

SEMINARIO INTERNACIONAL EN CULTURA DE LA LEGALIDAD: “LOS DESAFÍOS DEL ESTADO DE DERECHO EN EL SIGLO XXI”

El Seminario Internacional en Cultura de la Legalidad: “Los Desafíos del Estado de Derecho” ha sido organizado por el **Grupo de Investigación sobre el Derecho y la Justicia** (GIDYJ) de la Universidad Carlos III de Madrid, en el marco de las actividades del proyecto [New Trust-cm Programa Interuniversitario en Cultura de la Legalidad](#) (S2015/HUM-3466) financiado por la Consejería de Educación, Juventud y Deporte de la Comunidad de Madrid.

El programa completo del Seminario está disponible en www.derechoyjusticia.net

Las **comunicaciones** aquí recogidas fueron presentadas el día 13 de febrero de 2017 con motivo del I Seminario Internacional en Cultura de la Legalidad: “Los desafíos del Estado de Derecho en el siglo XXI”, celebrado en el campus de Getafe de la Universidad Carlos de Madrid bajo la dirección de María José Fariñas Dulce.

Las comunicaciones están disponibles en: <https://hdl.handle.net/10016/25562>



Esta obra se encuentra sujeta a la licencia Creative Commons
Reconocimiento – NoComercial – SinObraDerivada

A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, FACE A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E TENTATIVAS DE IMPOR CRITÉRIOS PARA ESSA APLICAÇÃO

THE HORIZONTAL EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS, FACE THE REGULATORY STRENGTH OF THE CONSTITUTION AND THE TRIALS OF IMPORTS CRITERIA FOR THAT APPLICATION

Pedro Borba Lopes

Mestrando pela Universidade Autónoma de Lisboa e pela Universidade Veiga de Almeida

RESUMO

No Brasil, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, a garantia de direitos fundamentais nas relações verticais, ou seja, nas relações entre particulares e Estado, se impõe sem maiores discussões. Ocorre que nos últimos anos, principalmente, ante a força normativa da Constituição, o qual defende que o texto constitucional também é norma jurídica, dotada de aplicação e eficácia imediata, e não meras instruções principiológicas, os direitos fundamentais passaram também a serem aplicados nas relações entre particulares, dando início a denominada aplicação horizontal de tais direitos. Todavia, ao se aplicar os direitos fundamentais nas relações entre particulares, acaba-se criando um conflito com outra garantia, qual seja, a autonomia privada. A solução para referido conflito, pela maioria dos aplicadores do direito, é o sopesamento destes princípios, analisando-os em vista do caso concreto, para se decidir qual deverá prevalecer. Mas esta forma de solução, sem qualquer critério objetivo, acarreta insegurança jurídica, e um grande subjetivismo do julgador, quando se vê frente a tais colisões. Na tentativa de diminuir esse subjetivismo, de dar segurança, alguns autores tentam criar critérios para a aplicação dos direitos fundamentais as relações privadas, principalmente quando estes colidem com a autonomia privada.

Palavras-chave: Força normativa da Constituição, eficácia horizontal dos direitos fundamentais, critérios objetivos.

ABSTRACT

In Brazil, since the promulgation of the Federal Constitution of 1988, the guarantee of fundamental rights in vertical relations, that is, in relations between individuals and the State, is imposed without further discussion. In the last few years, especially in view of the normative force of the Constitution, which maintains that the constitutional text is also a legal norm, with immediate application and effectiveness, and not just principles, fundamental rights have also been applied in relations between individuals, giving rise to the so-called horizontal application of such rights. However, when fundamental rights are applied in relations between individuals, a conflict with another guarantee, that is, private autonomy is created. The solution to this conflict, by most of the applicators of the law, is the weighing of these principles, analyzing them in view of the concrete case, to decide which should prevail. But this form of solution, without any objective criterion, entails legal insecurity and a great subjectivism of the judge when faced with such collisions. In an attempt to reduce this subjectivism, to give security, some authors try to create criteria for the application of fundamental rights private relations, especially when these collide with private autonomy.

