

APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS¹

INTRODUÇÃO

Pretende-se identificar no presente trabalho, uma discussão sobre a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, havendo a necessidade da realização da aferição de tal possibilidade, uma vez que originariamente tinham a finalidade de impedir que o Estado interferisse na vida privada, tratando-se de um poderoso instrumento de proteção do cidadão contra o Estado.

Ocorre que atualmente verifica-se a existência de diversos direitos fundamentais que podem incidir também nas relações privadas, mesmo havendo, por um longo tempo, uma reserva a respeito desta possibilidade, já que se entendia que sua incidência somente seria possível quando houvesse a sua oposição com relação ao Estado.

Assim, começou a haver um estudo profundo sobre o assunto, elaborando-se teorias que tinham por objeto identificar a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas, devendo ser ressaltado que trata-se de um estudo em estado de elaboração, somente possível em razão da constitucionalização do direito civil, demonstrando que a ordem constitucional rege tanto as relações com o Estado, quanto aquelas onde há somente o interesse particular.

Houve ainda a intenção no presente estudo, de demonstrar a existência de duas dimensões dos direitos fundamentais, onde alguns doutrinadores, como Ingo Sarlet e Luiz Guilherme Marinoni, reconhecem a eficácia direta e imediata nas relações privadas, enquanto outra corrente doutrinária, acolhida por Gilmar Mendes, defende que a eficácia seria indireta e mediata.

¹ João Alberto Facó Junior, Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá, advogado e professor das Faculdades Anísio Teixeira, Ruy Barbosa e Dom Pedro II.

Não podemos deixar de mencionar, que a discussão a respeito da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas é objeto de profunda discussão em outros países, ora com a concordância da sua aplicabilidade ora com a discordância veemente.

Na elaboração do trabalho realizou-se um exame da diferença entre princípios e regras no primeiro capítulo, assim como, no segundo capítulo, verificou-se o conceito de direitos fundamentais.

O terceiro capítulo aborda as noções de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, seguido da análise, no quarto capítulo, da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, assim com uma rápida análise do caso Luth no quinto capítulo.

Por fim, no sexto e último capítulo passou a ser estudada a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, assim como foram apresentadas, de forma sucinta, as diversas teorias existentes a respeito.

Ao final foram tecidas algumas considerações a título de conclusão.

1.PRINCÍPIOS E REGRAS

Insta, inicialmente, pontuar, que o nosso ordenamento jurídico é formado de um sistema onde as normas estão posicionadas de forma hierárquica, seguindo a formulação apresentada por Kelsen², verificando-se que para a norma hierarquicamente inferior possa ter validade, é necessário que haja uma vinculação de validade com a norma hierarquicamente superior, assim como todas as normas para terem validade, devem obedecer as normas constitucionais.

Desta forma pode ser afirmado, que todas as normas para terem validade devem ter como fundamento as normas constitucionais, sendo certo firmar o posicionamento de que a Constituição da República é a fonte de todo o ordenamento jurídico, responsável em realizar a unidade de todo o sistema.

Não se pode perder de vista, ainda, que nossa Lei Maior é um sistema aberto, ou seja, encontramos em seu bojo princípios e regras que servirão de orientação de

² KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito: introdução à problemática científica do Direito**. 2. ed. Tradução J. Cretella Jr e Agnes Cretella. São Paulo: R. dos Tribunais, 2002

todo o sistema jurídico, havendo a necessidade inicial de se identificar qual a diferença básica entre princípios e normas, já que diuturnamente verificamos que pode existir a incidência de mais de uma norma sobre a mesma situação, surgindo, assim, a presença de uma antinomia, conflito esse que pode ser solucionado pelas regras apresentadas por Norberto Bobbio³: cronológico, hierárquico e da especialidade.

Verificada, então, a forma básica de solução de conflito de normas, concluiu-se que não se pode utilizar o mesmo critério com relação aos princípios constitucionais, já que estes não podem ser simplesmente afastados, determinando-se necessariamente a aplicação de um dos princípios que se mostram conflitantes, já que não existe qualquer hierarquia entre princípios constitucionais.

Nesse momento observa-se a necessidade de identificar um critério que possa solucionar conflitos entre esses princípios, como, p. ex., colisão entre os princípios do direito à propriedade e da privacidade, dentre outros, sempre sem perder de vista, que em razão de estarem hierarquicamente num mesmo nível, não pode haver o simples afastamento de um deles em detrimento do outro.

