

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

**EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS
RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E
EMPRESARIAIS II**

FRANCISCO CARDOZO OLIVEIRA

MARA DARCANHY

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

E27

Eficácia de direitos fundamentais nas relações do trabalho, sociais e empresariais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Francisco Cardozo Oliveira, Mara Darcanchy – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-366-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direitos Fundamentais. 3. Relações do Trabalho. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA
EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DO
TRABALHO, SOCIAIS E EMPRESARIAIS II

Apresentação

O presente livro registra pesquisas, relatos empíricos e reflexões críticas de estudiosos e profissionais do Direito que, alicerçados na sistemática discussão sobre a eficácia dos direitos fundamentais, abordam temas das áreas trabalhista, social e empresarial, em evidente compromisso com a construção de uma sociedade mais justa e solidária.

Na perspectiva de concretizar o objetivo de valorização da pesquisa interinstitucional como uma contínua necessidade de reformulação axiológica, por meio do diálogo permanente entre diversificadas visões, culturas e referências, a obra divulga artigos apresentados no GT "Eficácia de direitos fundamentais nas relações do trabalho, sociais e empresariais", durante o XXV Congresso do CONPEDI realizado na cidade de Curitiba, em dezembro de 2016.

ABIMAEL ORTIZ BARROS e VIVIANE COELHO DE SÉLLOS KNOERR apresentam estudo que coloca em evidência a necessidade de que entidades do Sistema S de serviços sociais autônomos, como entes de cooperação estatal, entreguem mais cursos gratuitos para a sociedade, ampliando assim a inclusão social.

EDUARDO TORRES ROBERTI e ARIEL SALETE DE MORAES JUNIOR discorrem sobre a promoção do trabalho e as suas significações na pós-modernidade, demonstrando que é imprescindível a redução da desigualdade e a superação do desemprego, para a produção de relevantes realizações sociais.

FABIANO CARVALHO e CAMILA MARTINELLI SABONGI em análise construída a partir da realidade e de dados catalogados, desenvolvem questionamento sobre as dificuldades do cumprimento de cotas para a contratação da pessoa com deficiência como desafio para a efetivação do respectivo direito fundamental ao trabalho, medida de inserção social e de consolidação da dignidade humana e da plena cidadania.

FERNANDA MENEZES LEITE e JAIR APARECIDO CARDOSO também na temática protetiva à pessoa com deficiência delinea o arcabouço jurídico do direito internacional do trabalho analisando os âmbitos de aplicação e interpretação das normas da OIT no Brasil.

FRANCISCO CARDOZO OLIVEIRA e WILSON KREDENS DA PAZ abordam a importância dos efeitos jurídicos e econômicos da concepção jurisprudencial de essencialidade dos bens para a atividade empresarial na recuperação judicial, compondo uma base sólida para a solução de questões emergentes.

FRANCISCO ERCÍLIO MOURA e ANTONIO TORQUILHO PRAXEDES oferecem uma valiosa contribuição para a área trabalhista, com substancial pesquisa sobre a possibilidade de fragilização da relação de emprego no Brasil por meio da terceirização e da desregulação laboral.

ILDETE REGINA VALE DA SILVA e VIVIANE CANDEIA PAZ investigam a relação de emprego dispendo sobre a sua proteção constitucional contra a despedida sem justa causa ou arbitrária.

LUCIANA DE TOLEDO TEMER LULIA e ERIKA KAZUMI KASHIWAGI revelam aspectos da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas na sociedade pós-moderna.

LUIZ EDUARDO DIAS CARDOSO sob a ótica dos direitos fundamentais, explica as condições de concessão de aposentadoria a estrangeiro residente no Brasil, inclusive com a possibilidade de soma de tempo trabalhado no exterior.

MÁRCIA MARGARETE DOS SANTOS LIMA apresenta interessante texto com base em sua profunda experiência com atividades de trabalhadores no âmbito do Terceiro Setor.

MILENA ZAMPIERI SELLMANN e SUHEL SARHAN JUNIOR desenvolve completo estudo sobre a importância, as condições e principais aspectos do contrato de franquia e o direito social ao trabalho como meios de concretização da justiça social.

