

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**

ISADORA BEATRIZ MAGALHÃES SANTOS

**A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS FRENTE A
MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA**

**FRANCA
2019**

ISADORA BEATRIZ MAGALHÃES SANTOS

**A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS FRENTE A
MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA**

Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como pré-requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Tutela e efetividade dos direitos de Cidadania.

Orientadora: Profa. Dra. Luciana Lopes Canavez.

**FRANCA
2019**

S237e

Santos, Isadora Beatriz Magalhães

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais frente a mitigação do princípio da autonomia privada / Isadora Beatriz Magalhães Santos. -- Franca, 2019

138 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual Paulista (Unesp), Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca

Orientadora: Luciana Lopes Canavez

1. Direito civil. 2. Direito constitucional. 3. Direitos fundamentais.

I. Título.

Sistema de geração automática de fichas catalográficas da Unesp. Biblioteca da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca. Dados fornecidos pelo autor(a).

Essa ficha não pode ser modificada.

Com muito Amor e Gratidão dedico este trabalho aos meus melhores professores, meus pais, Margareth e Robervaldo e também à minha querida irmã Isabella.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente aos meus pais, Margareth de Cássia Magalhães e Robervaldo dos Santos, por serem grandes companheiros e incentivadores nessa minha jornada que é a vida, por toda educação que me foi proporcionada, todos os ensinamentos, e, principalmente, pelo amor aos estudos e à arte de ensinar. Vocês sempre foram meus maiores professores. Sou imensamente grata por tê-los ao meu lado em todas as fases da minha vida. Obrigada por todo suporte afetivo, psicológico e monetário, sem vocês, nem 1% desse sonho poderia ter sido realizado.

Sou grata pela amizade, amor e cumplicidade da minha irmã Isabella que desde pequena alegria e completa a minha existência. Deixo meus sinceros agradecimentos por ser quem você é e ter a importância que tem na minha vida.

Gostaria de demonstrar toda minha gratidão também aos meus queridos amigos que fiz ao longo desses 28 anos e ao meu namorado Caio, agradeço por dividirem seus dias e suas vidas comigo, com o Amor e o companheirismo de vocês tudo se torna possível, sou muito feliz em tê-los próximos a mim.

Agradeço ainda aos meus amigos que o Mestrado me presenteou, Amaranta, Amanda, Renan, Sabina, e Victor por caminharem ao meu lado nessa estrada sinuosa e desafiadora que é o Mestrado, e por toda a ajuda e conselhos no desenvolvimento do meu trabalho.

Minha eterna gratidão à minha avó Hilda da Costa, pela inspiração matriarcal, força e garra que passa a todos seus descendentes, sou muito honrada de ser sua neta. Agradeço também, ainda que em memória, ao meu avô José que por muito pouco não pôde compartilhar comigo mais essa conquista, mas tenho certeza que ele estará comemorando a conclusão dessa minha etapa de onde estiver.

Meus sinceros agradecimentos à minha madrinha Edvânia, minha segunda mãe, que sempre esteve ao meu lado e ao meu afilhado Lucas Eduardo, mais um lindo presente que a vida me proporcionou.

Agradeço imensamente à minha orientadora Luciana Lopes Canavez, que foi luz no meu caminho, sempre muito atenciosa e companheira. Obrigada pelos ensinamentos, pelas palavras tranquilas e serenas e principalmente pelo apoio em todos esses anos de orientação. Espero levar essa nossa parceria para a vida.

Com muita gratidão, agradeço a todos os meus professores que tive o prazer de conhecer durante esse Mestrado, foi uma honra poder ser aluna de grandes docentes. Agradeço também à UNESP/Franca e todos seus funcionários que me auxiliaram e tanto me ajudaram a realizar esse sonho.

Em especial, agradeço às professoras Kelly Cristina Canela e Soraya Regina Gasparetto Lunardi, por todo conhecimento compartilhado na minha qualificação, todos os apontamentos e dicas foram extremamente valiosos para a conclusão desta pesquisa, obrigada pela ajuda na elucidação do meu trabalho.

Em geral, agradeço a todos que estiverem ao meu lado em toda vida escolar, ensino fundamental, ensino médio, faculdade, mestrado e vida profissional, todos de certa forma fizeram parte da minha escolha e amor pela docência.

“A desigualdade dos direitos é a primeira condição para que haja direitos. ”

Friedrich Wilhelm Nietzsche

SANTOS, Isadora Beatriz Magalhães. **A eficácia horizontal dos direitos fundamentais frente a mitigação do princípio da autonomia privada**. 2019. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2019.

RESUMO

Os direitos fundamentais positivados na Constituição federal de 1988 possuem extrema importância nas relações público-privadas, porque garantem uma proteção individual e coletiva aos cidadãos, baseada na chamada eficácia vertical dos direitos fundamentais. A efetividade desses direitos ultrapassa as relações entre Estado e indivíduo e também se aplica nas relações privadas para garantir que não haja violação entre as partes. Essa teoria permite a irradiação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, o que é denominado pela doutrina como eficácia horizontal ou eficácia frente a terceiros - *Drittwirkung*, que teve como berço a Alemanha dos anos 1950 e 1960, se espalhando posteriormente pelo mundo afora. No Brasil, essa teoria não foi muito explorada, entretanto, mesmo não existindo ainda uma legislação positivada para essa aplicação, a doutrina e a jurisprudência vêm há tempos indicando sua possibilidade. Dentre as divergências sobre a forma aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares brasileiras, se de forma direta ou indireta, surge a presunção de mitigação do princípio da autonomia privada, princípio norteador do Direito Civil. Para alguns doutrinadores esse é um princípio derivado da autonomia da vontade, que teria evoluído posteriormente de acordo com a realidade socioeconômica, em respeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais. Nesse sentido, por meio do estudo da teoria da eficácia horizontal, a presente pesquisa objetiva analisar a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares brasileiras, frente a possibilidade de mitigação do princípio da autonomia privada. Como método científico, optou-se por uma metodologia de abordagem dedutiva, por meio da técnica de pesquisa bibliográfica em materiais especializados sobre a temática, além da técnica de pesquisa jurisprudencial quantitativa junto aos tribunais superiores, e, ainda do Estudo de relevante caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal, RE 201898/2005 sobre a temática. As duas últimas análises serão feitas da observação de fenômenos particulares para uma constatação mais genérica, por meio do método indutivo. Frisa-se que, de forma geral, trata-se de um trabalho meta-analítico, pois, irá reunir pesquisas que já existem, podendo a partir das teorias preexistentes chegar a novas interpretações, mais atuais, que serão analisadas à luz do método dedutivo.

Palavras-chave: eficácia horizontal. direitos fundamentais. relações privadas. autonomia privada.

SANTOS, Isadora Beatriz Magalhães. **A eficácia horizontal dos direitos fundamentais frente a mitigação do princípio da autonomia privada**. 2019. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2019.

ABSTRACT

The fundamental rights guaranteed by Brazil's Federal Constitution of 1988 are of extreme importance to public-private relations, since they assure individual and collective protection to citizens based on the so-called vertical effectiveness of fundamental rights. The effectiveness of these rights surpasses relations between State and individuals, also reaching private relations, in order to ensure there is no violation between parties. This theory allows fundamental rights to spread and reach into private relations, in what was entitled “horizontal effectiveness” or “effectiveness against third persons” - *Drittwirkung*, a concept originally developed in Germany circa 1950 and 1960, and later spread throughout the world. In Brazil, this theory hasn't been substantially explored; however, even in face of lack of legislation relative to its application, doctrine and jurisprudence have long indicated its possibility. Among divergences regarding the application of fundamental rights to Brazilian private citizens, whether directly or indirectly, arises the presumption of mitigation of the principle of private autonomy, a Civil Law guiding principle. For some authors, this principle derives from the autonomy of the will, which would later have evolved in accordance with the socioeconomic reality, respecting human dignity and fundamental rights. Through the study of the theory of horizontal effectiveness, this research aims to analyze the application of fundamental rights in relations between Brazilian private individuals in light of the possibility of mitigating the principle of private autonomy. As a scientific method, we opted for a deductive approach, through bibliographical research based on materials specialized on the subject, in addition to quantitative jurisprudential research with the higher courts, and also the study of a relevant case judged by Supreme Federal Court, RE 201898/2005. The final two analysis will be conducted first observing particular phenomena in order to reach a more general finding, through the inductive method. This is a meta-analytical work, as it will gather research that already exists from pre-existing theories and come up with new, more current interpretations, to be analyzed in light of the deductive method.

Keywords: horizontal effectiveness. fundamental rights. private relations. private autonomy.

LISTA DE SIGLAS

BGB	Bundesarbeitsgericht (Tribunal Federal do Trabalho)
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
ECAD	Escritório Central de Arrecadação e Distribuição
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCF	Tribunal Constitucional Federal
TJRJ	Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
UBC	União Brasileira de Compositores

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1 DIREITOS FUNDAMENTAIS	19
1.1 Definição e Diferenciação Terminológica	20
1.2 Breve Perspectiva Histórica.....	22
<i>1.2.1 Categorias dos Direitos Fundamentais</i>	<i>31</i>
1.3 A relação dicotômica entre Público-Privado e os Direitos Fundamentais.....	37
1.4 Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.....	47
2 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	54
2.1 O início do debate	56
<i>2.1.1 Caso Lüth na Alemanha.....</i>	<i>60</i>
<i>2.1.2 O debate sobre a eficácia horizontal em outros países.....</i>	<i>65</i>
2.2 Eficácia dos Direitos Fundamentais e sua aplicabilidade nas relações entre particulares.....	71
<i>2.2.1 Teoria da eficácia imediata e direta.....</i>	<i>75</i>
<i>2.2.2 Teoria da eficácia mediata e indireta.....</i>	<i>83</i>
<i>2.2.3 Teorias minoritárias sobre a eficácia horizontal.....</i>	<i>88</i>
3 A APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS SOB A ÓTICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL.....	92
3.1 Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais no Brasil.....	94
3.2 Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais e o princípio da Autonomia Privada.....	101
<i>3.2.1 Autonomia da Vontade versus Autonomia Privada.....</i>	<i>101</i>
<i>3.2.2 Mitigação da autonomia Privada.....</i>	<i>105</i>
<i>3.2.3 Colisão entre Direitos Fundamentais.....</i>	<i>108</i>
3.3 Eficácia Horizontal Dos Direitos Fundamentais: Uma Análise Da Jurisprudência Brasileira	117
<i>3.3.1 Análise jurisprudencial STJ e STF</i>	<i>119</i>
<i>3.3.2 Julgamento do Recurso Extraordinário 201918/2005 e a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais no Brasil.....</i>	<i>121</i>
CONCLUSÃO.....	130
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	133

INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais são direitos indispensáveis à dignidade da pessoa humana, positivados em uma Constituição com difícil definição, pois, muitas vezes são comparados aos direitos humanos (direitos suprapositivos) ou aos direitos naturais (direitos pré-positivos), fazendo com que haja uma divergência sobre sua real origem, se anterior ou posterior à criação do Estado.

Na maioria das vezes, as nomenclaturas direitos fundamentais e direitos humanos se confundem, e por mais importante que seja ressaltar suas diferenças, não podemos desconsiderar a íntima relação entre elas, já que a maioria das Constituições se inspiraram na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, e em diversos documentos internacionais para positivá-los, existindo ainda, alguns autores, que não distinguem essa terminologia, fazendo menção conjunta aos direitos humanos fundamentais

Para a teoria clássica, os direitos fundamentais são divididos basicamente em três categorias: a primeira, como direitos de liberdade, vista como limitação ao poder do Estado de natureza negativa, ligada às ideias do próprio Estado liberal. A segunda, como direitos de igualdade de natureza positiva, que marca a passagem do Estado liberal para o Estado social. E, por fim, a terceira categoria, caracterizada pelos direitos de fraternidade ou solidariedade, de caráter difuso e coletivo, pertencente a todos indistintamente.

Pode-se dizer, por conseguinte, que a conceituação, positivação e aplicação dos direitos fundamentais têm uma íntima relação com a evolução da social como um todo, principalmente com o desenvolvimento das relações dentro da sociedade.

Em geral, para a teoria clássica, o maior violador dos direitos fundamentais era o próprio Estado, e, por este motivo, sua principal função era limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.

Com essa definição, observa-se que a tendência de balizar o alcance dos efeitos dos direitos fundamentais é proveniente de uma teoria ultrapassada em que somente aplicava os direitos fundamentais nas relações verticalizadas entre Estado e indivíduo, não incluindo a possibilidade de abrangência de sua aplicação às relações particulares.

No entanto, com o desenvolvimento social e a consequente positivação das legislações, houve o surgimento e o fortalecimento do Estado Liberal, das revoluções burguesas e do capitalismo. Assim, os direitos fundamentais passaram também a ser violados pelos particulares, geralmente, na busca incessante pelo lucro e pela vantagem econômica.

Dessa maneira, o Direito Civil clássico, que outrora era interpretado por meio de uma visão insular, a qual tinha na sua autonomia como princípio máximo de liberdade, não mais bastou para resolver os problemas do Direito Privado que se tornara demasiadamente desigual.

Esta visão independente, de “ilha”, do Código Civil, se tornou insuficiente e ultrapassada, e é atualmente substituída por uma visão sistêmica, em que a Constituição está no centro do sistema jurídico (como o Sol no centro do sistema solar) e emite princípios e direitos que atingem todo o ordenamento (como o Sol emite raios que atingem todos os planetas).

Essa interpretação conjunta é chamada de Constitucionalização do Direito Privado, movimento de nova compreensão do Direito Civil conforme princípios e regras constitucionais, o que possibilitou o enaltecimento da dignidade da pessoa humana, onde antes se valorizava, predominantemente, a livre manifestação de vontade.

Desta forma, a mudança na interpretação na esfera jurídica, na qual todo sistema começou a ser interpretado com um viés constitucional, amparou mais adequadamente as relações desiguais frente aos particulares, principalmente aos detentores de maior poder socioeconômico, que causam, na maioria das vezes, um desequilíbrio entre as partes, cujo realinhamento depende do efeito e da graduação que se confere ao direito fundamental na relação privada.

A famigerada constitucionalização do Direito Civil, é um tema complexo que será mais bem elaborado no decorrer do trabalho. No entanto, podemos dizer que esse instituto não afetou a natureza da norma privada, mas revitalizou as garantias e direitos, facilitando a compreensão da aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, fenômeno chamado pela doutrina alemã de eficácia horizontal ou eficácia frente a terceiros - *Drittwirkung*.

Nesse sentido, relaciona-se a constitucionalização do Direito Privado, para explicar o debate da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, o alcance da norma constitucional e a forma da sua aplicabilidade, pois a Constituição, ao permitir a vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, estaria assumindo contornos de um estatuto fundamental de toda a coletividade, dando proteção ao homem contra o poder, independentemente se público ou privado.

A *Drittwirkung* se tornou o grande tema da doutrina de Direito Público nos anos 1950 e início dos anos 1960, ingressando também no âmbito teórico do Direito Privado. Essa teoria nasceu na Alemanha e se irradiou pelo mundo afora, influenciando e dividindo os doutrinadores

sobre a eficácia e a forma da aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares.

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais, mesmo que ainda sem previsão no texto legal brasileiro, vem sendo há tempos estudada pela doutrina e citada em algumas jurisprudências, se tornando um tema bastante polêmico, pois tem como preceito vincular um negócio jurídico, instrumento de exteriorização da autonomia por excelência, com a aplicação dos direitos fundamentais, direitos que garantem a proteção de quem estiver em desvantagem, reequilibrando a relação.

Não obstante, em diversos países essa aplicação dos direitos fundamentais é bastante controversa, pois ainda não há um consenso sobre sua admissibilidade. Mesmo para os doutrinadores que reconhecem a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, não há uma unanimidade sobre como tais direitos devem ser aplicados às relações entre particulares, se direta ou indiretamente e – o que é o mais importante, a despeito da escassa discussão sobre o ponto – se dentro dessa aplicação há algum princípio do Direito Civil, como o princípio da autonomia privada a ser mitigado.

Para alguns autores o princípio da autonomia privada é um modelo derivado e aperfeiçoado do princípio da autonomia da vontade, que anteriormente garantia a livre disposição da pretensão das partes, na época em que a liberdade de dispor entre os particulares era uma afronta ao poder do Estado, prevista, mais precisamente, nos códigos oitocentistas, na chamada primeira geração dos direitos fundamentais, onde se enaltecia a liberdade.

O Código Civil francês, mergulhado nos ideais da Revolução Burguesa de 1789, possuía um modelo liberal de contratação quase absoluta, em que a vontade tinha valor máximo e não se admitia quase nenhuma intervenção jurídica, na medida em que pressupunha uma relação igualitária entre as partes, e assim se deu todos os códigos chamados oitocentistas, de inspiração liberal, baseados na autonomia da vontade.

A autonomia da vontade, para muitos doutrinadores, é princípio anterior ao da autonomia privada e dele inspirador, e se importava com a subjetividade das partes, portanto, há uma corrente doutrinária que acredita que a autonomia privada, apesar de derivada do princípio da autonomia da vontade, adequou o seu significado às características da sociedade atual, já não fazendo alusão à vontade subjetiva, e, sim, à autonomia da pessoa, isto é, a uma vontade condizente com a realidade, concreta, declarada, que deve, além de respeitar a ordem pública e os bons costumes, não infringir nenhum direito fundamental alheio.

Desde a Revolução Industrial e o início da exploração em massa do trabalhador, observou-se a desproporcionalidade de algumas relações particulares. O desenvolvimento ágil da economia exigiu com rapidez nos negócios, o que resultou em muitos contratos massificados e modelos, padronizados e impessoais, que não se coadunam com o princípio da autonomia da vontade, pois muitos são obrigados a realizar certos contratos para poder viver em sociedade, e, deste modo, a vontade das partes na maioria das relações privadas, desde então, não pôde mais ser caracterizada como livre.

Por esses motivos, após a consolidação do Estado Liberal e início do Estado Social, alguns códigos começaram a abordar a autonomia privada como princípio regente das relações entre particulares, por visar não somente ao bem das partes em sua liberdade de disposição de vontade, mas ao bem comum de ambas em relação ao equilíbrio contratual, pressupondo que nem sempre as partes encontram-se em posições equivalentes, nem mesmo sempre exprimem sua real vontade.

Sob uma ótica nacional, por causa do prevalecimento da ideia do voluntarismo no Código Civil brasileiro, exigiu-se a interferência do Estado nas relações privadas, limitando-se a força vinculante da vontade negocial, especialmente nos casos de vulnerabilidade em que se mitigou a tutela concedida ao interesse individual em favor de outros interesses jurídicos socialmente protegidos.

Portanto, após a ocorrência do desequilíbrio nas relações particulares, iniciou-se um movimento de dirigismo contratual, para proteger a parte mais desfavorecida, técnica e economicamente, o que resultou na autonomia do Direito do Trabalho, afastando do Direito Civil tudo o que considerava destinado a reduzir o papel da vontade como fonte soberana de vínculos obrigacionais, como ocorreu também com o Direito do Consumidor, permitindo tais leis uma maior intervenção sobre o conteúdo do contrato.

Para a corrente que acredita na superação do voluntarismo no Código Civil atual, mesmo sendo estritamente particular, uma relação jurídica não pode prevalecer desigual ou violadora, ou infringir direitos fundamentais relativos às partes envolvidas, pois, nesse sentido, há uma hipótese de que o princípio da autonomia privada já rejeitaria o desequilíbrio contratual.

Sendo assim, o próprio princípio da autonomia privada já permitiria a eficácia horizontal dos direitos fundamentais de uma forma indireta.

Nesse sentido, o presente trabalho pretende detalhar o significado desse princípio norteador do Direito Privado, com base em pesquisa eminentemente bibliográfica, por meio da

dogmática jurídica, para então, descobrir a forma mais adequada de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas brasileiras, se indireta, ou, se direta, demonstrando ainda a possibilidade de mitigação do princípio da autonomia privada, por meio da colisão entre princípios.

A presente pesquisa, portanto, visa não só a discutir, numa perspectiva civilista, o tema da aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares, mas também analisar se de referida aplicação deve necessariamente resultar uma mitigação do princípio da autonomia privada, à luz do ordenamento jurídico brasileiro atual.

Algumas posições doutrinárias se revelam contrárias à aplicação dos direitos fundamentais na esfera particular, por entenderem que este instituto fere a segurança jurídica, a autonomia privada e permite prerrogativas excessivas sujeitas à arbitrariedade do juiz no momento de sua aplicação.

As divergentes opiniões doutrinárias justificam a importância deste trabalho, em que o objetivo principal é justamente esclarecer o emprego desse instituto, indo além das possibilidades de sua aplicação, que também são controversas, mas analisando a gênese das relações entre particulares e a livre disposição da vontade, juntamente com uma avaliação ao princípio da autonomia privada, sua importância e função nas relações entre particulares brasileiras.

Cumprе salientar que algumas situações comuns na vida cotidiana podem ser elucidadas por meio da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, como na relação de trabalho e na relação de consumo, onde fica claro o papel da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e a mitigação necessária da autonomia privada para que possa reequilibrar a relação já que o empregado e o consumidor são comprovadamente vulneráveis.

No entanto, muito embora os exemplos nas relações de trabalho e de consumo sejam mais costumeiros à aplicabilidade dos direitos fundamentais, como recorte temático, neste trabalho, analisaremos mais precisamente os casos na esfera tipicamente civil, posto que, o Direito do Trabalho e o Direito do consumidor se encontram já em legislações diferenciadas, e de certa forma, ainda mais protegidas e irradiadas pelos direitos fundamentais, já sendo reconhecida a desigualdade nessas relações desde seu início.

O foco da presente pesquisa, portanto, são as relações privadas especialmente regidas pelo Código Civil, em que há um certo temor na mitigação do princípio da autonomia privada,

princípio norteador das relações particulares, por receio à uma influência demasiada da seara pública na esfera particular.

Em outras hipóteses de aplicabilidade de direitos fundamentais no Código Civil, ou em legislação onde há maior incidência da livre iniciativa, nota-se que não há um bom senso tão simplificado como nas relações de trabalho e consumeristas.

Desta forma, os casos tipicamente civis fazem repensar sobre todas as questões cotidianas nas relações entre particulares que enfrentam desigualdades, exigindo diretamente a sua solução da aplicação direitos fundamentais nessas relações.

Portanto, a busca da forma mais coerente de aplicação da eficácia horizontal para as relações particulares tipicamente civis, é a o que se deseja com a presente pesquisa, trazendo uma resposta coesa e viável para essa aplicação.

Nesse sentido, para fins do presente estudo, faz-se necessário no primeiro capítulo, buscar informações sobre a origem histórica dos direitos fundamentais, para entender a sua importância e sua relação com o desenvolvimento da relação entre Estado e sociedade, e, em uma visão mais restrita, compreender o papel por eles desempenhado na Constituição Federal.

No segundo capítulo, pretende-se analisar a irradiação dos direitos fundamentais, estudando a conexão entre tais direitos e as normas de Direito Privado, investigando as teorias existentes sobre o problema da aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares.

No terceiro e último capítulo, com foco no princípio da autonomia privada, deseja-se discutir o fenômeno da eficácia horizontal tendo em vista o cenário jurídico brasileiro atual, por meio de uma pesquisa jurisprudencial quantitativa que ajudará na avaliação da incidência dessa temática nos tribunais superiores, juntamente com um estudo de caso do Recurso Extraordinário n.º 2018198/STF.

O presente trabalho é eminentemente bibliográfico, utilizando-se do método científico dedutivo, pois parte de teses gerais sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais para argumentos particulares de qual é a mais adequada forma de aplicação na esfera privada, considerando o princípio regente dessas relações que é o princípio da autonomia privada.

Haverá ainda, uma pesquisa jurisprudencial quantitativa que será realizada através da busca em sítios eletrônicos dos Tribunais Superiores, com o intuito de comparar numericamente a utilização da temática eficácia horizontal, e um estudo de caso, por meio de uma análise

qualitativa em que será observada a abordagem da eficácia horizontal nos votos dos ministros. Os resultados obtidos serão analisados a luz do método indutivo.

Serão, portanto, apresentados no início do trabalho os argumentos que são considerados verdadeiros para a doutrina pesquisadora sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, para, em seguida, após essa comparação entre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, chegar a uma conclusão formal, proveniente da lógica das premissas anteriormente estabelecidas, sobre a forma de aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares brasileiras e a sua relação com o princípio da autonomia privada.

Por meio de um processo metodológico dogmático jurídico, para o desenvolvimento e a compreensão de mais de um campo do Direito, no caso Direito Público, onde se encontram positivados os direitos fundamentais, na Constituição federal brasileira, e, também, no Direito Privado, onde acontece a aplicação de referidos direitos dentro de uma relação privada. O que permite além de uma análise normativa nos limites do ordenamento, uma outra visão prática e necessária, nas relações cotidianas.

Esta pesquisa propõe encontrar uma forma de aplicação sensata e coerente dos direitos fundamentais nas relações particulares no ordenamento jurídico brasileiro, respeitando os princípios que regem a autonomia privada, relativizando-os se necessário, tendo como preceito básico a tendência do direito privado à proteção da dignidade da pessoa humana e seu norteamento pelos direitos fundamentais.

Portanto, o estudo e a aplicação dos direitos fundamentais devem ser retomados com toda a sua complexidade, pois corre-se o risco de deixar sua aplicação apenas para relações público-privadas, deixando que impere uma ordem global de desigualdades e exploração.

Deste modo, qualquer análise sobre direitos fundamentais e suas aplicações deve ser pautada na realidade cotidiana atual e não apenas em digressões teóricas, sob pena de, ainda que involuntariamente, se contribuir para legitimar a própria violação dos direitos fundamentais.

Por essa razão, entre tantas outras, revela-se crucial uma profunda discussão acerca dos direitos fundamentais na atualidade, como problema central a ser aqui tratado no terceiro e último capítulo, com foco na sua aplicação nas relações privadas, e a necessidade de relativização com o princípio da autonomia privada, que nessa pesquisa será o recorte para a análise da legitimidade dessa horizontalização.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS

O presente capítulo é de grande importância para o início deste trabalho pois, necessita-se de uma definição terminológica e conceitual preexistente para o desenvolver dos demais tópicos, uma diferenciação entre as diversas nomenclaturas utilizadas como sinônimos dos direitos fundamentais.

Entretanto, não nos cabe aqui um aprofundamento ou uma explicação de todos esses termos, basicamente há necessidade de aprofundar a diferenciação dos conceitos principais entre direitos humanos e direitos fundamentais, bem como sua abrangência, e principalmente sua eficácia.

Neste capítulo, após a elucidação sobre a definição terminológica, será feita uma breve análise dos direitos fundamentais no decorrer da história, seu reconhecimento, início de sua positivação, fases e categorias, até os desafios atuais para sua efetividade e aplicação.

Em seguida, será discutido, ainda, a relação entre a dicotomia entre Direito público - Direito privado e os direitos fundamentais, na tentativa de uma ambientação sobre a temática principal do trabalho, que é a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, em uma abordagem conceitual e introdutória.

Para finalizar o capítulo inicial, será também analisada a normatização dos direitos fundamentais na Constituição pátria, com uma breve análise da sua eficácia nacional e contemporânea nas relações jurídicas brasileiras.

Destaca-se que esse capítulo é mais descritivo do que analítico- reflexivo, busca informar e situar o leitor, preparando-o para o conteúdo dos próximos capítulos.

Ressaltamos que, aqui, não nos alongaremos na origem dessa discussão dicotômica, nem na conceituação e problematização das nomenclaturas dos tipos de Estados, pois não é o nosso escopo. A intenção é abordar historicamente o desenvolvimento dos direitos fundamentais e, mais especificamente, o caminho para sua maior eficácia e aplicabilidade, que antes era somente nas relações entre Estado e indivíduo e depois, também passou a ser aplicado dentro das relações privadas principalmente, para resguardar que não haja violações e desequilíbrio entre as partes.

1.1 Definição e Diferenciação terminológica

A terminologia “direitos humanos” está atualmente em evidência, e muitas vezes é utilizada para indicar os direitos inerentes ao ser humano, direitos de proteção contra violência, abusos e qualquer ato desonesto e injusto contra a dignidade, de forma ampla e abstrata, independentemente do lugar ou época. Eles são invocados por muitos nas mais diversas situações e também mal vistos por uma parte da população que não compreende seu significado e importância.

Pode-se dizer que um dos motivos é a certa imprecisão terminológica sobre tais direitos, que também podem ser denominados “direitos humanos fundamentais”, “direitos do homem”, “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “liberdades fundamentais”, entre outras expressões de diversas categorias e com diferentes significados.

Para Bobbio (2004, p. 11) “Apesar das inúmeras tentativas de análise definitiva, a linguagem dos direitos permanece bastante ambígua, pouco rigorosa e frequentemente usada de modo retórico”, essa diversidade de expressões, portanto, prejudica a clareza do significado dos direitos fundamentais.

Podemos assim analisar que até mesmo a Constituição brasileira traz várias expressões no mesmo sentido, como sinônimos: direitos humanos (art.4º, inciso II), direitos e garantias fundamentais (epígrafe do Título II, artigo 5º, §1º), direitos e liberdades constitucionais (artigo 5º, inciso LXXI), e direitos e garantias individuais (artigo 60, §4º, inciso IV) embasando essa diversidade semântica (SARLET, 2006, p. 34).

Observe-se que a heterogeneidade dessas expressões acarreta, muitas vezes, imprecisão de significado. Ao mesmo tempo que em alguns sentidos as expressões possam ser consideradas sinônimas, cada uma tem uma restrição e especialidade, que deve ser respeitada, motivo que reforça a necessidade de posicionamento e definição terminológica para este trabalho.

Devido à grande quantidade de expressões, não há tempo, nem é o objetivo desta pesquisa explicar todos os seus diferentes significados, entretanto, podemos esclarecer que a utilização de algumas não nos parece usual, como a expressão “Direitos do Homem”, que mesmo sendo uma das primeiras expressões surgidas após o desenvolvimento da ideia de direito natural, não nos parece ser correto utilizá-la atualmente. Além da opinião pessoal, pela limitação do gênero da própria palavra baseada em um histórico de patriarcalismo, em que

mesmo abrangendo direitos tão amplos evidencia apenas o gênero masculino, ainda existe uma divergência no seu significado.

Segundo Sarlet (2006, p. 37), os “direitos do homem”, inerentes à natureza humana, são comparados aos direitos naturais, positivados e não positivados, o que se diferencia não somente dos direitos fundamentais, positivados em uma Constituição, como os direitos humanos, atualmente positivados na legislação internacional.

A principal relevância, portanto, está na diferenciação dos termos direitos humanos e direitos fundamentais, estes como direitos reconhecidos e constitucionalizados na legislação de um Estado, aqueles como direitos universais da pessoa humana que são reconhecidos pela ordem internacional, sendo indispensáveis a uma vida digna.

No entanto, não é somente a positivação desses direitos que diferencia as duas expressões, os direitos humanos além de possuírem riquíssima produção normativa internacional, possuem também uma maior amplitude de titulares, que não dependem de nacionalidade para poder reivindicar seus direitos nem para ser garantida a sua dignidade. Diante disso, há também uma grande possibilidade de se responsabilizar de forma externa o Estado pelo não cumprimento dos direitos humanos pelas autoridades internacionais (DIMOULIS; MARTINS, 2007, p. 29).

Há de se considerar ao mesmo tempo, que os direitos humanos possuem uma forte politização que repercute no comprometimento entre os Estados, contudo, seu fortalecimento no Direito Internacional não interfere na primazia dos Estados nacionais, nem no seu poder de correção dentro do país, até porque a maioria das violações e limitações aos direitos fundamentais se encontram dentro da própria nação.

Portanto, entende-se que os direitos fundamentais serão sempre direitos humanos, em relação à sua titularidade, ainda que representado coletivamente por um grupo, nação, Estado, pois, há um fenômeno chamado de duplicação, em que na maioria das vezes, praticamente todos os direitos humanos garantidos na seara internacional também são reconhecidos pelo direito interno, mas com maior amplitude e complexidade nos países que ratificam os tratados e convenções internacionais, de caráter supranacional e universal.

Embora, na filosofia política, nas ciências sociais e no direito internacional a denominação mais comum seja “direitos humanos”, em uma esfera constitucional, no caso do presente trabalho, a opção “direitos fundamentais” acaba sendo mais propícia e coerente com o significado, conteúdo e eficácia atrelados, principalmente se tratando da Constituição brasileira.

Entende-se, assim, que a expressão “direitos fundamentais” é mais completa, tendo em vista o objetivo deste trabalho, que investiga a eficácia desses direitos nas relações entre particulares na legislação nacional, considerando a epígrafe do Título II da Constituição Federal de que se trata de Direitos e Garantias Fundamentais, entendemos que essa expressão abrange também as demais categorias.

Deste modo, por preferência, tanto na parte histórica como no restante deste trabalho, para uniformidade, será utilizada a expressão “direitos fundamentais”, para abranger os direitos indispensáveis a uma vida digna, inerente a todo cidadão, positivados em uma Constituição. Deixando, assim, o termo de direitos humanos para uma matéria e discussão internacional, que não será aqui abordada.

1.2 Breve perspectiva histórica

Os direitos fundamentais possuem uma grande proximidade com a política, pois foi por meio das reivindicações e lutas que foram reconhecidos e logo depois positivados. Todavia, esses direitos não podem significar somente a prevalência dos direitos humanos, já que esse conceito não comprova sua fundamentação, muito menos sua efetividade e aplicabilidade (DIMOULIS; MARTINS, 2014). Eis o grande desafio do meio jurídico, encontrar a correta aplicação para direitos fundamentais já reconhecidos, que dependem mais do que a positivação em uma Constituição para sua real existência.

De acordo com Norberto Bobbio, em seu livro a Era dos Direitos:

Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados (BOBBIO, 2004. p. 17).

O universo dos direitos fundamentais é cheio de ponderações e sopesamentos, são direitos essenciais que podem colidir com outros direitos essenciais, e por isso, há o desafio de se indagar a solução de qual deles deverá ser aplicado, na busca incessante pela sua aplicabilidade. Neste trabalho não é diferente, procura-se, por conseguinte, o entendimento da

criação e positivação dos direitos fundamentais como base para uma posterior investigação da sua aplicabilidade, eficácia e quando necessária, ponderação.

Para Hannah Arendt, (1989, p. 330), o primeiro direito de todo indivíduo é o direito a ter direitos, portanto, logicamente a segunda consequência é o seu reconhecimento, que deve ser um rol amplo e aberto, já que sempre é possível a descoberta de um novo direito essencial à pessoa humana.

A análise da origem dos direitos fundamentais nos interessa, porque tem relação direta com a sua eficácia e aplicabilidade, que serão desenvolvidas nos próximos capítulos. É necessário, portanto, demonstrar a sua importância e a trajetória que levou à sua consagração dentro e fora das Constituições.

A história sobre o surgimento desses direitos, direitos inerentes à pessoa humana, indispensáveis a uma vida digna, e positivados em uma Constituição federal, é paralela à história da criação do Estado Moderno, bem como, está diretamente ligada com a limitação do poder.

No entanto, não nos preocupa a busca incansável pela origem dos direitos fundamentais, nem uma descrição minuciosa sobre seus primeiros indícios e pensadores. Deixamos de lado, assim, grande parte teórica dos direitos fundamentais, para analisar com mais objetividade sua parte dogmática jurídica, por meio de uma breve perspectiva histórica para sua contextualização, ressaltando assim os períodos mais relevantes.