Keywords: Normative force of the Constitution, horizontal effectiveness of fundamental rights, objective criteria.

| | |
|---|----|
| 1. INTRODUÇÃO..... | 4 |
| 2. O PRESSUPOSTO DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO | 4 |
| 3. A GÊNESE DA APLICAÇÃO IMEDIATA E HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. | 8 |
| 3.1. Doutrina DO STATE ACTION..... | 13 |
| 3.2. Teoria DA EFICÁCIA INDIRETA E MEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES. | 13 |
| 3.3. Teoria DA EFICÁCIA DIRETA E IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. 13 | |
| 4.TENTATIVAS DE IMPOR CRITÉRIOS À APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS AS RELAÇÕES PRIVADAS E SUAS CRÍTICAS..... | 15 |
| 5. CONCLUSÃO | 18 |
| 6. BIBLIOGRAFIA | 19 |

1. INTRODUÇÃO

Desde a promulgação da Constituição Brasileira Federal de 1988, a garantia de direitos fundamentais nas relações verticais, entre particular e Estado se impõe de modo absoluto.

Ocorre que nos últimos anos, principalmente, ante a força normativa da Constituição, que entende que o texto da Carta Magna também é norma jurídica, dotada de aplicação e eficácia imediata, e não meras instruções, os direitos fundamentais passaram também a serem introduzidos nas relações entre particulares, à denominada aplicação horizontal dos direitos fundamentais.

Todavia, a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas gera a colisão com a autonomia privada.

Ainda é bastante corrente que o sopesamento destes institutos, analisando o caso concreto, trará a solução ao conflito. Mas isso acarreta insegurança jurídica, e um grande subjetivismo do julgador, quando se vê frente a tais colisões.

Na tentativa de diminuir esse subjetivismo, de dar segurança jurídica, alguns autores tentam criar critérios para a aplicação dos direitos fundamentais às relações entre os particulares, principalmente quando estes colidem com a autonomia privada.

2. O PRESSUPOSTO DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

Já tem alguns anos predomina a ideia de que a Constituição, além de estruturar o poder, contém uma força normativa que estimula e coordena as relações entre os cidadãos e o Estado. Desta forma, a Constituição, ainda que limitadamente, tem uma força motivadora e ordenadora da vida do Estado, não se resumindo a um simples pedaço de papel escrito.

No intuito de demonstrar tal afirmação, utiliza-se de dois conceitos básicos de Constituição que coexistem, quais sejam, a chamada real, que seriam os fatores reais do poder e denominada jurídica, que é o texto escrito, formal, sendo certo que há um condicionamento mútuo entre a Constituição real e a Constituição jurídica, de modo que a Constituição jurídica desenvolve um significado próprio, porque a sua pretensão de eficácia lhe atribui uma força normativa, refletindo a realidade histórica, mas também se transformando, ela própria, em uma força ativa, capaz de modificar essa realidade.

Há muito já se afirma que a Constituição trata de questões políticas e nada mais é do que as expressões de poder que dominam um país seja o poder militar, o poder econômico e o

poder intelectual e, estes poderes formam a constituição real, ao passo que a constituição jurídica, a formal é um simples texto que deve estar compatível com a constituição real, para não haver conflito entre elas, pois, caso contrário, o texto formal terá de sucumbir diante dos fatores reais de poder dominantes no país¹.

Na realidade, o texto formal, por si só, não tem aptidão de regular ou controlar os poderes de um país, já que as forças políticas atuam de forma independente das regras jurídicas positivadas. Constata-se pela história e pelo cotidiano essa afirmação, que o poder da força afigura-se sempre superior à força das normas jurídicas, que a normatividade submete-se à realidade fática².

Logo, as relações fáticas de uma sociedade são determinantes para a eficácia ou não das normas constitucionais. Necessário existir uma correlação entre o texto constitucional e a realidade, e os meios de poder de uma sociedade, pois somente assim o texto terá eficácia, motivo pelo qual deve existir uma coincidência da realidade com a norma.

Todavia, Hesse se pergunta se “existiria, ao lado do poder determinante das relações fáticas, expressas pelas forças políticas e sociais, também uma força determinante do Direito Constitucional? Qual o fundamento e o alcance dessa força do Direito Constitucional?”³

Para buscar a compreensão efetiva, não se pode perder de vista que há um condicionamento recíproco entre o texto e a realidade, motivo pelo qual o texto deve respeitar esses limites, na medida em que o direito ordena a realidade e a realidade o condiciona, motivo pelo qual ambos – ordenação e realidade devem ser consideradas como uma relação de condicionamento recíproco, mútuo. Assim, não se deve separar, de forma alguma, a realidade da norma, como se ambas fossem distintas e excludentes, mas ao contrário, olhá-las e analisá-las de forma conjunta.