RENATO CHAGAS MACHADO e THIAGO CUSTODIO PEREIRA discutem o problema da vigência da convenção 158 da OIT no Brasil, analisando a sua ratificação e denúncia frente às normas internas e princípios que regem os tratados internacionais de direitos humanos.

RODRIGO ESPIÚCA DOS ANJOS SIQUEIRA e THAIS JANAINA WENCZENOVICZ em excelente artigo analisam vários casos constantes da jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região (Paraná), com base na eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

SERGIO LOPES ITURVIDE e SANDRA MARA MACIEL DE LIMA levantam questões como o papel dos órgãos gestores da mão de obra em nossos portos e os resultados das inovações tecnológicas, em face à eficácia dos direitos fundamentais do trabalhador avulso com as inovações da lei 12.815/2013.

THIAGO PENIDO MARTINS apresenta uma leitura da judicialização da saúde, com debate relativo a direitos e obrigações dos convênios, a partir da eficácia dos direitos à saúde, à liberdade contratual e à liberdade de iniciativa.

Agradecendo a todos que tornaram possível esta obra, desejamos ótima leitura!

Prof. Dr. Francisco Cardozo Oliveira - Unicuritiba

Profa. Dra. Mara Darcanchy - UNIB

APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS NA SOCIEDADE PÓS-MODERNA.

APLICACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES PRIVADAS EN LA SOCIEDAD POS-MODERNA.

Luciana de Toledo Temer Lulia ¹

Erika kazumi kashiwagi ²

Resumo

O tema desta pesquisa é a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, também chamado de eficácia horizontal dos direitos fundamentais. O presente trabalho propõe a observância aos direitos fundamentais, não apenas nas relações entre o Estado e particular, mas também nas relações entre particulares. Objetiva-se verificar a aplicabilidade ou não dos direitos fundamentais nessas novas relações privadas, em que há um desequilíbrio econômico e jurídico. Optou-se pela pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial, com o método dedutivo.

Palavras-chave: Eficácia horizontal, Direitos fundamentais, Pós-modernidade, Relações privadas, Autonomia privada

Abstract/Resumen/Résumé

El tema de esta investigación es la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, también llamados eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Este trabajo propone la observancia de los derechos fundamentales, no sólo en las relaciones entre el Estado y el particular, sino también en las relaciones entre los particulares. El objetivo es verificar la aplicabilidad o no de los derechos fundamentales en estas nuevas relaciones privadas, em que hay un desequilibrio económico y jurídico. Optamos por la investigación bibliográfico, documental y jurisprudencial, con el método deductivo.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Eficacia horizontal, Derechos fundamentales, Pos modernidad, Relaciones privadas, Autonomía privada

¹ Doutora em Direito Constitucional pela PUC-SP. Professora da graduação e da especialização lato sensu em Direito da PUC-SP. Professora do Mestrado da UNINOVE/SP.

² Mestranda em Direito pela Universidade Nove de Julho – UNINOVE. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo e Especialista em Direito Notarial e Registral.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa visa analisar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, também denominado de aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas, diante deste novo momento econômico e das relações de mercado em que vivemos, denominado hoje de pós-modernidade.

O tema se torna muito importante na medida em que vivemos uma nova perspectiva econômica nos grandes conglomerados, que criou um grande usurpador de direitos fundamentais nas relações entre particulares, que pode ser representado pelo Contrato.

Dessa forma, o questionamento que se coloca é: até que ponto os particulares vinculados por um contrato deverão respeitar os direitos fundamentais uns dos outros, se isto não está expressamente previsto no contrato?

Ou, dito de outra forma, como exigir algo que está fora do contrato? E o princípio da autonomia privada? Como podemos compatibilizar esses dois valores?

Essa questão é relevante na medida em que se pode deixar mais claro como e com qual intensidade o direito constitucional pode interferir nas outras esferas do direito. Ou seja, como deverá ser feita essa ponderação de direitos, a fim de que não se anule totalmente nem os direitos fundamentais, e nem a autonomia privada.