O que fazer?

Inicialmente deve-se ter em mente que o ponto de toque para a sua solução, seria sair do campo da verificação da validade entre eles realizando um juízo de valor no caso concreto, determinando-se qual princípio será utilizado na hipótese estudada, utilizando-se o princípio da ponderação ou da proporcionalidade, sempre com o cuidado de preservar os princípios conflitantes.

2. CONCEITOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Um conceito que pode ser apresentado, seria que os direitos fundamentais têm a finalidade de criar e manter os pressupostos básicos que permitem uma vida digna para a pessoa humana⁴, havendo a sua positivação a fim de que seja possível a identificação, visando a realização de uma distinção entre as suas aplicabilidades.

³ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 7. ed. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília, DF: Unb, 1996.

⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.514

Nesse diapasão, os direitos fundamentais são aqueles que constitucionalmente recebem uma maior garantia para a sua aplicabilidade, possibilitando, conseqüentemente, a sua distinção.

A existência de valores que se encontram de forma indelével vinculados com a existência da pessoa humana, já é encontrada desde as mais parcas épocas, não havendo, em conseqüência, a possibilidade de se apontar a data certa do surgimento dos direitos fundamentais, mas se pode dizer que surgiram com a própria civilização:

“A idéia dos direitos humanos é, assim, tão antiga como a própria história das civilizações, tendo logo se manifestado, em distintas culturas e em momentos históricos sucessivos, na afirmação da dignidade da pessoa humana, na luta contra todas as formas de dominação e exclusão e opressão, e em prol da salvaguarda contra o despotismo e a arbitrariedade, e na asserção da participação na vida comunitária e do princípio de legitimidade”.⁵

Tais direitos surgiram em razão da insatisfação do homem pelo despotismo do soberano, começando, a partir do século XVIII, a eclodir diversos focos de reivindicações, por vezes violentas, com o objetivo de impedir que aquela situação, de continuação do poder infinito, reunida nas mãos dos soberanos, os quais tinham um poder de vida e morte sobre os seus súditos, continuasse perdurando.

O fruto de tais reivindicações foi o surgimento do Estado de Direito, onde o governante passou a ser obrigado a obedecer normas que garantiam a todos os homens a possibilidade de alcançar uma vida digna, passando a ser identificados novos valores naturais imanentes ao homem, fazendo com que houvesse um distanciamento do que já tinha se consolidado, ou seja, o caráter teológico e metafísico que pautavam as relações jurídicas, passando a se encarar o direito de

⁵TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p.17.

forma científica e sistemática, com o intuito de garantir uma segurança nas relações jurídicas.

Não pode perder de vista, que inicialmente tais direitos foram postos em declarações, que assumiram a forma de proclamações solenes, como ensina José Afonso da Silva⁶, onde os direitos eram enunciados passando posteriormente a constituir o preâmbulo das Constituições, tendo como objetivo o reconhecimento pelo Estado da existência de certos direitos que não poderiam ser afastados do homem, agora identificado como sujeito de direitos, passando a ser obrigatória a sua observância e garantia.

O grande marco da evolução das garantias dos direitos fundamentais ocorreu após o término da Segunda Grande Guerra, quando se verificaram as atrocidades realizadas pelo nazismo, com a observância de um sem número de violações aos homens e à própria humanidade, quando se decidiu que tais atos não poderiam mais ser repetidos, pois colidiam frontalmente com os mais naturais direitos do homem, passando a receber um status de universalidade após a Declaração Universal dos Direitos do Homem

Podemos afirmar a partir daí, que os direitos fundamentais são os direitos humanos reconhecidos em cada ordenamento jurídico, trazendo uma diferenciação em razão das peculiaridades culturais, geográficas e políticas de cada Estado soberano, passando a ser classificados por gerações⁷:

- a) 1ª geração – dispõe sobre a liberdade e seus valores;
- b) 2ª geração – são os direitos de igualdade;
- c) 3ª geração – os de fraternidade ou solidariedade, alcançados através da defesa dos direitos difusos (desenvolvimento, meio ambiente, etc.);
- d) 4ª geração - (sem que haja uma unanimidade sobre esta classificação) – seriam os direitos à informação.

⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.175.

⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 516/525

José Afonso da Silva, por sua vez, defende que fundamentais seriam os direitos “que tratam de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive”⁸, direitos esses reconhecidos pelo Estado, possuindo como objetivo precípua a dignidade da pessoa humana, criando, assim, direitos subjetivos aos cidadãos com relação às suas relações com o Estado, além das relações entre particulares, como poderá ser verificado no seguimento do presente trabalho.

Por outro lado, Gilmar Ferreira Mendes apresenta sua definição de direitos fundamentais, alertando que estes não criam somente direitos subjetivos, mas também possibilitam que haja uma imposição de seus interesses em face do Estado, assim como se apresentam como determinantes para a criação e manutenção das normas que compõem nosso ordenamento jurídico⁹, trazendo, assim, reflexo nas relações jurídicas entre particulares.

3.NOÇÕES DE EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais, numa concepção clássica, são considerados como direitos de defesa, havendo um consenso da sua oponibilidade com relação ao Estado, que tem a obrigação de realizar todos os esforços para que sejam garantidos, especialmente os direitos sociais, além de assegurarem uma proteção do indivíduo das interferências do Estado¹⁰

Desta forma os direitos fundamentais tiveram como objetivo, desde a sua gênese, proteger o indivíduo contra a atuação do Estado, numa concepção histórica de reação ao absolutismo, visando uma limitação dos poderes do soberano, não havendo a possibilidade de aplicação, no entendimento da teoria liberal-clássica,

⁸ SILVA, José Afonso da Silva. Cit. p. 178.

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 3

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 169

das garantias dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas¹¹, o que se passou a verificar possível em razão da identificação de relações privadas onde não se consegue vislumbrar a igualdade entre as partes, ficando um dos sujeitos posicionados numa condição de sujeição ao outro, retirando, assim, a sua dignidade.

Neste mesmo sentido encontra-se o posicionamento defendido por Konrad Hesse: “a liberdade humana pode resultar ameaçada não só pelo Estado, mas também no âmbito de relações jurídicas privadas”.¹²

Verifica-se, assim, um aumento dos sujeitos passivos oponíveis dos direitos subjetivos criados pelos direitos fundamentais, não havendo dúvidas que o Estado é aquele que tem o dever de respeitar liberdades, além de prever os serviços que serão por ele prestados, assim como garantir a proteção judicial e zelo aos direitos de solidariedade¹³, não retirando, por outro lado, a obrigação geral de obediência aos direitos fundamentais, incluindo-se aí os sujeitos integrantes das relações privadas.

Desta forma não se pode mais negar que os direitos fundamentais podem ser oponíveis na esfera privada sempre que houver sua lesão ou ameaça, passando o Estado a ter uma nova atribuição, qual seja, a de criar novos instrumentos que combatam a lesão de direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, o que gerou a criação de teorias visando a legitimação e solução de tais conflitos.

A eficácia horizontal seria a aplicação dos direitos fundamentais nas relações existentes entre particulares, onde haja entre eles uma suposta igualdade, mas na

¹¹ SARMENTO, Daniel. A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In **A Nova Interpretação Constitucional – Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Organizador: Luís Roberto Barroso. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 193

¹² Apud PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direito Fundamental nas Relações Jurídicas entre Particulares. In **A Nova Interpretação Constitucional – Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Organizador: Luís Roberto Barroso. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 138

¹³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. cit. p. 103

verdade pode-se verificar que um dos participantes se sujeita ao poder do outro, numa relação análoga àquelas existentes nas relações com o Estado¹⁴.

Deve ser ressaltado, por outro lado, que a expressão “horizontalidade” não é uma unanimidade entre os doutrinadores, pois quando se analisa gramaticalmente a palavra verifica-se que existiria uma igualdade entre os sujeitos da relação, mas na verdade um deles possui e exerce poderes próprios que desequilibram a relação privada, criando uma situação de sujeição.

Deve ser identificada, portanto, qual a incidência dos direitos fundamentais nas relações particulares, já que ambos os contratantes são detentores de direitos fundamentais, o que em princípio possibilitaria que cada um deles possa determinar quais são os interesses discutidos, além de poderem determinar qual o grau de sujeição concordam existir, o que impossibilita a utilização da mesma solução que seria ditada se na relação contivesse a presença do Estado.