Com efeito, “a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade.”⁴ Deste modo, as normas constitucionais somente terão eficácias se provindas da realidade, das situações fáticas que a condicionam.

¹ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 09.

² *Ibidem*, p. 10.

³ *Ibidem*, p. 10.

⁴ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 14.

Por outro lado a Constituição não configura apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social.

Assim, há uma clara oposição às teses desenvolvidas por Lassalle. Empenha-se em demonstrar que não há de se verificar uma derrota da Constituição quando colocamos a mesma em oposição aos fatores reais de poder demonstrados por Lassalle se puder admitir que a Constituição contenha, ainda que limitadamente, uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado, comprovando que existem intenções que podem ser realizadas e que permitem assegurar a força normativa da Constituição, mesmo se a submetermos a confrontos com os fatores reais de poder.

Desta maneira, a Constituição é, de fato, determinada pela realidade social. Todavia, da mesma forma que é impulsionada, também possui condições de determinar a realidade que regula, inovando-a, daí sua força normativa, motivo pelo qual a Constituição real e a Constituição jurídica devem caminhar juntas, pois se condicionam mutuamente.

Como já afirmava Hesse, “toda Constituição, ainda que considerada como simples construção teórica, deve encontrar um germe material de sua força vital no tempo, nas circunstâncias, no caráter nacional, necessitando apenas de desenvolvimento.”⁵ Logo, para que a Constituição não seja estéril e sem eficácia, ela não deve ser um texto meramente teórico e abstrato, mas pelo contrário, deve levar em consideração os poderes culturais, sociais, políticos e econômicos que se manifestam na realidade, para que a Constituição jurídica possa se concretizar efetivamente.

Ao regular a realidade posta a Constituição ganha uma força ativa, de poder, a partir do que já se tem transformá-la. Importante observar que a transformação não se dá do zero, do nada, mas do que já existe. É necessário ser condicionado para condicionar, se adaptar a realidade existente para buscar a sua transformação. Portanto, “quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa.”⁶

⁵ Ibidem, p. 17.

⁶ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 20.

Por outro lado, a Constituição deve possuir mecanismos para adaptarem-se as novas realidades, haja vista que esta se encontra em constante mutação, pois somente assim conseguirá preservar sua força normativa, mas sem perder seu conteúdo e sua primazia, sob pena de perder sua força normativa. Com efeito, as estruturas mudam os poderes, sejam políticos ou sociais, mudam também e, cada vez com maior rapidez.

Por outro lado, é perigosa para a força normativa da Constituição, a tendência para a frequente revisão constitucional, pois esta abala a confiança na sua rigidez, debilitando sua força. A estabilidade constitui condição fundamental da eficácia da Constituição.

A força normativa de uma constituição depende, além do seu conteúdo, mas de sua aplicação no mundo da vida, Assim, “quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático.”⁷

A Constituição deve se adaptar a realidade, mas uma reforma constitucional frequente acaba por figurá-la e, conseqüentemente, debitar sua força normativa, na medida em que lhe retira a estabilidade, motivo pelo qual muito mais razoável o uso da interpretação constitucional para as adaptações que se fizerem necessárias.

A interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. Mas ao mesmo tempo em que a mudança das relações fáticas deve provocar mudanças na interpretação da Constituição, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer proposição normativa. Se o sentido de uma proposição normativa não é mais realizável, a revisão constitucional faz-se inevitável.

Apesar de reconhecer o significado dos fatores históricos, políticos e sociais para a força normativa da Constituição, necessário enfatizar o aspecto da vontade de Constituição. A Constituição transforma-se em força ativa se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se fizerem presentes, na consciência geral (especialmente na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional), não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição.

Assim, pode-se afirmar: a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da

⁷ Ibidem, p. 22.

Constituição somente pode ser realizada sem se levar em conta essa realidade. A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social⁸.