A questão que se propõe parece ser muito abstrata e longe de nossa realidade, mas, ao contrário do que se imagina, esses questionamentos pairam sobre as relações de trabalho, comerciais, e até condominiais.

Nas relações empregatícias, o empregador afronta diretamente a dignidade de seus funcionários ao realizar revistas íntimas, a fim de se evitar furtos de objetos dentro da empresa. No mesmo sentido, quando um comerciante nega-se a vender produtos a compradores de determinada crença religiosa, essa conduta também fere os direitos fundamentais desses particulares.

É dentro dessa realidade fática que se pretende desenvolver o presente trabalho.

1. A pós-modernidade

O termo pós-modernidade é utilizado para qualificar o estado atual das coisas. Um processo de transformações ocorridas nas mais diversas áreas, que se projetam em diferentes dimensões da compreensão do mundo, resultando muitas vezes em mudanças de paradigmas.

Conforme leciona Eduardo C.B. Bittar¹,

A pós-modernidade traz consigo uma crise de valores e uma crise existencial, expressão do entrechoque valorativo, mas ainda segue o modelo de reprodução técnico capitalista. No campo do direito leva-se adiante modelos e teorias de cunho formalista e positivista, que não encarnam a possibilidade de uma estruturação axiológica para o direito.

A sociedade torna-se volátil em decorrência da intensificação das trocas de informações, fomentada pelos avanços da tecnologia e do mundo globalizado.

No plano internacional relativiza-se o conceito de soberania estatal, uma vez que as fronteiras rígidas e a identidade cultural cederam à formação de grandes blocos políticos e econômicos, como a União Européia e demais organizações internacionais. A intensificação do trânsito de pessoas possibilitou a troca de experiências, promovendo a diversidade étnico-cultural.

A globalização possibilitou a conexão entre ausentes acelerando, à velocidade da luz, o fluxo de comunicação e transmissão de dados, a intensificação exacerbada do mercado capitalista acabou por deixar o homem em segundo plano.

Na área científica, tem-se assistido ao avanço da tecnologia com a expansão dos domínios da informática e da *internet*. As redes sociais vêm ganhando cada vez mais espaço. Telefones celulares com câmeras digitais e satélites de alta definição, acessados por qualquer pessoa, debulham a intimidade das pessoas.

A engenharia genética entra em confronto com valores morais e dogmas religiosos. A obsessão da eficiência e fragmentação do trabalho tem elevado a exigência de escolaridade, especialização e produtividade, sendo que nem o setor privado, nem o Estado fornecem os meios para o cidadão tornar-se competitivo, aumentando a exclusão social por falta de oportunidade.

No direito, observa-se uma pluralidade normativa que acaba por engessar o ordenamento jurídico e desprovê-lo de efetividade. Novos direitos surgem com o ganho de complexidade como: meio ambiente seguro e sadio, consumidor, informação, biossegurança e pluralismo. Também surgem novos titulares como: crianças e adolescentes, idosos, mulheres, trabalhadores, homossexuais, fundamentalistas religiosos, etc.

Valores fundamentais passam a ser positivados em normas principiológicas, o que acaba por levar aos tribunais questões éticas, morais e políticas.

¹ BITTAR, Eduardo C.B. *O Direito na Pós-Modernidade*. 2. ed. São Paulo: Editora Forense Universitária, 2009, p.8.

Nessa concepção, os direitos fundamentais surgem como uma resposta do sistema jurídico à diferenciação funcional da sociedade pós-moderna e são compreendidos como “aquisição evolutiva da sociedade moderna, envolvendo um uso linguístico inovador vinculado às transformações revolucionárias ocorridas no início da era contemporânea”².

Os direitos fundamentais, por seu conteúdo e importância foram retirados da disponibilidade do Estado, assumindo a forma de cláusulas pétreas. Porém, mantem-se abertos tanto a interpretações (preenchimento axiológico), quanto à positivação. Representam, portanto, um meio para que a sociedade traga para dentro do sistema jurídico valores que precisam ser protegidos de forma mais intensa.