Segundo Klaus Stern¹ (1988, p. 56, apud SARLET, 2006, p. 44), sintetizando o desenvolvimento histórico dos direitos fundamentais, devem-se destacar três etapas de seu desenvolvimento: a pré-história, que se estende até o século XVI; a fase intermediária, correspondente ao período de elaboração e afirmação dos direitos naturais do homem pela ótica jusnaturalista; e a última etapa, a real constitucionalização, iniciada em 1776 com as declarações sucessivas dos novos Estados norte-americanos.

Em uma visão mais moderna, Bobbio (2004 p. 18-19) acredita que a história da formação das declarações de direitos também pode ser distinguida em três fases, em que as afirmações na primeira, nascem como teorias filosóficas, sendo a mais importante de John Locke. Já a segunda, se inicia no momento em que essas teorias são acolhidas pela primeira vez pelo legislador, como nas Declarações de Direitos dos Estados norte-americanos e da

¹ Jurista Alemão e professor de Direito Público.

Revolução Francesa, e a terceira, na qual a afirmação dos direitos fundamentais se converte em universal e positivada ao mesmo tempo, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Por uma opção didática, neste trabalho, considerar-se-á a divisão mais moderna de Norberto Bobbio, para a explicação das fases históricas dos direitos fundamentais, sem, no entanto, deixar de informar a reconhecida divisão clássica de Klaus Stern.

Inicialmente, antes do reconhecimento efetivo dos direitos fundamentais, direitos esses sobrevivendo do direito natural, que passaram a ser denominados como “direitos do homem”, houve um forte fundamentalização, e conseqüentemente um estudo e desenvolvimento de pensadores sobre quais direitos seriam inerentes ao ser humano.

Na Idade Média, mais precisamente na região da Inglaterra, no século XIII, foi elaborado o principal documento, segundo estudiosos da temática, que iniciou o chamado devir dos direitos fundamentais. A *Magna Charta Libertatum*, firmada em 1215 pelo Rei João Sem-Terra e pelos bispos e barões ingleses, contendo privilégios para nobreza, e excluindo a população em geral, foi referência para o desenvolvimento de temas de direitos clássicos como o *habeas corpus*, pois, citava o direito de liberdade de locomoção e a proteção contra prisão arbitrária, bem como se referia, ainda, ao devido processo legal, a garantia de propriedade, e a liberdade de culto e religião (SARLET, 2006, p. 49).

De certa forma, este pacto em plena “pré-história” dos direitos fundamentais, na Idade Média, foi o primeiro passo, porque mesmo que tenha reconhecido os direitos somente para um estamento social, desencadeou uma série de eventos importantes que convergiram para a legalização dos direitos fundamentais, que se iniciou com a Reforma Protestante no século XVI, objetivando a liberdade de religião e de culto, também inspirada na fundamentação da *Magna Charta*. Essa reforma foi essencial para a consolidação dos Estados nacionais e do absolutismo monárquico, e conseqüentemente pressuposto para as revoluções burguesas do século XVIII.

Embora existam registros de um maior despontamento dos direitos fundamentais em pleno século XVIII, foi a partir do século XVII que os principais filósofos ajudaram a desenvolver a temática contribuindo largamente para as demais fases de desenvolvimento e positivação dos direitos fundamentais, nas quais a concepção contratualista da sociedade e as ideias dos direitos naturais do homem adquiriram relevância, resultando nas diversas Cartas de Direitos assinadas pelos monarcas nesses períodos (SARLET, 2006, p. 47).

A revolução Gloriosa na Inglaterra, em 1688, foi resultado da construção do pensamento jusnaturalista dos “direitos do homem”, baseada nas Declarações de Direitos da Inglaterra denominada de *Petition of Rights*, em 1628, e também na Declaração de Direitos *Bill of Rights*, em 1689, onde se consagrou a supremacia do parlamento inglês, bem como a imperiosidade da lei (SARLET, 2006, p. 48).

No campo das ideias políticas, o pensador Thomas Hobbes, em 1651, contemporâneo à positivação das declarações Inglesas, defendia o direito do ser humano utilizar seu próprio poder com liberdade em seu estado de natureza, livre de qualquer restrição, pelo fato de nesse estado natural todos estarem em conflito, como exemplifica sua famosa frase que aduz que o homem é lobo do próprio homem. Contudo, para Hobbes, em uma sociedade, onde homem e Estado possuem um contrato, este detém o poder sobre aquele, podendo até outorgar parte de liberdade aos indivíduos, desde que seja sua vontade. Logo, o direito de liberdade do homem valeria somente em pleno estado de natureza, e não no relacionamento entre Estado e indivíduo, onde o homem se abdicaria de sua liberdade inicial para se submeter ao poder do Estado (MASCARO, 2016, p. 152).

Na mesma época, Hugo Grócio, no livro *O direito da Guerra e da Paz*, 1625, foi um dos primeiros a alegar a presença de direitos além de seu estado de natureza, defendendo a existência do direito natural, de forma racionalista, mesmo sem a existência de Deus, reconhecendo que as normas dos homens decorrem de princípio inerentes à condição humana (SARLET, 2006, p. 46).

Contudo, uma das contribuições mais importantes é a de John Locke, considerado o pai do jusnaturalismo moderno, que em suas ideias defendeu o direito individual, mesmo contra o Estado, um dos conceitos principais dos direitos fundamentais na atualidade. Para Locke, os homens decidem garantir seus direitos naturais abandonando livremente o estado de natureza, para serem então salvaguardados pelo Estado, que conserva seus direitos preexistentes, rejeitando um governo arbitrário, de poder ilimitado, valorizando a preservação da vida, da liberdade e da propriedade pela supremacia do bem público.

Locke ressalta o nascimento livre do ser humano, que inspirou outros pensadores e as declarações de direito modernas, ainda, foi um dos pioneiros a defender a divisão dos poderes, tendo em vista a ganância humana de ascensão, criticando que os mesmos que detém o poder possam também legislar e executar as leis ao mesmo tempo, porque podem adequá-las à sua

vontade. Suas ideias reverberaram principalmente no século XVIII, inspirando a burguesia e seus ideais (BOBBIO, 2004, p. 30).

No entanto, foi Rousseau, em seu livro *Do Contrato Social*, 1762, quem defendeu uma vida baseada na igualdade e liberdade por meio de um pacto social, ele não foi considerado um jusnaturalista comum, foi considerado como um jusnaturalista mais moderno, e quem realmente embasou os direitos fundamentais atuais, a partir de uma inalienabilidade dos direitos, sendo contra a escravidão, diferentemente de Locke e Grócio, que não vislumbravam contradição entre a defesa da liberdade e igualdade concomitante à escravidão. Rousseau, ainda, defendeu a representação da maioria, contribuindo diretamente para a consolidação da democracia representativa, base do Estado Moderno (MASCARO, 2016, p. 178).

Por meio das chamadas declarações de direitos inglesas, no século XVII, e sua consequente evolução das liberdades, titularidades e privilégios, iniciou-se a chamada segunda fase, conforme Bobbio, que deu base para que a real existência e concreta posituação dos direitos fundamentais, o que só foi possível, no entanto, pela existência de três elementos: Estado, indivíduo e texto normativo regulador dessa relação (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 11).

As revoluções liberais, da Inglaterra, Estados Unidos e França, com suas respectivas posituações sobre direitos, são consideradas como início das primeiras declarações escritas sobre os direitos fundamentais, que incluíam o ser humano como titulares desses direitos. Consequentemente, foi com a criação do Estado Moderno, a formação de um Estado sólido, o reconhecimento do cidadão como indivíduo e não mais a sua percepção como parte de um grupo, que houve a primeira posituação efetiva dos direitos fundamentais na legislação de uma nação, acontecimento possível somente por meio de todos esses fatores reunidos na segunda metade do século XVIII (SARLET, 2006, p. 46).

Os primeiros direitos fundamentais positivados, após a fase de teorias, segunda fase da formação desses direitos, proposta por Bobbio (2004, p. 30), tem início com a declaração de independência das treze ex-colônias da Inglaterra, na América do Norte, em 12 de junho de 1776, onde foram anunciados direitos como a autonomia, a proteção da vida, a igualdade, a propriedade, a livre atividade econômica, liberdade de religião, de imprensa e proteção contra repressão penal.

No mesmo sentido, foi firmada a Constituição da Filadélfia, 1787, outra declaração contemporânea aos movimentos, e também a declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão,

redigida na França, em 26 de agosto de 1789, adotada em 2 de outubro de 1789, propagando, ainda, direitos na mesma linha, com o reconhecimento da liberdade, igualdade, fraternidade, propriedade, segurança e da resistência à opressão (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 12).

O motivo do aparecimento simultâneo da positivação dos direitos fundamentais em lugares diferentes, sobretudo considerando a distância entre os Estados Unidos e a França, tem como base a mesma insatisfação de uma classe que almejava seus direitos reconhecidos e positivados, e que antes não possuía garantias de efetivar esses direitos, senão através da regulamentação de normas.

A independência norte-americana ocorreu pela necessidade de defesa das liberdades públicas e principalmente contra o absolutismo do rei na Inglaterra, o que legitimou sua emancipação. No entanto, o modelo Francês não segue a versão individualista das declarações estadunidenses, deixando a cargo do legislador uma possível intervenção, limitação para a representação do interesse geral. Diferença que restou clara, alguns anos depois em 1803, na decisão da corte suprema norte americana, mais precisamente no caso *Marbury vs. Madison*², em que se decidiu que a Constituição federal era superior a qualquer outro dispositivo legal (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 13).

Sobre a diferença entre a Declaração do Homem e do Cidadão, 1789 e a Constituição norte-americana de 1787, é importante considerar:

Apesar da influência até mesmo imediata que a revolução das treze colônias teve na Europa, bem como da rápida formação no Velho Continente do mito americano, o fato é que foi a Revolução Francesa que constituiu, por cerca de dois séculos, o modelo ideal para todos os que combateram pela própria emancipação e pela libertação do próprio povo. Foram os princípios de 1789 que constituíram, no bem como no mal, um ponto de referência obrigatório para os amigos e para os inimigos da liberdade, princípios invocados pelos primeiros e execrados pelos segundos (BOBBIO, 2004, p. 43).

Fica claro, portanto, que na declaração de independência norte-americana prevalecia o pensamento de liberdade individual, defendida contra os poderes do Estado colonizador, pelos quais não se sentiam representados. Por outro lado, os ideais franceses foram embasados não só pela liberdade, mas também pela igualdade e fraternidade. Nas treze colônias, não havia uma

² O caso *Marbury vs. Madison* é um famoso precedente jurisprudencial norte americano que influenciou diversos ordenamentos jurídicos sobre o controle de constitucionalidade.

unidade entre todos os habitantes, mas havia graus de igualdade entre os colonos europeus, e paralelamente estavam os escravos e os nativos. Houve então, para os colonos uma grande importância na positividade desses direitos, que criou uma uniformidade política, e uma Constituição com o principal objetivo de garantir a liberdade individual face ao Estado e também ao legislador ordinário (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 14).

A falta de abrangências dos titulares desses primeiros direitos positivados não ocorreu somente na Constituição norte-americana, mas também na França, onde se deram as primeiras manifestações do Constitucionalismo europeu, que mesmo se norteando nos conceitos que buscavam ideais universalistas, baseados nas ideias iluministas, continuou a manter a escravidão em suas colônias, e as mulheres em situação de exclusão política e social, bem como a classe massificada sem direitos (BOBBIO, 2004, p. 45).

Portanto, esse primeiro movimento de positividade de direitos fundamentais em um Estado nacional deixou ainda muitos em exclusão, sendo considerados como titulares desses direitos, basicamente, apenas os cidadãos em ascensão social, colonos proprietários de terra, burgueses, homens e brancos.

O Constitucionalismo europeu teve suas primeiras manifestações na França com suas ideais iluministas mencionadas na Declaração de Direitos de caráter político-ideológico. Tais ideais foram embasados pela revolta da classe burguesa na luta de classes contra a nobreza, que era considerada “parasita” pela ostentação social não justificada economicamente, ao mesmo tempo com o contrastante cenário da miséria da classe popular no campo e na cidade, o que aumentava ainda mais a tensão social.

Entretanto, as massas eram incitadas pela revolução somente para dar volume, na esperança de que os direitos reivindicados na palavra “todos” os abrangesse, o que após a revolução ficou nítido de que não era bem essa ideologia que se tratava, como observa-se:

As massas miseráveis eram bem-vindas para a ideologia constitucionalista francesa como *chair à canon* (“alimentação de canhões”), ou seja, como munição de guerra e isso a despeito dos tais direitos “naturais” do “homem e do cidadão” serem inalienáveis, imprescritíveis e “universais”, ou seja, assistirem a “todos” sem exceção. O constitucionalismo francês do século XVIII inseriu, além de inegáveis avanços em racionalidade, também um novo elemento à filosofia política: a hipocrisia (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p.15-16).

Desse modo, a considerada primeira positivação dos direitos fundamentais, segunda fase na divisão de Norberto Bobbio (2004, p. 30), foi muito importante devido ao fato da regulamentação e normatização pioneira de direitos. No entanto, tal positivação não foi bastante para a abrangência dessas garantias, ficando muitos, ainda, excluídos.

Essa nova concepção de Estado, que não é mais absoluto e sim limitado, surgida no século XVIII e que utiliza as afirmações sobre os direitos fundamentais como ponto de partida, pode ser considerada a passagem da teoria à prática. Porém, essa positivação se deu em nível estatal, não tendo, portanto, ainda característica universal.

Historicamente, em se tratando de constitucionalismo europeu, devemos também ressaltar a característica dos constitucionalistas alemães do século XIX, basicamente na possibilidade de limitação estatal aos direitos fundamentais somente quando a lei legitimasse, motivo pelo qual os direitos fundamentais eram sinônimos de “reserva da lei”. Entretanto, nessa época, na Alemanha, não havia direitos fundamentais no sentido do constitucionalismo francês, mas somente direitos dos súditos garantidos pelos monarcas que outorgavam as constituições (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 18).

Foi somente ao fim da primeira guerra mundial que foi promulgada, na Alemanha, em 1919, a Constituição de Weimar, em um cenário muito peculiar, pós-guerra, enfrentando o país uma exclusão da nova ordem econômica e em pleno processo de industrialização, onde se formou uma grande classe operária, que se organizava politicamente e por meio de sindicatos. A Constituição de Weimar, conseqüentemente, foi realizada dentro desse conflito como um pacto firmado pela burguesia e as demais forças políticas, a qual resultou na positivação dos direitos fundamentais no texto constitucional, devido à pressão social. Entretanto, nesta época, os direitos fundamentais eram entendidos como programas e objetivos políticos, destituídos praticamente de juridicidade.

Com esse cenário, não foi difícil para Alemanha iniciar um período de violação dos direitos fundamentais, com a chegada dos nacionais-socialistas no poder, no comando de Adolf Hitler, e com direitos fundamentais mesmo que positivados, sem quase ou nenhuma juridicidade, nada impediu que as atrocidades nazistas fossem cometidas, sem nenhum respeito à dignidade da pessoa humana.

Destarte, a positivação dos direitos fundamentais na Constituição Alemã tem um caráter muito importante, pois, até hoje consagra essencialmente direitos de caráter liberal, onde os direitos fundamentais são protegidos essencialmente contra possíveis violações estatais.

Por este motivo, qualquer extensão de sua aplicabilidade, nas relações privadas, por exemplo, exige uma fundamentação. Desse modo, desde a promulgação em 1949, da “*Grundgesetz*”³, se deu grande visibilidade à eficácia dos direitos fundamentais frente a terceiros, e em função disso, os alemães foram pioneiros nas teorias e jurisprudências sobre este assunto, pois os autores alemães tinham que superar as dificuldades e limites de seu texto constitucional que não estavam presentes em outras constituições. Motivo que dificulta a aproximação da doutrina alemã sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais com a situação brasileira, devido à diferença da positivação nacional desses direitos, de cunho protetivo e abrangendo muitos direitos sociais (SILVA, 2005, p. 23-24).

Ao final da segunda guerra mundial, após as constantes violações aos direitos fundamentais, chega então a terceira fase historiográfica dos direitos fundamentais, a positivação universal e internacional desses direitos, como resposta às grandes violações à dignidade da pessoa humana.

A Declaração de 1948 inaugura a terceira e última fase, segundo as etapas de Norberto Bobbio, onde enfim a afirmação dos direitos fundamentais é universal e positiva, pelo reconhecimento internacional desses direitos. Essa fase pode ser correlacionada com o desenvolvimento dos direitos humanos, seu significado previamente estudado.

A Declaração Universal contém em germe a síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos, e termina na universalidade não mais abstrata, mas também ela concreta, dos direitos positivos universais (BOBBIO, 2004, p. 19).

Portanto, a concepção contemporânea dos direitos humanos é introduzida pela Declaração de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993, concepção fruto da internacionalização dos direitos fundamentais (direitos humanos), movimento recente na história, surgindo no pós-guerra como resposta aos abusos e crueldades cometidos durante o nazismo. O princípio da dignidade da pessoa humana, então, foi elevado a

³ Os direitos fundamentais na GG [“*Grundgesetz*”, Lei Fundamental de 1949], possuíam o sentido de que com sua posição preferente querem afirmar a primazia do homem e de sua dignidade ante o poder do Estado. A *Grundgesetz* é compreendida como uma Constituição que incorpora as tradições e os conteúdos do Estado Liberal de Direito e da democracia liberal representativa, acrescentando, novos princípios como o do Estado Social. Nesse sentido, a *Grundgesetz* é uma continuidade - evidentemente em um novo patamar de desenvolvimento - do constitucionalismo liberal, agora um constitucionalismo liberal mitigado democrática e socialmente e tomado a sério por todos os poderes públicos (STEINMETZ, 2004, p. 142).

um pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos, considerado como paradigma ético, um superprincípio orientador do constitucionalismo contemporâneo (PIOVESAN, 2014, p. 38).

Deste modo, a trajetória dos direitos fundamentais faz parte do seu significado, direitos reivindicados sempre pelas classes que acreditavam merecer mais direitos, com intenção de justiça e igualdade, positivados, na maioria das vezes, como fruto de revoluções e independências de Estados, mas que percorreu um grande caminho para conseguir ter um sentido universal, ao menos no papel.

A definição moderna dos direitos fundamentais carrega a sua evolução ao longo da história, e da sua divisão nas três etapas, a primeira, a da teoria filosófica; a segunda, a das primeiras positivagens; e a terceira, a do importante alcance do significado universal.

Atualmente, a luta pelos direitos fundamentais manifesta-se tanto em uma visão nacional, pela busca do respeito à dignidade humana em uma sociedade pós-moderna, como também no plano internacional, em todos os tipos de países desenvolvidos, subdesenvolvidos, religiosos, principalmente na defesa dos direitos elementares das pessoas em situação de guerra que precisam de direito humanitário. Motivo pelo qual o tema direitos fundamentais não cai em desuso, sua reivindicação é vital, e sua problematização é contínua devido à mutabilidade da incidência desses direitos, que sempre estão sendo reivindicados.

Importante salientar que esse breve relato histórico nos permite repensar o caminho percorrido para a ampliação do alcance da protetividade dos direitos fundamentais, e refletir o seu papel e efetividade atual, que ainda está longe do alcance ideal.

Por fim, após o breve relato histórico dos direitos fundamentais, é necessário explicar mais sobre o conteúdo desses direitos, juntamente com a época em que foram primeiramente reivindicados. A melhor explicação didática para isso é a teoria das chamadas categorias dos direitos fundamentais.

1.2.1 Categorias de direitos fundamentais

Durante o processo histórico de reconhecimento dos direitos fundamentais, houve muitas transformações e expansões que impactaram esses direitos na sua titularidade, abrangência, eficácia, aplicabilidade e na própria positividade Constitucional. Os direitos

fundamentais foram lapidados pelos acontecimentos da história, evoluindo e se concretizando juntamente com a modernização da sociedade e do Estado.

A teoria das gerações dos direitos fundamentais foi difundida por meio de uma conferência em 1979 no Instituto Internacional de Direitos Humanos, em Estrasburgo, na França, por Karel Vasak⁴, a qual os classificou em três partes, chamadas de gerações. Cada geração foi associada na conferência a um dos ideais componentes da revolução francesa, liberdade, igualdade e fraternidade, nesta ordem precisamente (BONAVIDES, 2004, p. 563).

A abordagem sobre as chamadas “gerações” dos direitos fundamentais é polêmica, pois, para alguns autores, esse termo gera uma ideia errônea de superação e de uma possível ordem no seu surgimento. No entanto, é importante demonstrar essa “evolução” entre as categorias sem, contudo, desconsiderar a existência de todos esses direitos conjuntamente, que não deixaram de existir e que não foram substituídos de uma geração para outra. Entende-se, portanto, que os direitos revelados nas denominadas gerações, categorias ou dimensões, expressão defendida por Paulo Bonavides (2004, p. 564), coexistem e não foram positivados em ordem cronológica necessariamente.

A crítica alega que o termo “gerações” dá sentido de que por meio da história há uma gradação específica no aparecimento dos direitos fundamentais, tendo uma ordem cronológica de surgimento. Nesse sentido, em primeiro lugar teriam surgido os direitos individuais e políticos, depois os direitos sociais e, por último, os direitos difusos e coletivos.

Contudo, de certa forma, desde o nascimento do Estado moderno, este já oferecia segurança no sentido jurídico, por unidade de legislação, centralização do poder, e também no sentido físico, com a proteção do povo. Nesse ponto, as prestações estatais antecedem a criação das primeiras Constituições, sendo o direito social de segurança, garantido muito antes da crise do Estado Liberal, mesmo que minimamente (DIMOULIS; MARTINS, 2004, p. 24).

Assim exemplifica Virgílio Afonso da Silva:

Nos primeiros movimentos que culminaram com declarações de direitos fundamentais, especialmente a Revolução Francesa e o movimento pela independência das colônias britânicas na América do Norte, a ideia de direitos fundamentais que não fossem meras liberdades públicas, ou seja, direitos fundamentais que fossem mais do que meros direitos de defesa contra o Estado e que fossem pensados com o intuito de proteger os cidadãos nas suas relações entre si, era algo corriqueiro. A palavra-chave, nesse âmbito, é o direito à segurança, que nada mais é do que a expressão da ideia de que as violações a direitos

⁴ Karel Vasak, na época presidente da ONU

fundamentais não partem somente do Estado, mas também dos outros cidadãos (SILVA, 2005, p. 137-138)

Portanto, outros direitos, principalmente os sociais, foram positivados concomitantemente aos civis, denominados de primeira geração, como o direito à segurança, por exemplo, e a outros direitos sociais básicos para um Estado. Por este motivo, é inexato falar em gerações dos direitos fundamentais, considerando que os direitos sociais não são posteriores aos direitos liberais, pelo contrário, são concomitantes. Na verdade, o que ocorreu foi uma maior incidência de cada direito nas “gerações” indicadas, mas não a sua inédita positivação.

Vale ressaltar, também, que no final da citação, Silva (2005, p. 137-138), declara que as violações aos direitos fundamentais, já na época da positivação dos direitos fundamentais de primeira categoria, não partiam somente do Estado, mas também dos outros cidadãos, chamando a atenção para o que será abordado no decorrer deste trabalho, ou seja, para o papel dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares, para além da relação entre Estado e indivíduos.

Embora haja muitas dissidências sobre a abordagem da complexidade e da formação histórica e social dos direitos fundamentais, ela é extremamente didática e importante para esta pesquisa. Assim, ainda que este trabalho não objetive realizar uma profunda pesquisa sobre a história de nascimento e desenvolvimento desses direitos, é necessário se iniciar por este tema.

Portanto, por opção pessoal, mesmo predominando na doutrina brasileira os termos “gerações” ou “dimensões”, acreditamos ser mais indicado chamar essa divisão de “categorias” ou “espécies” de direitos fundamentais, por ser essa uma classificação conforme relatam os autores, Dimoulis e Martins (2004, p. 24).

A primeira categoria dos direitos fundamentais é identificada nas suas primeiras positivações nas reivindicações burguesas do século XVIII, correspondendo, portanto, à fase inaugural do Constitucionalismo no Ocidente. A revolução liberal burguesa utilizou como base as reivindicações dos direitos fundamentais de primeira categoria, baseado nas liberdades, de expressão, de ir e vir, de voto, de reunião de propriedade, igualdade formal, ou seja, igualdade perante a lei, entre outros.

Marcado pelo cunho individualista, os primeiros direitos fundamentais positivados provinham da vontade da prestação negativa do Estado, o cidadão reivindicava a sua liberdade como um direito de defesa, ou seja, como um direito à não intervenção do Estado na sua autonomia individual. Essa primeira categoria de direitos está relacionada ao Estado liberal e a

nítida separação entre este e a Sociedade, inspiradas no constitucionalismo francês, e no pensamento liberal-burguês do século XVIII, de *status* negativo, segundo a classificação de Jellinek⁵. Tal categoria de direitos tem como titular dos direitos civis e políticos o indivíduo, valorizando o homem singular e o homem das liberdades abstratas que compõe a sociedade civil (BONAVIDES, 2004, p.564).

Todavia, ficou claro que a reivindicação desses direitos em nome de todos não passava de uma concepção individualista resguardada com efetividade somente para a classe burguesa, sendo os direitos fundamentais de primeira categoria direitos clássicos, não tendo efeito para as demais classes.

Desse modo, para a efetivação concreta dos direitos fundamentais de primeira espécie, era imprescindível que também fossem garantidos outros direitos na mesma proporção e intensidade do clamor social, da liberdade, e que atingissem a toda estratificação social, como saúde, trabalho, habitação, incitando, portanto, a segunda categoria de direitos fundamentais baseada na igualdade, que daria sustentabilidade e materialização aos direitos de primeira geração (MACHADO, 2017, p. 29).

A segunda categoria de direitos fundamentais, contemporânea ao século XX, é fruto do impacto da revolução tecnológica ou industrialização, fenômeno que agravou os problemas sociais e desigualdade econômica, deixando uma parte da população extremamente vulnerável, à mercê da miséria e da fome. Devido a isso, essa massa vulnerável, o proletariado, se deu conta de que a liberdade e igualdade formal positivada e por muitos anos venerada por sua reivindicação não gerava efetividade real, principalmente para este estamento da sociedade.

Ao longo das afirmações da segunda categoria de direitos fundamentais, houve o desenvolvimento do Estado social, com o reconhecimento dos direitos sociais, culturais e econômicos de modo heterogêneo, englobando direitos de cunho positivo, liberdades sociais, que dominaram o Constitucionalismo do segundo pós-guerra.

Antes da sua efetivação, os direitos fundamentais de segunda categoria passaram por um ciclo de baixa normatividade, com uma eficácia duvidosa, pelo fato de estabelecerem uma prestação do Estado, nem sempre exigíveis, por carência de recursos. Seguida da fase da juridicidade questionada, seus efeitos restaram programáticos, por não conter as garantias habitualmente ministradas pelos meios processuais semelhantes aos direitos de primeira

⁵ Jellinek criou a teoria dos quatro status dos direitos fundamentais que ajuda a identificar a relação entre o indivíduo e o Estado qual seja, passiva; ativa; positiva e negativa.

geração, possuindo, portanto, em seu início, aplicabilidade mediata, por meio do legislador ordinário (BONAVIDES, 2004, p. 564).

A reivindicação desses direitos, portanto, era uma prestação positiva do Estado para sua intervenção objetivando a concreta igualdade, a igualdade material e uma liberdade não mais perante o Estado, mas por intermédio deste. Esses direitos, como já mencionado, vigoram até hoje por meio da assistência social, direito a saúde, educação, trabalho, direito a férias, descanso semanal remunerado etc.

É importante esclarecer que as duas primeiras espécies de direito se baseiam no indivíduo, a primeira com a sua reivindicação de liberdade e igualdade formal frente ao Estado, a segunda de liberdade e igualdade material por intermédio do Estado, com a sua intervenção e “proteção”, ambas na esfera individual, mesmo que afetando por princípio também o coletivo.

A transição da primeira para segunda categoria de direitos fundamentais consolidou o Estado social, marcando a sua transição do Estado liberal, início da positivação dos direitos fundamentais de primeira categoria, para o Estado social, positivação dos direitos fundamentais de segunda categoria.

A realidade de um mundo dividido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas vislumbra o alto teor de humanismo e universalidades desses direitos através da fraternidade, que representa os direitos de terceira geração, que vieram para cristalizar o final do século XX, com direitos que não mais se destinam à proteção dos interesses de um indivíduo, mas de um determinado grupo, ou até mesmo um Estado (BONAVIDES, 2004, p 565).

A terceira categoria de direitos, para alguns, a última a ser classificada, é baseada nos direitos dos povos, de titularidade coletiva - difusa, como a paz, a autodeterminação dos povos, o meio ambiente sustentável, o desenvolvimento, o patrimônio da humanidade etc., mas infelizmente, os direitos fundamentais de terceira categoria, por serem os mais recentemente positivados, são os que possuem menor efetividade nacionalmente e internacionalmente, como exemplo prático sobre a crise dos imigrantes no mundo todo.

A terceira categoria de direitos fundamentais é baseada na titularidade transindividual dos chamados direitos de fraternidade, ou solidariedade. Há quem inclua nessa categoria, ainda, os direitos vinculados às novas tecnologias, especialmente no final do século XX, como a proteção da identidade genética, o acesso à informática, a proteção de dados pessoais.

Entretanto, há controvérsias sobre direitos de quarta, quinta e até sexta espécie. Para Paulo Bonavides (2004, p. 566), ainda há uma quarta dimensão, que corresponde à derradeira

fase de institucionalização do Estado social, que seria o resultado da globalização dos direitos fundamentais, composta por direitos a democracia, à informação e ao pluralismo.

Porém, cumpre ressaltar que a democracia como direito de quarta categoria, para Paulo Bonavides, teria que ser a democracia direta, materialmente possível devido aos avanços das tecnologias, legitimadas por informações claras e pluralistas, desapegadas da mídia manipuladora, da natureza dominante, pois, para ele, os direitos de quarta geração guardam o futuro da cidadania e a liberdade de todos os povos.

Sobre as categorias de direitos fundamentais até o STF já se posicionou:

O Supremo Tribunal Federal utiliza a teoria geracional, com a seguinte síntese: “os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade” (MS 22.164, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30-10-1995).

A quarta categoria de direitos fundamentais é divergente entre as doutrinas, parte considera a evolução da engenharia genética, a globalização política, o direito à democracia direta, direito à informação, e ao pluralismo, e até o direito dos animais como uma busca de justiça social interespecies. Os direitos de quinta categoria divergem para a doutrina dentre a evolução cibernética e de tecnologias virtuais, até o direito à paz.

Dessa forma, a divisão das categorias dos direitos fundamentais, dependendo da doutrina, pode ir até a sexta. Entretanto, não cabe a esta pesquisa descrever minuciosamente sobre todas as categorias identificadas, o interesse principal é apresentá-las e classificá-las até a terceira categoria.

Os direitos fundamentais também podem ser classificados como direitos de defesa e direitos de prestação. Os direitos de primeira geração são considerados direitos de defesa, pois protegem o indivíduo do Estado, já os direitos de segunda e de terceira geração podem ser considerados como direitos de prestação, porque necessitam de uma ação positiva do Estado, como dever de assegurar os direitos coletivos, saúde, educação.

Por conseguinte, a abordagem das categorias não elucidada, de modo satisfatório, por si só a explicação sobre toda a complexidade e formação histórica dos direitos fundamentais.

Contudo, é necessário considerar sua evolução e surgimento histórico, como já abordado, bem como sua divisão em categorias, que permite um estudo distinto desses direitos. Neste trabalho o objetivo é observar basicamente a eficácia desses direitos como um todo, portanto, a apresentação das categorias desses direitos constituiu uma elucidação para a introdução do real objetivo.

Nesse sentido, a concepção de uma teoria da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares pressupõe um estudo acerca do modelo de Estado pelo qual tais direitos são viabilizados. A variação dos elementos de cada modelo de Estado ajuda na identificação em uma maior ou menor extensão no âmbito protecionista desses direitos (SOMBRA, 2004, p. 29).

Desta forma, para maior entendimento sobre essa evolução dos direitos fundamentais ainda é necessário estudar mais uma característica para se chegar a contemporaneidade de seu significado, sendo mais precisamente o início e os motivos que levaram a maior abrangência na aplicabilidade desses direitos.

1.3 A relação dicotômica entre Público-Privado e os Direitos Fundamentais

A divisão em categorias de direitos fundamentais está diretamente relacionada com a evolução dos Estados nacionais, a positivação e efetividade desses direitos tanto na esfera pública como na esfera privada, principalmente na transição do Estado liberal para o Estado social, momento histórico muito importante para a forma de interpretação dos direitos fundamentais e sua aplicabilidade como veremos no desenvolver dos próximos capítulos.

Hannah Arendt (1958, p. 33) remete a origem dessa dicotomia aos gregos, uma vez que para eles a organização política era diretamente oposta ao da associação natural, constituída pela família ou pela casa. Para o cidadão grego, desde o surgimento da chamada cidade-estado o homem recebeu, além de sua vida privada, uma segunda vida, uma vida política.

Desse modo, a autora explicita que, para os gregos, a divisão entre o público e o privado se consubstanciava na questão do labor e no trabalho, ou seja, a esfera privada estaria diretamente relacionada ao labor, conjunto de atividades inerentes à sobrevivência humana, sendo desenvolvido o labor nas próprias casas de estrutura patriarcal, e a esfera pública estaria ligada ao trabalho, que derivava da ideia de constituição da vida política, ocorrendo por meio do encontro entre esses cidadãos livres iguais e que exerciam uma atividade em conjunto.

Historicamente, é muito provável que o surgimento da esfera pública tenha ocorrido à custa da esfera privada da família e do lar, pois sem o homem ser o dono de sua casa, ele não poderia participar dos negócios do mundo porque não tinha nele lugar algum que lhe pertencesse (ARENDR, 1958, p. 39).

Logo, segundo a autora:

A distinção entre uma esfera de vida privada e uma esfera de vida pública corresponde a existência das esferas da família e da política como entidades diferentes e separadas, pelo menos desde o surgimento da antiga cidade-estado; mas a ascensão da esfera social, que não era nem privada nem pública no sentido restrito do termo, é um fenômeno relativamente novo, cuja origem coincidiu com o surgimento da era moderna e que encontrou sua forma política no estado nacional (ARENDR, 1958, p. 37).

Pode-se dizer, portanto, que após a segunda guerra mundial, pelo fato de terem ocorrido fortes alterações das estruturas socioeconômicas e também em virtude da presença dos poderes públicos na vida individual e comunitária, a dicotomia público/privado, já polêmica desde seu surgimento, entrou em maior crise.

Seguindo a linha do autor Thiago Luís Santos Sombra (2004, p.30), principalmente para uma melhor discussão sobre os direitos fundamentais e a sua aplicabilidade atual, se faz necessário o estudo, ainda que breve, sobre a diferença de interesses entre esses principais tipos de Estado, voltando a interpretação única e exclusivamente para a proteção dos direitos fundamentais em cada um.

Fazendo uma ligação com o que já foi abordado na parte histórica, pode-se dizer que a distinção entre o Estado social e o Estado liberal está diretamente ligada à classe burguesa e suas reivindicações, como a autonomia da vontade e a ausência da intervenção Estatal, momento histórico das primeiras positizações sobre os direitos fundamentais, direitos de liberdades, mais precisamente na Revolução Francesa, no século XVIII (SOMBRA, 2004, p. 56).