Graças à pretensão de eficácia, ela busca imprimir ordem e conformação à realidade política e social, não sendo apenas determinada pela realidade social, mas também determinante em relação a ela. Desse modo, a força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem até ser diferenciadas, mas não definitivamente separadas ou confundidas. Elas condicionam-se mutuamente.

A Constituição, a fim de desenvolver sua força normativa de forma efetiva, deve buscar possuir os seguintes requisitos: o conteúdo dela deve lograr corresponder ao máximo à natureza singular do presente porque tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa. Deve, também, mostrar-se em condições de adaptar-se a uma eventual mudança dessas condicionantes (sociais, políticas, econômicas), pois não está assegurada de plano, configurando missão que somente em determinadas condições, poderá ser realizada de forma excelente.

Compete ao direito constitucional realçar, despertar e preservar a vontade de Constituição, que, indubitavelmente, constitui a maior garantia de sua força normativa e, conseqüentemente, sua eficácia no mundo da vida, pois somente quando adapta-se a realidade, compreendendo-a plenamente, terá meios para transformá-la.

A teoria da força normativa da Constituição faz com que ela possa ser aplicada diretamente em toda e qualquer relação jurídica, seja de forma vertical, nas relações entre Estado e sociedade, seja nas relações horizontais, que ocorrem entre os particulares.

3. A GÊNESE DA APLICAÇÃO IMEDIATA E HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

O pensador italiano Norberto Bobbio já dizia que “a Declaração Universal representa a consciência histórica que a humanidade tem dos próprios valores fundamentais na segunda metade do século XX. É uma síntese do passado e uma inspiração para o futuro: mas suas tábuas não foram gravadas de uma vez para sempre”⁹.

⁸ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 24.

⁹ BOBBIO. **A era dos direitos**. 8.ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 10.

Sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos.

Bobbio também comenta acerca da transformação e ampliação dos direitos, uma vez que, diz ele, basta examinar os escritos dos primeiros iusnaturalistas para ver quanto se ampliou a lista dos direitos do homem, que passou, sinteticamente, por três fases distintas, as chamadas gerações ou dimensões, ante seu caráter cumulativo: num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade *em relação ao* Estado; num segundo momento, foram propugnados os direitos políticos, os quais – concebendo a liberdade não apenas negativamente, como não impedimento, mas positivamente, como autonomia – tiveram como consequência a participação cada vez ampla, generalizada e frequente dos membros de uma comunidade no poder político (ou liberdade no Estado); finalmente, foram proclamados os direitos sociais, que expressam o amadurecimento de novas exigências – podemos mesmo dizer, de novos valores –, como os de bem-estar e da liberdade *através* ou *por meio* do Estado¹⁰.

Contudo, já se fala hoje nos direitos de quarta geração, que consiste no direito à autodeterminação, direito ao patrimônio comum da humanidade, direito a um ambiente saudável e sustentável, direito à paz e ao desenvolvimento sustentável.

Ocorre que, para uma maior garantia dos direitos humanos é comum a sua constitucionalização, que significa a sua positivação, a sua incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados “naturais” e “inalienáveis” do indivíduo.

Essa positivação dos direitos humanos, tornando-os direitos fundamentais, torna-os direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) do direito constitucional.

Há aqui que diferenciar os direitos do homem enquanto normas de ação moralmente justificados e direitos do homem enquanto normas constitucionais dotadas de valor de direito positivo.

A inserção dos direitos fundamentais na Constituição faz com que eles sejam analisados em várias dimensões, sejam elas formais ou materiais. Formalmente, essa fundamentalidade constitucional tem as seguintes consequências:

¹⁰ Ibidem, pp 11-25.

- a) enquanto normas fundamentais são normas colocadas num grau superior da ordem jurídica;
- b) como normas constitucionais estão submetidas aos processos agravados de revisão constitucional;
- c) como normas incorporadoras de direitos fundamentais passam, muitas vezes, a constituir limites materiais da própria revisão;
- d) como normas dotadas de vincularidade imediata dos poderes públicos constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões, ações e controle dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais.