Verifica-se, portanto, que a solução para tais conflitos, passam obrigatoriamente pela necessidade de se conciliar a proteção dos direitos fundamentais em jogo e a manutenção da autonomia privada.

4. INCIDÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES PRIVADAS

A incorporação ao sistema jurídico da idéia de jusfundamentalidade de direitos – já se teve oportunidade de dizer – determina permanente abertura à sua reconfiguração, expansão, e ainda à revisão dos mecanismos hábeis a revesti-los da indispensável efetividade. Nessa trilha se construiu – conforme já demonstrado – a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, reconhecendo-se os efeitos jurídicos que eles possam determinar nos conflitos entre agentes privados, em que a questão de fundo resida especificamente na observância de direitos fundamentais.

¹⁴ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. cit. p. 135

Se esse é um fenômeno que já se pode instintivamente admitir como possível no que toca a direitos como – por exemplo – os de liberdade e privacidade; fato é que a já referida *vis expansiva* dos direitos fundamentais anuncia a possibilidade de, em relação a outras temáticas, haver intensificação da interface entre proteção a direitos e a esfera privada.

Foi ainda a intervenção pioneira da corte tedesca no conhecido caso Lüth, que despertou a reflexão acerca da exigibilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, da proteção ao núcleo essencial revestido de jusfundamentalidade. Desde então a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais tem ocupado a doutrina, no delicado equilíbrio entre a garantia da indispensável liberdade, autonomia da vontade e auto-determinação, e a proteção à dignidade da pessoa humana.

4.1 Teorias da eficácia horizontal dos direitos fundamentais

As primeiras idéias relacionadas à aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas foram formuladas na Alemanha, no conhecido precedente de seu Tribunal Constitucional identificado como caso Lüth¹⁵, decidido ainda nos anos cinqüenta. Naquela situação de fato discutia-se a ampliação da sua efetividade, a fim de possibilitar alcançar também às relações que não tinham o Estado como participante – conclusão que ao final, mereceu o *placet* da corte tedesca.

A partir do precedente original aprofundou-se o debate, com o desenvolvimento de três distintas compreensões relacionadas à possibilidade de aplicação horizontal dos direitos fundamentais. É o que se passa a examinar.

4.1.1 Negação da incidência – STATE ACTION

¹⁵ MARMELESTEIN, George. **50 Anos do Caso Lüth: o caso mais importante da história do constitucionalismo alemão pós-guerra.** Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/>>. Acesso em: 17 jul.2010.

Esta concepção nega a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, a partir da perspectiva de que a Constituição seria estruturada para disciplinar tão-somente às relações entre o Estado e o cidadão (vertical), reservando-se a disciplina das relações privadas (horizontal) à incidência da legislação civil¹⁶.

Outra preocupação da doutrina que nega a eficácia horizontal, repousa no perigo de gerar a destruição do sistema de liberdades construído sobre as bases da garantia à autonomia privada¹⁷, ficando claro que a negação da utilização nas relações privadas decorreria da necessidade de preservar a Constituição, que poderia se dissolver ao ficar resumida a uma norma de simples ordens de valores, acarretando o abandono dos métodos até então utilizados de interpretação constitucional, trazendo grave prejuízo à segurança jurídica¹⁸.

Nesse sentido merece destaque o entendimento de Konrad Hesse que, ao mesmo tempo, defende a aplicação da força normativa da Constituição¹⁹, mas restringe sua aplicabilidade apenas na vinculação vertical.

No Direito norte-americano têm-se a consagração da já referida tese, de que os direitos fundamentais impunham limitações apenas para os poderes públicos, sendo certo que os particulares não se veriam constrictos nas suas relações por esses mesmos direitos. A essa compreensão, em terras estadunidenses, se denominou *State Action*, que seria o reconhecimento da eficácia dos Direitos Fundamentais exclusivamente nas relações do indivíduo com o Estado. A base fundamental desta doutrina seria o pacto existente entre os entes federados dos Estados Unidos, que receberam por delegação a competência de legislar sobre matéria de direito privado, o que possibilita que a autonomia dos Estados seja preservada e impede

¹⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005, p.100.

¹⁷ PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982, p.53.

¹⁸ DRAY, Guilherme Machado. **O princípio da Igualdade no Direito do Trabalho**. Coimbra: Almedina, 1999, p.78.