A dicotomia entre o público privado pode ser relacionada também com a codificação do direito civil e o constitucionalismo, fenômenos intimamente ligados com o surgimento do Estado liberal, onde a elaboração de uma constituição teve por preocupação maior a limitação da atuação estatal, bem como a determinação de normas pertinentes ao poder político, já o código Civil ficou com a função de dar liberdade e mais autonomia aos indivíduos, principalmente nas relações comerciais.

Nesse tipo de Estado a sociedade Civil se autorregulava em ingerências estatais, salvo os casos de perturbações contra à ordem pública e à paz social, em razão a essa autossuficiência da sociedade Civil, tomada pelo fato de que o Código Civil se tornava a ordem máxima do Direito Privado, consagrando desta forma o princípio da autonomia da vontade e da liberdade contratual, período no qual o Direito Constitucional não possuía força vinculante sobre o Direito Privado (KRETZ, 2005, p. 87)

A antiga exegese encontrada na remota função do Código Civil, regulamentada pelo isolamento entre direito público e direito privado, estabeleceu, durante muito tempo, que as normas constitucionais se circunscreviam ao Estado, e logicamente incumbia à legislação ordinária a tarefa de disciplinar as relações privadas, por intermédio do Código Civil.

No Estado liberal, juntamente com a primeira positivação significativa dos direitos fundamentais, os de primeira categoria, foi consolidada a ideia de que para ser livre, o cidadão deveria limitar a autoridade estatal. Portanto, os códigos Civis desta época, pós Revolução Burguesa de 1789, possuíam um modelo liberal de contratação quase absoluta, em que a vontade tinha valor máximo e não se admitia quase nenhuma intervenção jurídica, uma vez que se pressupunha uma relação igualitária entre as partes, e assim se deu em todos os códigos chamados oitocentistas, de inspiração liberal, baseados na autonomia da vontade (SOMBRA, 2004, p. 38-39).

O Estado liberal é um fenômeno histórico abrangente e cheio de nuances. No entanto, podemos tentar resumir em uma explicação voltada principalmente para seu aspecto mais relevante, em seu auge, na Revolução Francesa com a reinterpretação e adaptação das ideias da antiguidade clássica, e do iluminismo que se ressurgiu contra o abuso do poder estatal, limitando e dividindo a autoridade, estando inteiramente ligado com a ascensão da burguesia – detentora do poder econômico graças ao desenvolvimento do comércio em geral, a qual contribuiu para o declínio da aristocracia e do absolutismo monárquico.

Pode-se dizer, portanto, que o Estado liberal nasce juntamente com a primeira categoria de direitos fundamentais, como já anteriormente comentado, pregando a liberdade, inspirada nos ideais da Revolução Francesa. Desse modo, a limitação da autoridade estatal deve corresponder a ausência de limites no âmbito das liberdades individuais.

Esclarecendo, assim, na concepção clássica de Estado liberal, o Estado é um ente político e jurídico que deve ter os poderes definidos, limitados e controlados, e a limitação

desses poderes do Estado é garantida por meio de mecanismos constitucionais, notadamente os direitos fundamentais e a separação de poderes (STEINMETZ, 2004, p. 69).

O dever do Estado liberal, portanto, era assegurar uma sociedade harmônica, com um amplo espaço à autodeterminação, sendo que nele, tudo o que não era vedado por lei era permitido no âmbito das relações jurídicas entre os indivíduos.

A liberdade denota, neste momento histórico, um dever de não ingerência por parte do Estado, ou seja, uma inequívoca obrigação de respeito à autonomia privada. Eis, portanto, a razão pela qual nesse momento histórico não pairava nenhum interesse em conceber uma teoria dos direitos fundamentais que permitisse a extensão de sua eficácia às relações entabuladas entre particulares: o Estado era o único e efetivo opressor dos direitos e garantias individuais (SOMBRA, 2004, p. 33).

Portanto, o Estado com poderes ilimitados era o grande inimigo da liberdade individual e da autonomia da sociedade civil.

Contudo, a excessiva distância entre o Estado e a sociedade, no intuito de respeitar a liberdade tão aclamada no Estado liberal, começou por desenfrear um aniquilamento da própria liberdade individual, uma vez que as relações entre particulares começaram a sofrer com a prevalência do poderio econômico.

Nesse período houve a disseminação do voluntarismo e do consensualismo no Direito Privado, em que basicamente se passava a ideia de que um contrato se resumia a um acordo por manifestação livre de vontades entre indivíduos, dispensando, assim, maiores formalidades, devendo cumprir toda espécie de promessa. Dessa forma, a base do consensualismo era a doutrina da autonomia da vontade, em que o ser humano, sendo livre, apenas pode ser obrigado pelo seu consentimento.

Para a autora Cláudia Lima Marques (2002, p. 39), o desenvolvimento da concepção clássica de contrato, bem como de autonomia privada, somente foi possível graças à fusão dessas duas correntes.

Essa concepção sobre os contratos pode ser também relacionada com os direitos fundamentais:

A grande contradição da concepção clássica dos contratos e da autonomia privada- e que posteriormente desaguará na problemática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares- deve-se à falsa presunção de que toda disposição contratual- firmada sob influência do liberalismo- era, por natureza, justa e oriunda da livre manifestação dos próprios contratantes, independentemente da desigualdade fática e do poderio econômico existentes em cada caso concreto. O Estado, seja por intermédio do legislador, seja por intermédio do Poder Judiciário, somente intervinha com o escopo de assegurar o cumprimento desses contratos (SOMBRA, 2004, p. 43).

Nota-se, portanto, que a liberdade conquistada inicialmente no estado liberal como direito fundamental acabou por ser explorada pelo poder econômico nas relações desiguais entre particulares, motivo que, entre outros, acabou tornando insustentável essa ideologia liberal absoluta.

O princípio da igualdade positivado nessas constituições justificou, no início da codificação civil, a abstenção do Estado no momento da formação do contrato, pois, por meio desse princípio, se pressupunha que as partes haviam acordado previamente às premissas do contrato, chegando de forma equilibrada à sua resolução, baseado na forma livre de contratação.

Todavia, foi evidente o declínio do princípio da igualdade formal, que não assegurava o equilíbrio contratual, e por isso foram necessárias alterações no regime jurídico para a proteção da categoria dos indivíduos inferiores econômica e socialmente, para compensar a desigualdade por meio de um tratamento jurídico mais protecionista (LORENZETTI, 1998).

A grande proteção à autonomia da vontade, portanto, gerou um paradoxo, pois não havia liberdade de contratar de fato para todos, mas, apenas para os contratantes mais fortes. Nesse contexto surge o Estado Social, que começou a garantir e equilibrar as relações participando mais ativamente, de composição e conciliação entre as liberdades individuais os direitos sociais, com a diminuição da fronteira entre o público e o privado, buscando sempre a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Para Andrade (2002, p. 13-35), é indiscutível que, em uma relação entre particulares deve prevalecer o equilíbrio, um ato de autonomia da vontade que fica a cargo das partes que deveriam fixar as condições e os limites também, com isso, a vontade das partes não é mais a única fonte das obrigações, que passa a ser limitada pela posição dominante da lei.

Desse modo, o princípio clássico da autonomia da vontade é relativizado por preocupações de ordem social, tentando sempre o equilíbrio, a boa-fé e a segurança das relações contratuais, fazendo com que a lei constitucional passe a ser garantidora do equilíbrio contratual, e mais uma vez quebrando a divisão do público e privado.

Destarte, parte da doutrina acredita que a autonomia privada, apesar da derivação do princípio da autonomia da vontade, adequou o seu significado às características da sociedade atual, não fazendo mais uma alusão à vontade subjetiva ilimitada, e que atualmente, faz referência à autonomia da pessoa, de uma vontade condizente com a realidade, vontade concreta,

declarada, que deve, além de respeitar a ordem pública e os bons costumes, não infringir qualquer direito fundamental alheio (SOMBRA, 2004, p. 38-39)

Foi então que se percebeu que o conceito clássico do contrato não mais se adaptava à realidade da idade contemporânea, exigindo alguma atitude por parte do Estado para intervenção na desenfreada e injusta relação privada no momento atual. Principalmente os contratos de trabalho pela constante exploração desumana do empregado, e das relações de consumo, que se tornaram massificada, bem como o aumento econômico e de poder dos empregadores e dos fabricantes de mercadorias, que passaram a desnivelar as relações que estabeleciam, pela sua influência, conhecimento e poder econômico.

Com essa mudança consubstanciada pela crise contratual, a interferência do direito público no direito privado passou a exercer a proteção dos contratantes em posições de desigualdade econômica e social, limitando assim, o âmbito da autonomia privada (SOMBRA, 2004, p. 65-66).

Logo, para a corrente que acredita na superação do voluntarismo no Código Civil atual, mesmo sendo estritamente particular, uma relação jurídica não pode prevalecer desigual ou violadora, ou ainda infringir direitos fundamentais relativos às partes envolvidas, nesse sentido, o princípio da autonomia privada transmuta o princípio da autonomia da vontade e consubstancia em seu sentido a contratação somente perante uma relação balanceada, coibindo no seu próprio sentido principiológico uma relação desigual ou violadora.

A legislação vigente na maior parte do século XIX, pautada no Liberalismo econômico, regulava os contratos entre particulares sob a ótica da liberdade contratual e autonomia das partes, que lhes facultava tudo, sendo livres para discutir e estabelecer o conteúdo do contrato, para decidir sobre conveniência e oportunidade e escolher também a contraparte.

Nesse sentido, a partir do momento em que o Estado se desvincula do controle político exercido pela burguesia, torna-se então Estado social, garantidor de direitos fundamentais de segunda geração, que promove a igualdade material entre os cidadãos. Portanto, o Estado social surge como fim principal na consagração, multiplicação, e proteção dos direitos fundamentais, com uma nova leitura sobre a liberdade, que não deixou de existir, apenas passou a ser interpretada com harmonia ao princípio da igualdade.

A crise e o declínio do Estado liberal sucedidos pelo surgimento do Estado do bem estar social e depois do Estado Democrático de Direito puseram em crise as dicotomias “Estados versus sociedade” e “público versus privado”. Na

contemporaneidade, diz-se da ocorrência de uma profunda interpretação entre sociedade política e a sociedade civil, entre o público e o privado, a ponto de se identificar (delimitar) uma esfera pública não estatal, esfera que não é estatal nem privada. Os conceitos de público e privado mudaram. (STEINMETZ, 2004, p. 56)

Logo, os direitos de primeira e segunda categoria são de extrema importância para a evolução do Estado, pois a criação do Estado social só foi possível devido ao respeito mútuo e conjunto dos direitos de liberdade e igualdade, abrindo um caminho, então, posteriormente aos direitos coletivos de terceira categoria, após a universalidade e consagração na esfera positivas das duas primeiras categorias.

O Estado social, portanto, superou o individualismo, sendo influenciado pelos direitos de segunda geração, baseados na igualdade, foi um grande passo na positivação dos direitos fundamentais, pois necessitava de uma postura positiva do Estado para a proteção desses direitos e da dignidade da pessoa humana. Contudo, só a positivação não foi suficiente para a erradicação das desigualdades, nem para o suprimento das necessidades da população.

Os direitos fundamentais de segunda categoria são a marca do Estado Social, Estado entendido como indicativo de um modelo de intervenção pública que garantia não só a liberdade, mas também uma adequada condição social e econômica aos cidadãos (KRETZ, 2005, p. 87)

Destarte, o estudo sistemático dessas categorias de direitos leva à conclusão de que são direitos de conceito aberto e mutáveis, principalmente em relação à mudança na sociedade, mas de extrema importância à dignidade da pessoa humana, e ao pacífico convívio entre os cidadãos e o Estado.

Há, portanto, com o passar do tempo, uma transmutação hermenêutica e criação jurisprudencial dos direitos fundamentais, que podem ser reconhecidos com novos conteúdos e novas funções aos direitos já considerados como tradicionais.

Atualmente, o grande desafio na interpretação dos direitos fundamentais é a sua efetividade, como relata Sarlet:

O problema da efetividade é, portanto, algo comum a todos os direitos de todas as dimensões, mais uma razão para encarmos com certo ceticismo o reconhecimento de uma nova dimensão dos direitos fundamentais, antes mesmo de logarmos outorgar aos direitos das primeiras três dimensões sua plena eficácia jurídica e social. Não é à toa que se rememore constantemente que ao mesmo tempo em que boa parte dos direitos fundamentais já largamente consagrados encontram-se longe de uma implementação universal e satisfatória, novas e complexas situações e desafios reclamam um enfrentamento adequado, sem que sejam abandonados os esteios do Estado Democrático de Direito (SARLET, 2006, p. 65).

Somente o estudo das espécies dos direitos fundamentais isoladamente é falho, pois considera mais especificamente a violação ou o dever positivo de cumprimento na relação estado-indivíduo, não abordando, porém, as relações privadas e seu dever de cumprimento também aos direitos fundamentais. Muitos doutrinadores utilizam a separação dos direitos fundamentais em categorias como uma abordagem histórica para melhor explicação, no entanto, os estudos mais recentes têm buscado resolver a efetividade e a aplicabilidade desses direitos nacional e internacionalmente.

Portanto, pode-se dizer que por muito tempo essa dicotomia se viu angustiantemente separada, sem que uma adentrasse na esfera da outra, como fora do corpo codificado do direito privado não houvesse nenhuma regra que fosse superior em matéria de relações patrimoniais.

A distinção entre os principais ramos do Direito, como já ressaltado, é antiga, e pode ser retomada desde o Direito Romano, no entanto, foi com a força do movimento iluminista na França, com o advento do Estado liberal, que tal distinção cresceu visando diminuir os abusos do absolutismo, delimitando o campo de atuação e intervenção do Estado onde esses campos quase não se encontravam sob a delimitação da autonomia da vontade. Tal divisão, portanto, se mostrou indispensável para a organização do Estado, da sociedade de direito.

A primeira informação da diferença entre o Direito público e o Direito privado são sobre a natureza do interesse tutelado, em que o Direito Público tutelaria o interesse em geral da sociedade como um todo, bem como o interesse do próprio Estado, por outro lado o Direito Privado tutelaria o interesse particular do indivíduo, mesmo que considerado esse indivíduo como parte integrante da sociedade.

Um dos primeiros passos para a comparação e reestruturação dessa dicotomia, sustentada por Eduardo Espínola (1917, p. 41), foi que o Direito Privado tutelaria o interesse social de maneira imediata, e de maneira mediata o interesse público. Da mesma forma, que o Direito Público tutelaria imediatamente o interesse público e mediatamente o interesse individual.

Com a mudança do Estado liberal para o Estado do bem-estar social, surgiram novos ramos do Direito, como Direito do Trabalho, Direito do Consumidor, Direito ambiental e tal distinção dicotômica ficou ainda mais difícil de ser verificada, pois os pontos de convergências entre os dois lados aumentaram consideravelmente.

Natural, portanto, que após tantos movimentos de influência do Direito Público no Direito privado, fosse gerada uma sensação de asfixia ao espaço privado, o que resultou em

teorias como a Publicização do Direito Privado, Publicização do contrato e o dirigismo contratual, conceitos que não serão profundamente abordados neste trabalho. No entanto, é de suma importância relacioná-los com a maior atuação do Estado na esfera privada, como indício da legitimidade para a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

A origem dessas teorias de que houve uma maior eminência do Direito público no Direito privado, Publicização do Direito Privado, ou uma maior incidência em direitos e garantias tutelados também pelo Direito Público nos contratos, dirigismo contratual não podem ser fundamentadas pelos acontecimentos históricos entre os anos 1930-1940 e 1950-1970, por razão do caráter transitório de tais acontecimentos e de seus reflexos sobre as inspirações sobre essas teorias e ideias, já que não houve um movimento somente publicista, uma vez que, ao mesmo tempo que o Estado já moldou o mundo privado, este também já foi moldado por aquele, por meio das desestatizações e privatizações de atividades e infraestruturas nas economias (RODRIGUES JR., 2017, p. 110).

A evolução histórica, nomeadamente no século XX e as mencionadas concepções, teorias, doutrinas que contestam a autonomia do direito Privado tanto quanto a própria essência das fronteiras entre o Direito Público, conduziram para o cenário do fim da distinção sistemática entre o Público/Privado (RODRIGUES JR., 2017, p. 110). Ante tal fato, alguns autores têm se manifestado defendendo, como outros, o total abandono da dicotomia, por entender que ela já se encontra superada.

Portanto, teorias como a ocorrência de uma Publicização do Direito Privado e a privatização do Direito Público ocorrem ciclicamente, não sendo possível, portanto, afirmar que existam, mas também que não existiram, pois, o que ocorre é que devemos aprender com a história que é cíclica, em que há momentos de maior incidência do Direito Público no Direito Privado e vice e versa.

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso vai além e demonstra que não se trata nem de publicização de um, nem de privatização de outro, mas sim da constitucionalização de ambos:

Há autores que se referem à mudança de alguns paradigmas tradicionais do direito administrativo como caracterizadores de uma privatização do direito público, que passa a estar submetido, por exemplo, a algumas categorias do direito das obrigações. Seria, de certa forma, a mão inversa da publicização do direito privado. Na verdade, é a aplicação de princípios constitucionais que leva determinados institutos de direito público para o direito privado e, simetricamente, traz institutos de direito privado para o direito público. O fenômeno em questão, portanto, não é nem de publicização de um, nem de privatização de outro, mas de constitucionalização de ambos. Daí resulta uma diluição do rigor da dualidade direito público-direito privado, produzindo áreas

de confluência e fazendo com que a distinção passe a ser antes quantitativa do que qualitativa (BARROSO, 2007, p. 40).

O fenômeno da constitucionalização, principalmente no Brasil, é mensurado em pesquisa na Rede virtual de Bibliotecas Institucionais, no período de 1º de março de 1950 a 1º de março de 2017, foram encontrados 73 livros e capítulos de livros tratando sobre constitucionalização, sendo que deste total 63 vinculavam-se ao Direito Civil (RODRIGUES JR., 2017, p. 278).

Nota-se, portanto, que em especial este tema vinculado ao Direito Civil é popular. No entanto, não é o interesse deste trabalho fazer uma pesquisa minuciosa sobre este tema. Para os fins deste trabalho, basta ressaltar que este é um discurso fomentador do assim chamado “Neoconstitucionalismo”, formulação teórica segundo a qual, no segundo pós guerra, teria surgido um novo constitucionalismo, norteado por princípios constitucionais – especialmente o da dignidade da pessoa humana – pela força normativa da Constituição – que deixaria de ser somente um documento político, pela criação de poderosos tribunais constitucionais – que transformaram a clássica teoria da tripartição dos poderes – e por último, mas não menos importante, pela eficácia dos direitos fundamentais (RODRIGUES JR., 2017, p. 296).

Essa nova interpretação constitucional considera o juiz como um realizador do texto constitucional, concretizando princípios, que graças ao pós-positivismo, passaram a ter valor normativo. Além disso, para os neoconstitucionalistas também é cara a interpretação conforme a constituição, segundo o qual o aplicador da norma infraconstitucional, quando se depara com mais de uma possível interpretação, deverá sempre buscar aquela que se compatibiliza com a carta Magna (RODRIGUES JR. 2017. p. 302).

Frisa-se, portanto, que o conceito do Neoconstitucionalismo é importante para essa pesquisa por conter as bases para a aplicação dos direitos fundamentais nas relações sociais, tanto vertical como horizontalmente, fundamentadas no princípio da dignidade da pessoa humana e na interpretação da legislação infraconstitucional conforme a Constituição. Desta forma será revista esta temática com mais profundidade em momento oportuno.

Sendo assim, com a vigência do Estado social, o enfraquecimento do individualismo puro, e o enfraquecimento da dicotomia público/privada, houve uma evolução na eficácia dos direitos fundamentais que pode ter fundamentação legal para que esses direitos também fossem aplicados nas relações privadas, o foco desta pesquisa.

Neste sentido, após a breve análise sobre a relação entre as categorias de direitos fundamentais e o Estado social, de maneira geral, é necessário avaliar mais sobre esses direitos sob a ótica da Constituição brasileira.

1.4. Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988

A Constituição brasileira de 1988 trouxe sensíveis alterações no modelo legislativo, a acolhida de um rol extenso de direitos fundamentais logo no início do texto, após o preâmbulo, e uma inédita influência no sistema de Direito Privado, que antes era regulado basicamente pelas ideias liberais advindas dos anos oitocentos, e que posteriormente passou a considerar de forma principal, a valorização da pessoa humana. (SOMBRA, 2004, p. 13).

Para conhecer a positivação brasileira sobre os direitos fundamentais e chegar à sua aplicabilidade e eficácia contemporâneas, é necessário tecer breves comentários relevantes sobre a Constituição de 1988, e sua promulgação. Não temos, portanto, a intenção de esgotar o estudo de toda a história das Constituições brasileiras, nem descrever meticulosamente os direitos fundamentais positivados na atual Constituição, mas sim refletir sobre a regulamentação dos direitos fundamentais na Carta Magna, para posteriormente aprofundar o estudo de sua eficácia e aplicabilidade.

Historicamente, a Constituição federal de 1988 tem grande importância na redemocratização brasileira. Após mais de vinte anos de ditadura militar, ela deu importante destaque aos direitos fundamentais, sendo a primeira vez que a matéria foi tratada com merecida relevância. A positivação dos dispositivos na nossa atual Constituição possui três características principais que também podem ser relacionadas aos direitos fundamentais, seu caráter analítico, programático e pluralista (SARLET, 2006, p. 75).

Seu caráter analítico é reconhecido pelo seu grande número de dispositivos legais, contendo diversos direitos fundamentais dispersos em todo texto constitucional. Em síntese, uma Constituição pode ser considerada analítica quando além de normas essenciais de organização, funcionamento do Estado e garantias fundamentais, apresenta ainda em seu texto, dispositivos que podem ser tratados por normas infraconstitucionais (KRETZ, 2005, p. 68).

Já seu caráter pluralista advém do fato de haver um catálogo de direitos fundamentais, com grande número e variedade, como: direitos sociais, clássicos, individuais, políticos, de liberdade, entre outros. Por outro lado, o caráter programático, como o próprio nome ressalta,

pode ser considerado um ato político, ou programa político, uma vez que é muito difícil conseguir a concreta efetividade simultânea a todos os direitos proclamados (SARLET, 2006, p. 75).

Há uma forte crítica ao caráter programático dos direitos fundamentais, pois este despreza o valor jurídico do texto constitucional, revelando-o como espécie de manifesto ou programa político, atribuindo relevância somente às normas infraconstitucionais que são caracterizadas por terem maior concretude (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 5-6).

Por essa razão, as normas infraconstitucionais possuem maior concretização, gerando um sentimento de utopia na aplicabilidade dos direitos fundamentais, pelo fato desses direitos ficarem à disposição do legislador ordinário, o que pode estabelecer sua aplicação e limitação, concretizando-os livremente.

A inovadora Constituição federal de 1988 dividiu os direitos fundamentais, com base no Título II, em cinco categorias, direitos e deveres individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos, partidos políticos, e inovou, ainda, com o título: “direitos e garantias fundamentais”, onde constava apenas direitos e garantias individuais. (SARLET, 2006, p. 79).

A Constituição nacional também prevê em seu artigo 5º, parágrafo 2º, o princípio da não exaustividade dos direitos fundamentais, provando que os direitos previamente previstos não excluem outros direitos que decorrem do regime e de princípios constitucionais, bem como em tratados de direitos humanos celebrados pelo Brasil.

Deve-se observar, portanto, que o rol dos direitos fundamentais não é exaustivo, podendo com o tempo, circunstâncias e toda a influência social possivelmente surgir novos direitos fundamentais.

Nesse sentido, é possível ainda identificar as chamadas categorias dos direitos fundamentais que estão positivadas na nossa Constituição. Na primeira categoria, os direitos individuais, direitos sociais como segunda categoria, e direitos coletivos e difusos de terceira categoria como direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, por exemplo.

Em um breve histórico sobre as Constituições brasileiras, no que concerne aos direitos fundamentais, a Constituição do Império de 1824, outorgada pelo Imperador D. Pedro I, já proclamava referidos direitos, semelhantes aos encontrados nos textos constitucionais da França, na época, principalmente no viés da liberdade, porém, a eficácia desses direitos ficava atrelada à existência do poder moderador (BONAVIDES, 2004, p. 70).

A constituição Republicana de 1891 ampliou o rol dos direitos fundamentais preexistentes, com direito a reunião e associação, garantias penais, bem como a garantia Constitucional do *habeas corpus*, antes assegurado somente pela legislação ordinária. As próximas constituições, de 1934, 1937, 1946, 1967/1969, no quesito direitos fundamentais, se assemelhavam a de 1891. Entretanto, na Constituição de 1934, são incorporados alguns direitos sociais, e os institutos do mandado de segurança e a ação popular (DIOMULIS; MARTINS, 2004, p. 25).

Na atual Constituição de 1988, os direitos fundamentais encontram-se espalhados, mas a sua maioria localiza-se no artigo 5º e seus incisos, como direitos individuais e garantias clássicas, no artigo 6º, com direitos sociais e artigo 7º com direitos do trabalho.

Do mesmo modo como a declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, realizada após as atrocidades contra a dignidade da pessoa humana da segunda guerra mundial, a Constituição de 1988 foi elaborada na mesma esteira, com uma grande consolidação dos direitos fundamentais protegidos, por ser promulgada após anos de ditadura militar, onde muitos direitos foram suprimidos.

De um ponto de vista político-ideológico, é certo que a Constituição federal representa um projeto liberal de sociedade. Contudo, trata-se de um liberalismo humanizado, democrático e socialmente orientado; de um liberalismo matizado ("temperado") pela dignidade humana, pelos direitos e garantias fundamentais pela democracia e pelas aspirações de igualdade, de bem-estar e de justiça sociais (STEINMETZ, 2004, p. 99-100).

Em uma perspectiva nacional, no Brasil, todo esse processo do Estado social teve início antes mesmo da revolução de 1930, com a edição do decreto nº 4.403 de 1921, que inaugurou uma série de leis que regulamentaram a locação dos prédios urbanos e outras providências.

A Consolidação das Leis do Trabalho foi uma das grandes marcas do Estado novo, juntamente com o Direito de Família em que as transformações foram igualmente intensas, com o reconhecimento de filhos ilegítimos, flexibilização da adoção, edição do estatuto da mulher casada em 1962 - que eliminou a incapacidade relativa da mulher casada, mitigando assimetrias conjugais tanto no matrimônio quanto no poder familiar, assim como a aprovação da lei do divórcio em 1977 (RODRIGUES JUNIOR, 2017, p. 100).

Na ordem liberal burguesa nos anos oitocentos/ novecentos a Constituição tinha a função de legitimação da ordem política, de garantia das liberdades individuais, da autonomia

da sociedade civil, da organização dos poderes e da função do Estado. No entanto, atualmente, a Constituição contemporânea vai além de tais funções, ela não mais se limita a normatizar as relações interestatais e as relações verticais entre indivíduo e o Estado, ela também tem o anseio de acomodar âmbitos das relações sociais estratégicos para a preservação e desenvolvimento da vida em sociedade.

Pode-se concluir, portanto, que, com passar dos anos e com as necessidades sociais, o público foi interferindo gradualmente no privado na própria Constituição brasileira. São exemplos de direitos que incidem sobre múltiplos aspectos da vida social: princípio da dignidade da pessoa humana, (art. 1º, III), os princípios do trabalho e da livre iniciativa como valores sociais (art. 1º, IV), entre outros.

Há ainda, como exemplo, a juridicização de objetivos de longo alcance, como construir uma sociedade justa, livre e solidária (art.3º, I), erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais (art. 3º, III), promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo idade e qualquer outra forma de discriminação (art. 1º, IV).

A importância dessa quebra dicotômica entre público e privado, se consubstancia pelo fato da pauta dos poderes privados, na maioria das vezes, ser a realização do auto interesse, juntamente com a máxima otimização das vantagens.

Desse modo, para a sociedade brasileira, que é uma das campeãs mundiais em desigualdades sociais e em outros tipos de mazelas, a “lógica privada” é predominantemente a uma “lógica da exclusão”, devendo, portanto, os poderes privados serem limitados e controlados, para não serem uma ameaça real à idealização do projeto delineado pela Constituição federal (STEINMETZ, 2004, p. 91).

Podemos então citar alguns exemplos da Constituição federal de 1988 que se ligam diretamente ao Direito Privado, como: a proteção do Estado ao consumidor (art. 5º, XXXII), proteção da família, do casamento, das uniões estáveis, assim como a vedação da discriminação entre os cônjuges e dos filhos(artigos 226 e 227), o direito à herança(art.5º XXX-XXXI); a relação de emprego (art. 7º); o direito à indenização por violação da honra, intimidade e imagem (art. 5º, X), função social da propriedade que abrange também a propriedade intelectual e industrial (art. 5º, XXII-XXIX); disposições sobre aquisição da propriedade por usucapião especial urbano e rural(art. 183 e 191); dentre outros.

No entanto, talvez a inovação mais expressiva na Constituição de 1988 tenha sido a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais, como ressalta Sarlet:

Talvez a inovação mais significativa tenha sido a do art. 5º, § 1º, da CF, de acordo com o qual as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata, excluindo, em princípio, o cunho programático destes preceitos, conquanto não exista consenso a respeito do alcance deste dispositivo. De qualquer modo, ficou consagrado o status jurídico diferenciado e reforçado dos direitos fundamentais na Constituição vigente. Esta maior proteção outorgada aos direitos fundamentais manifesta-se, ainda, mediante a inclusão destes no rol das “cláusulas pétreas” (ou “garantias de eternidade”) do art. 60, § 4º, da CF, impedindo a supressão e erosão dos preceitos relativos aos direitos fundamentais pela ação do poder Constituinte derivado (SARLET, 2006, p. 69).

Portanto, além da inovação acerca da aplicabilidade imediata, os direitos fundamentais encontraram também uma proteção expressa contra a reforma do legislador ordinário e até mesmo contra eventuais reformas da Constituição, fazendo com que, ao menos na posituação estejam aptos a concretizar o princípio da dignidade humana.

A aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais gera um conflito direto sobre a aplicação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, no Brasil. Para alguns doutrinadores, com base neste dispositivo, artigo 5º, §1º, da CF, devem ser os direitos fundamentais aplicados nas relações entre particulares de maneira imediata.

Contudo, outra corrente refuta essa ideia, justificando que, na verdade, este artigo deve ser interpretado no sentido de que é a vigência da norma de direito fundamental que tem aplicabilidade imediata, automática, desfrutando de auto aplicabilidade.

Esse assunto será mais bem elaborado precisamente no terceiro capítulo, onde abordaremos sobre as teorias da eficácia horizontal dos direitos fundamentais na doutrina brasileira.

No entanto, esse impasse sobre a hermenêutica do artigo existe, pois não há nenhum dispositivo constitucional que trate expressamente sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações interpessoais, muito menos se sua aplicação deve ser direta ou indireta, embora existam direitos fundamentais positivados que garantem a proteção nas relações interpessoais consumeristas e trabalhistas.

A Constituição brasileira, portanto, mesmo não contendo uma norma explícita sobre a possibilidade da eficácia horizontal, ainda possui maior abrangência no rol de direitos fundamentais que a Constituição alemã:

Além disso, a Constituição brasileira consagra também outros direitos fundamentais que não aqueles chamados de “clássicos”; ao contrário do que ocorre com a

Constituição alemã, cujo catálogo de direitos fundamentais consagra essencialmente direitos de caráter liberal; ou seja, liberdades públicas. A Constituição alemã é, por isso, a despeito da caracterização de "Estado Social e Democrático" contida no art. 20, 1, uma constituição de cunho liberal, cujos direitos fundamentais são, essencialmente, direitos de proteção dos indivíduos contra possíveis violações estatais (SILVA, 2005, p. 23).

A positivação dos direitos fundamentais na Constituição brasileira, portanto, difere da alemã, pois além de prever direitos de cunho protetivo na relação Estado- indivíduo, garantindo direitos sociais, também garante proteção na relação entre particulares, como no caso do Direito do Trabalho, previsto na Constituição federal e que influencia diretamente na relação empregado, empregador, relação essencialmente particular, resguardada pelos direitos fundamentais.

Atualmente, os direitos fundamentais, já devidamente positivados na Carta Magna, enfrentam outros desafios, sobre sua eficácia e a aplicabilidade. A eficácia é a capacidade desses direitos de produzirem efeitos, ou seja, não basta simplesmente a sua descrição na legislação vigente, é preciso que os direitos fundamentais estejam na prática e no dia-a-dia do cidadão e nas suas relações, como na chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que nada mais é que a irradiação dos efeitos desses direitos nas relações entre particulares.

Já a aplicabilidade é uma conexão entre os fatos e as normas de direitos fundamentais positivadas, que deve ter suporte fático sendo aplicada nas relações cotidianas. Norma aplicável, portanto, é aquela que produz efeitos e se conecta com um determinado caso concreto (SILVA, 2005, p. 56).

Neste trabalho, portanto, utilizaremos a distinção terminológica entre eficácia e aplicabilidade, no sentido de que eficácia é a existência e a validade da norma, ou seja, a questão de saber se ela pode ou não pode ser aplicada ao caso concreto, enquanto a aplicabilidade é a forma pela qual a norma é empregada, se de maneira imediata, direta, ou mediata, indireta.

Cumprindo ainda ressaltar que, em razão da abertura do caráter interpretativo dos direitos fundamentais, não é viável definir neste trabalho quais são os direitos fundamentais específicos envolvidos no presente estudo. No entanto, é interessante definir o oposto, sob o critério de exclusão, ou seja, quais os direitos fundamentais que por motivos próprios não serão abordados nesta pesquisa.

Portanto, não serão abordados nesta pesquisa os direitos fundamentais que não se encontram ligados à temática da eficácia horizontal, ou seja, os que não são oponíveis aos particulares, possuindo como destinatários somente os órgãos estatais.

Nesse sentido, não abordaremos nesta dissertação os direitos políticos, os direitos à nacionalidade, as garantias fundamentais processuais, em especial as penais, e o direito de asilo e não-extradição.

Cumpre salientar que essa referida forma de delimitação, por exclusão, facilita o estudo do tema, tendo em vista a vasta quantidade de direitos fundamentais positivados na Constituição federal pátria, pois para esta pesquisa, o questionamento e análise da aplicabilidade dos direitos fundamentais somente possuem relevância quando se trata de direitos fundamentais que têm oponibilidade também aos particulares, em uma situação em que ambos os sujeitos são titulares desses direitos.

Desse modo, após a introdução sobre o papel dos direitos fundamentais na Constituição nacional, podemos iniciar a busca pelo escopo deste trabalho, que é a análise da aplicação desses direitos nas relações privadas, sua possibilidade, modo de aplicação e consequências para a autonomia privada, na legislação brasileira.

2 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Após o capítulo introdutório, o qual relatou a vasta terminologia dos direitos fundamentais, sua origem histórica, sua divisão em categorias, sua posição na Constituição pátria, e no qual ao final se fez uma breve introdução sobre a dicotomia público-privado e sobre a nova interpretação do Direito Civil baseada nos princípios constitucionais, inicia-se, portanto, o segundo capítulo, em que serão abordados a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, sua origem conceitual, teorias sobre a forma da sua aplicação, casos emblemáticos e a influência dessa temática em alguns países pelo mundo.