Já a fundamentalidade material, no dizer do ilustre professor Joaquim Gomes Canotilho¹¹, insinua que o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade. Ela fornece suporte para:

- a) A abertura da constitucionalização a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados, isto é, direitos materiais, mas não formalmente fundamentais;
- b) A aplicação a esses direitos só materialmente constitucionais de alguns aspectos do regime jurídico inerente a fundamentalidade formal;
- c) A abertura a novos direitos fundamentais, daí falar-se, em princípio, *em cláusula aberta* ou *da não tipicidade* dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais cumprem um conjunto de funções que se podem sintetizar nas seguintes¹²:

- a) Função de defesa ou de liberdade – eles visam, num plano jurídico-objetivo estabelecer normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo-os de interferirem na esfera jurídica individual dos cidadãos assim como implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa);

¹¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1993.

¹² *Ibidem*.

- b) Função de prestação social – significa, em sentido restrito, o direito do particular a obter alguma coisa do Estado (saúde, educação, segurança social);
- c) função de proteção perante terceiros – esta função impõe ao Estado um dever de proteção dos cidadãos perante terceiros, como sejam, a proteção do seu direito à vida perante eventuais agressões, o direito de inviolabilidade de domicílio, o direito de associação, etc.;
- d) Função de não discriminação – esta função advém do princípio da igualdade consagrada na constituição. Ela visa assegurar que o Estado trate os seus cidadãos como cidadãos iguais, aplicando-se estas funções aos direitos, liberdades e garantias pessoais (ex. não discriminação em virtude da religião), aos direitos de participação política (ex. o direito de acesso aos cargos públicos), aos direitos dos trabalhadores (ex. direito ao emprego e à formação profissional) bem como aos direitos a prestações.

O Direito, para galgar seu escopo fundamental – a paz social –, necessita, vigorosamente, dos seguintes requisitos:

- a) possuir imediata aplicabilidade, sem que se cogitem quaisquer indagações duvidosas sobre sua existência ou eficácia;
- b) ser moldado num robusto sistema pétreo, que não se altera com simples ordem, manifestação popular ou lei;
- c) ser hierarquicamente respeitado por qualquer outra lei e até mesmo pela lei que o instituiu.

Infere-se, portanto, que todo aquele direito que não se prestar a tais mandamentos citados tampouco perderão sua consistência jurídica, mas serão tidos como direitos comuns a todas e demais situações, regulações ou garantias; direitos que têm força obrigatória, mas sem caráter fundamental.

Abordar a verticalidade que possui um direito incita expor sobre a relação Estado-cidadão. Como o Estado ergueu-se forte e soberano, detendo para si todo o controle geral da sociedade, imagina-se que este esteja numa posição acima daquela. E aquela, quando o busca, o faz num sentido vertical.

Quando buscamos solução para um dado problema, devemos fazê-lo por meio de um ente despersonalizado, usando dos meios que ele próprio dita, sob pena de incorrerem em violência ou grave ameaça a terceiro, conduta esta vedada pelo art. 345 do Código Penal. Vejamos: “Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo

quando a lei o permite: Pena – detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência”. Consiste, na verdade, em buscar do Estado uma lei por ele posta para nossa satisfação.

Mas, a Carta Magna Brasileira, também traz no seu próprio art. 5.º, LV, in verbis: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Com isso, nascendo o direito de um indivíduo, limitado estará ele em face do direito de outrem, pois para este nasce o direito de resposta, nas mesmas condições.

Assim, a eficácia horizontal dos direitos horizontais nada mais é do que o respeito a estes também nas relações entre particulares e não apenas na relação Estado versus sociedade.

Os direitos fundamentais são direitos subjetivos e, como tal, impõem obrigações ao Estado (dimensão vertical) e aos particulares (dimensão horizontal).

Logo, apesar de discutido, é majoritária, no Brasil, a tese que as normas constitucionais, além de terem aplicação vertical, ou seja, nas relações Estado-indivíduo, também possuem aplicação horizontal, ou seja, nas relações entre indivíduos.

Além disso, já se reconhece, ao menos perante os tribunais, que os direitos fundamentais, além de terem aplicação horizontal, possuem eficácia plena e aplicabilidade imediata.

O principal problema relacionado à eficácia horizontal dos direitos fundamentais é saber com que intensidade os direitos fundamentais são aplicados nas relações privadas, já que vigora, como regra, em tais relações a autonomia da vontade.

