica. Constata-se, portanto, uma igualdade entre valores constitucionais e valores do direito privado⁴⁵.

Dentre os argumentos ora utilizados para fundamentar a teoria da negação, alega-se que “a eficácia horizontal fulminaria a autonomia individual, destruiria a identidade do Direito Privado, que ficaria absorvido pelo direito constitucional, e conferiria um poder exagerado aos juízes, em detrimento do legislador democrático”⁴⁶.

Nesse contexto, importa ressaltar a crítica que Virgílio Afonso da Silva faz em relação à concepção da *state action* abordada por Daniel Sarmento, que parece confundir os fundamentos da referida doutrina com seus efeitos, para ele, “ao invés de negar a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas, a doutrina da *state action* tem como objetivo justamente definir *em que situações* uma conduta privada está vinculada às disposições de direitos fundamentais”⁴⁷.

Partindo da premissa que nega a incidência dos direitos fundamentais é possível inferir que esta doutrina não é um modelo que funcionaria plenamente em países cujos problemas de ordem econômica, aliado ao lento ou inexistente desenvolvimento, dentre outros aspectos, sejam um entrave para se cumprir determinada lei particular que dispusesse sobre a prevalência da autonomia privada em detrimento do poder estatal.

⁴³ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 228.

⁴⁴ SILVA, Virgílio Afonso, *A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 71.

⁴⁵ SILVA, Virgílio Afonso. *A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 72.

⁴⁶ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 226.

⁴⁷ SILVA, Virgílio Afonso. *A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 99.

As condições de cunho econômico, principalmente dos Estados Unidos, são distintas das do Brasil, pelo que facilmente se verificaria insegurança jurídica na possível aplicação da teoria da negação dos direitos fundamentais nas relações privadas, em países como o Brasil.

Alguns exemplos de decisões nesse sentido demonstram claramente a prevalência do individualismo vislumbrado pela cultura jurídica dos Estados Unidos, como é o caso *Boy Scouts of America v. Dale*⁴⁸ que resultou numa decisão proferida pela Suprema Corte à contramão dos direitos fundamentais previstos no Brasil. Sinteticamente, o caso teve como objeto de discussão a expulsão de *Dale* do grupo de escoteiros do qual fazia parte, pelo fato de ser homossexual, o conflito teve início quando a lei estadual prevista no Estado de *New Jersey* proibia qualquer tipo de discriminação contra homossexuais e com base nela, *Dale* intentou uma ação judicial questionando sua expulsão do grupo.

Contudo, a inconstitucionalidade da lei foi alegada, pois violava a liberdade de associação onde uma organização privada não era obrigada a admitir dentre seus integrantes, pessoas que não compartilhavam dos mesmos valores do grupo, prevalecendo assim o direito privado em detrimento do direito fundamental de não ser discriminado.

Nesse contexto não há como não vislumbrar a conclusão de que os Estados Unidos além de não admitir a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, cria obstáculos para o legislador ordinário tutelar tais relações, o que evidencia claramente o extremado individualismo que a referida teoria pode provocar⁴⁹, afastando direitos que são essenciais à preservação da dignidade da pessoa humana, conforme ilustrado no exemplo acima citado.

4.2 Teoria da Eficácia Mediata ou Indireta

Essa teoria foi criada pela doutrina alemã por Günter Düring e aplicada no Direito germânico. Atualmente é a que prevalece na Alemanha, sendo adotada pela maior parte dos juristas e pela sua Corte Constitucional.

Ao analisar essa teoria, verifica-se que ela representa uma mistura da teoria que nega e da que admite a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, Daniel Sarmento explicita claramente sobre o tema:

⁴⁸ Emblemática decisão que corrobora a posição dos Estados Unidos quanto a negação dos direitos fundamentais nas relações privadas. Disponível em: <<http://cases.laws.com/boy-scouts-of-america-v-dale>>. Acesso em: 04 ago. 2012.

⁴⁹ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 234.

Para a teoria da eficácia mediata, os direitos fundamentais não ingressam no cenário privado como direitos subjetivos, que possam ser invocados a partir da Constituição. Segundo Düring, a proteção constitucional da autonomia privada pressupõe a possibilidade de os indivíduos renunciarem a direitos fundamentais no âmbito das relações privadas que mantêm, o que seria inadmissível nas relações travadas com o Poder Público. Por isso, certos atos, contrários aos direitos fundamentais, que seriam inválidos quando praticados pelo Estado, podem ser lícitos no âmbito do Direito Privado. E, por outro lado, certas práticas podem ser vedadas pelo Direito Privado, embora se relacionem ao exercício de um direito fundamental⁵⁰.