Importante lembrar que a nova perspectiva constitucional estudada anteriormente permitiu a valorização da dignidade da pessoa humana, que resultou no debate sobre Constitucionalização do Direito Privado, revitalizando garantias e direitos, temática que foi utilizada como um elo para tratarmos agora sobre a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, chamada de Eficácia Horizontal ou Eficácia Frente a Terceiros, *Drittwirkung*, como é chamada pela doutrina alemã.

Dessa forma, após a abordagem no final do primeiro capítulo sobre o Neoconstitucionalismo e sua “nova” interpretação constitucional, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, juntamente com a consolidação dos direitos fundamentais e seu caráter universal, na passagem do Estado Liberal para o Estado Social, pode-se dar início, agora, à explicação do surgimento da temática da aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Neste capítulo, após a introdução sobre a convergência entre os Direitos Constitucional e Civil, com temas como a Constitucionalização do Direito Privado, a vinculação de todas as esferas do Direito ao Direito Constitucional, pretende-se fazer uma concreta explicação sobre a irradiação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Sendo assim, por ora, temos o intuito de introduzir e justificar o advento da aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, bem como explicar esta abrangente teoria. Para isso, iniciaremos o capítulo com uma breve explicação sobre o princípio de referido debate, retomando historicamente essa problematização por meio de uma análise eminentemente bibliográfica.

Após a introdução sobre o surgimento da eficácia horizontal e a consequente possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais às relações intersubjetivas, pretende-se

abordar a eficácia desses direitos, bem como as teorias sobre as formas de aplicação ou não aplicação deles.

Por uma questão opcional não faremos, neste trabalho, uma diferenciação terminológica entre as diversas expressões como “relações jurídicas entre particulares”, “relações interprivadas”, “relações intersubjetivas” etc. Todas elas serão utilizadas, aqui, para descrever relações entre pessoas físicas, entre pessoas jurídicas e entre pessoas físicas e pessoas jurídicas, objetivando a explicação sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais⁶.

A abordagem sobre a eficácia dos direitos fundamentais, neste capítulo, será feita de forma ampla, com base na Constituição brasileira e também em Constituições estrangeiras, com ênfase na eficácia horizontal e suas teorias de aplicação. No entanto, será somente no terceiro e último capítulo que nos restringiremos ao estudo da eficácia horizontal dos direitos fundamentais no Brasil.

Nesta parte da pesquisa discorreremos sobre algumas teorias sobre a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares, como a teoria da eficácia direta – vertente que defende a possibilidade da aplicação desses direitos nas relações intersubjetivas da mesma forma com que são aplicados nas relações entre Estado e indivíduo, sem necessidade de nenhuma artimanha interpretativa – e a teoria da eficácia indireta – vertente que propugna a aplicação dos direitos fundamentais no âmbito privado por meio de cláusulas gerais do Direito Civil, as quais atuariam, portanto, como “pontos de entrada” de tais direitos nas relações jurídicas entre particulares.

Algumas posições doutrinárias se revelam contrárias à aplicação dos direitos fundamentais na esfera particular, por entenderem que este instituto fere a segurança jurídica, a autonomia privada e enseja arbitrariedades, conferindo ao juiz ampla discricionariedade para a solução dos casos concretos. Os problemas apontados pelas teorias contrárias à tese da eficácia horizontal demonstram a importância deste estudo, na medida em que pretende ele esclarecer o emprego desse instituto, indo além das possibilidades de sua aplicação, que também são controversas, mas analisando a gênese das relações entre particulares e a livre disposição da vontade.

⁶ Para STEINMETZ (2004, p. 60) algumas expressões podem dar sentido mais generalista do que realmente são, ou mais restritiva como por exemplo a expressão “nas relações jurídicas entre cidadãos” expressão específica que não será utilizada neste trabalho.

Importante ainda salientar que a temática da eficácia horizontal analisa a problemática dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre os particulares, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas.

Frise-se que essa forma de eficácia pode também ser estudada tanto pelo aspecto material quanto pelo processual. O aspecto material diz respeito à questão da existência ou não de uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, e, em havendo, em qual amplitude tal vinculação se dá e como ela se opera. Já o aspecto processual está relacionado aos meios processuais necessários para a aplicação dos direitos fundamentais nas relações intersubjetivas.

O objetivo do presente capítulo é descrever e investigar a origem e a possibilidade de aplicação da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais sob a perspectiva do aspecto material. Com isso, pretende-se aprofundar o estudo do tema, de maneira que, ao final, se possa analisar se é possível ou não ponderar direitos fundamentais com o princípio da autonomia privada (o que será mais bem desenvolvido no terceiro e último capítulo, onde já teremos fixado todas as bases importantes para se formular uma conclusão a esse respeito).

2.1 O início do debate

Como já esclarecido no capítulo anterior, há uma forte relação entre a história e os direitos fundamentais, portanto, com o surgimento do objeto principal desta pesquisa sobre a aplicação desses direitos nas relações entre particulares, não é diferente. Dessa forma, é importante fazer uma breve análise do nascedouro dessa temática.

A teoria dos direitos fundamentais está associada historicamente com o que se convencionou chamar de Constitucionalismo liberal. Nesse contexto, os direitos fundamentais foram concebidos exclusivamente para dar limites ao poder do Estado.

Pode-se dizer, portanto, que os direitos fundamentais possuíam uma concepção unidirecional, que entende que esses direitos eram oponíveis somente aos poderes públicos, de acordo com os fundamentos consagrados nos direitos de liberdade do Estado Liberal (KRETZ, 2005, p. 83).

Logo, a função do nascimento dos direitos fundamentais permeava-se em uma eficácia vertical, própria para proteger o indivíduo na sua relação desigual com o Estado.

Nos primeiros documentos da aurora do constitucionalismo nas declarações de direitos e nas constituições, é possível identificar dois pilares estruturantes: o reconhecimento de direitos fundamentais e a separação dos poderes. Esses pilares definem a concepção segundo a qual os direitos fundamentais são por substância e função os limites ao poder do Estado. Os direitos fundamentais individuais e a separação dos poderes são as notas essenciais daquilo que Schmitt denominou conceito ideal de Constituição do estado burguês de Direito (STEINMETZ, 2004, p. 67-68).

A separação de poderes e os direitos fundamentais, por conseguinte, foram essenciais para o desenvolvimento do constitucionalismo, sendo considerados como dois princípios basilares da sociedade moderna.

Os direitos fundamentais foram analisados como princípio da distribuição, por se concretizarem na liberdade do indivíduo considerada ilimitada e nascida anteriormente à criação do Estado e, por esse motivo, o Estado deveria se limitar a intervir nessa esfera de liberdade individual. Já a separação dos poderes foi considerada como princípio da organização, por dividir o poder do Estado, vinculando-o a um sistema de competências demarcadas, tendo como função a garantia do princípio da distribuição (STEINMETZ, 2004, p. 69).

Dessa forma, pode-se concluir que o surgimento dos direitos fundamentais foi a base estrutural para o Estado liberal, onde se limitou o poder do “soberano” baseando-se no preceito da liberdade interminável, tendo como princípio garantidor dessa função a separação dos poderes, que poderia garantir o cumprimento desses direitos fundamentais.

Muito embora os direitos fundamentais tenham nascido com tal propósito e definição, como já demonstrado anteriormente, seu conceito é demasiadamente amplo e abstrato, repleto de significados que podem aumentar de acordo com a época e a categoria.

Nesse sentido, os direitos fundamentais não permaneceram garantidores única e exclusivamente das relações entre Estado e indivíduo, pelo contrário, o oportunismo dos entes privados pelo “excesso” da liberdade incidiu em uma maior amplitude na sua aplicabilidade.

No marco do Estado Liberal, a lei era concebida como o instrumento de garantia dos direitos fundamentais. Tais direitos, inclusos nos textos constitucionais, limitavam o poder do Estado, produziam eficácia jurídica mediante lei, surgindo assim um terceiro elemento característico ao Estado de Direito, o princípio da legalidade.

Essa forma teórica de conceber os direitos fundamentais, por meio do princípio da legalidade, típica do século XIX, era representada pela teoria dos direitos públicos subjetivos na escola alemã, onde se pretendia dar consciência jurídica aos direitos positivados na

Constituição, bem como superar a visão de sujeição na relação Estado-indivíduo (STEINMETZ, 2004, p. 76).

Todas essas visões dos direitos fundamentais provinham do princípio da legalidade, onde os direitos começavam e terminavam. Os direitos fundamentais só podiam ser limites ao poder executivo e judiciário, pois, como criador da lei, o poder legislativo não poderia estar vinculado a tal princípio. No entanto, nem mesmo o princípio da legalidade é suficiente por si mesmo, sendo que nessa época havia liberdades públicas e direitos públicos subjetivos, mas não havia direitos fundamentais.

Com a crise do constitucionalismo liberal e a queda dos regimes totalitaristas na Alemanha e na Itália, no pós-segunda guerra mundial, um novo paradigma constitucional surgiu, diferente do Estado Liberal de Direito (que mais se portava como Estado legislativo de Direito): o Estado Constitucional, denominado de Estado democrático de Direito, no qual começou a imperar o princípio da supremacia da constituição.

Não mais os direitos fundamentais tiveram que se moldar à lei, pelo contrário, era a lei que deveria se moldar aos direitos fundamentais. Assim, embora tais direitos tomem consciência jurídica por meio da lei, eles deixam de ser dela dependentes, emancipando-se. Nesse sentido, a Constituição se tornou fonte imediata dos direitos fundamentais, vinculando também o poder legislativo.

Portanto, se no marco do constitucionalismo liberal os direitos fundamentais foram concebidos como limites ao poder estatal, no marco do constitucionalismo contemporâneo, que se iniciou no pós segunda guerra mundial, essa limitação será mais abrangente, não se restringindo somente ao poder do Estado, mas em qualquer forma de poder que infrinja os preceitos constitucionais, em qualquer tipo de relação, ainda que entre particulares, para garantir de certa forma o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

[...] a teoria dos direitos fundamentais como limites ao poder carece, em parte, de atualidade quando reduz o fenômeno do poder somente ao poder do Estado. No contexto das sociedades contemporâneas, é um equívoco elementar, próprio do liberalismo míope e dogmático, associar o poder exclusivamente ao Estado, como se o Estado tivesse o monopólio do poder ou fosse a única expressão material e espiritual do poder. Há muito o Estado não é o único detentor de poder - talvez nunca tenha sido o único. No mundo contemporâneo, pessoas e grupos privados não só detêm poder político, econômico e ideológico como também desenvolvem lutas de e pelo poder[...] (STEINMETZ, 2004, p. 85).

Após o cenário devastador do pós-guerra na Alemanha coube à geração dos avós para reconstituir o país, já que os pais estavam mortos, presos ou implicados pela guerra e os filhos ainda eram muito novos. O novo sistema constitucional alemão, portanto, teve os avós como fundadores, que foi baseado em idealismo democrático, igualitário, fundado em bases liberais e ainda coerentemente com repúdio às práticas totalitárias e militaristas (RODRIGUES JR. 2017, p. 422-423).

Dessa forma, após anos marcados por autoritarismo, os constitucionalistas alemães resolveram que o guardião da nova Constituição deveria ser o Tribunal Constitucional Federal - TCF, nos moldes imaginados por Hans Kelsen ⁷, mas com poderes que vinculariam o Executivo e o Legislativo de forma igualitária (RODRIGUES JR, 2017. p. 428).

O Tribunal Constitucional Federal - TCF, inaugurado em 28 de setembro de 1951, experimentou inúmeros conflitos em meados dos anos 50 e 60 com o parlamento Alemão e também como atual Poder Executivo, por estes acharem o tribunal invasivo às competências dos poderes eleitos. No entanto, com o passar dos anos o Tribunal Constitucional teve grande aceitação, e se tornou um orgulho para os alemães que reconheceram nele um patrimônio imaterial de sua cultura jurídica (RODRIGUES JR, 2017. p. 430)

Porém, o motivo da importância do Tribunal logo no início na década de sua consolidação como um dos poderes do estado alemão, em 1950, se deu pelo julgamento do emblemático caso Lüth, um dos seus maiores julgados em mais de 68 anos de existência, cuja importância pode ser medida pela quantidade de vezes em que o caso é referenciado na própria jurisprudência do tribunal e na doutrina, mundo afora.

Esse julgado não recai somente à competência do Direito Público mas envolve, também, o Direito Privado e a possibilidade da incidência dos direitos fundamentais nas relações particulares.

Posteriormente ao julgamento deste caso, iniciou-se difusão da temática sobre a eficácia dos direitos fundamentais entre as relações particulares, entendendo o TCF que a vinculação do juiz aos direitos fundamentais na solução do litígio no campo do direito privado não se verifica de modo direto, mas apenas na medida em que a Lei Fundamental arquiteta uma ordem objetiva que deve valer para todos os ramos do direito, influenciando, assim, também o direito privado (CANARIS, 2009, p. 44).

⁷ Para Kelsen o papel de guardião da constituição, *Hüter der Verfassung*, deveria ser exercido pelo Tribunal Constitucional, desde que de um viés eminentemente jurídico e não político.

Devido à importância desse emblemático julgamento e da sua repercussão até os dias de hoje, fomentando ainda críticas e inspirações para o desenvolvimento das teorias de aplicabilidade, o abordaremos de uma forma mais detalhista e crítica no próximo tópico.

2.1.1 *Caso Lüth na Alemanha*

O tribunal Constitucional alemão foi inaugurado oficialmente em 28 de setembro de 1951, e seu êxito no cumprimento de sua missão jurídico-política e a repercussão de seu modelo de jurisdição constitucional em todo mundo não seria possível sem um caso emblemático, seja pelo tipo de conflito que o Tribunal sinalizou à sociedade da época ou pela circunstância de ter ocorrido no momento de sua criação, esse julgamento fez com que se consolidasse como um dos poderes do Estado alemão (RODRIGUES JR. 2017, p. 431- 432).

Esse momento histórico foi o julgamento do caso Lüth, em janeiro de 1958, julgado que não recai sobre o Direito Público, mas tem como temática a interpretação de um artigo do BGB sobre o exercício da liberdade de expressão, somando-se ainda à repercussão do caso, o fato do objeto em análise recair na possibilidade da incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Para Jürgen Schwabe (2005, p. 391), trata-se, talvez, da decisão mais conhecida e citada da jurisprudência do TCF. Nela, foram lançadas as bases não somente da dogmática do direito fundamental da liberdade de expressão e seus limites, mas também de uma dogmática geral sobre os direitos fundamentais.

Erich Lüth, presidente do clube de imprensa de Hamburgo, por ocasião de um festival cinematográfico em 1950, pronunciou-se publicamente contra Veit Harlan, um diretor de uma das películas como *Unsterbliche Gelibte* – “amante imortal”, a quem acusou de, durante o Terceiro Reich, dirigir películas antissemitas a serviço da ideologia nacional-socialista. Importante informar que Veit Harlan não era um cineasta comum, ele era o cineasta do regime, como Leni Riefenstahl, que nunca mais pôde voltar à direção cinematográfica, sendo barrada por boicotes (RODRIGUES JR., 2017, p. 466).

Em resposta às indagações da produtora da película, Erich Lüth enviou uma carta aberta à imprensa na qual incitava as sociedades alemãs ativas no campo cinematográfico a não comercializarem a película e o público a não a assistir.

Em represália, a produtora ingressou no juízo cível de Hamburgo, e obteve medida cautelar que impôs a Erich Lüth a proibição de incitação ao boicote. No decorrer do processo a sentença confirmou a vitória da produtora que considerou a atitude de Lüth um ato ilícito, por ofensa aos bons costumes. No entanto, contra a sentença, Lüth interpôs recurso de apelação ante ao tribunal superior do Land, e também uma reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) ante o Tribunal Constitucional alemão, sob a alegação de que não se pode interpretar as cláusulas gerais de Direito Civil em desacordo com os valores previstos e protegidos pela Constituição, alegando assim a violação do direito fundamental à liberdade de expressão (STEINMETZ, 2004, p. 105).

Em resposta ao recurso constitucional impetrado por Lüth, o Tribunal Constitucional Federal alemão cassou a sentença do tribunal civil, pois este teria violado o direito fundamental à liberdade de opinião de Lüth.

Desta forma, a sentença do TCF reafirmou a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, ratificando que os direitos fundamentais têm por objeto, em primeiro lugar, assegurar a esfera da liberdade dos particulares ante intervenções do poder público, ou seja, direitos de defesa do cidadão ante o Estado e construiu na seção referente aos direitos fundamentais uma ordem objetiva de valores que deve valer enquanto decisão fundamental de âmbito constitucional para todas as áreas do Direito.

A importância do caso Lüth, portanto, não foi somente seu julgamento paradigmático, mas também a construção da teoria da dupla dimensão dos direitos fundamentais:

A teoria da dupla dimensão - a subjetiva e a objetiva - dos direitos fundamentais é, ao que parece, a construção teórico-dogmática mais fértil e útil do Tribunal Constitucional alemão em matéria de direitos fundamentais. É o ovo de Colombo da dogmática dos direitos fundamentais do segundo após-guerra. A partir dela, fundamentam-se o efeito irradiante dos direitos fundamentais, os direitos fundamentais como direitos à proteção do indivíduo e deveres de proteção do Estado (mandamentos de atuação estatal), a vinculação positiva do legislador aos direitos fundamentais e a vinculação dos particulares a direitos fundamentais (STEINMETZ, 2004, p. 105).

Dessa forma, resta claro que nesse julgado o Tribunal Constitucional alemão reafirma a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, com o objetivo de assegurar a esfera de liberdade dos particulares diante da intervenção estatal, mas também aduz que há ainda uma dimensão objetiva, de modo que os direitos fundamentais também possam ser impostos no âmbito privado, por meio da aplicabilidade indireta nas relações entre particulares.

De certa forma, pode-se dizer que as influências dos direitos fundamentais no direito privado tenham sido, de início, discutidas primeiramente no direito civil delitual como no caso Lüth, se tratando de liberdades de opinião e de imprensa em um campo ante as funções da proibição e de intervenção da proteção dos direitos fundamentais (NEUNER, 2007, p. 229).

O autor Claus Wilhelm Canaris (2009, p. 43) tece algumas críticas sobre o ponto da dogmática civilista sobre a decisão no caso Lüth, aduzindo que o grande erro consiste em ligar a ideia de uma “mera” eficácia de irradiação dos direitos fundamentais no âmbito do direito Civil com a problemática da super-revisão. No seu ponto de vista, o Tribunal Constitucional Federal poderia ter utilizado as funções tradicionais dos direitos fundamentais como proibição de intervenções, pois, se para as relações sujeito-Estado fala-se em mandamentos de tutela ou deveres de proteção, o mesmo não pode ser aplicado nos casos que envolvam relações jurídicas privadas.

Contudo, é importante ainda salientar, que, anos depois - em 1969 -, o mesmo TCF em outro caso, chamado *Blinkfüer*, optou por dar primazia ao direito protegido pela livre iniciativa empresarial em detrimento da liberdade de expressão, baseando-se, evidentemente, em outras circunstâncias que preponderaram na situação concreta.

A decisão proferida pelo Tribunal Federal julgou improcedente pedido de indenização por perdas e danos requerido por um editor chefe do semanário *Blinkfüer*, da região de Hamburgo, contra os conglomerados editoriais, que forçaram os distribuidores de bancas de jornal a boicotarem a publicação de *Blinkfüer*, alegando que este, produzido por órgão da mídia oriental, estaria a serviço da propaganda injuriosa do governo da hoje extinta República Democrática alemã (antiga Alemanha Oriental) contra os alemães ocidentais e seu Estado livre e democrático (SCHWABE, 2005, p. 400- 406).

Neste caso, a Corte Constitucional não acatou o precedente Lüth, para dar respaldo à conclamação ao boicote, pois o boicote contra *Blinkfüer* foi realizado por meio de um abuso de

posição de poderio econômico de conglomerados editoriais, o que caracterizou uma disparidade na relação entre esses particulares, por não ser como no caso Lüth em que o boicote foi com base em discussão predominantemente intelectual.

Entendeu o Tribunal, conseqüentemente, que o incitamento à manifestação contra *Blinkfrier* ocorreu no sentido que a substância do direito fundamental à livre expressão não pretendia garantir a luta intelectual das opiniões, mas tão somente eliminar uma concorrência comercial.

Fica claro, portanto, como coerentemente decidido pelo TCF, que se tratando da colisão entre princípios dependendo do caso, pode haver uma ponderação entre eles, em face de determinadas circunstâncias fáticas e jurídicas, assunto que será melhor explanado no terceiro e último capítulo.

Desta forma, em uma análise superficial, para o embasamento da decisão do caso Lüth, o TCF não encontrou nem na interpretação gramatical, nem na interpretação lógico-sistemática muito menos na interpretação histórica fundamentos para referida decisão, também não foi interpretada a Lei Federal de 1949 por meio de leitura de palavras não existentes, ou seja, não se apelou para a “mutação constitucional”, o que seria estranho dado o pouco tempo de vigência da nova Constituição do país (RODRIGUES JR, 2017, p. 455)

Foi então que o tribunal baseado na doutrina da eficácia indireta de Gunter Düring (1920-1996) reconheceu que os direitos fundamentais existem como linha de resistência contra poderes estatais, e então sua extensão para além de sua estrutura clássica se deu, pois, o ordenamento jurídico não é neutro axiologicamente e que a Lei Federal de 1949 criou uma ordem objetiva de valores, baseada no desenvolvimento da personalidade e em da dignidade ao estilo das ideias de Düring (RODRIGUES JR., 2017, p. 457).

Portanto, segundo a teoria da dupla dimensão dos direitos fundamentais proposta no julgado do caso Lüth, na segunda ordem de valores, a subjetiva, o Direito Civil, como parte do ordenamento jurídico, também seria atingido por esses valores contidos nos direitos fundamentais por meio das próprias normas de direito Privado. Essa entrada dos valores dos direitos fundamentais no Direito Civil se daria por meio das cláusulas gerais no campo jurídico privado e também no campo extrajurídico por meio dos “bons costumes”.

O autor Otávio Luiz Rodrigues Júnior (2017, p. 468) alerta para a complexidade interpretativa da ponderação de direitos fundamentais, alegando que há diferença entre a teoria alemã e a sua recepção no Brasil, chegando a um nível de descontrole semântico, metodológico e discursivo, no país, sendo em resumo, criticada por defeitos que não possui e sim por problemas imputáveis à praxe jurisprudencial e à incompreensão doutrinária.

Ainda que a proporcionalidade seja assunto em diferentes decisões nos tribunais, sua decisão de controlar racionalmente as valorações empreendidas por juízes que recorrem a princípios é plenamente questionável, pelo fato de as decisões brasileiras, em sua maioria, se resumirem a argumentos vazios de apelo retórico, pois raramente tribunais como STF realizam os três exames de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (RODRIGUES JR, 2017, p. 468).

Em uma breve análise, entendemos que o julgamento do caso Lüth foi adequado, por ter provocado uma quitação de contas com o passado alemão, sendo que referida decisão somente reforçou a autonomia do Direito Civil.

Atualmente, pode-se dizer, portanto, que o Estado não é o único sujeito capaz de condicionar, restringir ou eliminar a liberdade das pessoas (indivíduos ou grupos). Nas relações horizontais, entre os particulares, também se verifica, amplamente, a capacidade de alguns sujeitos condicionarem, restringirem ou eliminarem as liberdades de outros sujeitos (STEINMETZ, 2004, p. 87).

O resultado do julgamento, portanto, é notório, ficando claro que Lüth não praticou um ato contrário aos bons costumes. Nesse sentido a decisão de primeiro grau violou seu direito fundamental à liberdade de expressão, sendo desta forma cassada. Chegando-se a uma conclusão que o Direito Civil pode limitar os direitos fundamentais e os direitos fundamentais podem limitar o Direito Civil.

Desta forma, embora o conceito de ponderação de direitos não tenha nascido desta decisão, pelo contrário, já havia criado existência muito antes da Lei Federal de 1949, foi no caso Lüth que sua aplicação foi feita em face do Direito Civil (RODRIGUES JR, 2017, p. 468).

2.1.2 O debate sobre a eficácia horizontal em outros países

É inegável que a gênese do tema sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nasceu na Alemanha no pós-segunda grande guerra, entre anos 1950 e 1960. Todavia, não podemos dispensar esse tema de um olhar sob o Direito Comparado, mesmo que não possamos nos aprofundar demasiadamente neste trabalho.

Desde o seu aparecimento – na década de 50 do século XX, na Alemanha-, o tema da eficácia de direitos fundamentais nas relações entre particulares apresentou-se como um problema de construção jurídica. Não ausência de dados normativos positivos imediatos, exigiu-se, da jurisprudência e da dogmática constitucionais, fundamentações e esclarecimentos desenvolvidos por complexas mediações argumentativas. Evidentemente, isso permitiu, desde então e em diversos países e.g., Itália, Portugal e Espanha- um acúmulo teórico e metódico considerável. Esse acúmulo aponta, ao menos tendencialmente, para um consenso em favor da vinculação dos particulares a direitos fundamentais (STEINMETZ, 2004, p. 101).

Após esse período, no início do movimento das novas constituições, percebe-se que houve uma influência na legislação privada, principalmente nas áreas de proteção aos trabalhadores, consumidores e também no próprio direito de família, com uma preocupação maior com o tratamento igualitário.

Essa postura se deu pelo fato da percepção dos fatores privados que não eram percebidos quando na criação dos direitos fundamentais, que foram designados para proteger o cidadão contra o poder do Estado. No entanto, com o desenvolvimento social, a massificação das indústrias e o próprio desenvolvimento da sociedade, as relações entre indivíduos não mais continuaram igualitárias, mas pelo contrário, surgiu uma grande disparidade no meio das relações entre particulares, o que provocou o início da positivação fidedigna dos direitos fundamentais, bem como a sua possibilidade de aplicação nas relações intersubjetivas.

A Constituição Portuguesa de 1976, por exemplo, que já passou por sete revisões, sendo a última em 2005, e que tem como característica uma parte sobre direitos fundamentais muito generosa, foi também idealizada e elaborada no mesmo cenário do pós-segunda guerra mundial. Portanto, referida constituição inovadora trouxe direitos às relações privadas por meio do contrato de trabalho, reconhecendo alguns direitos atuais, como o direito à greve, influenciando deste modo, na reforma do Código Civil Português de 1977, no intuito de se

adequar às novas exigências impostas pelos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados (PINTO, 2007, p. 146).

Deste modo, a Constituição Portuguesa de 1976, em seu artigo 18, traz expressamente a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais⁸, incluindo também o alcance destes direitos nas relações entre particulares.

Contudo, mesmo com a expressa citação sobre o efeito horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas portuguesas, ainda não se pode dizer que o problema dos efeitos dos direitos fundamentais esteja totalmente solucionado no país, como elucida o autor:

É que essa norma não diz em que termos se estabelece tal vinculação de entidades privadas. Aliás, importa, desde logo ao averiguar-se a primeira parte da disposição (“são diretamente aplicáveis”) vale igualmente para entidades públicas e privadas. E, respondendo afirmativamente, deve apurar-se se vale da mesma forma, ou nos mesmos termos, ou se há quaisquer distinções de âmbito ou de intensidade (portanto, no *modus vinculandi*) da vinculação de entidades públicas e privadas (para além da questão de saber se incluem aqui todos os particulares ou apenas determinadas “entidades privadas” – por exemplo, supostamente titulares de um poder económico ou social de facto relevante) (PINTO, 2007, p. 149).

Portanto, a título de exemplo, mesmo a normatização da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas na Constituição Portuguesa não fez com que esse tema se tornasse menos polémico por lá, deve-se ressaltar que ainda assim há dissidência jurisprudencial sobre a forma aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, se esta vale para todos os tipos de relações particulares ou limita-se àquelas relações jurídico-privadas que expressam poder, semelhante às relações de trabalho e de consumo (KRETZ, 2005, p. 93).

Por outro lado, Bilbao Ubillos (apud KRETZ, 2005, p. 93), em análise ao conteúdo sobre a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais previsto na constituição Portuguesa, acredita que não restam dúvidas sobre a opção clara que a referida Constituição adotou pela aplicação imediata dos direitos fundamentais também nas relações privadas, sem nenhuma restrição nem limitação, a única exceção seria aos direitos fundamentais somente oponíveis ao Estado.

⁸ Artigo 18.º Força jurídica 1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em 13 de jan. 2019.

De certa forma, é possível identificar uma grande aceitação sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais pelo mundo, no entanto, a sua forma de aplicação está longe de ser uniformizada.

Como tantos outros temas no âmbito dos direitos fundamentais, o da eficácia entre particulares também é complexo e controverso. Não é tarefa simples definir, de plano, se o território das relações jurídicas interpretativas é uma zona de exclusão de direitos fundamentais ou se, ao contrário, nesse território direitos fundamentais se projetam, moldando e conformando situações inter-individuais e sociais vitais. E, no caso de resposta positiva, ainda menos simples é definir a forma e o alcance dessa projeção. Um sintoma significativo do caráter complexo e controverso do tema é a falta de má construção, dogmático ou jurisprudencial, clara precisa e unitária, como já referido acima, e o elevado grau de concorrência entre diferentes teorias (STEINMETZ, 2004, p. 34).

Nesse sentido, a dificuldade inicial sobre essa temática mundialmente falando é a inexistência de previsão legal, pelo menos em relação aos principais textos constitucionais. Todavia, pode-se verificar ainda uma dissidência doutrinária também naquelas Constituições em que há essa previsão legal, como na Constituição Russa, Constituição da Suíça e na Constituição Portuguesa, como já anteriormente levantado o debate.⁹

O grande problema das Constituições que já previram a eficácia horizontal situa-se no fato permitir sua aplicação, mas não definir como (o modo, a forma), e qual a sua extensão, deixando assim, um terreno fértil para sua controvérsia.

Contudo, mesmo com a previsão legal, a interpretação sobre a forma de aplicação dos direitos fundamentais entre os particulares não deixa de criar dúvidas geralmente pelo seu elevado grau de indeterminação.

Desta forma, podemos dizer que a maior dificuldade no modo de aplicação dos direitos fundamentais é a supressão da autonomia privada, princípio norteador das relações entre particulares. Essa suposta eliminação ao princípio da autonomia privada atingiria diretamente o direito fundamental à liberdade como um todo das pessoas em suas relações privadas vitais (STEINMETZ, 2004, p. 36)

⁹ Art. 18 da Constituição Portuguesa, Artigo 17.3 da Constituição Russa: “ o exercício dos direitos e liberdades do homem e do cidadão não deve infringir os direitos e liberdades das demais pessoas. Art. 35 da Constituição Suíça: “ os direitos fundamentais devem marcar todo o ordenamento jurídico”. (STEINMETZ, 2004. P.34)

Observa-se, portanto, que mesmo com a previsão legal a temática sempre será passível de discussão doutrinária e jurisprudencial, tendo certa necessidade a interpretações, o que corrobora para a questão de que mesmo com argumentos textuais previsto em determinada Constituição, esses sozinhos serão insuficientes, sendo que a solução plausível é uma construção dogmática relativamente complexa que leva em consideração não somente a pré-compreensão do investigador ou do intérprete, mas ainda a antecipação de projetos prévios, e as expectativas dos direitos fundamentais em uma perspectiva global (STEINMETZ, 2004, p. 97).

Observa-se, portanto, que a teoria mais difundida fora de seu berço histórico alemão foi a teoria de Nipperdey, sobre a eficácia direta dos direitos fundamentais. Em Portugal há grandes adeptos a essa teoria, no entanto, não se pode afirmar que seria a teoria majoritária.

Na Espanha o debate também ainda se encontra aberto, os próprios juízes se abstêm dessa disputa que reconhecem como “espinhosa”. Porém, para a doutrina constitucionalista do doutrinador espanhol Perez Luño, a eficácia direta se faz necessária para que as condições de liberdade e igualdade dos indivíduos sejam reais e efetivas, bem como para a remoção dos obstáculos que impedem ou dificultam a sua plenitude (KRETZ, 2005, p. 94).

Na Itália, Pietro Perlingieri é o grande representante da teoria da eficácia direta. Nesse país, muito embora não exista um preceito expresso sobre a eficácia horizontal no ordenamento jurídico, a posição mais aceita é a da eficácia direta manifestada pelos civilistas Crisafulli, Pace e Perlingieri (KRETZ, 2005, p. 93).

Na Suíça, embora a teoria da eficácia horizontal não tenha a mesma tradição como na Alemanha, o modelo de eficácia indireta é amplamente majoritário, ao contrário do que sustentam Ubillos e Sarmiento (apud SILVA, 2008, p. 81-82), ambos reiteram que na Suíça prevalece a visão clássica de que os direitos fundamentais limitam somente o Estado, utilizando o caso *Seelig* de 1954 como base.

Em referido caso o proprietário de uma sala de cinema evitou o acesso de um famoso comentarista de cinema que havia criticado a programação de seu estabelecimento. O Tribunal decidiu em favor do proprietário do cinema, invocando a primazia da liberdade contratual em detrimento da liberdade de expressão e informação, sob alegação de que o direito de informação não se aplicava às relações jurídicas entre particulares.

Todavia, essa é uma decisão que não reflete a jurisprudência reiterada, podendo se concluir que dentro de certos limites e mesmo que sem uma quantidade exacerbada de decisões que tenham reconhecidos esses efeitos, é quase que incontroversa que no país o entendimento majoritário é de uma irradiação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares (SILVA, 2008, p.81-82).

A suíça desde sua reforma Constitucional em 1999 contém uma artigo em sua constituição – artigo 35 que expressamente prevê que os direitos fundamentais¹⁰, na medida em que sejam aptos para tanto, tenham eficácia nas relações entre privados.

Para Steinmetz (2004, p. 129) na Alemanha, sua formula textual adotada (art.1º, III) sugere a partir de uma exegese literal uma eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações entre autores privados, pois estabelece expressamente somente a vinculação direta dos órgãos estatais aos direitos fundamentais, tendo sido, portanto, considerado a omissão uma forma de exclusão.

Mesmo assim a tese de que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais por aplicação direta também encontra aceitação significativa nos países como Espanha, Portugal e também na Argentina e Colômbia (STEINMETZ, 2004, p.130-131).

Na Argentina, na primeira parte de seu Código Civil, art. 1º declara-se que “os casos regidos por este código devem ser resolvidos segundo as leis que resultem aplicáveis, conforme à Constituição nacional e os tratados de direitos humanos dos quais haja tomado parte a República”, para complementar, seu art. 2º determina que “a lei deve ser interpretada levando-se em conta suas palavras, suas finalidades as leis análogas, as disposições que decorrem dos tratados sobre direitos humanos, os princípios e os valores jurídicos de modo coerente como todo o ordenamento (LORENZETTI, 1998, p. 497).

¹⁰ Art. 35º Execução dos direitos fundamentais 1 Os direitos fundamentais devem ser respeitados em toda a Ordem Jurídica. 2. Aquele que exerce funções estatais está comprometido com os direitos fundamentais e obriga-se a colaborar para a sua concretização. 3. As autoridades cuidam para que os direitos fundamentais, desde que aplicáveis, sejam eficazes também entre pessoas privadas. Disponível em https://www.ccisp-newsletter.com/wp_docs/Bundesverfassung_PT.pdf. Acesso em 10 jun. 2019.