Logo, a questão primordial é, como solucionar a colisão gerada entre a autonomia privada e a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, para os que defendem a sua aplicação horizontal.

Como compatibilizá-los, para que possam ser aplicados da melhor forma possível, é a questão que se levanta.

Há diversas respostas de como compatibilizá-los.

3.1. Doutrina DO STATE ACTION.

Para os que defendem esta teoria, criado no direito norte-americano, não há vinculação dos particulares nos direitos fundamentais estatuídos na Constituição.

Assim, para essa concepção, não haveria eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, mas tão somente nas relações verticais, já que para estes, o Estado seria o único sujeito passivo desses direitos.

É importante salientar que para os seguidores desta corrente os direitos fundamentais previstos na Constituição (norte-americana) só teriam eficácia em relação aos Poderes Públicos, já que a própria Constituição admite uma única exceção, que é a escravidão.

Todavia, apesar desta teoria ser amplamente aceita nos Estados Unidos, já há diversos precedentes, relativizando-a e aplicando, também em território norte-americano, os direitos fundamentais.

3.2. Teoria DA EFICÁCIA INDIRETA E MEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES.

Tal teoria é adotada em diversos países, como por exemplo, na Alemanha e Áustria.

Segundo seus adeptos, os direitos fundamentais, previstos na Constituição, devem ser relativizados em favor da autonomia privada. Desta forma, segundo esta teoria haveria a supremacia da autonomia da vontade entre as partes que não poderia ser afastada para se fazer incidir os direitos fundamentais.

Assim, a aplicabilidade das normas constitucionais se daria tão somente de forma mediata ou indireta, como norte para o legislador infraconstitucional.

3.3. Teoria DA EFICÁCIA DIRETA E IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Tal teoria tem como fundamento a aplicação imediata dos direitos fundamentais (eficácia horizontal) nas relações privadas. Neste aspecto, os direitos fundamentais não só vinculariam o Estado, mas também os particulares. Há uma controvérsia acerca do caráter direto ou indireto da incidência dos direitos fundamentais.

Todavia, tem predominado no Brasil o entendimento que aqui a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é direta e imediata, não dependendo da atuação do legislador ordinário, tampouco se restringindo a atividade hermenêutica.

Como bem anota Sarmiento¹³, a Carta brasileira de 1988 é intervencionista e social, ante seu grande elenco de direitos sociais, busca a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, sendo este seu primeiro objetivo fundamental e visa a promoção de uma igualdade substantiva, sendo certo que o Estado não é o único adversário da concretização dos direitos fundamentais.

No Brasil há inúmeros direitos voltados contra os particulares, como os direitos trabalhistas, os direitos sociais e os direitos econômicos e nada há no texto constitucional que vincule os direitos fundamentais apenas a esfera pública, ao Estado. Deste modo, é incompatível qualquer outro raciocínio, que condicione à aplicação dos direitos fundamentais a seara legislativa ou hermenêutica.

É certo que há diversas críticas a aplicação direta dos direitos fundamentais, dentre os quais pode ser citado:

- compromete a autonomia privada.
- antidemocrática, dando poderes excessivos aos juízes.
- gera insegurança jurídica
- põe em risco a autonomia e a identidade do Direito Privado.

Na realidade, nenhum direito é absoluto. Logo, os direitos fundamentais, na aplicação horizontal devem ser ponderados, respeitando, na medida do possível a autonomia privada, sendo certa que somente existirá, de fato, a autonomia privada se as pessoas tenham condições mínimas de liberdade e igualdade.

Por outro lado, a Constituição também é norma jurídica e, tendo força normativa, deve ser aplicado, motivo pelo qual o juiz ao aplicar diretamente a Constituição ao caso concreto não violaria a divisão de poderes e nem substituindo o legislador.

Qualquer colisão de normas ou princípios deve ser superada com a utilização dos meios que o direito estabelece para esse fim, sendo que dentre eles aparece com bastante importância a

¹³ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2004, pp- 05-17.

ponderação dos interesses envolvidos no conflito. E, para que a insegurança jurídica não ocorra, ou seja, mitigada, necessário buscar mecanismos que condicionem e orientem a resolução desses conflitos.