Diferentemente da teoria da negação, na eficácia indireta ou mediata, os defensores sustentam que os direitos fundamentais são protegidos no campo do direito privado e não por mecanismos do direito constitucional, competindo ao legislador privado, prioritariamente, “a tarefa de mediar a aplicação dos direitos fundamentais sobre os particulares, estabelecendo uma disciplina das relações privadas que se revele compatível com os valores constitucionais”.⁵¹

Na mesma senda José Joaquim Gomes Canotilho:

[...] os direitos, liberdades e garantias teriam uma eficácia indireta nas relações privadas, pois a sua vinculatividade exercer-se-ia *prima facie* sobre o legislador, que seria obrigado a conformar as referidas relações obedecendo aos princípios materiais positivados nas normas de direito, liberdades e garantias⁵².

Contudo a referida teoria também é apontada com algumas críticas⁵³, podendo, por exemplo, corromper com o princípio da legalidade causando a indeterminação e até insegurança na aplicação de normas civis e comerciais⁵⁴.

A respeito às considerações de Giovana Meire Polarini:

Em que pese sua sólida formação doutrinária, alicerçada na melhor doutrina germânica, a teoria da eficácia indireta das normas de direitos fundamentais parece estar superada, pois advém de uma concepção na qual o direito privado e o direito público não se comunicam, consubstanciando-se em áreas

⁵⁰ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 238.

⁵¹ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 241.

⁵² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 593.

⁵³ Nesse enfoque, importante citar a crítica de Claus-Wilhelm Canaris acerca da teoria da vinculação mediata do legislador do direito privado aos direitos fundamentais, onde se constata “uma impossibilidade intelectual querer controlar a conformidade de uma norma de direito privado com os direitos fundamentais, aferindo-a segundo uma outra norma de direito privado”. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 30.

⁵⁴ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 258.

distintas, invioladas e intocadas, o que vai à contramão da evolução do próprio direito como ciência social aplicada⁵⁵.

A teoria possui argumentos plausíveis como justificção para concordar com a sua defesa no tocante ao fato de que a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações interpessoais extirparia a autonomia individual, o que provocaria uma restrição no exercício dos direitos subjetivos em detrimento de um princípio essencial à liberdade de ação. Contudo, há que se ter em mente que cada Estado possui um ordenamento jurídico distinto, devendo levar em consideração, a questão fática a ser julgada, bem como o Estado, que pode estar apto ou não a recepcionar os ditames de determinada teoria.

4.3 Teoria da Eficácia Imediata ou Direta

Inicialmente, esta teoria foi liderada por Hans Carl Nipperdey na Alemanha, em torno da década de 50, foi bastante difundida no mundo e ganha cada vez mais notoriedade. Embora não tenha logrado êxito na Alemanha, é majoritária em países como a Espanha, Portugal, Itália e Argentina⁵⁶.

Quando se fala em aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, significa que da mesma forma como são aplicados na relação entre Estado e indivíduo, não é necessário nenhuma ação intermediária para que sejam aplicáveis nas relações privadas.

A referida teoria tem como elemento principal de justificção, considerando a diversidade de relações vivenciadas no mundo jurídico, o fato de que as pessoas podem ter seus direitos fundamentais lesados de várias formas e por diversos autores, e não apenas e tão somente pelo Estado.

Logo, partindo da visão de que há uma multiplicidade de entes privados responsáveis por lesionar direitos nas relações privadas, muitas vezes imprescindíveis à preservação da dignidade humana, originou-se a possibilidade de se mesclar regras de efetivação dos direitos fundamentais que tampouco só se aplicavam ao Estado, mas que são essenciais para a proteção do indivíduo lesado.

Para corroborar, cita-se a lição de Daniel Sarmento:

⁵⁵ POLARINI, Giovana Meire. *A eficácia vertical e horizontal das normas de direitos fundamentais*. In: GOZZO, Débora (Coord.). *Informação e direitos fundamentais: a eficácia horizontal das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 46.

⁵⁶ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 258.

[...] a extensão dos direitos fundamentais às relações privadas é indispensável no contexto de uma sociedade desigual, na qual a opressão pode provir não apenas do Estado, mas de uma multiplicidade de atores privados, presentes em esferas como o mercado, a família, a sociedade civil e a empresa⁵⁷.

Diante do cenário atual, onde as desigualdades sociais estão presentes em todos os seguimentos, é lógica a conclusão de que as relações precisam estar amparadas pelos direitos fundamentais, evitando uma sociedade mais injusta e individualista. Dentre os argumentos que defendem a relevância dos direitos fundamentais, bem como sua eficácia direta, ressalta-se as considerações de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

[...] constituem garantias constitucionais universais (e cláusulas pétreas), motivo pelo qual não se pode pretender represá-los somente nas relações de direito público. Até mesmo porque tal equívoco interpretativo implicaria em caracterizar o Direito Civil como um ramo da ciência jurídica, estranhamente, liberto da incidência da norma constitucional⁵⁸.