Há ainda o Artigo 8.2 da Constituição da África do Sul¹¹, que afirma existir uma vinculação aos direitos fundamentais em relação às pessoas naturais ou jurídicas, levando-se em conta a natureza do direito e a natureza do dever imposto pelo direito.

No Brasil, apesar de não haver legislação sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, é um assunto bastante debatido na doutrina, e com julgados importantes em nossa jurisprudência como o leasing case julgado no ano de 2005, no Recurso Extraordinário n.º 201.819 União Brasileira de Compositores, pela exclusão de sócio sem a garantia da ampla defesa e do contraditório, que no capítulo terceiro será analisado como estudo de caso de forma mais profunda.

Porém, podemos adiantar que neste julgado foi adotada a aplicação direta dos direitos fundamentais pelo STF, mas com justificativas dúbias, pois na maioria dos votos foi levantada a eficácia imediata por ser a Associação brasileira de compositores autarquia e se assemelhar ao poder do Estado.

Conclui-se, portanto, que a temática da eficácia horizontal dos direitos fundamentais se alastrou para muitos países, em diferentes continentes, sendo uma questão constitucionalmente abordada, mesmo não tendo um modo de aplicação unânime e concreto, o que faz essa discussão ainda mais interessante.

Frise-se que o objetivo principal desta pesquisa é abordar a aplicabilidade desses direitos em uma ótima nacional. No entanto, é importante saber que a doutrina de vários países também possui os mesmos questionamentos e busca as mesmas soluções para a sua efetividade.

¹¹ (8) The Bill of Rights applies to all law, and binds the legislature, the executive, the judiciary and all organs of state. (2) A provision of the Bill of Rights binds a natural or a juristic person if, and to the extent that, it is applicable, taking into account the nature of the right and the nature of any duty imposed by the right. Disponível em <http://www.justice.gov.za/legislation/constitution/chp02.html>. Acesso em 15 jun 2018.

2.2 Eficácia dos Direitos Fundamentais e sua aplicabilidade nas relações entre particulares

Conforme previamente aludido neste trabalho, a eficácia de uma norma jurídica, de modo direto, pode ser explicada como a sua existência, ou seja, ao ser analisada a norma pode ou não ser aplicada no caso concreto.

Após os estudos até aqui mencionados, temos, portanto, que a eficácia dos direitos fundamentais pode ser aplicada em uma relação vertical e uma relação horizontal, a primeira como uma relação entre um titular de direitos fundamentais e um não titular de direitos fundamentais – (indivíduo e Estado), e a segunda em uma relação em que os dois polos são titulares de direitos fundamentais – (indivíduo- indivíduo).

Da mesma forma, temos para esses direitos a expressão “aplicabilidade”, que difere do termo eficácia, pois enquanto a eficácia é a sua existência, ou seja, é capacidade técnica de produzir efeitos jurídicos, a aplicabilidade significa como ou de que modo ocorre essa eficácia dos direitos fundamentais, e assim como estudaremos nesse capítulo, ela poderá ser se de maneira direta/imediata ou indireta/mediata.

Importante ressaltar que mesmo havendo um debate doutrinário sobre a distinção ou não dos conceitos de aplicabilidade e eficácia, seguiremos com a posição de diferenciação José Afonso da Silva¹² (2005, p.56), para quem a aplicabilidade pode ser considerada uma conexão entre os fatos e as normas de direitos fundamentais que deve ter suporte fático sendo aplicada de certo modo em um determinado caso concreto.

Para ele, portanto, norma aplicável é aquela que produz efeitos e se conecta com um determinado caso concreto, foco principal desta pesquisa, que visa a demonstrar qual é a forma mais adequada de vincular os direitos fundamentais nas relações entre particulares no Brasil, que será finalizado por meio de um estudo de caso e também por análises jurisprudenciais.

Antes de iniciarmos o aprofundamento desta temática, ainda é necessário fazer uma breve análise sobre os termos vigência, validade, termos que são atributos da norma jurídica.

¹² Nem todos os autores estão certos sobre a distinção dos termos aplicabilidade e eficácia, por exemplo, STEINMETZ, cita que José Afonso da Silva não foi claro nem preciso na argumentação para distinção entre os conceitos de eficácia e aplicabilidade (STEINMETZ, 2004, p. 42).

A vigência é a propriedade que torna exigível a obediência da norma em um determinado espaço de tempo, enquanto esta não for declarada inválida. Desta forma, a vigência pode ser considerada a sua existência e durante o tempo que a norma existir deverá ser obrigatoriamente aplicada.

A norma jurídica também deve ser válida, ou seja, deve ser criada pela observância das competências pessoal, procedimental e material para sua criação e introdução no ordenamento jurídico positivo, desta forma, também não pode ser contrária a nenhuma norma superior.

Com isso, podemos esclarecer que o que se busca nesse trabalho é entender a aplicabilidade da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, sendo que tais direitos já são válidos, vigentes, e eficazes, no entanto, a forma de aplicação desses direitos nas relações entre particulares ainda é discutida.

Desta forma, estudaremos o alcance dos direitos fundamentais nas relações particulares, ou seja, como esses direitos estão aptos a serem aplicados nas relações intersubjetivas e também como se dá sua aplicabilidade, principalmente na jurisprudência brasileira.

O primeiro fundamento em favor da tese da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, segundo Steinmetz (2004, p. 103), é o princípio da supremacia da constituição, sem ele não haveria como iniciar o debate. O princípio da constitucionalidade torna a *lex major* uma fonte direta e imediata dos direitos fundamentais, que vincula os poderes legislativo, executivo e judiciário, bem como todos os atos normativos ou fáticos que devem estar de acordo com seus preceitos constitucionais.

Cumprido esclarecer que este princípio também chamado de supremacia da constituição ainda regula as relações interprivadas nos âmbitos sociais, econômicos e culturais, fazendo jus ao nome da Constitucionalização dos direitos.

Consequentemente pode-se dizer que as eficácias, tanto horizontal como vertical, possuem uma confluência entre si, pois de certa forma a aplicação dos direitos fundamentais nas duas hipóteses acaba sendo implementada por um agente estatal, pela necessidade de obedecer a *lex major*, cabendo em alguns casos também a ajuda do Poder Judiciário para a solução da controvérsia.

Para a doutrina majoritária da eficácia horizontal há basicamente duas possibilidades para a sua aplicação, a teoria da eficácia imediata e a teoria da eficácia mediata. A primeira permite a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais na esfera privada, tendo a norma de direito fundamental como destinatário direto não somente o legislador que elabora as normas infraconstitucionais, mas também as relações intersubjetivas.

Já a segunda teoria entende que os princípios do direito privado que regem as relações particulares já possuem validade constitucional, sendo os direitos fundamentais aplicáveis nas relações intersubjetivas por meio dos princípios gerais do Direito Privado (SOMBRA, 2004, p. 159).

Portanto, no constitucionalismo atual, graças à vanguardista decisão do Tribunal Constitucional alemão no caso Lüth, é concreto hoje que os direitos fundamentais desempenham uma dupla função, isto é, no plano subjetivo continua garantindo direitos de liberdade individual, de modo que ainda obedecidos os aspectos coletivos e sociais, e no plano objetivo tem-se uma dimensão institucional de que o conteúdo dos direitos fundamentais deve operacionalizar-se de forma a proporcionar a consecução dos fins e valores constitucionais proclamados em qualquer relação jurídica (KRETZ, 2005, p. 89).

Muito embora ainda existam doutrinadores que se posicionam desfavoráveis à existência de uma eficácia horizontal, atualmente já é amplamente aceito que os direitos fundamentais influenciam nas relações entre os particulares e não somente nas relações entre Estado e indivíduo, no entanto o embate maior entre essa temática é como e em que medida os direitos fundamentais exercem essa influência (ALEXY, 2008, p. 510-511).

Para Canotilho (2008, p. 1289) o problema da aplicabilidade da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas tende para uma superação da dicotomia entre a eficácia imediata e mediata a favor do que ele denomina de “soluções diferenciadas”, pois referida eficácia para ser compreendida com rigor, deve ter em consideração a multifuncionalidade ou pluralidade de funções dos direitos fundamentais, de forma a possibilitar soluções diferenciadas e adequadas, de acordo com qual for o direitos fundamental em questão, procurando desta forma a especificidade do direito privado, por um lado e o significado dos direitos fundamentais por outro.

Wilson Steinmetz (2004, p.159) ressalta que a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, além de ser uma imposição da Constituição, é um instrumento socialmente

necessário para a preservação e para a própria promoção dos direitos fundamentais ante as transformações, no plano das relações de poder das sociedades capitalistas contemporâneas.

A necessidade de estender a aplicação dos direitos fundamentais às relações entre os particulares pode ser justificada para além da ameaça dos poderes privados, tal aplicação demonstra a manutenção de uma coerência interna ao ordenamento jurídico.

Para alguns autores como Claus-Wilhelm Canaris (2009, p. 50) os direitos fundamentais, nas relações entre sujeitos de direito privado, não possuem exatamente o mesmo conteúdo e o mesmo alcance do que se verifica na relação entre o cidadão e o Estado. Para ele a eficácia pode determinar diversamente o conteúdo dos direitos fundamentais, a depender se se trata de liame privado ou público, ou mesmo determinar em termos diferentes se é possível invocar dado direito fundamental naquela respectiva relação jurídica.

Assim, por exemplo, a exigência do bem comum ou do interesse público não desempenhariam, em regra, qualquer papel para a disciplina da relação entre os sujeitos de direito privado, diferentemente do que se constataria em vínculos de direito público.

No caso das relações privadas de consumo, Cláudia Lima Marques (2002, p. 211-212) reconhece ser impossível negar a força normativa da Constituição Federal brasileira no Direito Privado, pois não apenas elevou os consumidores à condição de sujeitos de direitos fundamentais (art. 5º, XXXII, da CF/88), mas também assegurou sua proteção, mesmo com a livre iniciativa de mercado.

No Brasil, autores como Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Edson Fachin, Thiago Luís Santos Sombra, Daniel Sarmiento, Gustavo Tepedino, Gilmar Ferreira Mendes, Wilson Steinmetz são os principais fomentadores de uma teoria fundamentada sobre a eficácia horizontal imediata nacional, no entanto, deve se ressaltar que há muitos excessos em outros adeptos dessa aplicabilidade, simplificando a doutrina para justificar um sincretismo metodológico e um enfraquecimento do Direito Civil pelo Direito Constitucional (RODRIGUES JUNIOR, 2017, P. 501).

Por outro lado, há ainda autores como Uwe Diederichsen¹³ impulsor de um não modelo, que defende a não aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares por serem dois sistemas normativos distintos, sem hierarquia. Para ele esses dois sistemas não podem se comunicar devido ao fato que como resultado dessa comunicação, o tribunal

¹³ Jurista alemão e professor de Direito Civil e Processo Civil.

constitucional assumiria a natureza de uma super instância de revisão de casos cíveis (RODRIGUES JUNIOR, 2017, p. 524).

O modelo dos três níveis de Robert Alexy é bastante explorado nacionalmente, sendo introduzido no direito brasileiro com características de Virgílio Afonso da Silva. Basicamente ressalta em primeiro lugar o respeito à ordem objetiva de valores dos direitos fundamentais para que não haja violação aos particulares.

Em seu segundo nível trabalha com pretensões dos particulares em face ao Estado a fim de que sejam garantidos os seus direitos fundamentais com função de resistência e de proteção, e no terceiro nível faz uma relevância ao modelo de eficácia direta, modelo mais difundido nacionalmente, com intuito de proteção no plano das relações entre particulares (RODRIGUES JUNIOR, 2017, p. 524).

Em 8 de agosto de 2016, na abertura de sua palestra na faculdade de Direito do Largo São Francisco¹⁴, Sybille Kessal Wulf, juíza do TCF lembrou que, em seu período quando ainda estudante na Alemanha, alguns juristas, em tom de brincadeira afirmavam que as pessoas em muitas ocasiões teriam que sair munidas de guarda-chuva, não para se protegerem do sol ou da chuva, mas sim para se prevenirem da intensa radiação dos direitos fundamentais, que emana de todas as direções RODRIGUES JR., 2017, p. 416)

Desta forma a passagem nos traz uma reflexão de que essa temática precisa ser enfrentada sobretudo pela ótica do Direito Civil, pois, mais do que estudar a eficácia dos direitos fundamentais, necessita-se enfrentar os seus reais problemas de aplicação no cotidiano, principalmente com as ferramentas teóricas do Direito Civil. Esse capítulo, portanto, visa a transmitir como e em qual medida os direitos fundamentais vinculam os particulares dentro do Ordenamento do Direito Civil.

2.2.1 Teoria da eficácia imediata e direta.

A teoria da eficácia imediata (*unmittelbare Drittwirkung*) – também denominada de teoria da eficácia direta (*direkte Drittwirkung*), foi formulada inicialmente por Hans Carl

¹⁴ Conferência intitulada “Efeitos dos direitos fundamentais em relação aos particulares: a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal do ‘Caso Luth’ ao ‘caso Flashmob’ (apud RODRIGUES JR., 2017, p. 416)

Nipperdey¹⁵ e adotada pela primeira Câmara do Tribunal Federal do Trabalho - BAG (Bundesarbeitsgericht) na Alemanha, com a justificativa de que os direitos fundamentais destinam-se não somente para garantir a liberdade em face do Estado, mas também destinam-se a estabelecer as bases da vida social (STEINMETZ, 2004, p. 164-165).

Para Nipperdey, as disposições relacionadas com os direitos fundamentais devem ter aplicação direta, sendo em acordos de direito privado, ou em negócios e atos jurídicos, que desta forma, não podem contrariar aquilo que se convencionou chamar ordem básica ou ordem pública.

A fundamentação desta teoria consubstancia-se no entendimento de que os direitos fundamentais, na qualidade de princípios, expressam valores que são aplicáveis a todo ordenamento jurídico, e por este motivo, em razão dessa supremacia das normas constitucionais, não é possível aceitar a não vinculação direta do Direito Privado à Constituição (KRETZ, 2005, p. 91).

Não há dúvidas sobre a grande influência de Hans Carl Nipperdey sobre o desenvolvimento da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais, sobretudo em suas decisões no tribunal em que atuava como juiz, local onde a doutrina ganhou contornos operacionais.

O caso prático de maior influência ao desenvolvimento da teoria da aplicabilidade imediata foi sobre a igualdade de salários entre homens e mulheres, que ocorreu no ano de 1957, no próprio Tribunal Federal do Trabalho da Alemanha, cujo o presidente era o próprio Nipperdey. (SARMENTO, 2004, p. 246)

Referido julgado teve grande importância porque, diferentemente da Constituição brasileira, que possui um rol de direitos relativos ao trabalho em seu artigo 7º, incluindo a igualdade de salários entre homens e mulheres, a Constituição Alemã não contém nenhum dispositivo que garanta expressamente essa igualdade salarial, somente a igualdade de forma

¹⁵ Hans Carl Nipperdey (1895-1968), professor da Universidade de Colônia, onde lecionou Direito Civil, Direito do Trabalho e Direito Comercial, além de ter assumido o decanato da Faculdade de Direito, com interrupções de 1933 a 1945. Foi o primeiro presidente do BAG (bundesarbeitsgericht) equivalente alemão ao tribunal superior do trabalho, no Brasil, no período de 1954 a 1963 (RODRIGUES JR., 2017, p. 474).

genérica, e por este motivo coube ao tribunal interpretar a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações particulares de trabalho.

Desta forma, a legislação positivada na Constituição alemã somente garantia a igualdade perante a lei entre homens e mulheres e que este são iguais em direitos, vedando assim a discriminação entre os sexos, não podendo tratar homens e mulheres de forma desigual. Portanto, foi com a ajuda da aplicabilidade dos direitos fundamentais de forma direta que foi possível solucionar esta questão de desigualdade salarial na época (SILVA, 2003, p. 92).

Para Nipperday, a dignidade da pessoa humana é o fundamento do ordenamento jurídico geral, influenciando também o Direito Privado. O princípio do Estado Social estabelece limites à liberdade e vincula os direitos fundamentais diretamente aos particulares, no entanto, para ele não são todos os direitos fundamentais que vinculam diretamente os particulares, principalmente nos casos em que a dignidade da pessoa humana e o livre desenvolvimento da personalidade devem ser entendidos como imediatamente eficazes (RODRIGUES JR., 2017, p. 479).

Para essa teoria é equivocada a exigência da intermediação de cláusulas gerais, como boa-fé e os bons costumes, porque a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais baseia-se em uma concepção oitocentista dos direitos fundamentais, como “direitos de defesa”, deixando claro que para os defensores dessa medidas de direitos fundamentais não precisam de “pontos de infiltração”, como as cláusulas gerais para incidirem no Direito Privado, deste modo, os particulares podem reivindicar direitos fundamentais de modo idêntico ao qual demandam esses direitos em face do Estado.

Uma das maiores críticas ao outro modelo, modelo de aplicabilidade indireta, é que este se agarra à autonomia fundamental do Direito Civil contra o sistema constitucional dos direitos fundamentais, no entanto, para os defensores da aplicabilidade direta, a liberdade contratual se sujeita diretamente à ordem constitucional e a seus sistemas de valores, não sendo, portanto, necessário o recurso à cláusula geral do Direito Civil para a realização do conteúdo dos direitos fundamentais.

Alguns doutrinadores defensores da eficácia imediata dos direitos fundamentais argumentam que essa teoria já seria uma espécie de cláusula geral que efetiva a proteção dos

direitos fundamentais, suprindo também as limitações dos instrumentos de controle do Direito Privado, uma vez que estes só oferecem proteção genérica e fragmentária.

De acordo com a teoria da eficácia horizontal direta, havendo ou não normas infraconstitucionais em uma decisão, devem ser aplicadas as normas constitucionais como razões primárias e justificadoras, mas não necessariamente como únicas, mas como normas de comportamento aptas para incidir no conteúdo das relações particulares. Desta forma, a existência de uma norma legal que reitere expressamente a regra ou princípio constitucional, para essa teoria, não impede a aplicação direta da norma constitucional, uma vez que a função do legislador não é constitutiva, mas sim declarativa (KRETZ, 2005, p. 91).

Por outro lado, ao se sustentar uma aplicação direta não significa que é uma eficácia evidentemente forte ou absoluta, mas sim uma eficácia e vinculação flexível e gradual (MONTEIRO, NEUNER, SARLE, 2007, p. 132-133).

O autor Steinmetz (2004, p. 155- 159) também diferencia a teoria da eficácia imediata em variações, ou matizações – forte, intermediária e fraca. Sendo a fraca, menos restritiva, quando se aplicam os direitos fundamentais nas relações marcadas pelas desigualdades fáticas, quando de um lado está um particular na posição de inferioridade e subordinação e do outro um particular com posição de supremacia econômica e/ou social.

A matização intermediária é quando a eficácia é imediata, porém não é ilimitada, incondicionada e indiferenciada, com a solução pela colisão entre direitos fundamentais aplicando o princípio da proporcionalidade. A variação forte da teoria da eficácia imediata é a aplicação dos direitos fundamentais de forma geral, mais restritiva, plena e indiferenciada, porém, para o próprio autor, essa aplicação absoluta é prejudicial e insustentável.

Em resumo, a tradicional teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais tem como premissas basilares: a) o fundamento da ordem geral é a dignidade humana, sendo que o Direito Privado integra a ordem jurídica e também se sujeita a esse fundamento comum; b) os direitos fundamentais são meios de expressão de valores supremos, pelo seu próprio conteúdo material, portanto, demanda uma eficácia e proteção ampla no interesse do particular; c) são direitos de defesa também contra os poderes sociais privados; d) os direitos fundamentais possuem uma tendência multidirecional histórica, não se limitando somente às relações como estado, sendo esse fator uma resposta aos problemas de uma sociedade moderna; e) não há fundamentos para

que não se reconheçam os direitos fundamentais diretamente vinculantes em relação aos poderes públicos e não se considera idêntica qualidade no âmbito das relações privadas (RODRIGUES JR., 2017, p. 490).

Até os dias atuais a teoria da eficácia imediata teve pouca evolução. O principal autor que trabalhou nela após a sua criação por Nipperdey, embora o autor alemão Walter Leisner, que publicou em 1960 a tese “Direitos Fundamentais e Direito Privado”, também tenha contribuído para o debate. Em tal obra, Leisner reforçou e complementou a doutrina da eficácia direta, argumentando que não há diferenciação estrita entre as liberdades, negativas ou positivas, podendo ser diretamente dirigidas entre terceiros e entre o próprio Estado – caracterizando uma multidirecionalidade aos direitos fundamentais.

Para Leisner, a eficácia direta também se operaria de modo diferenciado dependendo da causa obrigacional pelo fato da intervenção da autonomia privada nos negócios jurídicos havendo a possibilidade da abdicação de alguns direitos fundamentais e mesmo nas relações extracontratuais, deverá ocorrer a ponderação entre os interesses dos envolvidos (RODRIGUES JR., 2017, p. 491).

Importante ainda esclarecer que o BAG seguiu fiel a teoria de Nipperdey até meados de 1984, quando pela primeira vez esse tribunal alemão abandonou a teoria da eficácia direta e entendeu que no caso no qual se discutia a resolução de um contrato de trabalho por objeção de consciência¹⁶ como uma eficácia indireta do direito fundamental à liberdade de consciência, que se valeria da cláusula geral do BGB para impedir que o empregador atribísse trabalho ao empregado que lhe colocasse diante de uma ofensa irrazoável à suas convicções (RODRIGUES JR., 2017, p. 489).

Conclui-se, portanto, que a teoria da eficácia imediata, em grande parte dos ordenamentos jurídicos, é meramente especulativa, uma vez que poucos estados possuem uma legislação expressa a respeito da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações particulares, e nas poucas que possuem explicitamente essa aplicabilidade como no já

¹⁶ O reclamante, desde 1980, era empregado em uma gráfica, ele se recusou a realizar trabalhos determinados por sua chefia, sob alegação de que o material continha mensagens que incitavam ao militarismo e ao passado bélico da Alemanha, em razão disso foi demitido (RODRIGUES JR., 2017, p. 488).

mencionado, como no caso da Constituição Portuguesa, ainda há problematização sobre o assunto.

Entre as críticas a essa teoria, deve-se aduzir a dificuldade de reconhecer a equiparação e ainda em admitir uma generalizada eficácia horizontal imediata, com a transformação da Constituição em um estatuto imediato das relações entre particulares (PINTO, 2007, p. 151).

[...] Isto, sob pena de verdadeiramente se ter de defender uma substituição global do direito civil pelo direito constitucional, com o risco de conduzir a regulamentação da vida jurídico-privada – e esta mesma- a excessiva rigidez e irrealismo, resultantes da aplicação directa de preceitos com um grau de generalidade e abstracção muito maior do que os instrumentos apurados, para cada área do direito privado, ao longo de séculos, e que visam resolver especificamente aqueles problemas dos limites da validade e da licitude de actos jurídicos-privados (PINTO, 2007, p. 151-152).

Na Alemanha, país berço da discussão, a teoria dominante não é a teoria da aplicabilidade imediata, pelo contrário, de uma forma concreta o Tribunal Alemão, via de regra analisa o caso principalmente à luz do Direito privado e depois confronta a solução encontrada com a ordem de valores estabelecida pelos direitos fundamentais, por meio da teoria da eficácia indireta com uma interpretação do direito constitucional por intermédio das cláusulas gerais.

Muito embora haja a predominância da eficácia indireta na Alemanha, nos últimos 50 anos o TCF deu sinais de que ainda avalia as duas teorias em seus julgamentos. Em um caso mais recente, no ano de 2011, houve uma reclamação constitucional sobre o direito de protestar em áreas próximas aos guichês das companhias e do acesso ao embarque de passageiros, no aeroporto que é administrado por uma parceria público-privada.

No recurso constitucional tentou-se levantar a tese da eficácia direta dos direitos fundamentais, mas ainda que o TCF tenha entendido que o aeroporto tinha natureza de entidade pública, mesmo que sua organização assumisse formas privadas - em razão do tipo de serviço prestado –, não se concedeu uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais (RODRIGUES JUNIOR, 2017, p. 493).

A jurisprudência na Alemanha, portanto, continua adotando a eficácia indireta dos direitos fundamentais na maioria de suas decisões, aperfeiçoando e ampliando o nível de sua complexidade.

Em Portugal, mesmo com a adoção explícita da aplicação direta dos direitos fundamentais com vinculação também às relações privadas em seu artigo 18, como visto

anteriormente, não há ainda um consenso doutrinário acerca da forma de aplicação da eficácia horizontal, contudo, tem-se buscado interessantes soluções diferenciadoras com propostas convergentes entre ambas as posições, em que atende às necessidades de um poder privado ou de uma situação fática desigual em específicas relações intersubjetivas.

Essa aproximação de posições distintas na doutrina portuguesa é verificada principalmente quando se reconhece que os direitos fundamentais poderiam ser aplicados diretamente nas relações em que as partes se encontrassem em situação fática de desigualdade, sendo isto justificado pelo poder social de fato, ou o denominado poder privado, praticamente similares ao poder do Estado. (PINTO, 2007, p. 154).

Por outro lado, nas demais relações privadas onde a desigualdade não fosse tão grande aplicar-se-ia a teoria da eficácia mediata, por meio das normas de direito privado que contivessem cláusulas gerais ou conceitos indeterminados a serem interpretados em conformidade com os direitos fundamentais. Desta forma poderiam ser harmonizadas as duas teorias de aplicação dos direitos fundamentais.

No entanto nem todos são adeptos dessa tentativa de harmonização entre as duas teorias:

Ter como critério o *quantum* de poder do particular-violador e não a própria violação como critério para determinar a eficácia imediata é um equívoco. Pouco importa se o particular-violador tem mais ou menos poder do que o particular-violado. O pressuposto de que quanto maior o poder econômico e/ou social do particular maior será a intensidade da lesão é incorreto. Não há uma relação necessária entre uma coisa e outra. É algo que só pode ser verificado *a posteriori*. Um particular, sem poder econômico e/ou social, pode causar lesões a direitos fundamentais tão ou mais graves do que um particular com poder social e/ou econômico. Lesão de direito fundamental é lesão de direito fundamental e, portanto, inconstitucional e, por consequência razão suficiente para impedir, anular ou invalidar, total ou parcialmente, *e.g.*, um ato de autonomia privada (STEINMETZ, 2004, p. 159).

Desta forma, para o autor não deve ser levado em consideração a desigualdade fática como elemento determinante ou único justificador de uma eficácia imediata, já que esse fator poderia levar à conclusão de que se na relação entre iguais não há regulação legislativa específica nem é possível uma concretização judicial de direitos fundamentais por meio de cláusula gerais. Então direitos fundamentais não vinculariam os particulares.

No entanto, o autor não se opõe a essa característica ser avaliada no momento da ponderação de bens, ponderação entre o direito fundamental supostamente lesado e a autonomia

privada como bem constitucionalmente protegido, para ele a desigualdade fática nesse momento, é um importante elemento empírico a ser considerado.

No Brasil, pode-se afirmar que por estarem em codificações separadas as Consolidações das leis do Trabalho e o Código de Defesa do consumidor possuem princípios próprios e uma visão mais protecionista ao vulnerável, pois a relação desigual já é tomada por pressuposto básico nessas legislações.

Nesse sentido podemos dizer que a aplicação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais em referidas áreas ocorre de maneira diversa das relações privadas regidas pelo Código Civil brasileiro, de uma forma talvez parecida com a justaposição das duas teorias da eficácia horizontal de acordo com as soluções diferenciadoras portuguesas, fato que abordaremos com mais afinco no próximo capítulo.

Embora as críticas ao modelo da eficácia imediata sejam inúmeras, é possível identificar dois problemas metodológicos principais: o primeiro diz respeito à relação entre os diferentes ramos do direito, especialmente aos conceitos e cláusulas gerais do Direito civil e à autonomia privada; já o segundo tem relação com a perda de clareza no conceito do Direito Privado na hipótese de as normas de direitos fundamentais passarem a ser aplicadas diretamente às relações entre particulares (SILVA, 2003, p.96)

Temos, portanto, que o maior embate entre a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas seria em relação ao princípio da autonomia privada, princípio básico de nosso direito privado, o que desdobraria um perigo se os sujeitos privados não pudessem, em suas relações, contornar as disposições de direitos fundamentais. Destaca-se também que os maiores críticos dessa teoria são logicamente dos Civilistas, no entanto Konrad Hesse, também é crítico a essa teoria.

Cumpramos ressaltar que a teoria da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais às relações entre particulares é amplamente minoritária em praticamente todos os países em que este tema é objeto de um estudo mais sistemático, inclusive, para alguns doutrinadores que criticam essa teoria, aduzem que não há mais o que se discutir a respeito, pois esse modelo não é adequado para a compreensão do problema (SILVA, 2003. p. 94)

No entanto, para esta pesquisa analisar a teoria da aplicabilidade direta é de extrema importância inclusive porque de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal essa

seria a teoria adotada, fato que abordaremos no terceiro capítulo com a análise do *leading case* brasileiro.

Muito embora não seja a teoria da eficácia imediata a mais aceita mundialmente, temos de admitir a importância de sua construção dogmática e o seu legado, bem como que uma de suas consequências fez com que se pensassem em direitos fundamentais aplicados às relações entre particulares sem nenhuma espécie de transformação, adaptação ou aclimatação, como com o exemplo do princípio da igualdade, que para a Constituição tem um efeito material e para o Direito Civil, era apenas meramente formal (RODRIGUES JUNIOR, 2017, p. 492).

No Brasil, o modelo da eficácia direta dos direitos fundamentais em relação aos particulares encontrou uma acolhida sem precedentes em qualquer outro país, sendo raros os trabalhos nacionais que refutam a eficácia imediata no país. Por este motivo, abordaremos mais sobre essa teoria por um viés nacional no terceiro capítulo, logo após contraposição com outras teorias sobre a aplicação ou não aplicação dos direitos fundamentais mais conhecidas.

2.2.2 Teoria da eficácia mediata e indireta

A Teoria da eficácia mediata¹⁷ (*mittelbare Drittwirkung*) também denominada de eficácia indireta (*indirekte Drittwirkung*) foi inicialmente formulada por Günther Dürig¹⁸, e recebeu visibilidade quando foi adotada pelo Tribunal Constitucional Alemão no emblemático caso *Lüth*, se resumindo à questão de que as normas de direito fundamentais produzem efeitos nas relações entre particulares, por meio de normas e parâmetros dogmáticos, interpretativos e aplicativos, próprios do direito privado (Direito do trabalho, civil e consumidor), ou seja, no caso concreto a aplicação das normas de direitos fundamentais é modulada por meio de parâmetros dogmáticos hermenêuticos do Direito Privado (STEINMETZ, 2004. p. 137).

Como premissa básica tem-se que os direitos fundamentais são inicialmente direitos subjetivos de defesa ante o Estado, em que em uma eficácia vertical, somente o particular é

¹⁷ Foi formulada na República Federal da Alemanha sob a vigência da Lei fundamental (*Grundgesetz*) de 1949 – Constituição que incorpora as tradições e os conteúdos do Estado Liberal de Direito, e da democracia liberal representativa com novos princípios do estado Social ((STEINMETZ, 2004, p. 142)

¹⁸

titular de direitos fundamentais, enquanto o Estado é somente seu destinatário. Desse modo, a normas de direitos fundamentais não poderiam produzir eficácia imediata, pois, em uma relação horizontal, ambos são titulares de direitos fundamentais, e, por este motivo, o conteúdo, a forma e o alcance dos direitos fundamentais nas relações entre particulares devem operar de modo diferente da relação indivíduo-Estado.

O ponto de partida do modelo teórico de eficácia horizontal com aplicabilidade indireta é o reconhecimento de um direito geral de liberdade, consagrado pela maioria das Constituições. Referido direito, portanto, impede que os direitos fundamentais tenham um efeito absoluto nas relações privadas, o que significaria um total domínio do Direito Constitucional sobre o Direito Privado (SILVA, 2003, p. 75).

Em outras palavras, pode-se dizer que, para essa teoria, os direitos fundamentais poderiam ser relativizados quando na aplicação nas relações entre particulares, em favor da autonomia privada e da responsabilidade individual, para que as partes possam decidir livremente entre si, sobre como farão uso de sua liberdade e de sua igualdade.

Para a ocorrência dessa aplicação, portanto, os direitos fundamentais convergentes seriam relativizados, nem os direitos fundamentais aplicados de forma direta e absoluta dentro da relação privada, e nem o princípio da autonomia privada poderia ser absoluto nessas relações, sendo que essa relativização ocorreria por intermédio do material normativo do próprio Direito Privado.

Pode-se dizer, portanto, que a eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares está condicionada a uma espécie de “mediação” do legislador de direito privado, do juiz e dos tribunais para ser aplicada. Em primeiro plano, cabe ao legislador do direito privado a criação de regulamentações normativas específicas para condicionar a aplicação desses direitos nas relações inter-privados.

Ao juiz e aos desembargadores, em segundo plano, cabe ante o caso concreto, na ausência de desenvolvimento de norma específica, por meio da interpretação, sobretudo em normas de cláusulas gerais para a aplicação dos direitos fundamentais nas relações particulares.

Para essa teoria, os direitos fundamentais não incidem nas relações entre particulares como direitos subjetivos constitucionais, mas como normas objetivas de princípios objetivos,

ou como sistemas de valores, expressão construída pelo Tribunal Constitucional alemão na decisão do caso Lüth:

Esse sistema de valores [direitos fundamentais na Grundgesetz – Lei fundamental de 1949], que tem seu centro no livre desenvolvimento da personalidade humana e sua dignidade no interior da comunidade social, deve reger como decisão constitucional básica em todos os âmbitos do direito; dele recebem diretrizes e impulso a legislação, a administração e a jurisdição. Dessa forma, influi evidentemente também sobre o direito civil; nenhuma disposição jurídico-civil deve estar em contradição com ele e todas elas devem interpretar-se conforme ao seu espírito. O conteúdo dos direitos fundamentais como normas objetivas se desenvolve no direito privado por meio das disposições que diretamente regem esse âmbito” (TORRES e BLANCO, apud STEINMETZ, 2004, p. 139)

Para Steinmetz (2004, p. 139), a aplicação mediata dos direitos fundamentais é a aplicação mais correta, pois consegue preservar o princípio que deflui o direito de liberdade como um todo, ou seja, o direito da autonomia privada, assegurando também a identidade e autonomia do Direito Civil, possuindo maior certeza jurídica pelo fato de as normas fundamentais carecerem de uma especificidade e detalhamento que as normas de direito privado possuem, evitando, desse modo, a “panconstitucionalização” do ordenamento jurídico, fenômeno que converteria casos jurídicos privados em casos jurídicos constitucionais.

O poder legislativo na teoria da eficácia mediata, portanto, como está vinculado diretamente às normas de direitos fundamentais, por si só torna ineficaz a teoria da eficácia imediata, já que as normas de Direito Privado devem obrigatoriamente, sob pena de caracterização de inconstitucionalidade, estar em conformidade às normas de direitos fundamentais, cabendo ao poder judiciário a interpretação e aplicação das normas de direito privado já influenciadas pelas normas de direitos fundamentais.

Para essa teoria, cabe ao Direito Civil a complicada tarefa de encontrar o modo e a intensidade da influência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, mediante equilíbrio e ponderação.