É o Estado o maior responsável pela proteção e garantia dos direitos fundamentais, como se verifica nas lições de Daniel Sarmiento:

Hoje, garantir os direitos do homem significa protegê-los nos mais diferentes contextos, públicos ou privados. O Estado, que apesar das múltiplas crises que enfrenta ainda é o principal garantidor dos direitos fundamentais, tem de criar novas instituições e remodelar as já existentes, sem o que não estará à altura desta que constitui a sua mais importante missão. Se os direitos fundamentais se irradiam para as relações privadas, e se cabe ao Estado protegê-los quando forem violados por terceiros, este Estado tem que estar devidamente aparelhado para desincumbir-se desta sua função. Tem de formular e implementar as políticas públicas necessárias, pois mesmo a garantia dos direitos individuais de matriz liberal não tem hoje como prescindir de comportamentos ativos do Estado para a sua salvaguarda³.

A Constituição Federal de 1988 é pluralista e democrática, conferindo proteção às mais diversas esferas sociais. Assim, inúmeros valores (liberdade de iniciativa, livre concorrência, solidariedade, vida, dignidade) encontram proteção no sistema jurídico através de normas principiológicas, que é consequência direta da pós-modernidade, que fragmentou a eticidade universal.

2. Aplicação dos Direitos Fundamentais na relação entre Estado e particular.

Inicialmente cumpre destacar que, os direitos fundamentais foram criados como o “escudo” do cidadão frente o grandioso “Estado”, a fim de que os direitos fundamentais servissem de freios ao grande poder do Estado perante o indivíduo.

² NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: Uma relação difícil*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p.96.

³ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.129-130.

Nesse sentido, importante destacar as palavras de Marcelo Benacchio, ao mencionar que, “para a Administração, o que não era permitido estava proibido (legalidade estrita), e para os particulares, o que não estava proibido era permitido, vigorando para estes, portanto, a autonomia privada”⁴.

A constituição moderna nasce garantindo separação de poderes e direitos fundamentais, a fim de conter o Estado Absolutista, no intuito de que esse não pudesse interferir de forma exacerbada a esfera de liberdade dos cidadãos. Esse fenômeno é denominado de eficácia vertical dos direitos fundamentais. A denominação “verticalidade” representa a posição de superioridade do Estado frente o cidadão, devido ao poder exercido por aquele em relação a este.

Importante notar que, a força de opressão do Estado é a lei. E, fazendo uma analogia a esse instrumento de poder do Estado sobre o particular, há o instrumento de poder das grandes empresas sobre os particulares (indivíduos em sociedade), representado pelo contrato.

A lei e o contrato começam a se aproximar, em termos de instrumento de poder no atual cenário.

Vislumbra-se, então, que o poder não é atributo meramente do Estado, mas também das pessoas jurídicas, como os grandes grupos industriais, comerciais e financeiros.

É nessa perspectiva que a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas torna-se imprescindível, até porque as partes envolvidas nessa relação podem estar formalmente em pé de igualdade (particulares), mas materialmente são compostas por desiguais.

As grandes empresas, em decorrência de sua realidade econômico-financeira, tem o poder de violar os direitos fundamentais do indivíduo que com ela contrata, e que é a parte frágil da relação.

Dessa forma, os direitos fundamentais no paradigma liberal, em que não há intervenção do Estado nas relações privadas, mostram-se deficitários em relação à proteção dos indivíduos. Necessário, então, contextualizar os direitos fundamentais à atual realidade pós-moderna, a fim de que se consiga chegar a um patamar mínimo de proteção dos direitos dos envolvidos por uma relação contratual.

3. Direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social.

⁴ BENACCHIO, Marcelo; PREISS, Celso Matheus; OLIVEIRA, Daniel Nunes Benito de; FILIPE, Luis Gustavo. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*. São Bernardo do Campo, p. 70, 2012.