A grande dificuldade em relação à teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais é até que ponto deve e pode ser aplicada numa relação privada. A fim de tornar possível o seu emprego, podem ser adotados alguns princípios tais como o da concordância prática ou harmonização e o da razoabilidade/proporcionalidade.

4. TENTATIVAS DE IMPOR CRITÉRIOS À APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS AS RELAÇÕES PRIVADAS E SUAS CRÍTICAS.

A Constituição brasileira, para grande parte dos doutrinadores, impõe toda a extensão dos direitos fundamentais também para as relações entre os particulares, haja vista que a Constituição não é destinada apenas aos governantes, mas a todos, sendo assim a Lei Fundamental do Estado e da sociedade.

Todavia, é necessário buscar parâmetros para a incidência dos direitos fundamentais às relações privadas, na medida em que o Estado e o cidadão não podem ser sujeitados da mesma forma.

Existem inúmeras formas e fórmulas para reduzir a incerteza da aplicação judicial dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Com efeito, a própria segurança jurídica não é o princípio mais elevado. Ele mesmo pode e, em diversas ocasiões colidirá com outros principais tão importantes e relevantes quanto.

Logo, o problema não é se os direitos fundamentais produzem efeitos nas relações entre os particulares, mas sim como esses efeitos são produzidos, além da necessidade de tentar compatibilizar a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares com a autonomia privada.

Com efeito, na aplicação horizontal dos direitos fundamentais haverá uma tensão entre esses direitos e a autonomia privada que tenderá a ser sufocada. Sarlet¹⁴ reconheceu a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e ressaltou que para a resolução de cada situação que envolva a incidência de direitos fundamentais na esfera privada, necessário uma ponderação, no caso concreto, com o princípio da autonomia privada do particular.

¹⁴ SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª ed., rev., atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

Com efeito, o autor ressalta a importância da ponderação, mas deixa a solução ao caso concreto, não buscando parâmetros de aplicação, de modo a minimizar a insegurança que possa gerar. Na verdade, muitos autores se contentam com a fácil solução de que tudo se resolveria no caso concreto, através do sopesamento, sem fornecer critérios para esse sopesamento.

É bastante interessante quando alguns autores buscam critérios para esse sopesamento, ainda que criticáveis, pois tem em mente um controle maior desse procedimento, evitando o excesso de subjetividade, dando racionalidade a atividade jurisdicional.

No mesmo sentido, Wilson Steinmetz¹⁵ além de se posicionar favoravelmente a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, afirma que tal aplicação deve ser modulada ou graduada, por estruturas de ponderação.

Ele utiliza-se da proporcionalidade, na medida em que tanto os direitos fundamentais, como a autonomia privada são princípios, ou seja, mandamentos de otimização. Para ele, é necessário examinar se a restrição contratual ao direito fundamental é adequada, necessária e proporcional, devendo ser realizado um sopesamento de tais critérios.

Em uma relação onde os particulares, estando eles em igualdade ou desigualdade fática, há de se prevalecer o direito fundamental de conteúdo pessoal, em face da autonomia privada.

Todavia, se estiverem em situação de igualdade fática, deve prevalecer a autonomia privada quando em conflito com algum direito fundamental de conteúdo patrimonial.

E, se estiverem em desigualdade fática, haverá uma precedência do direito fundamental de conteúdo patrimonial em face da autonomia privada em conflito.

Trata-se de uma boa tentativa de impor regras claras e objetivas para a solução de conflito entre direitos fundamentais e a autonomia privada.

Ocorre que se dá muita importância a igualdade ou desigualdade fática, não analisando se há sinceridade ou insinceridade no exercício da autonomia privada pelo indivíduo.

Substitui-se a vontade das partes, em evidente caráter paternalista, não se perguntando se as partes queriam realmente aquele resultado.

¹⁵ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2004, pp 15-18.

Também é problemático a análise da necessidade nas relações entre particulares, pois ao tentar se exigir do particular o que é necessário, acaba-se por retirar toda sua autonomia, sua escolha, suprimindo-a, direcionando, assim sua atuação.

Daniel Sarmento¹⁶ também busca criar critérios para a colisão entre direitos fundamentais e a autonomia privada.

Segundo o autor há duas maneiras de se tentar balizar esse conflito, quais sejam, através da dicotomia simetria e assimetria entre as partes envolvidas, bem como a dicotomia entre as questões existenciais e as questões patrimoniais.