Para a teoria da eficácia mediata, a aplicação imediata ou direta de normas de direitos fundamentais nas relações entre particulares implicaria, sem mais, o afastamento ou a eliminação da autonomia privada, e por conseguinte, uma provável, perigosa e indesejável perda da identidade e independência do direito privado ante ao direito constitucional. (STEINMETZ, 2004, p. 142)

Em sua obra, STEINMETZ (2004, p. 155- 159) enfatiza aspectos que ele chama de “matização (variações) no campo da teoria da eficácia mediata”, que são como se fossem limites para a aplicação mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, sendo que, em sua matização mais dura, nega a vinculação imediata dos particulares a direitos fundamentais, e em sua matização mais fraca, a admite como exceção, em uma hipótese de ausência de concretização legislativa, e da impossibilidade de concretização judicial satisfatória, por meio da interpretação e aplicação das próprias disposições do direito privado, e sendo caracterizada uma desigualdade fática no caso concreto, estaria portanto, excepcionalmente o juiz ou Tribunal, autorizados a aplicar diretamente as normas dos direitos fundamentais entre uma relação privada.

Para Konrad Hesse (1995, p. 67) o recurso imediato a direitos fundamentais para decidir conflitos entre particulares ameaça a identidade do Direito Privado, uma vez que interfere no âmbito de regulação material própria desse setor do ordenamento jurídico, prejudicando seu ulterior desenvolvimento, e colocando em risco a autonomia privada.

Ele ainda alerta para mais duas possíveis consequências da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais, juízes e tribunais argumentariam plenamente em suas decisões a partir dos direitos fundamentais, o que chamou de inflação dos direitos fundamentais com a sua ampla e imediata eficácia, onde o direito privado teria pouco a ganhar, e os direitos fundamentais muito a perder.

Percebe-se, portanto, que Konrad Hesse se posiciona contra a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais, afirmando que cada vez a doutrina e a jurisprudência de uma forma geral tendem para a teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais.

Na Alemanha, não somente a doutrina é quase unânime em aceitar esse modelo, como também a jurisprudência do Tribunal Federal do Trabalho, que antes, sob a influência de Nipperdey, era partidária do modelo de aplicabilidade direta, cada vez mais tende a abandonar essa posição inicial para juntar-se à jurisprudência do Tribunal Constitucional (SILVA, 2003, p. 81)

No entanto, a crítica ao modelo de efeitos indiretos, reside na insuficiência das cláusulas gerais do Direito Privado para abarcar a totalidade os casos concretos. Os críticos alegam que é difícil imaginar que tais cláusulas sejam sempre suficientes para servir de porta de entrada para os direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Para eles, o mais provável que aconteça é que para a maioria das situações em que seja necessária aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares não haverá provavelmente uma cláusula dessas para dar vazão a esses direitos, nisso STEINMETZ (2004, p. 162) é enfático, de que não dá para esperar que uma cláusula do Direito Privado como a da boa-fé objetiva proteja os direitos fundamentais em todos os casos nas relações entre particulares.

Contudo, há uma nota característica na teoria da eficácia indireta de Düring, é que ela recai na essencialidade da mediação legislativa, ou seja, o juiz não pode desconsiderar a legislação para recorrer diretamente ao texto constitucional, aquilo que deve-se entender por mediação encontra-se na necessidade de conciliar valores como a liberdade negocial e a autonomia privada no direito civil (ROGRIGUES JR, 2017, p. 520).

Cumprido esclarecer que na doutrina alemã a teoria da eficácia mediata continua dominante, sendo uma tendência com poucas possibilidades de reversão, muito embora o TCF mencione em algumas decisões divergentes como a teoria dos deveres de proteção do Estado desenvolvida por Canaris (2009, p. 56-57), ainda permanece referindo ao modelo de eficácia indireta nas decisões mais recentes.

Desta forma, percebe-se uma tendência na doutrina e nas decisões dos tribunais de forma genérica na adoção da eficácia mediata dos direitos fundamentais, seja pelo respeito aos princípios norteadores do Direito Privado, seja por uma lógica legislativa, porém, o que podemos afirmar é que ainda há uma grande divergência entre qual a teoria correta para a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, no entanto sua aplicação é quase unânime.

Como exceção veremos, portanto, a teoria do *State Action* e também outras formas de aplicabilidade ainda recentes e sem muita aceitação se comparadas as duas teorias recentemente estudadas.

2.2.3 Teorias minoritárias sobre a eficácia horizontal

A teoria do *State Action* – ação estatal, criada nos Estados Unidos, se mantém fiel à concepção liberal de direitos fundamentais, aplicáveis, portanto, somente nas relações entre Estado e indivíduo, ou seja, nas relações verticais. Para esta teoria, ao invés de negar a aplicabilidade às relações privadas, ela tem como objetivo justamente definir em que situações – equiparáveis à ação estatal - uma conduta privada está vinculada aos direitos fundamentais. (SILVA, 2003, p. 99).

Dessa forma, a teoria do *state action* pode ser identificada em vários casos julgados pela Suprema Corte norte-americana. Em um deles sobre uma cláusula da convenção de um condomínio em St. Louis, no Estado de Missouri, que proibia a aquisição de propriedade por “povos negros ou da raça mongol”, aplicada desde 1911. Uma família negra comprou uma casa no condomínio, em 1945, e foi impedida de tomar a posse da propriedade, sendo forçada a ingressar na Justiça americana (ESTADOS UNIDOS, 1948).

Ao enfrentar esse caso em última instância, a Suprema Corte reconheceu que as decisões proferidas pelas instâncias ordinárias do Judiciário americano constituíam ações estatais e, por esse motivo, qualquer pronunciamento judicial em favor da prevalência da cláusula restritiva seria inconstitucional, dada a inequívoca discriminação praticada.

O *state action* foi desenvolvido pela suprema corte, sendo a antítese dos modelos alemães da eficácia direta e da eficácia indireta, ou seja, para o *state action* qualquer violação de direitos fundamentais é imputável ao Estado, que não tomou as medidas necessárias para evitar sua ocorrência (RODRIGUES JR, 2017, p. 527).

Muito embora alguns autores como Sarmiento (2006, p. 227-228) igualem a doutrina do *State Action* com uma não aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, não entende ser correta essa comparação, porque mesmo partindo do pressuposto da referida doutrina de que os direitos fundamentais são aplicáveis somente nas relações verticais, sua construção jurisprudencial rompe essa limitação ao tentar definir quando uma ação privada pode-se equiparar a uma ação pública.

A doutrina de não aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares mais conhecida é do autor Uwe Diederichsen. Tal autor defende que os direitos fundamentais provêm de sistema diverso do direito privado, e por esse motivo aqueles não devem se

comunicar com este, porque isso criaria uma super instância de revisão de casos cíveis pelo Tribunal Constitucional (RODRIGUES JUNIOR, 2017, p. 524).

Diferentemente do modelo de não aplicação, a doutrina do *State action*, ao invés de negar a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações particulares, tem como objetivo definir em quais situações uma conduta privada está vinculada às disposições de direitos fundamentais, por meio de um raciocínio artificial que ignora a própria prática jurisprudencial da Suprema Corte (SILVA, 2005, p. 99).

Ao contrário do que ocorre na doutrina do *State Action*, na teoria de Schwabe há uma liberação do particular dessa vinculação aos direitos fundamentais e imputação direta ao Estado, ou seja, para a modalidade desenvolvida por Schwabe não há uma equiparação de um ato privado a um ato estatal, mas é a responsabilidade pelos efeitos do ato privado que é considerada como se fosse responsabilidade estatal (SILVA, 2005, p. 104).

O raciocínio do autor se consubstancia no fato de que para haver uma violação de um particular na relação horizontal é porque sua ação violadora não era disciplinada pela legislação infraconstitucional, dessa forma este ato deve ser considerado como permitido pelo Estado. Sendo assim, como consequência a essa violação pela permissão/omissão estatal deve ser imputada ao Estado a responsabilidade e não ao particular violador.

Nesse sentido, ações privadas que firam direitos fundamentais só poderão ter a responsabilidade imputada ao particular se o Estado, no o exercício de sua função legislativa, tiver disciplinado a questão, dessa forma há ilicitude no ato privado, facilmente detectável.

Conclui-se, portanto, que ambas teorias do *State Action* e a Teoria de Schwabe são teorias minoritárias, mas não se enquadram como não aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas. No entanto todas três teorias são sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais muito pouco estudadas e desenvolvidas, porém é necessário entender a sua construção.

A mais recente e pouco explorada forma de aplicabilidade é desenvolvida pelo autor Sergio Gamonal Contreras (2011, p. 29), sobre a eficácia diagonal dos direitos fundamentais. Para o autor, a relação do empregado com o seu empregador não é, propriamente, uma relação entre iguais, uma vez que a empresa, muitas vezes, demonstra poderes desproporcionais aos dos trabalhadores no contrato de trabalho. Surge daí, portanto, a eficácia diagonal, que diz

respeito à forma como o trabalhador deve, no seio da empresa, no desenvolvimento da sua relação de trabalho, ter respeitados os seus direitos fundamentais (CONTRERAS, 2011, p. 29).

O conjunto destas concepções faz com que se perceba que, além da eficácia vertical (Estado e particular) e da horizontal (particular e particular) já consagradas, os direitos fundamentais também possuem eficácia diagonal, ou seja, incidem com maior força nas relações entre particulares em que um dos sujeitos concentra uma série de poderes econômicos, técnicos e jurídicos que antigamente eram apenas típicos do próprio Estado. (CONTRERAS, 2011, p. 31).

Para Contreras (2011. p. 34) reconhecer a desigualdade das relações entre os particulares na seara trabalhista e consumerista, bem como a concentração de poder do empregador, resulta em dar maior incidência aos direitos fundamentais da parte hipossuficiente da relação como forma de equilibrar o contrato ajustado. O magistrado, diferentemente do que ocorreria na eficácia horizontal, ao realizar o sopesamento entre os princípios, deverá procurar limitar a grande amplitude e discricionariedade do poder de uma das partes, de forma a equilibrar e gerar maior justiça na relação estabelecida no contrato.

Como opinião pessoal, a teoria da eficácia diagonal dos direitos fundamentais, apesar de ter relevância no nome, muito se assemelha com as soluções diferenciadas proposta pela doutrina Portuguesa, como uma mescla entre as teorias de eficácia horizontal de aplicabilidade direta e indireta, sendo que nas relações que tem como parte algum particular com grande poder se aplicariam os direitos fundamentais de forma direta e nas relações privadas mais igualitárias se aplicaria a eficácia indireta por meio das cláusulas gerais do direito privado.

Nesta pesquisa, seguimos com a opinião de STEINMETZ (2004, p. 159), de que não pode ser levado como critério o *quantum* de poder do particular-violador como elemento determinante ou único justificador de uma eficácia imediata, muito menos para uma nova denominação de um terceiro tipo de eficácia dos direitos fundamentais, que para um pessoal entendimento ainda possui características de uma eficácia horizontal, pois abrange nos dois polos dois titulares de direitos fundamentais, mesmo que como poderes desiguais.

Dessa forma, passaremos a estudar a partir do próximo capítulo especificamente sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais no Brasil, a teoria mais aceita para a doutrina e como é a sua aplicação na jurisprudência brasileira.

3 A APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS SOB A ÓTICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL

Neste terceiro e último capítulo abordaremos mais especificamente sobre a eficácia dos direitos fundamentais no Direito brasileiro, sobre a teoria da aplicabilidade mais aceita no país e qual a sua motivação, sobretudo com um enfoque jurisprudencial.

No Brasil, o Direito Privado é regido especialmente pelo princípio da autonomia privada, princípio norteador do Código Civil brasileiro. Nesse sentido, começaremos com uma busca aprofundada sobre o princípio da autonomia da vontade, que para alguns autores é o princípio que deu origem à autonomia privada.

Deste modo, devemos estabelecer uma breve perspectiva histórica desde os códigos oitocentistas, para analisar a função da manifestação da vontade nas relações particulares brasileiras, para enfim entender a diferença desses dois institutos.

Por essa razão, para alcançar o objetivo proposto neste trabalho, é imprescindível abordar de forma geral a evolução do princípio que rege as relações entre particulares, o princípio da autonomia privada, e discutir sobre seu significado e abrangência.

Após essa busca histórica, abordaremos um pouco sobre o dirigismo contratual, para exemplificar e fomentar a transição desses princípios e para finalizar, apresentar o papel da autonomia privada nas relações particulares contemporâneas.

Em uma breve retrospectiva, a partir do primeiro capítulo construímos toda a evolução dos direitos fundamentais para explicar a sua função genuína de proteção do indivíduo contra o Estado.

Em seguida, com um problema de construção, explicamos como os direitos fundamentais influenciam nas relações entre particulares. Por fim, neste capítulo demonstraremos um problema de colisão de princípios, como e em que medida os direitos fundamentais podem mitigar o princípio da autonomia privada.

Por isso, antes de analisar as consequências da eficácia horizontal dos direitos fundamentais pretende-se buscar a origem do significado do princípio norteador do Direito Privado.

É sabido que a igualdade material de ambas as partes em uma relação jurídica privada é muito difícil de ser alcançada, portanto, o que se busca obter com a eficácia horizontal dos direitos fundamentais é minimizar ao máximo essas desigualdades.

No entanto, a legislação brasileira indica preceitos como o princípio da boa-fé objetiva, introduzido pelo Código de Defesa do Consumidor¹⁹ como princípio máximo das relações de consumo, bem como a constatação da vulnerabilidade do consumidor que geralmente é aquele que se encontra em uma posição de inferioridade na relação jurídica.

No Direito do trabalho, princípios como o da primazia da realidade, bem como o princípio da irrenunciabilidade dos direitos também já conferem a relação empregado empregador uma eminente desigualdade fática, facilitando deste modo a proteção do mais vulnerável.

Contudo, nas relações regidas mais precisamente pelo Código Civil e em algumas legislações especiais, não há essa constatação de desigualdade fática tão latente como no Direito do Trabalho e no Direito do Consumidor.

Desta forma, cumpre esclarecer que o escopo desta pesquisa é analisar a eficácia horizontal por um viés civilista, ressaltando a aplicação dos direitos fundamentais nas relações aparentemente igualitárias, que, no entanto, ainda carecem por algum motivo específico de um protecionismo para se resguardar direitos fundamentais.

Posteriormente ao esboço sobre os direitos fundamentais, sua eficácia e aplicabilidade, abordaremos neste último capítulo, para o desfecho da dissertação, sobre o princípio da autonomia privada, bem como a ponderação de princípios constitucionais de acordo com a teoria de Robert Alexy, para enfim esclarecer como e porque a eficácia horizontal dos direitos fundamentais pode restringir a autonomia privada na relação entre particulares.

Após a conclusão do questionamento principal da dissertação, para complementaridade do trabalho, será realizada uma pesquisa jurisprudencial, junto aos tribunais superiores, para verificar a incidência da adoção da teoria da eficácia horizontal nos casos concretos do país.

Será também perpetrada uma análise de caso permeada por um estudo de cada voto dos ministros exclusivamente em relação à sua motivação referente a eficácia dos direitos fundamentais e a sua forma de aplicabilidade, já que não é o escopo desta pesquisa analisar todas as fundamentações dos votos, o objetivo do estudo de caso é extrair a real fundamentação que teve como resultado a constatação que no Brasil se adota a aplicação imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas.

¹⁹ Art. 4º, inciso III e o artigo 51, inciso IV do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990)

3.1 Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais no Brasil

Retomando o assunto iniciado no Capítulo primeiro, mais precisamente no tópico 1.4, sobre os direitos fundamentais na Constituição pátria, pode-se observar que a maioria dos autores brasileiros que defendem a aplicação imediata dos direitos fundamentais, se baseiam no artigo 5º parágrafo 1º da Constituição Federal, “ [...] As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Para o autor Rodrigues Júnior (2017, p. 553) não é possível defender a eficácia direta com fundamento no artigo 5º parágrafo 1º da Constituição Federal, pois, para ele, essa constatação demonstra haver uma eminente confusão entre a eficácia dos direitos fundamentais, sua forma de produção de efeitos e seu âmbito de aplicação.

Resta claro, portanto, que os autores que justificam a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações privadas baseado no artigo 5º, parágrafo 1º estão confundindo eficácia com aplicabilidade e ampliando o sentido da regra brasileira.

Como já anteriormente mencionado, no Brasil, a recepção da teoria da eficácia imediata foi a mais acolhida, de modo compreensível pelo fato de certa indiferença dos círculos civilistas tradicionais sobre a temática e também pelo fato do surgimento de uma nova Constituição após das décadas de regime militar, sendo que talvez essa teoria lhes trouxesse uma garantia maior sobre a eficácia desses direitos.

Para Rodrigues Júnior (2017, p. 499) não existem muitos trabalhos no Brasil que refutam a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais, há alguns manuais de Direito Constitucional, no entanto essa crítica ainda não chegou ao leitor de obras propedêuticas de Direito Civil.

Para a crítica nacional, os adeptos da eficácia horizontal imediata no Brasil reconhecem a inequívoca diversidade fática brasileira, principalmente em relações assimétricas como a de consumo e a de trabalho, no entanto, querem a todo custo implicar em uma solução uniforme para a problemática da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas, sem considerar outros princípios que também regem a livre iniciativa nas relações em que é dificultada a percepção sobre tal disparidade.

Há de ressaltar, portanto, que no Brasil há uma multiplicidade na teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais. Assim como a matizações propostas pelo autor Wilson

Steinmetz (2004), o autor Otávio Luiz Rodrigues Júnior, (2017, p. 502) identifica três modelos na doutrina brasileira sobre a teoria da eficácia imediata. Um fraco, que considera a eficácia direta como a *ultima ratio*, sendo, portanto, empregada em caráter residual; um modelo forte, que utiliza essa teoria em caráter primário; e um modelo sincrético, cujas características não são bem definidas, sendo de difícil inserção nas categorias anteriores.

O modelo fraco da teoria da eficácia imediata no Brasil, adotado principalmente pelo autor Ingo Wolfgang Sarlet, tem como prontos principais a justificativa do parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal para a imediata aplicação dos direitos fundamentais, bem como a superação do problema dessa vinculação quando tratar-se de direitos que expressamente têm por destinatário particulares em geral, como o direito à inviolabilidade domiciliar, at. 5º, inciso XI, direito aos trabalhadores, art. 7º e seguintes, sigilo de correspondência, art. 5º, inciso XII, todos do mesmo diploma legal CF/1988 (RODRIGUES JUNIOR, 2017, p. 503).

Em resumo, para o autor, o modelo fraco de eficácia horizontal imediata aduz que as dúvidas quanto a vinculação dos particulares só ocorre quando os direitos fundamentais não têm por destinatário exclusivo os órgãos estatais, sendo que o dogma da autonomia, se é que ainda deva ser sustentado, não tem o poder de afastar uma vinculação direta dos particulares, pois nesse modelo chamado de eficácia *prima facie*, o princípio da dignidade da pessoa humana é a base para uma vinculação direta.

Importante salientar que em seus últimos textos, o autor Ingo Wolfgang Sarlet, maior defensor do modelo fraco de eficácia imediata tem ponderado seus argumentos, vindo até a aduzir um estreitamento na via da eficácia indireta, como se houvesse um “relacionamento dialético e dinâmico de influência recíproca entre o Direito Privado e a Constituição” (RODRIGUES JUNIOR, 2017, p. 507).

O modelo forte de aplicabilidade direta é mais difícil de referenciar uma obra ou um autor específico brasileiro, pois geralmente se apresenta difuso em textos de Direito Civil e Constitucional, com as mesmas características bases do modelo fraco, porém, tem como atributos principais o fato de não se considerar a mitigação do princípio da autonomia privada inimigo da autodeterminação das pessoas, pois só há autonomia privada de forma plena, se a parte é aliviada dos efeitos da desigualdade fática, sendo nesse sentido a conclusão de que a aplicabilidade direta fortaleceria a autonomia privada (RODRIGUES JUNIOR, 2017, p. 507).

Interessante destacar, ainda que nesta pesquisa não se adote a eficácia imediata dos direitos fundamentais como o modelo ideal, não em um primeiro momento, cabe ressaltar que

a argumentação de que a autonomia privada fortaleceria a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é plenamente válida, pois em uma relação ideal ambas as partes estariam verdadeiramente conscientes da suas vantagens e desvantagens no negócio jurídico.

No entanto, na prática é quase impossível de se alcançar esse equilíbrio sem a intervenção jurídica, o que nos confere mais um motivo para discordar dessa aplicabilidade direta.

A influência brasileira sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais vem de muitos autores, de modo que o Brasil experimenta um amplo domínio da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais, contudo, há doutrinadores que seguem modelos diversos como o de três níveis de Robert Alexy (2008), dos deveres de proteção Canaris (2009) e da eficácia indireta, mesmo com variações, demonstrando assim, uma pluralidade na doutrina sobre a aplicabilidade dessa temática.

Não só o efeito programático dos direitos fundamentais na Constituição brasileira que dificulta essa aplicabilidade, mas a omissão legislativa também prejudica a concretização da eficácia horizontal dos direitos fundamentais no Brasil.

No *leading case* brasileiro RE 201819 – a argumentação utilizada no caso se aproxima mais com a teoria norte americana do *State action*, do que da eficácia direta que foi expressamente referida no acórdão como fundamento da decisão, como será mais amplamente abordado a seguir, pois nota-se uma confusão sistemática entre as modalidades de aplicabilidade e suas justificativas.

Frisa-se ainda que a aplicabilidade direta foi escolhida pela natureza do caso em comento, já que se tratava de uma relação entre uma associação denominada pelos ministros do STF como veremos no estudo de caso de “quase pública”, desta forma em todos os votos em que foi mencionada a aplicabilidade imediata teve como a justificativa a natureza jurídica da associação ser mais próxima ao Direito Público, fazendo alusão com as relações verticais e por isso a aplicação direta.

Desta forma, mesmo com uma doutrina majoritária brasileira ainda cheia de nuances e dissidências, bem como fundamentações diversas e as vezes contraditória, é inegável que há uma predileção à aplicabilidade direta e imediata das normas constitucionais nas relações privadas.

No entanto, nesta pesquisa não compactuaremos com a doutrina majoritária, pelo contrário, de uma forma crítica seguiremos com as novas tendências da temática da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, para tentar uma consolidação mais coerente sobre essa aplicação.

Durante o aprofundamento da pesquisa ficou claro que no Brasil a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é uma realidade, principalmente nas esferas do Direito do Trabalho e nas relações consumeristas, contudo, na seara propriamente civilista há uma certa resistência à essa aplicação, principalmente pelo fato da possibilidade de mitigação do princípio da autonomia privada.

Neste trabalho, defendemos, portanto, uma aplicação indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas por alguns motivos a serem explicados.

No Brasil, há uma permanente abstração nas normas de direitos fundamentais, maior que as situadas no direito ordinário, dada a sua necessária generalidade e sua esperável abrangência, já que tem como objetivo uma maior amplitude de alcance.

É indispensável, portanto, a filtragem dos direitos fundamentais pelo Direito Civil, pela prevenção do espaço democrático, respeito à separação de poderes, a previsibilidade do direito e principalmente, restrição à transferência total do nível decisório da autonomia privada para o âmbito judicial (RODRIGUES JUNIOR, 2017, p. 558).

A eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas no Brasil, sem a intermediação legislativa e principiológica do Direito Civil é problemática, pelo fato de degradar a Constituição e ignorar os espaços de discricionariedade e de conformação do legislador ordinário sobre decisões dos particulares, de mesma forma, negar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais traria a mesma consequência (RODRIGUES JUNIOR, 2017, p. 556).

Não há, portanto, uma concorrência entre a Constituição e o legislador ordinário, mas este tem função de extrema importância para a democracia ao reduzir o grau de abstração constitucional.

Dessa forma, a previsibilidade do direito deve ser respeitada, como ocorre na eficácia mediata, pois evitam-se os perigos expostos de uma seara jurídica na outra, por exemplo, no

Direito Comercial as decisões empresariais são marcadas em sua maioria pela urgência e pelo senso de oportunidade negocial. A utilização de signos muito abertos poderia comprometer os níveis mínimos de segurança decisória de que carecem os agentes econômicos. (RODRIGUES JUNIOR, 2017, p. 558).

A transferência do espaço decisório da autonomia privada para o âmbito judicial, porém é o mais graves dos problemas da eficácia imediata dos direitos fundamentais, tal ação desrespeita as circunstâncias metajurídicas, os esquemas mentais e a própria racionalidade dos agentes que negociam sob o prestígio da autonomia privada.

Em que pese a entrada do juiz no negócio jurídico para corrigir, limitar ou coadjuvar a autonomia privada, como já prelecionado, no Direito Civil a liberdade é a regra, ou seja, as partes podem convencionar de maneira que melhor agradar, salvo as limitações impostas pela legislação.

Nesse sentido, a filtragem dos direitos fundamentais pelo Direito Civil tem por objetivo preservar as esferas decisórias das partes e isso não é um efeito puramente retórico. O Direito Civil é adaptado historicamente a compreender o modo de funcionamento da atividade negocial, e evoluiu muito em ralação a isso.

Desta forma é a partir daí que entram as cláusulas gerais do Direito Civil como intermediadoras da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, especialmente a boa-fé objetiva que é uma centenária produção bibliográfica e que lhe empresta um grau de concretude incomparável até mesmo a institutos contidos em normas jurídicas de caráter objetivo.

A doutrina civilista brasileira possui um arsenal robusto de clausulas gerais a fim de se regularizar a relação jurídica privada buscando o reequilíbrio entre as partes, desta forma, essa vinculação ao juiz ordinário pelo menos em tese, retarda o juízo formulado com fundamento preponderantemente constitucional, que seria esperável quando o recurso atingisse o STF.

Nesse sentido, resta claro que a eficácia horizontal é de extrema importância para a vigilância do equilíbrio e da justiça social nas relações privadas, no entanto, no caso brasileiro para que não haja uma supressão de legislação, há que em cada caso analisar a possibilidade de infiltrar essa horizontalização inicialmente pelas clausulas gerais do Direito Civil.

Defende-se, portanto, na esteira do pensamento do autor Rodrigues Júnior (2017, p. 564) uma eficácia horizontal indireta alternativa para o ordenamento jurídico brasileiro, na sua intensidade fraca.

A modalidade fraca da eficácia indireta aceita a crítica que talvez esse modelo possa apresentar de uma certa forma a civilização do direito fundamental, o que não pode ocorrer. Deste modo, conforme a crítica, o modelo fraco permite que os casos de Direito Civil, Direito de Família, Direito Empresarial sejam apreciados pelo juiz ordinário com uma leitura também, mas não unicamente civilista.

De acordo com o autor RODRIGUES JUNIOR:

Não há justificativas para se limitar as “portas” ou “chaves” do direito fundamental para o Direito Civil apenas às cláusulas Gerais. Eventualmente uma norma objetiva, de caráter fechado, pode servir a tal finalidade. O modelo fraco admite essa ampliação dos portais de entrada porque o problema não é o continente que permite a passagem do conteúdo constitucional, mas a função de contaminação desse conteúdo com o Direito Civil. Na maior parte dos casos o direito fundamental não pode ser irradiado sem algum tipo de conformação à peculiaridade do sistema de Direito Privado. Nesse sentido, é coerente aceitar essa dupla porta de entrada, sem que isso fragilize a autonomia do Direito Civil (RODRIGUES JUNIOR, 2017, p. 564).

Uma das maiores críticas nacionais a eficácia direta é a banalização dos direitos fundamentais, essa modalidade de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas permeia o abandono dos métodos hermenêuticos mais adequados, desconsiderando a interpretação na formulação da dogmática do Direito Civil, que serve também para demais áreas do direito.

Logo, para o autor, a eficácia direta conduz, ao menos na forma como assume em algumas formulações doutrinárias e jurisprudenciais a uma trivialização de princípios e direitos fundamentais (RODRIGUES JUNIOR, 2017. p. 564).

Um exemplo é a invocação continuada em qualquer hipótese do princípio da dignidade da pessoa humana, a plurivocidade da dignidade humana associa-se ao problema de se utilizar um conceito importante como um trunfo argumentativo, pois não há como se colocar contrariamente à dignidade da pessoa humana.

Ao interpor barreiras à incidência imediata dos direitos fundamentais, o modelo da eficácia mediata – com sua atenuação fraca, obriga o sistema de Direito Privado a elaborar

soluções próprias para problemas internos. Dessa forma, deve-se o Direito Civil se amoldar às interferências do Direito Constitucional e da Constituição.

Deve-se admitir, portanto, uma eficácia horizontal direta residual e excepcional, como parte de uma modelo de eficácia indireta fraca, principalmente quando tratar-se de grandes poderes privados, que geralmente correspondem a grandes conglomerados industriais, grupos de telecomunicações, instituições financeiras, organizações criminosas e também os gigantes da internet, como nas relações consumeristas e trabalhistas, já anteriormente mencionadas.

O argumento mais elaborado sobre tais poderes privados está na equiparação ao poder estatal, no que se refere ao poder de lesão, restrição ou intervenção no âmbito dos direitos fundamentais de particulares. A assimetria de poder político, social ou econômico é evidente (RODRIGUES JUNIOR, 2017, p. 564).

Dessa forma, com a lógica da teoria da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares de maneira indireta e fraca, os particulares podem invocar direitos particulares reciprocamente, desde que de forma mediata, nas relações desequilibradas por conta de um poder privado.

Assim, o fator de correção no Direito Privado externa-se primariamente pelas normas e princípio desse sistema, pois a eficácia indireta dos direitos fundamentais é uma das formas de organizar essa irradiação sem implicar na perda da autonomia do Direito Privado. No entanto, a utilização de fatores extrassistemáticos é possível, mas em último caso, e em muitos dispensável (RODRIGUES JUNIOR, 2017, p. 581).

Ressalta-se, portanto, que nesta pesquisa será utilizada como modelo mais adequado para ordenamento jurídico nacional o modelo da eficácia mediata dos direitos fundamentais na intensidade fraca, admitindo, portanto, a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas quando somente os princípios relacionados ao Código Civil forem insuficientes para reequilibrar a relação.

Dentro da hipótese da *ultima ratio*, quando necessário, o modelo de eficácia horizontal indireta permite o emprego de técnicas próprias do Direito Constitucional para a interpretação do direito ou mesmo para a solução de conflitos, principalmente por meio da ponderação de princípios constitucionais, como será abordado nos próximos tópicos.

3.2 Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais e a Autonomia Privada

Como já vimos nos primeiros capítulos desta pesquisa, a premissa básica para a concepção da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais encontra-se em um delineamento teórico a partir da caracterização do modelo de Estado na atualidade.

Deste modo, a variação em relação a proteção dos direitos fundamentais afeta diretamente, em maior ou menor extensão esses direitos e, conseqüentemente, o princípio da autonomia privada, princípio regente das relações particulares.

A eficácia horizontal no Brasil geralmente está condicionada à disputa entre a aplicação imediata e mediata, e por isso o princípio da autonomia privada tem tanta importância, já que a aplicabilidade dos direitos fundamentais propõe intrinsecamente a mitigação desse princípio.

A maioria das Constituições contemporâneas, assim com a brasileira, não contém disposição expressa ao princípio da autonomia privada, mas este não é motivo para dizer que a autonomia privada não tenha fundamento constitucional e seja um bem constitucionalmente protegido.

No Brasil é possível extrair de vários artigos o fundamento para a tutela da autonomia privada, pois vários princípios representam o poder do particular de autodeterminar seus interesses, como do direito geral de liberdade (art. 5º, Caput), princípio da livre iniciativa (art. 1º, IV, e art. 170, caput), o direito de propriedade (art. 5º, caput e XXII), entre outros sobre a seara trabalhista e direito de família, que também estão positivados na Constituição federal.

Nesse sentido, a autonomia privada não tem somente um único fundamento com a iniciativa econômica privada, mas submerge suas raízes em diferentes princípios também de relevância constitucional.

3.2.1 *Autonomia da Vontade versus Autonomia Privada*

O princípio da autonomia privada, como princípio no ordenamento jurídico nacional pode ter mais de uma terminologia para alguns autores, que no mesmo sentido utilizam-se da expressão “autonomia da vontade”, como se fossem sinônimos.

Não obstante, segundo Kretz (2005, p. 6) os autores que costumam utilizar da expressão “autonomia privada”, fundamentam seu pensamento na teoria da declaração e os adeptos da terminologia “autonomia da vontade”, costumam defender a teoria da vontade.

De forma sucinta, os defensores da teoria da declaração, assim denominados de objetivistas, aduzem que a vontade somente produz o efeito necessário quando declarada, assim, autores favoráveis a essa teoria trabalham contra o dogma da vontade, alegando que o negócio jurídico é uma manifestação de poder da autonomia privada, e, deste modo, proporciona ao manifestante autorregramento dos seus interesses (KRETZ, 2005, p. 6).

Todavia, para os defensores da teoria da vontade, chamados também de voluntaristas, ou subjetivistas, que têm Savigny um de seus primeiros e maiores representantes, o negócio jurídico é a própria declaração de vontade, intenção madura e definitiva de provocar um efeito jurídico (MATIETTO, 2002, p.28).

Portanto, a vontade declarada defendida pelos objetivistas é considerada diferente da verdade real dos voluntaristas, já que a teoria da vontade propõe que prevaleça a vontade real, subjetiva, e a teoria da declaração propõe que prevaleça a vontade declarada.

Ocorre que, se, por um lado, a teoria da vontade tem a vantagem de proteger o que a parte realmente quer, a teoria da declaração, por outro, tem a grande prerrogativa de ser muito mais objetiva nesse aspecto. Assim, um dos maiores entraves da teoria da vontade sempre foi a prova da vontade real, em razão da sua subjetividade.

No apogeu do liberalismo econômico nos séculos XVII e XVIII, a vontade assumiu uma importância admirável, sendo que a teoria do negócio jurídico em seu início logrou êxito em assegurar que os efeitos obrigacionais tivessem por fonte inicial a vontade real. Com isso, o contrato compreendido pelo voluntarismo nos termos pactuados no negócio jurídico que o instaurou, fazia lei entre as partes, para as quais valia essencialmente a vontade manifestada (TEPEDINO, 2014, p. 144).

O liberalismo econômico e as ideias político-filosóficas, exaltando a liberdade individual, conduziram no século XVIII uma verdadeira adoração pela vontade autônoma e pela propriedade privada, o que permaneceu até a instauração do Estado Social, fruto dos exageros do capitalismo, onde se repensou todos os paradigmas da sociedade do sistema jurídico.

Posteriormente, com a viabilidade de maior segurança social, o negócio jurídico começou a assegurar a vontade declarada, valorando-se à luz de disciplina legal, extensa e analítica, baseada no livre discernimento (TEPEDINO, 2014, p. 144).

Em que pese a interessante diferenciação das duas expressões pelas teorias explanadas sobre a vontade no negócio jurídico, a justificativa para a utilização nesta pesquisa pela terminologia “autonomia privada” nasce de fundamentação histórica.

Cumpre, portanto, salientar que a adoção de uma e outra teoria é de importante menção para esta pesquisa, mas não é seu objeto de estudo, a finalidade é fundamentar a escolha da expressão “autonomia privada”, e, para isso, necessitamos ainda que brevemente, introduzir alguns conceitos.

Nesse sentido, mesmo não desenvolvendo a teoria do negócio jurídico de maneira profunda, cumpre ressaltar sua importância para a explanação sobre a autonomia privada e a diferença que pretende-se demonstrar entre ambas expressões, muito utilizadas como sinônimas.