¹⁹ HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p.69.

que as cortes federais possam aplicar a Constituição nas relações entre particulares.

Por outro lado, a teoria que prevalece nos países com tradição romano-germânica – à exceção especificamente da Alemanha – é a da aplicabilidade horizontal dos Direitos Fundamentais, preponderando em Estados como Espanha, Portugal, Itália e Argentina²⁰.

No Brasil a Carta Magna não contém qualquer previsão expressa, que permita inferir uma exclusividade de aplicação dos direitos e garantias ali enunciados tão-somente quando o Poder Público participa da relação jurídica.²¹

Em verdade, a concepção de que a Carta Constitucional só se deva aplicar às relações travadas com o Estado, parece transparecer um sentimento de que só o poder político organizado seja apto a violar, em qualquer extensão, os direitos fundamentais. Nada mais anacrônico que essa visão na fronteira da segunda década do século XXI. Afinal, o poder econômico, a mídia e outras formas cratológicas, revelam-se tão ou mais aptos a determinar extensa lesão a direitos fundamentais que o poder político; nesse sentido, a negativa absoluta da incidência de direitos fundamentais sobre as relações privadas, parece descompassada com a realidade dos dias em curso.

4.1.2 Incidência direta eficácia imediata

Encontramos na obra de Nipperdey²² o germe da vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, quando defendeu a tese de que não incidiam somente nas relações com os poderes públicos, mas também nas relações privadas quando

20 SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional – Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.247.

21 *Ibidem*, p.236.

22 UBILLOS, Juan Maria Bilbao. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p.271. (Apresentando que Hans Carl Nipperdey, discípulo de Kelsen, defendeu sua tese em “*Die würd des menschen*”, publicado na obra coletiva *Die Grundrecht. Handbruch der theorie und práxis des grundrecht*. Berlin: Dunker&Humblot, 1954, p.38).

houvesse vínculo de poder de um contratante sobre o outro, pois além de serem direitos subjetivos públicos “fluem diretamente também direitos privados subjetivos do indivíduo”²³, acarretando reflexo direito sobre as relações privadas.

A formulação da presente teoria considerou que não importava o posicionamento dos direitos fundamentais, mas sim a sua natureza. Tendo função de proposições ordenadoras ou princípios para a ordem jurídica como um todo, com efeito normativo direto e com objetivo vinculante, o resultado inevitável é a derrogação, modificação, complementação ou criação das disposições jurídico-privadas.

A invocação dos direitos fundamentais nas relações privadas, é possível sem necessidade de participação do legislador, tendo uma incidência *erga omnes*, assumindo atributo de direito subjetivo em face do outro sujeito da relação privada, sempre que um deles titularizar posição de poder; ou seja, de sujeição do outro.

Reinhold Zippelius defende que a eficácia direta é possível, produzindo um “efeito directo de obrigatoriedade nas relações entre os cidadãos”²⁴, tendo o Tribunal Federal do Trabalho alemão adotado esta teoria em algumas de suas decisões, quando reconheceu, em 1957, com base apenas em preceitos constitucionais, que era nula a cláusula que previa a extinção do contrato de trabalho de enfermeiras que viessem a contrair matrimônio.²⁵

Observe-se que a afirmação da incidência direta e eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas há de assegurar – porque também esse se reveste de jusfundamentalidade – o direito à liberdade e auto-determinação. A conciliação, portanto, se dá pela utilização, quando caracterizado um aparente conflito, de ponderação entre o direito fundamental em jogo e a autonomia privada dos contratantes. A esse respeito Canotilho concorda, que o Judiciário ao julgar o

²³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.512.

²⁴ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.440.

²⁵ *Idem*. **Teoria Geral do Estado**. Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbembkian, 1997, p.440.

conflito privado deve aplicar a norma de direito privado, após a sua interpretação à luz dos direitos fundamentais²⁶.

No Estado contemporâneo, onde se observam grandes ameaças das liberdades humanas, urge que se vincule as relações privadas com os direitos fundamentais e à Constituição. Conforme Daniel Sarmiento a “concepção da Constituição como norma jurídica, que consagra os mais relevantes valores da sociedade, exige a sua incidência sobre as relações privadas, estando superada a visão que restringia a incidência da Lei Maior às relações entre cidadão e Estado”.²⁷

No Direito português houve um arrefecimento da discussão, após a previsão de aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas insculpida na Constituição, no seu art. 18, I: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”, trazendo o escólio dos mais abalizados doutrinadores lusos na sua adoção.²⁸

4.1.3 Incidência indireta eficácia mediata

Inicialmente observa-se o mesmo ponto de partida da teoria de incidência direta, ou seja, que os direitos fundamentais são direitos subjetivos, oponíveis não só contra o Estado, mas irradiam seus efeitos em todas as esferas do Direito.