Paradigma para Thomas S. Kuhn⁵, em sua obra denominada *A estrutura das revoluções científicas*, é o modelo tido como verdadeiro para os praticantes de determinada ciência, sendo ponto de partida para o desenvolvimento científico, o qual foi por ele denominado de *matriz disciplinar*.

Em outros termos, o paradigma reflete a maneira como se exterioriza juridicamente a visão de mundo e os valores vigentes em determinado momento histórico, como a ciência se relaciona com a sociedade e a história.

No paradigma liberal, o modelo de direitos fundamentais surgiu no fim do século XVII, chamado Estado de Direito, Estado Liberal de Direito ou Estado Burguês de Direito, pautado por um constitucionalismo liberal, visando impedir as arbitrariedades de um soberano sem responsabilidade jurídica.

Nesse momento, exigiam-se condutas negativas do poder público em face dos indivíduos, em decorrência da luta pela liberdade e segurança diante do Estado. Aí se encontram os chamados direitos de primeira geração.

Consequência deste modelo foi a supremacia do individualismo, exploração dos trabalhadores e afronta à dignidade humana. Diante deste quadro, o Estado foi chamado a novamente intervir. Nasce no século XX, o constitucionalismo social e democrático e o Estado Social de Direito, Estado do Bem-Estar Social ou Estado Democrático de Direito, decorrência do paradigma social.

O novo modelo baseia-se na noção de igualdade material, a fim de se reduzir as desigualdades para que haja pelo menos um “piso mínimo existencial”. Nas palavras de Ricardo Lobro Torres:

(...) a dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados. O fundamento do direito ao mínimo existencial, por conseguinte reside nas condições para o exercício da liberdade ou até na liberdade para ao fito de diferenciá-las da liberdade que é mera ausência de constrição.⁶

A intervenção estatal se justifica para garantir a dignidade da pessoa humana, e a constituição passa a ser a norma fundamental de máxima hierarquia dos ordenamentos jurídicos. Nasce os chamados direitos de segunda geração.

⁵ KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 5. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998.

⁶ TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e tributário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.70.

E por fim, no paradigma pós-social, verifica-se que o modelo capitalista propiciou o aparecimento de novas formas de poder representados pelas grandes empresas, que se tornaram ameaças aos direitos fundamentais, já que seu interesse único resume-se na perseguição do lucro.

Surge então uma preocupação com os chamados direitos de terceira geração: direitos difusos como a proteção aos consumidores, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à paz, e ao desenvolvimento sustentável. Há um alto teor de humanismo e universalidade, que tem por destinatário o gênero humano. Busca-se um equilíbrio entre valores sociais e interesses privados.

É dentro desse contexto pós-social que devemos analisar a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas.

4. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais ou Aplicação dos Direitos Fundamentais nas relações privadas

A lógica do liberalismo pressupõe a não intervenção do Estado nas relações econômicas travadas entre os particulares, gerando uma grande liberdade dentro desses acordos inter-partes. Nesse contexto, a imposição de direitos fundamentais aos sujeitos das relações privadas pode ser traduzido como uma violação do Estado ao princípio da autonomia privada.

Importante destacar o significado do princípio da autonomia privada nas palavras de Francisco Amaral:

(...) é o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações que participam, estabelecendo-lhe o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica. Sinônimo de autonomia da vontade para grande parte doutrina contemporânea, com ela porém não se confunde, existindo entre ambas sensível diferença. A expressão 'autonomia da vontade' tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real⁷.

Em razão da ampla diferença financeira dos particulares contratantes, grande parte das relações travadas entre eles afigura-se discrepante, em termos técnicos, econômicos e jurídicos.

⁷ AMARAL, Francisco. *Direito Civil - Introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.348.

Na pós-modernidade, compreendeu-se que não é somente o Estado que pode ameaçar os direitos fundamentais dos cidadãos, mas também outros cidadãos no bojo de suas relações horizontais.