Ressalta-se, portanto, que a ideia original do negócio jurídico mudou, não se refere mais como instrumento máximo de realização da autonomia da vontade da mesma forma quando introduzida no BGB - há mais de cem anos atrás, e, por este motivo, merece uma revisão crítica (TEPEDINO, 2014, p. 145).

Desta forma, o negócio jurídico é definido pela teoria subjetivista como ato de vontade que visa produzir efeitos jurídicos, com ênfase à autonomia da vontade e pela teoria objetivista como norma jurídica concreta resultante do autorregramento dos interesses privados, ora autonomia privada (MATIETTO, 2002, p.28).

No Brasil, em regra, a vontade vem sendo considerada como formadora do negócio (sem ela o negócio não existe) da mesma forma que está consubstanciada na teoria subjetivista, diante da previsão do artigo 112 do Código Civil²⁰.

A vontade no negócio jurídico não pode mais ser considerada como um dogma absoluto, como na época do Estado Liberal, e desta forma a vontade deve ser motivada e condicionada a diversas situações.

Dessa forma, a ideia de autonomia da vontade, que provinha de um Estado liberal, na qual a vontade era ilimitada, deve ser substituída pela ideia da autonomia privada e sua autorregulação de interesses privados, considerando-se parte de um todo socioeconômico merecedor da tutela do Estado em defesa da dignidade da pessoa humana (MAGALHÃES, 2011, p. 04).

²⁰ Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>.

Os negócios jurídicos, portanto, devem deixar de ser definidos como ato de vontade para se definirem como atos dessa autonomia privada, que se amolda melhor aos paradigmas do estado Democrático de Direito:

O princípio da autonomia privada, com suas variantes de autodeterminação e autovinculação, cedeu lugar a um novo direito obrigacional, que acolhe no seu próprio âmago os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da boa-fé objetiva (MATIETTO, 2002, p. 31).

Portanto, a interpretação dos atos jurídicos em geral deve levar em conta não apenas as declarações de vontade dos sujeitos da relação jurídica, tampouco a tarefa do intérprete se resume em buscar a vontade expressa e veiculada por meio da declaração. É preciso procurar o entendimento de cada ato no ambiente em que ele foi celebrado – no complexo de seus motivos, circunstâncias e no contexto do próprio ordenamento jurídico (MATIETTO, 2002, p. 32).

De certa forma pode-se dizer que a autonomia privada é uma “evolução” da autonomia da vontade, que antes se consubstanciava como garantia da liberdade dos cidadãos em face do Estado, e agora é mitigada em prol da justiça substancial, deslocando-se o eixo da relação contratual da tutela subjetiva da vontade à tutela objetiva da confiança.

Seguimos desta forma com a mesma opinião que Tepedino (2014, p. 140), que frisa a importância na análise dos institutos fundamentais do Direito Civil de uma reflexão necessária acerca dos critérios interpretativos que devem nortear o intérprete na sucessiva reconstituição do Direito Privado, examinado desta forma, as contínuas inovações legislativas.

Os direitos fundamentais assegurados na Constituição federal, permitem a livre interação dos sujeitos por meio das relações jurídicas em sociedade, a autonomia privada é a expressão das liberdades fundamentais no âmbito das relações particulares, poder de autorregulamentação e autogestão, cuja a materialidade se expande e se comprime de acordo com opções legislativas, constituindo-se desta forma como princípio norteador do Direito Civil brasileiro (TEPEDINO, 2014, p. 143).

Desta forma, para a visão de alguns doutrinadores, entende-se que o princípio da autonomia privada foi um dos institutos que se reformulou para se atualizar em face da nova Constituição, e que muito ajudou o Direito Civil a se adaptar às interferências externas do Direito Constitucional e da Constituição.

Portanto, para esta pesquisa o princípio da autonomia privada deve ser respeitado com toda suas peculiaridades, sendo que se adota modelo da eficácia mediata em sua modalidade

fraca, por ser o que melhor consegue preservar a autonomia metodológica e epistemológica do Direito Civil.

3.2.2 Mitigação da autonomia Privada

A introdução sobre a teoria da vontade subjetiva e objetiva é importante para o entendimento que ambas ainda são teorias atuais, que dividem doutrinadores. Desta forma, a teoria voluntarista mesmo parecendo superada ainda prevalece até os dias de hoje, exigindo, portanto, a interferência do Estado nas relações privadas, mitigando-se em alguns casos a força vinculante da vontade negocial, principalmente diante de situações de iminente vulnerabilidade.

No Brasil, essa mitigação que se convencionou chamar de Dirigismo Contratual, por conta dos movimentos sociais incidiu primeiramente nas atividades laborais, destinadas a proteger a parte menos favorecida tecnicamente e economicamente.

Para TEPEDINO (2014, p. 145) o desconforto do Direito Privado brasileiro com a intervenção dos princípios constitucionais nas relações entre particulares levou à autonomia do Direito do Trabalho, do Direito do consumidor e de outras leis afastando da legislação Civil pura tudo o que poderia mitigar o princípio norteador da vontade soberana dos vínculos obrigacionais.

Como solução, TEPEDINO (2014, p. 151) propõe para que possa superar essas dificuldades teóricas o abandono do negócio jurídico como o único instrumento de aferição do papel da vontade, pois se a liberdade deve ser exercida à luz da legalidade constitucional, o exame de licitude deve se projetar nos negócios e nas atividades extranegociais.

O princípio da autonomia privada encontra-se confirmado pelo valor da livre iniciativa, prevista no artigo 1º, IV da CF, de onde pode-se se extrair seu verdadeiro significado confirmado ainda por inúmeras garantias fundamentais à liberdade.

Nesse sentido, a liberdade de agir está intimamente associada ao todo, a dignidade da pessoa humana (art. 1, III), ao fundamento da solidariedade social (art. 3º, I) e também da igualdade substancial (art. 3º, III).

Portanto, pode-se dizer que o princípio da autonomia privada, além de respeitar a licitude dos atos, deve também estar em consonância com a justiça social, com a diminuição das desigualdades sociais e regionais, com a consequente promoção da dignidade da pessoa humana.

A ideologização da vontade demonstra-se prejudicial à dogmática do direito civil, pois reduz o debate jurisprudencial como podemos perceber:

O desafio do jurista de hoje, especialmente quando se trata de institutos fundamentais como o da autonomia privada, consiste na harmonização das fontes normativas, a partir dos valores e princípios constitucionais. O código Civil deve contribuir para tal esforço hermenêutico – em última análise significa a abertura do sistema- não devendo o intérprete deixar-se levar por eventual sedução de nele imaginar um microclima de conceitos e liberdades patrimoniais descomprometidas com a legalidade constitucional (TEPEDINO, 2014, p. 143).

Desta forma, a mitigação da autonomia privada revela um enfraquecimento na dicotomia do Direito Público e Direito Privado, no entanto não significa sua cisão. É importante ainda que mais branda, pela comunicação desses dois direitos a sua divisão, pois é essencial que a autonomia do Direito Privado seja respeitada.

A autonomia privada é, portanto, o fundamento para o Direito Civil, e sua independência reativada da Constituição que permite o desenvolvimento de uma metódica própria, com princípios autônomos, já que os problemas que o Direito Civil enfrenta e resolve são estruturalmente diversos do Direito Público.

Para o autor Rodrigues Júnior (2017, p. 581) a metódica do direito Civil brasileiro precisa encontrar um modelo adequado para estabelecer pontes com os direitos fundamentais, porque, pelo fato da autonomia privada não ter somente um único fundamento na iniciativa privada, a ordem jurídica não pode igualar a manifestação da autonomia privada entre todas as situações, pois cada uma retrata uma diversidade de valores, tal como estabelece a Constituição.

Não se afigura aceitável, portanto, um discurso unitário sobre a autonomia privada, já que, em um ordenamento centrado no valor da pessoa, impõe-se um tratamento diversificado para atos e atividades que, de modo também diferenciado, lidam com esse valor e regulamentam situações ora existenciais, ora patrimoniais, ora umas e outras juntas.

Não se pode desprezar jamais que a autonomia privada, além de ser pressuposto da Democracia, está indissociavelmente relacionada à proteção da dignidade da pessoa humana. Como ensina Daniel Sarmiento (2006, p. 189) “negar ao homem o poder de decidir autonomamente como quer viver, em que projetos pretende se engajar, de que modo deve conduzir sua vida privada, é frustrar sua possibilidade de realização existencial”.

Entretanto, essa autonomia privada não é absoluta, evidentemente, pois há de ser conciliada com os direitos de terceiros e com outros valores e princípios ao regime

constitucionalista, como a democracia, a igualdade, a solidariedade, a segurança, ou mesmo com outros bens constitucionalmente protegidos (SARMENTO, 2006, p.189).

No direito Privado a desigualdade fática em regra deve ser comprovada, já no Direito Público a desigualdade é presumida, pois presume-se que o Estado é uma ameaça potencial aos direitos dos indivíduos.

Nesse sentido, retomando as ideias de Uwe Diederichsen (1981, p. 237-246, Apud, SILVA, 2005, p. 71) sobre os diferentes sistemas normativos e a autonomia do Direito Privado, podemos notar que não há como negar uma superioridade da Constituição em relação aos demais sistemas normativos, e por isso pode-se falar em uma mitigação do princípio da autonomia privada.

No entanto, referida hierarquia normativa não implica em uma hierarquia axiológica, e por esse motivo a supremacia conferida à lei fundamental não corresponde automaticamente a uma supremacia dos valores fundamentais que ela abriga, pois, o fato de serem previstos pela Constituição não implica em uma imposição automática dos valores constitucionais ao resto do ordenamento jurídico (SILVA, 2005, p. 72).

Desta forma, assim como Diederichsen, para consubstanciar a teoria da aplicabilidade indireta com intensidade fraca, esta pesquisa parte do pressuposto da importante separação dicotômica entre Direito Público e Direito Privado e também da relação de igualdade, entre valores Constitucionais e valores do Direito Privado, considerando a possibilidade de que as vezes os valores constitucionais podem ter preferência, mas também que as vezes essa preferência pode ser dada aos valores de Direito Privado (SILVA, 2005, p. 72).

Portanto, resta claro que ao mesmo tempo que a autonomia privada pode ser mitigada por algum outro princípio fundamental a recíproca também pode ocorrer, sendo que o princípio da autonomia privada pode mitigar algum direito fundamental.

Assim, a prevalência entre valores não é automática em ambos os sistemas normativos, ocorrendo, portanto, uma superioridade não-formal e não- automática, mas sim, uma superioridade argumentativa.

Podemos ainda lembrar que ao discorrermos sobre os Códigos oitocentistas e o papel da liberdade em pleno século XIX, da mesma forma em que muitos reforçam o argumento de que hoje há uma supremacia dos valores constitucionais em confronto com o Direito Privado, nessa época havia um cenário oposto, em que os valores do Direito Privado eram tidos como superiores.

Ressalta-se, portanto, que não pretendemos nessa pesquisa defender um ou outro sistema normativo, o que se busca é o questionamento sobre a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas, principalmente no ordenamento jurídico Brasileiro, e qual, senão, a melhor forma de aplicação viável e coerente que respeite tanto o direito Privado como o Direito Público.

Nesse sentido encontramos na defesa de uma eficácia indireta fraca o modelo que melhor respondeu aos questionamentos anteriores que busca dentro do conflito entre valores constitucionais e valores privados uma relação igualitária de ponderação e de mitigação, uma perante a outra de forma argumentativa em cada a caso.

3.2.3 *Colisão entre Direitos Fundamentais*

A fixação dos limites para o alcance dos direitos fundamentais nas relações particulares de acordo com a teoria adotada por esta pesquisa, após uma análise entre cláusulas do Direito Privado, em último caso, evolve um problema de ponderação de interesses, entre a própria incidência dos direitos fundamentais e o princípio da autonomia privada.

Nesse sentido é necessário primeiramente, elucidar a diferenciação entre princípios e regras, de acordo com Robert Alexy (2008), para então verificar o conflito entre esses princípios.

O conflito entre regras é mais simples de ser sanado, pois se consubstancia com a verificação de validade entre elas, no entanto, o conflito entre princípios é mais complexo, pois ambos serão válidos, mas algum deverá ser mitigado.

Os princípios são normas que preceituam que algo seja realizado em maior medida dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, e as regras são normas que expressam deveres definitivos, devendo ser aplicadas sempre por subsunção. Em outras palavras, princípios são normas que expressam deveres *prima facie*, cujo conteúdo definitivo somente é fixado após a análise das condições fáticas e jurídicas do caso concreto e as regras simplesmente só podem ser cumpridas ou não, sendo, portanto, mandamentos definitivos (ALEXY, 2008, p. 85).

Desta forma, podemos concluir desde já que os direitos fundamentais podem constituir tanto regras quanto princípios, porém, é certo que a maioria dos direitos fundamentais se configuram como princípios.

Portanto, Alexy (2008) parte da técnica do sopesamento ou do balanceamento desenvolvida pela Corte Constitucional Alemã para afirmar que todos os princípios abstratamente possuem a mesma importância, devendo, na hipótese de colisão entre eles, serem analisadas as condições fáticas e jurídicas do caso concreto para, ao final, decidir qual deve prevalecer.

A técnica do balanceamento, sopesamento ou da ponderação foi desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Alemão, tendo sua maior evidência em 1958 no caso Lüth, já anteriormente comentado, para resolver um conflito entre direitos fundamentais em uma relação privada como um método de solução para casos difíceis nos quais normas constitucionais com a estrutura de princípios entram em colisão.

Portanto, colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma diversa das regras, como preleciona o autor:

Se dois princípios colidem - o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido-, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta (ALEXY, 2008, p. 93).

Com efeito, a vantagem de utilizar-se de princípios é que tal modelo possibilita um meio-termo entre vinculação e flexibilidade, enquanto o modelo de regras implica em uma maior rigidez.

Para Konrad Hesse (1995, p. 250), o limite dos direitos fundamentais está no término de seu alcance material. Não há de falar em sobreposição de um direito fundamental sobre outro, eles devem coexistir simultaneamente. Havendo aparente conflito entre eles, deve o magistrado buscar o verdadeiro significado da norma, em harmonia com as finalidades precípua do texto constitucional, ponderando entre os valores em análise, e optando por aquele que melhor resguarde a sociedade e o Estado Democrático. Desta forma, o autor não condena a ponderação dos direitos fundamentais, no entanto, aduz que deve ser um método utilizado quando necessário, para não ser banalizado.

No mesmo sentido, para a teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais e seu modelo fraco, não é necessário condenar a ponderação de princípios, o essencial é o abandono dos métodos hermenêuticos que só servem para aumentar o subjetivismo decisório e a incerteza jurídica decorrente de julgamentos que se apresentam como ponderacionistas, mas em verdade, são um acúmulo de expressões vazias de sentido e plenas de retórica (RODRIGUES JUNIOR, 2017, p. 564).

Os princípios de natureza constitucional devem, portanto, ser colocados em posição de colisão na aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares quando não houver mais solução no próprio Direito Civil.

Nesse sentido, a teoria do jurista alemão Robert Alexy (2008, p. 94) defende, com base na jurisprudência alemã, o uso da técnica da ponderação e do princípio da proporcionalidade como soluções para o problema da colisão entre direitos fundamentais estruturados como princípios, tendo sido amplamente incorporada no Brasil pela doutrina e pelo Poder Judiciário.

Dessa forma, não se pode permitir que a colisão entre os direitos fundamentais afete o núcleo irreduzível do princípio da autonomia privada, a ponto de torna-la irreconhecível, portanto, a colisão entre eles, em último caso, deve ser resolvida pelo recurso da ponderação de princípios no caso concreto.

Importante, ainda que brevemente, destacar que a aplicação do princípio da proporcionalidade de acordo com Alexy (2008, p. 588) deve sempre seguir a ordem de três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade.

No entanto, a análise de determinada medida através dos três subprincípios não é sempre obrigatória, ou seja, a relação entre eles é subsidiária, se passa para o exame através do outro, caso o ato analisado seja considerado proporcional.

O primeiro subprincípio, o da adequação, consiste em realizar um exame em relação ao meio escolhido para o alcance de seu objetivo, e possui, na verdade, a natureza de um critério negativo, ele elimina meios não adequados.

O segundo subprincípio, o da necessidade, determina a realização de um exame comparativo, aferindo a gravidade do meio escolhido e o objetivo pretendido, ou seja, exige que dentre dois meios aproximadamente adequados, seja escolhido aquele que intervenha de modo menos intenso (ALEXY, 2008, p. 588).

Por fim, o terceiro subprincípio e mais famoso, o da proporcionalidade, é idêntica a lei de sopesamento: “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, 2008, p. 593), ou seja, é um exame que deve levar em conta a intensidade da restrição do direito atingido e a importância da realização do direito fundamental colidente.

Cumprе ressaltar que a maioria das críticas a aplicação da teoria de Alexy, no Brasil, é proveniente do fato de que a colisão de princípios não é analisada nas três etapas, o que gera uma banalização da proporcionalidade nesses casos.

De outro modo, o autor Wilson Steinmetz (2004, p. 200), o pressuposto da primazia dos direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira propõe, no plano dos direitos individuais, quatro precedências gerais que considera dogmaticamente corretas para o âmbito das relações contratuais privadas: a primeira, em situação de igualdade fática entre os particulares, há uma precedência *prima facie* do direito fundamental individual de conteúdo pessoal ante o princípio da autonomia privada; a segunda, em situação de desigualdade fática entre os particulares, há uma precedência *prima facie* do direito fundamental individual de conteúdo pessoal ante o princípio da autonomia privada.

Na terceira precedência, considera que em situação de igualdade fática entre os particulares, há uma precedência *prima facie* da autonomia privada ante o direito fundamental individual de conteúdo patrimonial; e na quarta e última, em situação de desigualdade fática entre os particulares, há uma precedência *prima facie* do direito fundamental individual de conteúdo patrimonial ante o princípio da autonomia privada (STEINMETZ, 2004, p. 224).

Logo, de acordo com o autor, somente na terceira precedência haveria uma precedência *prima facie* em favor do princípio da autonomia privada, o que leva a conclusão de que o fato de haver mais precedências *prima facie* em favor dos direitos fundamentais do que do princípio da autonomia privada é coerente com a posição preferente dos direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira.

Contudo, isso não quer dizer que a autonomia privada sempre deva ceder no caso de colisão em favor de outro valor não patrimonial de conteúdo existencial, somente na ponderação entre os princípios, bens e direitos constitucionais, é que se vai saber qual deles, no caso concreto, haverá de preponderar.

No entanto, alerta Wilson Steinmetz (2004, p.225) que não se pode admitir uma eficácia imediata, linear, absoluta, universal e definida, e abstrata. É preferível uma eficácia “matizada” ou “modulada”, pois, os juízes e tribunais estão obrigados a interpretar e aplicar as disposições dos direitos fundamentais em sintonia com a Constituição.

Sugere-se, neste sentido, a utilização da teoria de Alexy (2008), sobretudo no campo da ponderação entre os princípios, direitos e bens constitucionalmente tutelados, mediante a “Fórmula de Peso”, que enaltece três referenciais básicos para definir qual deles haveria de prevalecer no caso concreto: a) o “peso abstrato” e o “peso concreto” de cada um dos valores ou princípios colidentes; b) a interferência que a realização de um causa reciprocamente no

outro; e c) as evidências disponíveis para fundamentar racionalmente as considerações relativas aos direitos em colisão.

Portanto, conforme já mencionado em último caso, quando não mais puder se valer de soluções dentro do Direito Privado recorre-se ao critério mais difundido para o enfrentamento do problema, por meio do sopesamento dos princípios. De um lado o princípio da autonomia privada e de outro o direito fundamental envolvido em determinado caso.

Em uma colisão entre direitos fundamentais que tenham estrutura de princípios é válida a chamada lei da colisão “ quanto maior for o grau de não realização ou de restrição de um princípio, maior terá que ser a importância da realização do princípio que com ele colide” (SILVA, 2005, p. 154).

Para o autor Silva (2005), o ponto central do problema refere-se à forma com que se decide o que prevalece em cada caso concreto, a decisão baseada na autonomia privada ou a proteção dos direitos fundamentais eventualmente restringidos:

O grande problema é que, para que a autonomia privada não seja ameaçada, costuma-se fazer menção a uma necessidade de sopesar, em cada caso concreto, o direito fundamental atingido e a própria autonomia privada. Parece-me duvidoso, no entanto, em que um sopesamento como esse seja possível ou até mesmo necessário, da mesma forma como sustentei não ser necessário um sopesamento entre direitos fundamentais e princípio democrático, nos casos de relações verticais entre Estado-cidadão (SILVA, 2005, p. 153).

No entanto, no caso de relações entre particulares, autonomia privada *versus* outro direito fundamental, a análise não segue o mesmo padrão, o que se faz é definir situações em que a autonomia privada deve ser mais respeitada e situações em que esse respeito poderá ser mais facilmente mitigado (SILVA, 2005, p. 154).

O raciocínio expresso pela lei de colisão se define em termos menos técnicos: o que se perde de um lado deve ser compensado pelo que se ganha de outro, no entanto, para o autor (SILVA, 2005, p. 154), esse raciocínio não se aplica na relação entre particulares, pois não segue o mesmo padrão.

Os critérios para um sopesamento no âmbito das relações particulares sob a égide da autonomia privada não relacionam o grau de restrição ao direito fundamental atingido com a importância da realização da autonomia privada, para ele o critério da autonomia real ou aparente é unilateral e diz respeito somente às autonomias:

[..] a autonomia privada, é um princípio formal, cuja função principal, no âmbito que aqui importa, é sustentar competências. Nesse sentido, ela é um princípio desprovido de conteúdo – por isso sua qualificação como formal. Não há como, portanto, sopesá-la com princípios materiais- os direitos fundamentais- porque falta um valor de comparação entre ambos (SILVA, 2005, p 160).

Dessa forma, o que se faz é definir situações em que a autonomia privada deve ser mais respeitada e situações em que a autonomia privada deve ser mais restringida, de fato esse raciocínio não é um sopesamento, pois não está fazendo uma análise bidirecional entre a autonomia privada e outro direito fundamental, o que se importa é o grau de desigualdade entre as partes.

Contudo, diferentemente como aborda o autor, na presente pesquisa não se considera o princípio da autonomia privada meramente como um princípio formal, pelo contrário, realiza-se toda a valorização material de referido princípio, bem como seu desenvolvimento para o ordenamento jurídico atual e sua evolução da autonomia da vontade.

Nesse sentido, admitimos a crítica sobre a dificuldade de sopesamento com o princípio da autonomia privada, no entanto, insistimos na solução da ponderação de princípios, em último caso, quando os preceitos do Direito Civil não conseguirem resolver o impasse.

No entanto, é importante relatar que na maioria dos casos em que envolvem o princípio da autonomia privada, a eficácia horizontal poderá ser mediada pelos preceitos do Direito Civil, e que a maioria dos casos excepcionais, como nos exemplos posteriormente utilizados, se referem às relações privadas não contratuais em que serão ponderados dois princípios constitucionais distintos e não necessariamente o princípio da autonomia privada, o que facilita a execução da técnica de Alexy (2008).

Segundo Sarmiento (2008, p.303), portanto, a técnica da assimetria entre as partes envolvidas é um dos parâmetros mais recorrentes para uma eventual mitigação da autonomia privada, quanto maior for a desigualdade fática entre os sujeitos privados, mais intensa será a proteção ao direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada.

Proporcionalmente, há também a probabilidade de o contrário ocorrer, quando numa situação de tendencial igualdade entre as partes, a autonomia privada receber uma proteção mais intensa, abrindo espaço para restrições mais profundas ao direito fundamental com ela em conflito.

Como já posicionado anteriormente, nesta pesquisa, concordamos com a assimetria de poder, em que o critério mais importante nos parece ser o de autonomia real das partes envolvidas, fundamentada em uma desigualdade fática e não desigualdade material.

Desta forma, pode haver em uma relação entre particulares, uma considerável desigualdade material e de poder entre as partes, mas com um alto grau de autonomia na escolha dos termos e condições da relação, como nos contratos dos participantes de reality shows. Esse exercício claramente acarreta restrições a direitos fundamentais, especialmente ao de privacidade, mas neste caso a desigualdade material não interfere, necessariamente, na autenticidade das vontades (SILVA, 2005, p. 157).

Nesse sentido, pode-se concluir que a desigualdade material pode ser uma condição para a limitação do exercício da autonomia privada, mas não pode ser condição isolada.

Frisa-se que a crítica de Virgílio sobre o não sopesamento e proporcionalidade entre a autonomia privada e outros direitos fundamentais, é mais um argumento, por esta pesquisa utilizado, a favor da eficácia horizontal indireta, principalmente o modelo fraco em que acreditamos ser o mais compatível com o ordenamento brasileiro atual, já que essas dificuldades devem fazer da aplicação direta uma exceção por ter sido criada para gerir uma relação vertical.

Para SILVA (2008, p.164) a aplicação do princípio da proporcionalidade levaria a uma superação dessa precedência em quase todos os casos, tendendo a uma eliminação da autonomia privada nos casos concretos culminando, muitas vezes com uma dominação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Rodrigues Júnior (2017, p. 469) também critica recepção da ponderação de princípios no Direito brasileiro relatando que tal ponderação chegou a um nível de descontrole semântico, metodológico e discursivo no país que começou a ser criticado por defeitos que não possui e sim por problemas imputáveis à praxe jurisprudencial e à incompreensão doutrinária.

Embora não podemos importar para esta pesquisa profundamente o debate e as críticas contemporâneas a realidade prática da técnica de ponderação de princípios, não podemos afastar totalmente essa questão.

Dessa forma conclui-se que embora a proporcionalidade seja amplamente invocada entre diferentes tribunais constitucionais, sua aptidão para controlar racionalmente as valorações empreendidas por tomadores de decisão que recorrem a princípios é possivelmente questionável.

Alguns autores acreditam que a incorporação do discurso sobre ponderação de princípios na prática forense brasileira costuma ser retratada como desorientada, fruto de oportunismo ou até um modismo doutrinário.

Dessa forma, muitos retratam que a proporcionalidade costuma se resumir a argumentos vazios de apelo meramente retórico, já que raras vezes são efetivamente realizados os três exames de necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

Nesse sentido a adoção de uma eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é uma atitude válida para se evitar os abusos frente os excessos de um ponderacionismo sem respeito ao método completo.

Para exemplificar a teoria, Alexy (2008, p. 99) traz um exemplo sobre a ponderação de princípios no caso *Lebach*, em 1970 na Alemanha. O caso se refere a situação em que uma emissora de televisão planejava exibir um documentário chamado “ O assassinato de soldados em *Lebach*” - que contava a história de um crime no qual quatro soldados que guardavam um depósito de munições do Exército Alemão, perto da cidade de *Lebach*, foram mortos enquanto dormiam e as armas foram roubadas com propósito de cometer outros crimes.

Ocorre que, um dos condenados como cúmplice desse crime, estava perto de ser libertado da prisão, na mesma época que estava previsto para a exibição do documentário. Nesse caso constatou uma situação de tensão entre a proteção da personalidade *versus* a liberdade de informar por meio da radiodifusão, ambos princípios referentes à Constituição alemã na época do julgamento.

Dessa forma, o autor ajuizou uma reclamação constitucional por ter seu pedido em primeira instancia negado para proibir a exibição do documentário. O Tribunal Constitucional Alemão desenvolveu sua decisão em três etapas, na primeira que remete à adequação, houve uma constatação de que os valores dos princípios colidentes estavam no mesmo nível, o Tribunal Constitucional Federal, em um segundo passo, analisando o subprincípio da necessidade, sustentou uma precedência geral da liberdade de informar no caso de uma informação atual sobre atos criminosos. No entanto, essa relação de precedência se sustentou como uma precedência geral ou básica (Alexy, 2008, p. 100)

A decisão, portanto, ocorreu na terceira etapa, da máxima da proporcionalidade, onde nela o tribunal constata que no caso da repetição do noticiário televisivo sobre um grave crime, não mais revestido de um interesse atual pela informação, colocaria em risco a ressocialização do autor.

Dessa forma, no caso em comento a proteção da personalidade teve precedência sobre a liberdade de informar, o que no caso em questão revelou-se na proibição da veiculação da notícia, ou seja “ uma notícia repetida, não revestida de interesse atual pela informação, sobre um grave crime, e que põe em risco a ressocialização do autor, é proibida do ponto de vista dos direitos fundamentais (Alexy, 2008, p. 101).

Todavia, cumpre ressaltar que embora não haja dúvidas que o exemplo mencionado foi concluído por meio de um sopesamento entre princípios, respeitando-se ainda as três etapas, o próprio tribunal chegou a indagar se esse era o único caminho possível quando examina se a transmissão de um programa que identificasse o reclamante seria adequada e necessária para os objetivos perseguidos pela emissora.

Diante disso, seria possível se sustentar que o caso poderia ter sido resolvido não no nível do sopesamento entre valores ou princípios constitucionais - terceira etapa da ponderação, mas nas etapas anteriores da adequação e necessidade se o tribunal não tivesse partido da premissa de que o reclamante teria seus direitos violados mesmo sem a sua identificação nominal e sem a exposição da sua imagem, porque teria sido possível excluir a identificação criminal do reclamante e a exposição da imagem (Alexy, 2008, p. 101).

Conclui-se deste modo, que referido caso era sem dúvida uma relação entre particulares em que havia um conflito entre princípios, de um lado o da proteção da personalidade, princípio constitucional e de outro o princípio da liberdade de expressão, que pode fazer referência ao princípio da autonomia privada.

Mesmo no julgamento não adentrado a esse detalhe é importante ver a concretização da ponderação de princípios em uma relação particular, principalmente verificar que nem sempre há somente uma forma de resolver esses conflitos, como demonstrado, o grande desafio é conseguir resolver com a melhor técnica para cada caso.

Por este e outros motivos já mencionados adotamos a teoria da eficácia horizontal indireta, uma teoria mais flexível que tenta respeitar a hierarquia de normas do ordenamento, e que busca a melhor efetividade dos direitos fundamentais sem a banalização de sua aplicabilidade a qualquer custo ou da trivialização da ponderação de princípios buscando com parcimônia a solução para esses enlaces.

Por fim, cumpre ressaltar que como no exemplo mencionado a ponderação entre os princípios foi corretamente realizada pelo respeito às três etapas e por não se tratar diretamente em relação à mitigação da autonomia privada.

Entende-se, portanto, que no caso em comento, a autonomia privada foi mitigada, mas o princípio que participou da colisão foi o da liberdade de informação que colidiu com o princípio da proteção da personalidade, e por esse motivo acreditamos que a técnica da ponderação de forma residual pode ser aplicada em uma relação particular, principalmente quando se tratar relações privadas extracontratuais.

3.3 Eficácia Horizontal Dos Direitos Fundamentais: Uma Análise Da Jurisprudência Brasileira

A análise jurisprudencial é uma metodologia que permite organizar informações relativas à determinadas decisões proferidas sobre um assunto específico em um determinado tribunal, é uma obtenção indutiva de conclusões provenientes da observação e da seleção de julgados semelhantes, com o mesmo problema.

Com o objetivo de traçar uma conexão entre a parte teórica desenvolvida nos dois capítulos anteriores, e a fim de proporcionar meios eficazes para o melhor entendimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais na seara jurídica brasileira, nesta pesquisa será somente analisada a incidência de decisões nos tribunais superiores que citam expressamente o termo “eficácia horizontal”.

Dentre alguns motivos para esse recorte específico a essa expressão temos o fato da preservação da titularidade da doutrina estrangeira estudada, que mesmo com adaptações nacionais, possui sua origem na *Drittwirkung* da Alemanha.

Nesse sentido, temos algumas decisões com termos análogos como “eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas”, “eficácia dos direitos constitucionais”, “horizontalização do direito Privado”, expressões que aumentariam a quantidade de decisões na pesquisa, porém, ao mesmo tempo desviaria o foco da análise que é a demonstração da evolução da genuína teoria da eficácia horizontal na prática.

Em resumo, o objetivo da análise quantitativa da jurisprudência nos tribunais superiores é demonstrar a utilização da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais exportada da Alemanha e como ela vem sendo aplicada e desenvolvida nas decisões brasileiras.

Frise-se que serão quantificados somente acórdãos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, os quais terão brevemente suas temáticas analisadas, também não

será analisado nenhum aspecto processual, somente a matéria referente a eficácia horizontal estritamente.

Para complementar analisaremos também o *leading case* brasileiro sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, o Recurso Extraordinário 201819/2005.

3.3.1 Análise jurisprudencial STJ e STF

Em pesquisa jurisprudencial realizada no Superior Tribunal de Justiça por meio da expressão completa “eficácia horizontal” e operador de proximidade “adj” encontramos até o dia 05/07/2019, 8 acórdãos, 138 decisões monocráticas e 3 informativos de jurisprudência (BRASIL, 2019, on-line).

Como parâmetro examinamos outras expressões mais comuns nas decisões referente ao equilíbrio contratual no Direito Civil para fazer uma comparação sobre a quantidade na pesquisa de uma temática mais corriqueira com a temática da eficácia horizontal, nas mesmas condições de operador de proximidade e data.

Em pesquisa no STJ com a expressão “função social do contrato”, temos 3 Acórdãos Repetitivos, 144 Acórdãos, 10.706 Decisões Monocráticas e 22 Informativos de Jurisprudência, já com a expressão “boa-fé objetiva” temos 9 Acórdãos de Repetitivos, 909 Acórdãos, 30.042 Decisões Monocráticas e 1 Informativo de Jurisprudência, e, ainda com a terminologia “autonomia privada” encontramos 2 Acórdãos Repetitivos, 58 Acórdãos, 1.660 Decisões Monocráticas e 10 Informativo de Jurisprudência (BRASIL, 2019, on-line).

Em pesquisa jurisprudencial junto ao Supremo Tribunal Federal, com a expressão “eficácia horizontal”, também com operador de proximidade “adj” encontramos até o dia 05/07/2019, 8 acórdãos, 20 decisões democráticas, e 4 informativos, na pesquisa feita diretamente no sítio eletrônico do STF (BRASIL, 2019, on-line).

A título de comparação assim como fizemos na pesquisa jurisprudencial junto ao STJ, temos no STF “boa-fé objetiva” com 26 acórdãos, 75 decisões monocráticas, 1 decisão da presidência e 7 Informativos de jurisprudência. Com a expressão “função social do contrato”, temos 11 acórdãos, 313 decisões monocráticas, 5 decisões da presidência, 2 Informativos, e “autonomia privada” 20 acórdãos, 80 decisões monocráticas, 1 Repercussão geral, e 4 informativos (BRASIL, 2019, on-line).

Observa-se, portanto, essencial a comparação na análise quantitativa como parâmetro para os argumentos de conclusão, podendo dizer que a temática eficácia horizontal não é uma temática popular, e passa longe de ser muito citada na jurisprudência dos tribunais superiores.

A comparação com as expressões acima descritas é evidente, já que as três, “função social do contrato”, “boa-fé objetiva” e “eficácia horizontal” podem ser utilizadas para reequilibrar uma relação particular, e a “autonomia privada” é um princípio muito citado nas relações entre particulares, por ser o princípio norteador do Direito privado, como já estudado.

Em uma breve análise à pesquisa jurisprudencial no STJ, dentre os 3 informativos de jurisprudência correlacionados com o tema da eficácia horizontal, podemos observar que o primeiro, Informativo n° 0588, 17 a 31 de agosto de 2016, se refere ao Direito do Consumidor sobre abusividade de cláusula que autoriza plano de saúde a indeferir procedimentos médicos-hospitalares,

Os demais informativos se referem às cláusulas de condômino, sendo que o informativo n° 0570 de 1° a 14 de outubro de 2015, refere a aplicação de multa a condômino antissocial, e que aludida multa não pode ser aplicada sem o direito de defesa.