Na verdade as duas teorias possuem ponto de convergência, qual seja a de que os direitos fundamentais possuem função objetiva, produzindo efeitos sobre os particulares, sendo a teoria da incidência indireta uma construção intermediária, chegando a uma conclusão diversa: que os valores e dimensão objetiva dos direitos fundamentais implicam, somente, a necessidade de uma produção legislativa ou a aplicação quando da interpretação do direito privado²⁹.

²⁶ CANOTILHO, *op.cit.*, 1992, p.602-612; CANOTILHO, *op.cit.*, 1998, p.1150-1160.

²⁷ SARMENTO, *op.cit.*, 2008, p.153.

²⁸ Canotilho e Vital Moreira em obra conjunta, afirmam que “o estatuto fundamental da ordem jurídica em geral”, é uma “fonte directa de regulação das relações entre os próprios cidadãos”. (CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p.144).

²⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2010, p.123.

Desta maneira defende a teoria da aplicação indireta, que haverá sempre a necessidade de atuação de um órgão mediador na aplicação dos direitos fundamentais no âmbito privado, o legislador criaria as normas de aplicação dos direitos fundamentais revestidos como cláusulas abertas e o judiciário as preencheria, levando em consideração os direitos fundamentais, quando da interpretação dos preceitos de direito civil. Segundo palavras textuais de Konrad Hesse:

[...] pelo recurso imediato aos direitos fundamentais ameaça perder a identidade do Direito Privado, criada por uma longa história sobre a qual repousa, em prejuízo da adequação de seu próprio campo da regulação e da sua evolução, para o qual depende circunstâncias materiais especiais não podem ser tratadas sem maiores critérios de direitos fundamentais, além disso, colocaria em risco o princípio fundamental de nosso direito privado, a autonomia não pode se afastem das normas de direitos fundamentais que não estão disponíveis para a ação do Estado.³⁰ (Tradução livre).

José Carlos Vieira de Andrade entende que possibilidade de limitação direta da atuação das pessoas privadas pelos direitos fundamentais subverteria o seu significado, já que igualar a limitação do particular ao do Estado acarretaria transformação de direitos em deveres.³¹

Os defensores dessa corrente sustentam que os direitos fundamentais são protegidos nas relações privadas através de mecanismos de direito privado, não por instrumentos do direito constitucional, como entende Vieira Andrade:

[...] quando muito, os preceitos constitucionais serviriam como princípios de interpretação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados suscetíveis de concretização, clarificando-os (Wertverdeutlichung), acentando ou descentuando determinados elementos do seu conteúdo (Wertakzentuierung, wertverschärfung), ou, em caso extremos, colmatando as lacunas (Wertschutzlückenschliessung), mas sempre dentro do espírito do Direito Privado.³²

Assim, a aplicação indireta decorre da atuação do legislador, que tem a incumbência de concretizar a norma constitucional, gerando, aí sim, um limitador

³⁰ HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Trad. Ignacio Gutiérrez. Madrid: Cuadernos Civitas, 1995, p.60-61.

³¹ ANDRADE, *op. cit.*, 2010, p.243.

³² ANDRADE, *op. cit.*, 2010, p.276-277.

para as atuações dos particulares que se adequariam ao comando infraconstitucional, possuindo como maior fundamento para repelir a incidência imediata, o entendimento de que acarretaria um total afastamento da autonomia privada. De todo o percorrido, o que se verifica é o aprofundamento da noção de direitos fundamentais, expresso não só no reconhecimento de suas sucessivas dimensões, mas também na distinção entre sua face objetiva e subjetiva. A incidência, por sua vez, das cláusulas de proteção a direitos fundamentais também nas relações privadas, é o fenômeno que tematiza o problema objeto da presente investigação, a saber, a admissibilidade de afastamento ou temperamento do direito fundamental à privacidade no âmbito de relação tipicamente privada, como aquela que se constitui quando da celebração de contrato de trabalho.