Nessa senda, vale registrar que a autonomia privada, embora seja uma previsão expressamente garantida, não pode estar imune à incidência de preceitos constitucionais, posto que o direito privado não pode ultrapassar os limites da ordem constitucional.

O que deve restar claro quanto à eficácia imediata, é a importância de se poder preservar os direitos fundamentais em face da autonomia privada, que pode ser restringida ou relativizada diante de uma ponderação de direitos, como meio de proteção aos próprios sujeitos privados.

Nesse prisma, segundo Claus-Wilhelm Canaris:

[...] os direitos fundamentais dirigem-se, segundo tal concepção, não apenas contra o Estado, mas também contra os (em cada caso, outros) sujeitos de direito privado. Os direitos fundamentais não carecem, assim, de qualquer transformação para o sistema de regras de direito privado, antes conduzindo, sem mais, a proibições de intervenção no tráfico jurídico-privado e a direitos de defesa em face de outros sujeitos de direito privado⁵⁹.

Ademais, os direitos fundamentais podem ser compreendidos como a solução para equilibrar determinadas relações em que uma das partes, por questões de hipossuficiência,

⁵⁷ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 223.

⁵⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. 9.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 84.

⁵⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 53.

pode coadunar-se com o que for estipulado sem saber as eventuais consequências de determinado negócio. Na visão de Virgílio Afonso da Silva, importante consignar a grande diferença entre a aplicabilidade direta e indireta dos direitos fundamentais:

[...] consiste na desnecessidade de mediação legislativa para que os direitos fundamentais produzam efeitos nas relações entre particulares. Essa é uma diferença fundamental, já que, mesmo sem o material normativo de direito privado ou, mais ainda, a despeito desse material, os direitos fundamentais conferem, diretamente, direitos subjetivos aos particulares em suas relações entre si. Essa diferença fica ainda mais clara com a segunda tese que compõe o modelo, que é a que sustenta a desnecessidade de artimanhas interpretativas para que os direitos fundamentais produzam efeitos nas relações interprivados⁶⁰.

Importante não olvidar que no Brasil, embora tal temática esteja presente no ordenamento jurídico, dada sua importância nas relações jurídicas, não há uma posição firmada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, uma vez que este não se dedicou a aplicar determinada tese sobre o problema.

No entanto, ao analisar determinados casos, foi possível inferir nitidamente a prevalência do modelo de eficácia direta, conforme decisão prolatada no Recurso Extraordinário n. 158215, que em linhas gerais trata-se de um caso onde uma Cooperativa do Estado do Rio Grande do Sul expulsou determinados associados sem a observância do princípio da ampla defesa, com base na justificativa de que os mesmos haviam denegrido a imagem da Cooperativa. Restou evidenciado que “a garantia da ampla defesa está insculpida em preceito de ordem pública”, razão pela qual não pode ser desobedecida em nenhum âmbito. Trata-se da violação de um direito fundamental⁶¹.

⁶⁰ SILVA, Virgílio Afonso. *A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, op. cit., p. 89.

⁶¹ Nesse sentido, decide o Supremo Tribunal Federal de modo a assegurar princípios básicos do Estado Democrático de Direito, como a observância da legalidade, do direito fundamental ao devido processo legal e ampla defesa. [...] 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 ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 158215 – Rio Grande do Sul. Recurso Extraordinário. Rel. Min. Marco Aurélio, j. 30-04-1996. DJ de 07.06.1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE+158215%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 04. Ago. 2012.

Com o escopo de evidenciar o mesmo argumento, é oportuno mencionar a decisão do Recurso Extraordinário n. 201819⁶², que traduz claramente a sensata posição do Supremo Tribunal Federal ao justificar que a autonomia privada não pode ser exercida em detrimento dos direitos e garantias de terceiros.

Nesse panorama, embora o Supremo Tribunal Federal não tenha uma posição sedimentada quanto à que teoria aplicar nas relações entre particulares, percebe-se que ao deparar-se com situações deste contexto e, considerando o ordenamento jurídico vigente, as decisões convergem para a proteção dos direitos fundamentais e sua consequente incidência nas relações privadas.

Este cenário, só faz corroborar a aceitação da teoria da eficácia direta e imediata no ordenamento jurídico brasileiro, que fundamenta a evidente necessidade de resguardo dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cada ser humano possui em seu interior valores que precisam ser respeitados como forma de nortear o próprio comportamento e desenvolvimento humano. Os direitos fundamentais, considerados substrato para a composição da dignidade da pessoa humana, estão enumerados e implícitos no texto constitucional representando a proteção e a garantia imprescindível para a formação e tutela do ser humano.