A assimetria nada mais é do que a desigualdade fática entre os envolvidos, sendo que quanto maior for a desigualdade, maior a proteção ao direito fundamental e menor a proteção a autonomia privada.

Caso contrário, se as partes possuírem igualdade fática entre elas, maior será a proteção a autonomia privada e menor a proteção ao direito fundamental trazido à baila.

Neste caso, o conceito de igualdade e desigualdade é estanque e ignora toda a dinâmica que pode existir nas relações, como jogo de forças, de interesses, novamente numa visão paternalista que tenta impor e dizer o que é o melhor para as partes envolvidas, substituindo sua vontade.

Com efeito, como bem lembra Virgílio Afonso da Silva¹⁷, a desigualdade material nem sempre é fator preponderante e muitas vezes não interfere na autenticidade das vontades.

O outro critério trazido por Sarmento¹⁸, considera o tipo da questão envolvida no conflito, se de cunho existencial ou patrimonial.

O autor afirma que quando a questão for existencial, a autonomia privada deve prevalece, o que não ocorre quando a questão for patrimonial.

Além disso, necessário analisar, para o autor, a essencialidade do bem envolvido, para somente então fazer o sopesamento do direito fundamental e da autonomia da vontade.

¹⁶ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2004, pp. 20;23

¹⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais e relações entre particulares. **Revista Direito GV 1.1**, 2005, pp. 173-180.

¹⁸ *Ibidem*, p 25.

Novamente, tudo isso leva a uma visão fechada, do que seria o correto e o errado, não levando em consideração se as partes tinham como querer tal resultado, substituindo-as.

Por outro lado, Jane Reis Gonçalves Pereira¹⁹ afirma que a aplicação horizontal dos direitos fundamentais deve ser modulada através da ponderação, para não desprestigiar nenhum dos direitos.

Ela sugere, em síntese, quatro pautas argumentativas para facilitar essa ponderação:

1-Caso a ação violadora do direito possa ser imputada ao Estado, os direitos fundamentais devem ser aplicados.

2-Quanto mais poderoso for um dos particulares envolvidos, maior a proteção aos direitos fundamentais.

3-Se houver proximidade da relação particular com a esfera pública, os direitos fundamentais devem prevalecer, se não houver proximidade, prevalece a autonomia da vontade.

4-Necessário tentar preservar a identidade das pessoas, não homogeneizando-as.

Trata-se, na verdade, de diretrizes, que auxiliam, mas não fecham em si determinações, sendo um norte, um impulso para se pensar a respeito, na busca de soluções.

5. CONCLUSÃO

Como a aplicação imediata dos direitos fundamentais as relações privadas é fato aceito e vem acontecendo no dia a dia dos tribunais, necessário pensar maneiras acadêmicas de explicá-lo e controlá-lo..

Na colisão dos direitos fundamentais com a autonomia privada, situação esta corrente, ante a aplicação horizontal dos direitos fundamentais, necessários à criação de mecanismos, de critérios, que orientem o sopesamento de tais princípios.

Com efeito, apenas com a tentativa de impor critérios a este sopesamento, que alcançaremos algum grau de segurança jurídica nessas situações e não ficaremos a mercê do subjetivismo de alguns juízes, que se apropriando de conceitos abertos e indeterminados, como os da

¹⁹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares.** in BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas 2*, 2003, pp 119-191.

dignidade do ser humano decidem o que bem entendem, sem quaisquer critérios mais razoável ou rigoroso.

Muito importante assim à tentativa dos autores de buscar critérios, muitos bastante criticáveis, mas, ainda assim, louváveis pela iniciativa.

E é justamente no debate, nas críticas e na sua superação que o direito evolui e progride continuamente.

6. BIBLIOGRAFIA

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa** 142, 1999.

BOBBIO. **A era dos direitos**. 8.ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1993.

DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DUQUE, Bruna Lyra, and Adriano Sant'Ana Pedra. Os deveres fundamentais e a solidariedade nas relações privadas. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia** 14, 2013.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

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

SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª ed., rev., atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais e relações entre particulares. **Revista Direito GV** 1.1, 2005.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares**. in BARROSO, Luís Roberto (org.). A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas 2, 2003.