Isso ocorre na medida em que novos espaços foram deixados à autonomia privada, como por exemplo, instituições econômicas, empresas do meio de telecomunicações, e da mídia que exerce o poder descomunal de controle da informação, além de outras forças sociais, que desempenham importantes funções na sociedade e que alcançam posições de poder, tornando-se potencialmente violadoras de direitos fundamentais. Esse também é o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet, ao mencionar que:

Por um lado, as relações entre particulares são cada vez mais marcadas pelo exercício de poder econômico e social, portanto, não afastam situações de evidente desequilíbrio de poder entre atores sociais e uma verticalidade similar e por vezes até mesmo mais evidente do que a encontrada nas relações entre os particulares e o Estado⁸.

Assim, muitas violações aos direitos fundamentais ocorrem dentro desta seara. E é em decorrência dessa realidade que se mostra clara a necessidade da aplicação dos direitos fundamentais dentro das relações privadas. Sem, entretanto, suprimir-se o pilar do Direito Privado, que é o princípio da autonomia privada, e que dele decorrem o direito à livre iniciativa, previstos na Constituição Federal em seu preâmbulo como objetivo do Estado brasileiro, bem como em seus artigos 170 e artigo 5º, inciso II.

O Ministro Joaquim Barbosa deixa isso bem claro em sua decisão no Recurso Extraordinário 201.819/RJ, quando relata sua preocupação na aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares da seguinte forma, “no campo das relações privadas, a incidência das normas de direitos fundamentais há de ser aferida caso a caso, com parcimônia, a fim de que não se comprima em demasia a esfera de autonomia privada do indivíduo”⁹

Essa ponderação de valores e princípios a serem aplicados nessas relações é o grande dilema que surge, na medida em que estamos na seara do Direito Privado, em que a viga mestra é a liberdade de contratar, que decorre da autonomia privada.

A ponderação de valores deve ser feita sempre, a fim de se garantir o máximo de efetividade das regras e princípios aplicáveis aos casos concretos. Não se pode dar a máxima

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Aldacy Rachid Coutinho ... [et.al]; org. Ingo Wolfgang Sarlet. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p.23.

⁹ STF. RE nº 201.819/RJ, Relatora Ministra Ellen Gracie. Segunda Turma. j.11/10/2005.

efetividade a uma norma, retirando-se completamente a aplicação da outra. A técnica da ponderação e proporcionalidade ao caso concreto é o meio mais adequado a ser utilizado.

5 Justificativa Constitucional da vinculação dos particulares a direitos fundamentais

O grande dilema que se vislumbra em relação à aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas relaciona-se, primeiramente, a uma ponderação de valores, com o intuito de não se anular os ditames do que preceitua o direito privado, como já visto. E o segundo, pauta-se na ausência de uma autorização constitucional de aplicação dos direitos fundamentais nessas relações.

A ausência de norma expressa em nossa Constituição Federal que determine a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais não deve ser interpretada como uma não obrigação de vinculação, à medida em que a Constituição é uma norma jurídica dirigida a todos. A Constituição deve ser interpretada de forma a garantir a proteção dos direitos fundamentais em todas as relações.

Esta é a posição atual da jurisprudência e da maioria da doutrina, que concordam que os direitos constitucionais fundamentais devem ser obrigatoriamente observados nas relações entre particulares, e não apenas na relação entre particular e Estado.

Os argumentos que dão sustentação a esta defesa da aplicação horizontal dos direitos fundamentais são os seguintes:

1) Supremacia dos princípios sobre as regras na interpretação constitucional: os direitos fundamentais, devido à sua relevância, são positivados através de normas com estrutura de princípios, e assim, possuem uma hierarquia superior às demais normas da Constituição Federal, devendo sofrer valoração prioritária em face dos demais direitos consagrados.