O tema pressupõe, todavia, uma abordagem da origem e sentido do direito à privacidade – prisma a partir do qual se completa o quadro teórico de análise do problema eleito à investigação. Esse é o tema do capítulo subsequente.

4.1.4. Teoria dos deveres de proteção

A doutrina alemã desenvolveu a teoria dos deveres de proteção, com o objetivo de dar solução à questão da existência de conflitos com direitos fundamentais nas relações privadas, defendendo que o Estado além de não poder violar os direitos fundamentais, tem o dever de protegê-los da atuação do particular no exercício da sua manifestação de vontade, impedindo que haja a violação do direito fundamental de outro contratante.

Não se diga que há uma restrição da autonomia privada, já que não há uma sujeição aos direitos fundamentais, mas sim, caberá ao legislador proteger tais direitos, regulando como se dará o comportamento dos particulares envolvidos na relação jurídica, o que impediria o surgimento de tais lesões.

Pode ser verificada a similaridade desta teoria com a da eficácia indireta e mediata, já que em ambas é exigida a proteção dos direitos fundamentais com a participar mediadora do legislador³³.

Além da mediação do legislador também há a garantia da possibilidade da intervenção do Judiciário para a efetiva proteção dos direitos fundamentais, realizando a verificação se as normas de direito privado aplicáveis, se coadunam com o comando e garantias inscritas na Constituição.

As críticas surgidas são similares àquelas apresentadas com relação à teoria da eficácia indireta e mediata, por considerar que haveria uma dependência da vontade do legislador.

5. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ESFERA PRIVADA NO BRASIL

No nosso País já se sustentou que a eficácia dos direitos fundamentais na esfera particular seria direta e imediata, em razão de nossa Constituição ser intervencionista e social, verificando-se através da existência de diversas previsões de direitos sociais e econômicos, além de outros direitos que são endereçados aos particulares, como os que disciplinam as relações de trabalho.

Analisando-se a Constituição não se identifica uma vinculação direta somente do Poder Público, indicando, assim, que não vem a ser o único sujeito violador dos direitos fundamentais, excluindo-se somente aqueles que são endereçados diretamente ao Estado, como, p. ex., quando se apresentam os direitos do preso.

A sociedade brasileira é caracterizada pela existência de inúmeras relações privadas onde não há igualdade entre os seus participantes, o que obriga uma maior proteção dos direitos fundamentais na esfera privada quando houver uma flagrante sujeição de uma parte sobre a outra.

³³ SARMENTO, Daniel. cit. p. 238

Assim, faz-se necessária a realização da ponderação entre os direitos fundamentais incidentes nas relações privadas e a autonomia de vontade que deve ser restringida, salientando que a desigualdade das relações privadas é comum, devendo ser verificada existência de sujeição de um sujeito ao outro, o que retiraria, na verdade, a autonomia da vontade da parte mais fraca e submissa.

Com estas considerações foi construído pela doutrina um entendimento, apresentando certos parâmetros que auxiliarão na aplicação dos direitos fundamentais na esfera particular, sendo necessária uma verificação pontual de quando deve o direito fundamental prevalecer sobre a autonomia da vontade do particular.

Pode ser identificado como um desses parâmetros o nível de desigualdade realmente existente entre os particulares, sendo diretamente proporcional a incidência dos direitos fundamentais, ou seja, quanto maior a desigualdade maior será a aplicação do direito fundamental, que terá o objetivo de tutelar a autonomia de vontade da parte menos favorecida, podendo ser utilizado o mesmo raciocínio no caso inverso, ou seja, quanto maior a igualdade entre as partes maior será a restrição da aplicação do direito fundamental conflitante.

Deve ser analisado, ainda, o caso concreto, onde se verificará se são enfrentadas hipóteses concernentes à autonomia privada ou são discutidas questões sobre a autonomia da vontade ou matéria de caráter econômico, questões que são estritamente de ordem patrimonial.

Assim, quando se discute uma matéria onde há uma análise da privacidade ou personalidade da pessoa, deverá ser aplicado um peso maior à ponderação de interesses, com uma interferência maior dos direitos da personalidade.