A dignidade da pessoa humana é valor supremo onde se pauta todo o ordenamento jurídico, permitindo que o ser humano seja tratado e visto diante de seu especial valor. Por óbvio, a dignidade humana é o princípio mais importante, sobretudo pelo fato de que o indivíduo dever estar sempre em evidência, sendo respeitado em todos seus aspectos de

⁶² [...] As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados [...]. [...] 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 [...] [...] O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88) [...] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 201819 – Rio de Janeiro. Recurso Extraordinário. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 11-10-2005. DJ 27-10-2006. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE+201819%29&base=baseAcordao> s>. Acesso em: 04. Ago. 2012.

pessoa, cuja dignidade não pode ser diminuída com o propósito de vantagens alheias que possam violar direitos de outros.

Nas relações privadas, não se discute a existência de liberdade para atuar, mas a relativização da autonomia privada perante seu exercício desmedido que possa causar não só violações contra direitos de terceiros, mas inclusive desequilíbrio nas relações interpessoais. A desigualdade pode provir certamente das relações em que uma das partes tenha mais poder sobre a outra, o que torna inegável o privilégio individual em detrimento de direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.

A eficácia horizontal é, portanto, imprescindível para preservar direitos, garantias e valores que são claramente agredidos pelos personagens das relações privadas. Assim, a liberdade de regular os próprios interesses prevalece, mas só poderá progredir até o limite da ofensa do direito alheio.

Registre-se que a discussão sobre esta temática importou na constatação de uma visão ampla acerca da existência de teorias que embasam a defesa da incidência ou não da eficácia horizontal, bem como sua intensidade. Contudo, verificou-se que na doutrina brasileira, o tema encontra-se em fervoroso debate, constatando-se na jurisprudência, uma nítida inclinação à teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, propiciando a devida importância a tais direitos que são frequentemente violados, tanto em razão do descaso da sua efetividade, como em função do desrespeito à dignidade da pessoa humana.

Desta forma, a eficácia dos direitos fundamentais pode ser considerada como um precursor indispensável para a concretização e a proteção dos valores, garantias e direitos individuais, bem como para resguardar o princípio da dignidade da pessoa humana, que norteia a formação e a existência do indivíduo na sociedade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Gustavo. *Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes*. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 158215 – Rio Grande do Sul. Recurso Extraordinário. Rel. Min. Marco Aurélio, j. 30-04-1996. DJ de 07.06.1996. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE+158215%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 04. Ago. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 201819 – Rio de Janeiro. Recurso Extraordinário. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 11-10-2005. DJ 27-10-2006. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE+201819%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 04. Ago. 2012.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da Personalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CLÈVE, Clémerson Mèrlin. *O Controle de Constitucionalidade e a Efetividade dos Direitos Fundamentais*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. *Direito e axiologia – o valor da pessoa humana como fundamento para os direitos da personalidade*. Revista Jurídica Cesumar, Maringá, v. 7, n. 1, p. 57-80, jan./jun. 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

Laws.com cases. Disponível em: <<http://cases.laws.com/boy-scouts-of-america-v-dale>> Acesso em: 11. Ago. 2012.

MALFATTI, Alexandre David. *O direito de informação no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Alfabeta Jurídico, 2003.

MELO, Adriana Zawada. *A dignidade da pessoa humana como fundamento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais*. In: GOZZO, Débora (Coord.). *Informação e direitos*

fundamentais: a eficácia horizontal das normas constitucionais. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 15-37.

NUNES, Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. vol. 3.

POLARINI, Giovana Meire. *A eficácia vertical e horizontal das normas de direitos fundamentais*. In: GOZZO, Débora (Coord.). *Informação e direitos fundamentais: a eficácia horizontal das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 38-56.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 7. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

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

_____. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUSA SOROMENHO-PIRES, Antonio Carlos de. *Intimidade, Personalidade e a Eficácia Vertical e Horizontal dos Direitos Fundamentais*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 75, ano 19, p. 157-186, abr./jun. 2011.

SPINELLI, Ana Cláudia Marassi. *Dos direitos da personalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana*. *Revista Jurídica Cesumar, Maringá*, v. 8, n. 2, p. 369-382, jul./dez. 2008.

SOUSA SOROMENHO-PIRES, Antonio Carlos de. *Intimidade, Personalidade e a Eficácia Vertical e Horizontal dos Direitos Fundamentais*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 75, ano 19, p. 157-186, abr./jun. 2011.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2.ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TOLEDO, Luiz Eduardo de Coelho. *Os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana aplicados às relações privadas*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 67, ano 17, p. 214-243, abr./jun. 2009.

VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de Direitos Fundamentais*. Repensando a distinção entre regras, princípios e valores. São Paulo: Saraiva, 2009.