A grande diferença entre regras e princípios baseia-se na estrutura dos direitos que essas normas garantem. No caso das regras, garantem-se direitos (ou se impõem deveres) definitivos, ao passo que no caso dos princípios são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*. Nas palavras de Robert Alexy:

Uma primeira característica importante que decorre do que foi dito até agora é o distinto caráter *prima facie* das regras e dos princípios. Princípios exigem que algo

seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*. Da relevância de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso. Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. A forma pela qual deve ser determinada a relação entre razão e contrarrazão não é algo determinado pelo próprio princípio. Os princípios, portanto, não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas.¹⁰

2) Fenômeno da Constitucionalização do Direito Privado: é o chamado Direito Civil Constitucional. Em decorrência desse fenômeno, os institutos do direito civil devem ser lidos conforme a Constituição Federal. A norma civil não deixa de fazer parte do direito privado, mas sim ser interpretada nos termos da CF. Ocorre, assim, a eficácia plena e irradiante dos direitos fundamentais. Significa que todo o ordenamento jurídico, inclusive as normas que regulam as relações privadas, deve ser lido à luz dos direitos fundamentais. Para Daniel Sarmento há a ideia de onipresença da Constituição Federal, ou seja:

(...) a constitucionalização do Direito vai desafiar antigas fronteiras como Direito Público/Direito Privado e Estado/sociedade civil. Isto porque, numa ordem jurídica constitucionalizada, a Constituição não é apenas a lei fundamental do Estado e da sociedade. Nenhum ramo do Direito escapa completamente às suas malhas. Se, por um lado, a pluralidade e complexidade dos interesses presentes numa sociedade cada vez mais heterogênea continuam justificando e demandando uma crescente especialização no âmbito jurídico, por outro, há agora um centro de gravidade, capaz de recolher e juridicizar os valores mais importantes da comunidade política, no afã de conferir alguma unidade axiológica e tecnológica ao ordenamento¹¹.

A eficácia irradiante dos direitos fundamentais decorre da dimensão objetiva desses direitos. Essa dimensão tem maior proximidade com a sociedade como um todo, seus valores e finalidades, e não mais apenas com o indivíduo em si, perdendo então o caráter de subjetivismo e individualidade. O significado de dimensão objetiva fica mais claro, nas palavras de Vieira de Andrade, quando menciona que, pretende-se “fazer ver que os direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto faculdades ou poderes de que estes são titulares, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe a prosseguir”¹².

A eficácia irradiante, nas palavras de Daniel Sarmento, “enseja a *humanização* da ordem jurídica, ao exigir que todas as suas normas sejam, no momento de aplicação,

¹⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 103-104.

¹¹ SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade Constitucional: Os dois lados da moeda*. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de & SARMENTO, Daniel (org.). *A constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 113.

¹² VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, p.144-145.

reexaminadas pelo operador do direito com novas lentes, que terão as cores da dignidade humana, da igualdade substantiva e da justiça social, impressas no tecido constitucional”¹³.

3) **Unidade Material do Ordenamento Jurídico:** decorre do Princípio da Supremacia Constitucional. O ordenamento jurídico é um sistema lógico e coeso de normas que têm na Constituição o principal parâmetro da unidade.

4) **Princípio da Dignidade da Pessoa Humana:** é o fundamento da República Federativa do Brasil e parâmetro para toda e qualquer interpretação constitucional.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana guarda estreita relação com os direitos fundamentais, uma vez que inexisteria dignidade humana sem direitos fundamentais e, por sua vez, não seriam direitos fundamentais se não consagrassem a dignidade humana.

Após a explanação dessas justificativas acerca da aplicabilidade das normas constitucionais dentro do campo privado, e a conclusão de uma resposta afirmativa em relação à vinculação dos particulares a esses direitos fundamentais, torna-se importante analisar como ou em que extensão se dará a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas.

6 Teorias acerca da aplicabilidade das normas fundamentais nas relações privadas

As primeiras discussões acerca dessas teorias sobre a aplicabilidades das normas fundamentais ocorreram na Alemanha na década de 50, no contexto de uma sociedade desigual, em que a força de opressão provinha não mais apenas do Estado. Hoje há três correntes que divergem acerca da aplicação das normas constitucionais de direitos fundamentais às relações privadas.

6.1 Teoria da State Action ou da Negação (Public Function)

É a teoria que vigora nos Estados Unidos, que pode ser traduzida como a Teoria da Ação Estatal. Esta compreensão da não aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas é quase uma unanimidade na doutrina, e jurisprudência norte-americanas.