Já o terceiro informativo n° 0562 de 18 a 28 de maio de 2015, trata-se de um recurso repetitivo também referente às cláusulas de condomínio - mais especificamente sobre cobrança de taxa de manutenção de fato, sendo que estas não obrigam os não associados ou os que a elas não anuíram.

Frisa-se que nos dois últimos informativos, percebe-se a nítida influência do RE 201819/2005 do STF que será analisado no próximo tópico, cuja a temática se refere também às associações, no entanto, os dois informativos citam associações de condomínios - como espécie de associação civil, que deve respeitar os direitos e garantias individuais e consequentemente ser aplicada a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

No segundo informativo há também uma grande semelhança com o caso do RE 201819, devido a citação da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, principalmente se tratando do direito de ampla defesa e do contraditório do condômino antes de ter a multa aplicada, muito semelhante com o estudo de caso a ser estudado.

Na mesma pesquisa junto ao STJ, dentre os 8 acórdãos, 3 estão também estão relacionados ao tema associações – fazendo alusão ao *leading case* RE 201819, 2 estão relacionados aos direitos de defesa do consumidor, 2 estão relacionados ao Direito Penal, tendo a eficácia horizontal sido citada somente como exemplo junto a eficácia vertical, e somente 1

acórdão se trata de matéria diversa, no caso sobre extinção de usufruto em que a eficácia horizontal foi citada somente na jurisprudência.

Ainda quanto à pesquisa jurisprudencial junto ao STJ, não houve uma análise minuciosa entre as 138 decisões monocráticas, no entanto, acreditamos que a proporção se mantém, com a maioria das decisões em que a eficácia horizontal é alegada, se referir ao Direito do Consumidor, e se tratando de matéria do Código Civil, sobre associações.

Na pesquisa feita no STF, dentre os 8 acórdãos, 2 são referentes à relação consumerista, 5 são relacionados ao tema de associações, e somente 2 fogem da temática comum, sendo que um trata-se sobre ofensa à igualdade e não discriminação do fundo partidário eleitoral, e outro sobre punição antecipada de Policiais Civis sem o direito de ampla defesa, em ambos o termo “eficácia horizontal” foi citado como jurisprudência, sem, no entanto, haver debate mais profundo sobre teoria.

Conclui-se, portanto, que a temática sobre a eficácia horizontal está longe de ser uma temática popular na jurisprudência dos tribunais superiores, principalmente em matéria propriamente Civil. Ainda sim predominantemente encontramos a expressão atrelada ao *leading case* do RE 201819/2005, sobre a exclusão de sócio de associação sem a oportunidade da legítima defesa e do contraditório.

Na maioria dos casos há uma predominância da expressão estar contida nas citações jurisprudências, sendo poucas vezes realmente debatida ao caso concreto. Outro fato que não há muita discussão jurisprudencial é a aplicabilidade, se direta ou indireta, na quase totalidade dos julgados analisados há somente a referência para a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações entre particulares, no entanto não há discussão de como seria essa aplicabilidade, quando há, faz referência ao RE 201819/2005 e sua aplicabilidade imediata.

Frisa-se que o objetivo dessa análise quantitativa sobre a expressão “eficácia horizontal” foi realizada para demonstrar o quanto esse tema ainda pode ser explorado, uma vez que, encontra na relação consumerista e na relação do trabalho maior desenvolvimento.

Entretanto, no que diz respeito aos outros assuntos nota-se que o desenvolvimento da teoria ainda fica muito atrelado ao *leading case* brasileiro sobre a temática da aplicação dos direitos fundamentais nas associações, de forma geral.

Desta forma, conclui-se que há uma gama de possibilidade de aplicação da eficácia horizontal, podendo ser reivindicada em qualquer relação entre sujeitos privados, no entanto,

ainda não há uma popularização da temática no Brasil referente ao Código Civil, pelo menos não na jurisprudência dos tribunais superiores

3.3.2 Julgamento do Recurso Extraordinário 201918/2005 e a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais no Brasil

Na maioria das vezes, o Estudo de Caso tem como objetivo realizar um esboço intensivo de uma decisão, de um grupo de decisões ou de uma questão jurídica determinada por meio da exploração de variáveis nela envolvidas, de um evento ou situação única, chamado de “caso” (FREITAS FILHO; LIMA, 2010, p. 2).

Portanto, é no Estudo de Caso que o pesquisador adquire uma compreensão mais apurada sobre as circunstâncias que determinaram a ocorrência de apontado resultado, apreendendo as complexidades envolvidas na situação, por meio de certa autonomia na construção da narrativa e da estrutura de exposição do problema, pressupondo que o conhecimento indutivo a partir da prática é tão válido quanto o conhecimento teórico constituído a partir de conceitos gerais (FREITAS FILHO; LIMA, 2010, p. 2).

No presente estudo de caso será observada a decisão prolatada em sede do Recurso Extraordinário n.º 201819, no STF, por meio de uma análise geral sobre a construção do pensamento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e a sua aplicabilidade, juntamente com a peculiaridade de cada voto individual, somente na matéria em relação a eficácia horizontal e o desenvolvimento dessa teoria.

Como já comentado neste trabalho, o pensamento de alguns autores que adotam a eficácia direta dos direitos fundamentais no Brasil, até pelas reiteradas críticas a esse modelo, tem sido alterado ou reelaborado.

Destarte, é possível que haja uma alguma variação no discurso de um mesmo autor, e, por este motivo, essas dificuldades de identificação das características do modelo chegam até a jurisprudência – como se observa no presente estudo de caso, por meio do qual o STF aderiu expressamente a eficácia direta, entretanto em sua fundamentação encontram-se elementos que o aproximam da teoria norte-americana do *state action* (RODRIGUES JUNIOR, 2017, p. 502).

O caso do julgamento âncora para a eficácia horizontal dos direitos fundamentais no Brasil, tem muitas peculiaridades a serem observadas, ele versa sobre uma de exclusão de sócio dos quadros da União Brasileira de Compositores (UBC), sociedade civil sem fins lucrativos,

por decisão de comissão especialmente designada para apurar a prática de infração estatutária baseada em documentos fornecidos pelo secretário da sociedade, sem que fosse assegurado o direito de ampla defesa e do contraditório.

O caso a ser estudado trata-se de Recurso Extraordinário interposto pela União Brasileira de Compositores – UBC, de acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que entendeu ser aplicável o princípio da ampla defesa, previsto o artigo 5º, LV da CF, aos processos internos das associações privadas, tais como da recorrente UBC, que é sociedade civil sem fins lucrativos (BRASIL, 2005, p. 617).

No acórdão o TJRJ concluiu, portanto, que o princípio da ampla defesa deveria ter sido observado no processo administrativo de exclusão de sócio, ora recorrido, decidindo assim, pela anulação da punição estabelecida pela sociedade ao associado.

Em sede de Recurso extraordinário a UBC, ora recorrente, alegou que referido princípio é obrigatório somente em processos administrativos e judiciais, não se aplicando, portanto, aos processos internos de instituições privadas, que devem ser regidos pelas disposições de seus estatutos e atos regimentais, alegando ainda que o recorrido tinha ciência do procedimento interno e que inclusive apresentou recurso da decisão de sua exclusão do quadro social.

Nesse sentido, a Segunda Turma do Tribunal, por maioria de votos, negou provimento ao Recurso Extraordinário, pois entendeu que há eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas e, portanto, é ilícita a exclusão de sócio sem a garantia do contraditório e da ampla defesa, conforme ementa:

EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. 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. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição

às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. 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). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO (BRASIL, 2005, p. 577).

Cumprido esclarecer, que somente na parte da ementa já podemos analisar 3 pontos principais do julgado, primeiramente que os direitos fundamentais assegurados pela Constituição federal brasileira vinculam não apenas poderes públicos, mas também os particulares em face dos poderes privados, de forma imediata/direta.

O STF, logo, seguiu a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais na relação entre particulares de *Nipperdey*, sem a utilização de critérios de mediação dos princípios do direito privado para sua mediação.

Desta forma, como segundo ponto principal, temos a mitigação da autonomia privada diretamente pelos princípios constitucionais, ou seja, no caso em comento o espaço de autonomia privada conferido às associações foi considerado limitado pela observância aos princípios e direitos fundamentais inscritos na Constituição.

Por fim, o terceiro e último ponto decisório a se observar, para este trabalho, é um dos mais polêmicos. No caso estudado, houve uma exclusão de associado sem a observância dos

princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, o que ficou definido que tal atitude acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio.

No entanto, há uma peculiaridade em relação a esta sociedade em questão, pois o sócio excluído da UBC, fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras, porque a União Brasileira de Compositores- sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, deste modo, apesar de privada, agrega o espaço público, ainda que não-estatal determinado a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados.

Desta forma, fica claro que o caráter público da atividade exercida pela sociedade, bem como a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimaram a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa.

Frisa-se, portanto, que o caráter público da associação privada foi um forte elemento para a escolha da aplicação imediata dos direitos fundamentais para o STF, o que nos leva a perceber que a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas demais relações privadas, sem a peculiaridade de integração do espaço público pode ter uma abordagem diferente.

Iniciando a análise dos votos individuais, a ministra Ellen Gracie, define que a União Brasileira dos compositores é uma sociedade civil sem fins lucrativos, dotada de personalidade jurídica de direito privado. No entanto, segundo seu entendimento, a controvérsia sobre a exclusão do sócio resolve-se a partir das regras do estatuto social e da legislação civil em vigor, não havendo que se falar em incidência do princípio constitucional da ampla defesa, sendo para ela totalmente descabida a invocação do artigo 5º, LV da CF para embasar a pretensão do recorrido ao reingresso como sócio da Associação (BRASIL, 2005, p. 580-581).

Em seu voto a ministra reconhece que as associações possuem liberdade para se organizar e estabelecer normas de funcionamento entre os sócios, desde que respeitando a legislação em vigor. Para ela, o procedimento fixado no estatuto da associação de referido caso foi cumprido, não havendo, portanto, ofensa ao princípio da ampla defesa e do contraditório.

No primeiro voto, portanto, salienta-se que a expressão eficácia horizontal, não foi citada, muito menos desenvolvida pela ministra. Por conseguinte, da sua decisão pôde-se concluir que não há aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, e nesse sentido,

a ministra deu provimento ao recurso para reformar a decisão do TJ/RJ que havia deliberado a reintegração de sócio expulso pelo seu cerceamento ao direito de defesa.

No segundo voto, o ministro Gilmar Mendes logo no começo reconhece a peculiaridade e importância do caso, que deveria ser analisado sob uma perspectiva do direito constitucional, pois se tratava de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas (BRASIL, 2005, p. 584).

Desta forma, ele discorre sobre o tema de acordo com seus estudos anteriores em sua obra dedicada à temática²¹, citando também outros autores brasileiros estudiosos da eficácia horizontal, ponderando também sobre as formas de aplicabilidade desses direitos, demonstrando a jurisprudência alemã, como no emblemático julgamento do TCF no caso Lüth. O ministro cita também os prós e contras de cada uma, alegando principalmente sobre a possível supressão do princípio da autonomia privada (BRASIL, 2005, p. 587-601).

Na sua descrição sobre a temática ele ainda cita a teoria do *state action* como um tema instigante nos Estados Unidos e também analisa as raras ocasiões em que o STF se posicionou sobre referida temática sobre a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, anteriores ao ano de 2005.

Gilmar Mendes analisou toda a digressão da teoria consubstanciada não somente em texto pessoal, mas fundamentada com os principais autores que abordavam a temática da eficácia horizontal na época, bem como com exemplificações de jurisprudências tanto na corte alemã como precedentes anteriores na jurisprudência brasileira.

Para o ministro, não havia preocupação em discutir naquele momento do voto decisório sobre a forma geral de aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, a sua preocupação era em mostrar o histórico de decisões do STF voltada para o reconhecimento da eficácia horizontal (BRASIL, 2005, p. 607).

Gilmar Mendes ainda trouxe em seu voto, algumas decisões anteriores do próprio Supremo, dentre elas, uma se referia a uma relação laboral (RE 160.222-RJ 01/09/1995), e a outra sobre membro expulso de cooperativa sem o atendimento da garantia do contraditório e da ampla defesa (RE 158215 – 07/06/1996), referido acórdão tomou como indiscutível que há

²¹ “Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional. 2. Ed. Ver. E ampliada. Celso Bastos Ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 199, p. 218-229

normas de direitos fundamentais que incidem diretamente sobre relações entre particulares (BRASIL,2005, p. 602-606).

Em outro acórdão também mencionado pelo ministro (RE 161.243- DF19/12/1997) o tribunal não admitiu que a invocação do princípio da autonomia privada fosse argumento legítimo para discriminar nacionais de estrangeiros em relação ao recebimento de benefícios no estatuto pessoal de determinada empresa (BRASIL, 2005, p. 606).

Após a introdução a doutrina o Ministro comenta a peculiaridade do caso, de que a União brasileira de compositores pela sua importante característica integra o espaço público ainda que não estatal, sendo que a recorrente é repassadora do numerário pelo Escritório Central de Arrecadação, ECAD (BRASIL, 2005, p. 609).

Nesse sentido, ele conclui, portanto, que o sócio excluído sem a garantia do contraditório e da ampla defesa fica impossibilitado de receber os direitos autorais relativos à execução de suas obras, ou seja a expulsão onera consideravelmente o recorrido, sendo quase uma restrição à própria liberdade de exercício profissional.

Deste modo, para o ministro, as penalidades impostas pela recorrente extrapolam a liberdade do direito de associação e o de defesa, até porque a integração a esse tipo de entidades configura, muitas vezes quase que um imperativo decorrente a atividade profissional

O ministro elucida que no estatuto da recorrida UBC estabelecia em seu art. 16 que a diretoria nomeasse uma comissão de inquérito, composta por três sócios para apurar os indícios, atos ou fatos que tornassem necessária a aplicação de penalidades, e que referida regra foi integralmente obedecida, no entanto, considerada insuficiente, foi afastada em homenagem ao princípio da ampla defesa (BRASIL, 2005, p. 586).

De forma clara, portanto Gilmar Mendes afirma que “ a singular situação da entidade associativa, que é integrante do sistema ECAD, que como se referiu na ADI n ° 2.054-DF, exerce uma atividade essencial na cobrança de direitos autorais, o que poderia até configurar, segundo argumentação retirada da ADI um serviço público por delegação legislativa (BRASIL, 2005, p. 612).

Nesse sentido, compreensível que é esse caráter público ou geral da atividade em comento que legitima a aplicação direta dos direitos fundamentais, que no caso referem-se ao

devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º LIV e LV da CF). Sendo assim, o ministro conheceu o recurso, mas no mérito votou pelo seu desprovimento.

O terceiro ministro a proferir seu voto foi Joaquim Barbosa, que primeiramente analisa o voto da ministra relatora como uma adoção da doutrina do *state action*, esclarecendo que para o direito americano as limitações impostas pelo *Bill of rights* aos direitos fundamentais se aplicam prioritariamente ao Estado e não aos particulares.

No entanto, o ministro se posiciona ao lado de Gilmar Mendes reconhecendo a existência da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, no caso em comento, aduzindo ainda que sua análise deve ser feita, caso a caso, sem comprimir demasiadamente a autonomia privada do indivíduo (BRASIL, 2005, p. 622).

De certa forma o ministro, na época, exemplifica a quebra da dicotomia entre o público e privado, citando ainda a constitucionalização do direito privado como fato moderno, explicando que as relações privadas não mais eram regidas somente pelo Direito Civil, mas sofriam influência dos princípios de direito público, emanados principalmente das decisões proferidas pelos órgãos de jurisdição constitucional (BRASIL, 2005, p. 623).

Interessante ressaltar que o ministro Joaquim Barbosa em seu voto, ainda ressalta que a Constituição brasileira é rígida, dirigente e pródiga em normas incidentes sobre as relações privadas, ou seja, em algumas áreas a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares decorre de imposição explícita da própria Constituição federal, como ocorre por exemplo com os direitos sociais - que impõe às pessoas de relações privadas desiguais em sua essência, como as trabalhistas, a observância de direitos concebidos com objetivo de proteção ao trabalhador (BRASIL, 2005, p. 626).

Desta forma o ministro diverge da relatora e concorda com Gilmar Mendes sobre a aplicação dos direitos fundamentais no caso em comento, pela natureza da associação ser “quase pública”, alegando que os princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa têm plena aplicabilidade para fins de exclusão do sócio da sociedade. Desta forma o ministro conhece o recurso, mas nega seu provimento (BRASIL, 2005, p. 627).

No voto do ministro Joaquim, portanto, podemos salientar que ele não discute a teoria tão afundo como o ministro Gilmar Mendes, e muito menos entra na discussão da forma de aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas, se direta ou indireta, no entanto,

pode se afirmar que sua votação foi pela aplicabilidade direta desses direitos nesse caso, pela sua justificativa da natureza da associação (BRASIL, 2005, p. 627).

Novamente a ministra Ellen Gracie mantém o seu voto, reiterando que a UBC não é organismo de filiação obrigatória, e que no caso em comento, o membro excluído não sofre qualquer consequência econômica por não participar da organização, podendo receber seus direitos autorais diretamente pelo ECADE (BRASIL, 2005, p. 628).

De forma mais simples o ministro Carlos Veloso, questiona sobre a forma da exclusão do sócio, se foi ou não na forma do Estatuto, esclarecendo que quando se alega o descumprimento do devido processo legal este se exerce em conformidade com o Estatuto da organização que ele aderiu. Segundo ele, o próprio Código Civil traz prescrições de defesa, sendo esta questão infraconstitucional.

Nesse sentido, o ministro após elucidar a questão para ele controvertida, alega que a exclusão se deu com base no estatuto da UCB, acompanhando o voto da ministra Ellen Gracie, negando provimento ao recurso (BRASIL, 2005, p. 630).

Nesse sentido, o desempate ocorre com o ministro Celso de Mello, que também destaca a importante discussão do tema sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ainda que levantando um caráter político ideológico ao comentar sobre a teoria da eficácia direta e indireta, em que a direta caracterizaria uma decisão política em prol de um constitucionalismo de igualdade com objetivo de efetividade do sistema de direitos e garantias fundamentais no âmbito do Estado Social de Direito, ao passo que na teoria da eficácia indireta seria uma concepção defensora atrelada ao constitucionalismo de inspiração liberal-burguesa (BRASIL, 2005, p. 637-639).

O ministro ressalta a legitimidade para a aplicação direta dos direitos fundamentais pela UBC integrar o sistema do ECAD, analisando também a limitação da autonomia privada, que não pode ser exercida em desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.

Ele ainda preleciona que os artigos 57 e 1085 do Código Civil expressamente proclamam a necessidade de submissão das entidades civis às normas que compõem o estatuto constitucional das liberdades e garantias fundamentais, invocando, portanto, a eficácia imediata dos direitos fundamentais (BRASIL, 2005, p. 648).

O ministro conclui, portanto que assiste ao associado, no procedimento de sua expulsão, a prerrogativa indisponível de ver respeitada a garantia do contraditório e da plenitude de defesa, consoante artigo 5º, inciso LV da CF, mesmo se tratando, como no caso, de ato praticado na esfera privada, conhecendo e negando provimento ao Recurso Extraordinário e manter a decisão do TJRJ (BRASIL, 2005, p. 649).

Desta forma, após a análise dos votos separadamente, podemos concluir que a ministra Ellen Gracie (Relatora da distribuição) e o ministro Carlos veloso deram provimento ao recurso por não identificar no caso campo para a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Para eles a resolução do caso partiria das regras do Estatuto Social e Legislação Civil em vigor.

Gilmar Mendes (Relator do acórdão, voto condutor), Joaquim Barbosa e Celso de Mello: aplicaram ao caso a teoria da eficácia horizontal direta. Para o Ministro relator Gilmar Mendes a União Brasileira de Compositores (UBC) teria uma natureza “quase pública”, destacando o fenômeno da existência de poderes sociais a justificar a eficácia horizontal imediata dos direitos fundamentais e a necessidade de analisar caso a caso situações que envolvam a aplicação desses direitos nas relações privadas.

Resta claro, portanto que do *leading case* brasileiro, com a sua diversa fundamentação que foi de grande inspiração para esta pesquisa, conclui-se que a eficácia horizontal no Brasil é uma verdade. Há eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas brasileiras com a consequente mitigação do princípio da autonomia privada, na maioria dos casos.

No entanto, mesmo com a grande corrente nacional sobre a aplicabilidade direta destes direitos, em uma opinião pessoal ainda não é uma corrente concreta, há muito espaço para a discussão sobre sua forma de aplicabilidade, principalmente pelo fato das justificativas e argumentações serem tão diversas.

Cumprе ressaltar, portanto, como já mencionado que alguns doutrinadores justificam a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas brasileiras pelo conteúdo do artigo 5º parágrafo primeiro da Constituição Federal, por aduzir que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, contudo, no julgado analisado, mesmo os argumentos serem prelecionados para uma eficácia imediata, nota-se que não houve tal justificativa, o que deixa em dúvida se é realmente a teoria da eficácia imediata que o Supremo adotou como a teoria acolhida pelo ordenamento brasileiro.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa teve como objetivo abordar a teoria da eficácia horizontal no ordenamento jurídico nacional, buscando esclarecer as suas bases teóricas, e na realidade prática, encontrar a melhor forma de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas brasileiras.

Inicialmente, ficou demonstrado que a origem dos direitos fundamentais é muito importante para seu significado, pois tem relação direta com a sua eficácia, assim como o estudo acerca do modelo de Estado, já que a variação dos elementos de cada modelo ajuda na identificação de uma maior ou menor extensão no âmbito protecionista desses direitos.

Nesse sentido, na primeira parte do trabalho pôde-se observar que os direitos fundamentais somente eram reivindicados nas relações verticais, Estado – indivíduo, no entanto, ao estudarmos a mudança social, o desenvolvimento do capitalismo e do Estado Liberal, pôde-se perceber que havia também uma premente necessidade de aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Na segunda seção do trabalho analisou-se mais profundamente a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nascida na Alemanha dos anos 50 e 60, que se irradiou por todo o ordenamento internacional. A teoria da eficácia horizontal se desenvolveu e ganhou vários contornos, surgindo principalmente teorias sobre a sua aplicabilidade, se direta ou indireta.

No terceiro e último capítulo pôde-se estudar a eficácia dos direitos fundamentais no Direito brasileiro, e a teoria da aplicabilidade mais aceita no país, sobretudo com um enfoque jurisprudencial.

Na busca pelas respostas almejadas também foi necessário analisar o princípio norteador das relações particulares, para o entendimento e a conclusão da forma mais adequada para aplicação dos direitos fundamentais nas relações intersubjetivas e sobre a possibilidade da mitigação do princípio da autonomia privada.

Dessa maneira, concluímos que a aplicação dos direitos fundamentais nas relações particulares é um tema polêmico e não devidamente explorado no país, pois há uma base doutrinária divergente, bem como algumas decisões jurisprudenciais confusas mencionando superficialmente a sua aplicação.

Todavia, a legislação vigente ainda é insuficiente para embasar essa eficácia horizontal, por não ter nenhuma norma positivada sobre a possibilidade e forma correta para sua aplicação.

Nesse sentido, restou claro que a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais no Brasil ainda é timidamente desenvolvida, principalmente no que se resulta à legislação do Código Civil.

Existe uma pacífica construção de sua aplicação nas relações trabalhistas e consumeristas, onde a disparidade do equilíbrio entre as partes nessas relações é mais palpável, tanto quanto aduz a teoria da eficácia diagonal dos direitos fundamentais.

Apesar de não concordarmos com essa nova nomenclatura ela explica um pouco a prática atual brasileira, onde há um maior desenvolvimento na teoria da eficácia horizontal na seara do trabalho e consumo principalmente pela distribuição entre os poderes das partes.

No entanto, como já mencionado, desde o início tivemos como recorte temático as relações estritamente civis, que abrangem precisamente o Código Civil e outras legislações em que o princípio da autonomia privada norteia a relação, e onde a desigualdade fática é mais difícil de ser notada em um primeiro momento.

Nota-se, portanto, que a teoria da eficácia horizontal no Brasil ainda deve ser mais explorada e consubstanciada, posto que, também carece de mais conhecimentos e utilização, principalmente nas relações regidas pelo Código Civil.

Cumprе ressaltar que a riqueza da temática permite sua ampla utilização nas mais diversas situações nas relações privadas, principalmente para seu reequilíbrio, desde que respeitado os princípios do Direito Privado e o caso concreto a ser aplicado.

Conclui-se, portanto, que muito além da eficácia mediata ou imediata dos direitos fundamentais, temos no ordenamento brasileiro um Direito Privado baseado no princípio da dignidade da pessoa humana, que moldou o princípio da autonomia da vontade e seu significado de voluntarismo.

O Direito Civil brasileiro está permeado por uma autonomia privada, princípio mais compatível com o Estado Democrático de Direito e que versa sobre a autorregulação de interesses privados, que são parte de um todo socioeconômico merecedor da tutela do Estado e em defesa da dignidade da pessoa humana.

Portanto, resta claro que ao mesmo tempo que a autonomia privada pode ser mitigada por algum outro princípio fundamental a recíproca também pode ocorrer, sendo que o princípio da autonomia privada pode mitigar algum direito fundamental.

Por este, entre outros motivos defendidos no corpo dessa dissertação, adotamos como a forma mais adequada de aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares a eficácia mediata em sua modalidade fraca, em respeito aos preceitos do Direito Civil.

É indispensável, portanto, a filtragem dos direitos fundamentais pelo Direito Civil, pela prevenção do espaço democrático, respeito à separação de poderes, a previsibilidade do direito e principalmente, restrição à transferência total do nível decisório da autonomia privada para o âmbito judicial, para o respeito dos espaços de discricionariedade e de conformação do legislador ordinário sobre decisões dos particulares.

Frisa-se que a maioria das doutrinas sobre a temática dos direitos fundamentais adotam como mais adequada a teoria da eficácia horizontal imediata, com base no artigo 5º parágrafo 1º da Constituição Federal, e também do *leading case* brasileiro, como se houvesse uma adoção da eficácia imediata dos direitos fundamentais pelo Supremo Tribunal Federal para todas as relações privadas, o que não é verdade.

Como anteriormente analisado, os votos do julgamento do Recurso Extraordinário nº 201819/2005 só ressaltam que deve ser aplicada a eficácia horizontal dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, mas em nenhum momento ficou explícito que deva ser pela forma de aplicação imediata, pelo contrário, a argumentação que consubstanciou a aplicabilidade imediata no caso foi justamente a natureza da associação envolvida ser “quase pública” e envolver uma grande disparidade de poderes entre as partes.

Portanto, referida decisão nos levou a concluir que a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais no Brasil é mais apropriada nas relações privadas desproporcionais por natureza como em uma relação entre uma pessoa jurídica cujo poder se assemelha ao Estado, bem como nas relações consumeristas e trabalhistas.

Contudo, nas relações que dificilmente pode-se fazer um juízo de valor sobre a disparidade de poderes fáticos, *prima facie*, deve-se aplicar os direitos fundamentais de forma indireta, respeitando os preceitos do Direito Civil, de forma a não desprezar a autonomia do Direito Privado.

Nesse sentido, conclui-se que no Brasil a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais apesar de amplamente aceita, ainda encontra muitos obstáculos para ser plenamente efetiva.

Há uma disparidade doutrinária entre a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas nacionais, em que são mais facilmente aceitas nas relações eminentemente desiguais.

No entanto, nas relações regidas principalmente pelo Código Civil onde ainda há uma predileção pelo voluntarismo, encontra-se uma grande dificuldade de se colocar em prática a eficácia horizontal pelo temor à mitigação do princípio da autonomia privada.

Nesse sentido, por meio do modelo de eficácia horizontal de aplicabilidade indireta encontramos a melhor forma de quebrar essa corrente que evita essa irradiação dos preceitos fundamentais, já que fundamentalmente o princípio da autonomia privada não possui a mesma valoração do princípio da autonomia da vontade e, portanto, está plenamente alinhado com os princípios gerais do Direito Civil e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Portanto, concluímos que a forma mais adequada de se aplicar os direitos fundamentais nas relações entre particulares, primeiramente, é por meio da aplicabilidade mediata, e em último caso, para salvaguardar o direito de equilíbrio entre as partes, pode-se admitir a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais por meio da ponderação entre os princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. In: **Revista de Informação Legislativa**, v. 26, n. 102, p. 207-230, abr./jun. 1989. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181930>. Acesso em: 31.ago. 2017.

ANDRADE, Christiano Augusto Corrales de. **A autonomia da vontade nas relações de consumo**. Leme: Editora de Direito, 2002.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1983.

ALBUQUERQUE, Fabíola. **Propriedade e autonomia privada: uma análise da eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. Direito e Práxis, vol. 02, n. 01, 2011. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/1273>. Acesso em: 31.ago. 2017.

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

ALMEIDA, Guilherme Assis de; BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de filosofia do direito**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Tradução de Roberto Raposo, 10ª edição. 2007. Editora Forense Universitária. Rio de Janeiro. 1958.

_____. **A Origem do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo, 3ª edição. 2007. Editora Companhia das Letras. São Paulo. 1998.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de; TORRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (Coord.). **Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e Outros Temas – Homenagem à Tullio Ascarelli**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BARROS, Sérgio Resende de. Direitos Humanos: **Paradoxo da Civilização**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____, Sérgio Resende de. **Três Gerações de Direitos**. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/pt/tres-geracoes-de-direitos.cont>. Acesso em: 15 ago. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. 2ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Disponível em:

http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf. Acesso em: 15 ago. 2017.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 8ª edição, 2007.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm. Acesso em: 17 dez. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). **Mandado de Segurança**. 22.164, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30-10-1995. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85691>. Acesso em 15 ago. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). **Recurso Extraordinário nº 201.819-8 RJ**, segunda turma. Recorrente: União Brasileira de Compositores. Recorrido: Arthur Rodrigues Villarinho. Rel. Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF 11 de outubro de 2005. Diário de Justiça, Brasília-DF, 27 de outubro de 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>. Acesso em 15 ago. 2017.

CABRAL, Érico de Pina. **A “autonomia” no direito privado**. In: Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 19(5)83-129, jul/set 2004.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2ª reimpr. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Editora. Coimbra. Almedina, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Almedina: 2e, 2008.

_____, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Almedina. 7ª Edição, 2003.

CONTRERAS, Sergio Gamonal. **Cidadania na empresa e eficácia diagonal dos direitos fundamentais**. LTr Editora. 2011.

CORDEIRO, Eros Belin de Moura. A Constituição da República de 1988 e as transformações na teoria contratual. In: CONRADO, Marcelo; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Direito Privado e Constituição: ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio**. Curitiba: Juruá, 2009.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ESPÍNOLA, Eduardo. **Sistema do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro, RJ: Livraria Francisco Alves. 1917.

ESTADOS UNIDOS. **Suprema Corte dos Estados Unidos da América**. Shelley v. Kraemer, 334 U.S. 1 (1948). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/334/1/>. Acesso em: 14 de jun. de 2019.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FERREIRA, Carlos Wagner. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp069521.pdf>. Acesso em: 14 de jun. de 2019.

FERREIRA, Filho. Manoel Gonçalves. **Aspecto do direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2003.

FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. **Metodologia de Análise de Decisões – MAD**. Univ. JUS, Brasília, n21, p. 1-17, jul. /dez. 2010.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e Técnicas de pesquisa Social**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática. 3ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Traducción e introducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Editora Civitas S.A, 1995.

_____. **Elementos do Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antônio Frabris, 1998

KRETZ, Andrietta. **Autonomia da vontade e eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. Florianópolis: Momento atual, 2005.

LÔBO NETO, Paulo Luiz. **Constitucionalização do Direito Civil**. Revista de Informação Legislativa. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/453/r141-08.pdf?sequence=4>. Acesso em 15 fev. 2018.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 1998.

MAGALHÃES, Ana Alvarenga Moreira. **O erro no Negócio Jurídico, Autonomia da vontade, boa-fé objetiva e teoria da confiança**. São Paulo. Editora Atlas S.A. 2011.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 8ª edição. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2002.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2016.

MATIETTO, Leonardo. O papel da vontade nas instituições jurídicas patrimoniais: o negócio jurídico e o novo Código Civil. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira, et al. **Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea**. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2002.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

_____. **Direito internacional: tratados e direitos humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

MERQUIOR, Jose Guilherme, 1941-1991. **O liberalismo: antigo e moderno** / José Guilherme Merquior ; tradução Henrique de Araújo Mesquita. - Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de Direito Comparado**. Coimbra: Almedina, 2007.

NEGREIROS, Teresa. **Princípios do direito civil contemporâneo**. Maria Celina B. de Moraes(coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NEUNER, Jörg. A influência dos direitos fundamentais no direito privado alemão. In: **Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de Direito Comparado**. Coimbra: Almedina, 2007. P213-236.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2011.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O abuso do direito e as relações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINTO, Paulo Mota. A Influência dos direitos fundamentais sobre o Direito Privado Português. In: **Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de Direito Comparado**. Coimbra: Almedina, 2007, p.146-163.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. VII Revisão Constitucional [2005]. Disponível em : <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 15 ago.2017.

PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da autonomia privada**. Coimbra, Almedina, 1982.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Livre-docência. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do Direito Civil contemporâneo em face da Constituição e dos direitos fundamentais**. Livre-docência. Faculdade de Direito (Largo São Francisco) da Universidade de São Paulo, FDUSP, Brasil, 2017.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução portuguesa de Ana Coimbra e Manuel Januário Costa Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

RUBIO, D. S. 2015. **Derechos humanos, no colonialidad y otras luchas por la dignidad: Una mirada parcial y situada**. Disponível em: <http://www.fasb.edu.br/revis-ta/index.php/campojuridico/article/view/82> . Acesso em: 5 jun. 2017.

SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. A boa-fé objetiva na relação contratual. Barueri: Manole, 2004, p. 09-10.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. rev. e atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira**. Constituição, direitos fundamentais e direito privado. *Civilistica*. ano 1, v. 3.

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

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**, org. e coord. Leonardo Martins, Konrad Adenauer Stiftung (Programa Estado de Derecho para Sudamérica), Uruguai, 2005, p. 381.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22.ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A Eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004.

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

SUIÇA. Constituição Federal da Confederação Suíça. 18 de Abril de 1999. Disponível em: https://www.ccisp-newsletter.com/wp_docs/Bundesverfassung_PT.pdf. Acesso em 15 mai. 2018.

TEPEDINO, Gustavo. **Evolução da autonomia privada e o papel da vontade na atividade contratual**. Rio de Janeiro: Ministério Público do Rio de Janeiro, 1995-In: Revista do Ministério Público, n.53, p.141-154, 2014.

_____. "**Normas constitucionais e relações de Direito Civil na experiência brasileira**". Disponível em: http://www.iad-df.com.br/artigos/especificacao-do-artigo.php?acao=leia-mais&publicacao_artigo=5 . Acesso em: 15 ago. 2017.

TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais**. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46113>. Acesso em: 30 ago. 2017.

UBILLOS, Juan María Bilbao. La Eficácia frente a terceros de los derechos fundamentales em el ordenamento Español. In: **Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de Direito Comparado**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 165-212.

VALE, André Rufino do. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004.