Quando na relação privada estiver em jogo uma relação econômica, deverá ser analisado o bem que se encontra em disputa, o que será possível através da identificação da sua essencialidade, apurando-se a possibilidade de dispensa da

proteção da autonomia privada, demonstrando, desta forma, que quanto maior o envolvimento de bem essencial para a existência da vida humana maior deverá ser a proteção aplicada ao direito fundamental, restringindo, por outro lado, a autonomia privada, utilizando-se um raciocínio totalmente diverso se o bem não for essencial para a sobrevivência da pessoa.

Nossos tribunais ao se depararem com tais conflitos tendem a aplicar os direitos fundamentais nas relações privadas, apresentando o Supremo Tribunal Federal uma discussão das teorias que demonstram a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, quando da decisão do Recurso Extraordinário de nº 201.819 RJ, em 2005, quando se discutia a possibilidade de exclusão de associado de uma sociedade civil quando não tivesse sido garantida a ampla defesa e o contraditório.

CONCLUSÃO

Tendo em vista a existência de um sem número de relações privadas, permanece a dúvida se os direitos fundamentais deverão ser aplicados entre particulares restringindo a manifestação de vontade do particular.

Tal possibilidade se vislumbra possível, já que todas as normas constantes em nosso ordenamento jurídico devem ser adequadas às previsões constitucionais, com o objetivo de se manter a unidade de nossa Constituição, acarretando a necessidade de que se alcance uma solução para os conflitos surgidos, já que ao juiz é defeso abster-se de apresentar soluções aos diversos conflitos a ele apresentados.

O que primeiro deve ser identificado é a aplicabilidade de direitos fundamentais com relação ao bem discutido, ou seja, deve ser inicialmente realizada uma identificação da existência de colisão entre direitos fundamentais, verificando-se qual a proteção adequada ao bem, evitando-se, assim, o surgimento de uma colisão aparente.

Posteriormente deve ser verificada se é possível a aplicação de um direito em detrimento a outro, sem que venha, com isso, prejudicar a ordem constitucional,

tendo em vista a impossibilidade de se abalar a unidade constitucional, procurando o intérprete garantir a efetividade de cada direito fundamental envolvido, observando sempre se é aplicável no caso concreto

Após esta análise inicial, deve ser realizada a proporcionalidade entre os direitos colidentes, verificando sua adequação, necessidade e razoabilidade, examinando dentre as diversas soluções possíveis, qual será a que atenderá ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, tendo em vista estar integrado aos fundamentos do Estado brasileiro de direito, servindo como um balizamento para todas as soluções a serem apresentadas pelo intérprete.

Respeitando sempre esse princípio, em conseqüência, o Estado ao exercer seu poder jurisdicional, deve sempre buscar a proteção da dignidade da pessoa humana, não se podendo esquecer que em nosso País há uma grande disparidade entre as pessoas, o que nos faz encontrar a violação dos direitos fundamentais tanto pelo Estado quanto pelos particulares.

Assim, deve ser entendido que os particulares devem ser alcançados pelos direitos fundamentais para que não haja uma superação da dignidade da pessoa humana, numa tentativa de garantir a manutenção privada de vontade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BILBAO UBILLOS, Juan Maria. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 7. ed. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília, DF: Unb, 1996;

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000;

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição Anotada*, 3ª ed., Coimbra, 1993.
- _____. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- DRAY, Guilherme Machado. Justa causa e esfera privada. In: MARTINEZ, Pedro Romano (Coord.). *Estudos do Instituto de Direito Privado*, Vol. II. Coimbra: Almedina, 2001, pp. 35 - 86.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- HESSE, Konrad *in* Apud PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direito Fundamental nas Relações Jurídicas entre Particulares. In *A Nova Interpretação Constitucional – Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Organizador: Luís Roberto Barroso. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 138;
- HESSE, Konrad; *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito: introdução à problemática científica do Direito*. 2. ed. Tradução J. Cretella Jr e Agnes Cretella. São Paulo: R. dos Tribunais, 2002;
- MARMELSTEIN, George. **50 Anos do Caso Lüth: o caso mais importante da história do constitucionalismo alemão pós-guerra**. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/>>. Acesso em: 17 jul.2010
- MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 3;
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. As restrições aos direitos fundamentais nas relações especiais de sujeição. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (Org). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 603-653.
- PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional – Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp 193-284.

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

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.175;

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

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p.17.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2010.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho, 3ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbembkian, 1997.