¹³ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 124.

Como nos Estados Unidos prevalecem os princípios da liberdade e da autonomia privada, há uma negação dos tribunais americanos em aceitar a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

A ideia que vigora é no sentido de que os direitos fundamentais, previstos na Constituição americana, devem ser respeitados apenas pelos Poderes Públicos, e não pelos particulares.

A aplicação somente é aceita nas relações entre particular e administração pública, ou pelo menos, com um ente que exerça a função pública. Ou seja, quando um dos particulares agirem no exercício de atividade tipicamente estatal (public function), estarão submetidos às limitações constitucionais.

Esta teoria protege os particulares contra as empresas privadas constituídas pelo Estado ou pela delegação da função pública a particulares, pois nesses casos essas pessoas assumem uma função pública.

6.2 Teoria da Aplicação Mediata ou Indireta

Essa teoria se desenvolveu na Alemanha na década de 50. Foi lá que se iniciou as primeiras discussões sobre a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Trata-se de uma teoria intermediária entre a que nega totalmente a aplicabilidade dos direitos fundamentais e a que afirma a aplicabilidade plena das normas aos particulares. É a que domina dentro do direito germânico, sendo adotada pela maioria dos juristas e pela Corte Constitucional.

A presente tese teve como o *leading case*, o julgamento do caso Lüth.¹⁴ Eric Lüth era um crítico, que, sabendo do lançamento de um novo filme idealizado por Veit Harlan, chamado “Amada Imortal”, começa a criticar publicamente o produtor do filme, por um suposto passado nazista.

Com isso, Eric Lüth inicia realiza um movimento de boicote ao filme, pedindo aos alemães para que não fossem assistí-lo. O filme é um fracasso de bilheteria, e o produtor resolve entrar com uma demanda judicial contra Eric Lüth, a fim de ser ressarcido pelos prejuízos sofridos.

¹⁴ SCHWABE, Jurgen. Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Org: Leonardo Martins. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung E.V, 2008, p. 381-382.

Na instância ordinária, Eric Lüth foi condenado a pagar uma indenização a Veit Harlan, em decorrência dos danos causados. A decisão afirmava que a incitação de Lüth ao boicote seria contrária à moral e aos costumes.

Entretanto, a decisão foi alterada na Corte Constitucional Alemã, dando ganho de causa a Eric Lüth, sob o fundamento de que *o direito fundamental à liberdade de opinião* irradiava sua força normativa sobre o Direito ordinário, no caso o Direito Civil, impondo-se aos tribunais ordinários a necessidade de emprestar prevalência ao significado dos direitos fundamentais, mesmo nas relações entre particulares.

A Corte Alemã levou em consideração a ponderação de bens, a proporcionalidade, e a irradiação dos direitos fundamentais sobre o direito ordinário.

A decisão declarou que o ordenamento jurídico deveria ser interpretado à luz do Direito Constitucional, mais especificamente a partir dos direitos fundamentais, ainda que se tratasse de relações jurídicas entre particulares.

Na Alemanha vigora a aplicabilidade das normas de direitos fundamentais de forma indireta ou mediata, que significa que a interpretação dos direitos fundamentais aos casos concretos entre particulares é feito através de cláusulas gerais ou normas de interpretação.

Consoante leciona Daniel Sarmiento,

Teoria da eficácia mediata nega a possibilidade de aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas porque, segundo seus adeptos, esta incidência acabaria exterminando a autonomia da vontade, e desfigurando o Direito Privado, ao convertê-lo numa mera concretização do Direito Constitucional.¹⁵

Para esta corrente, a força jurídica das normas constitucionais no âmbito das relações entre particulares incide apenas mediatamente, por meio dos princípios e das normas próprias do direito privado, vez que os direitos fundamentais servem apenas como princípios para interpretação das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados, aptos de concretização ou preenchimento de lacunas.

A aplicação mediata assegura a proteção constitucional da autonomia privada, o que implica a possibilidade dos indivíduos renunciarem a direitos fundamentais no âmbito das relações privadas.

6.3 Teoria da Aplicação Imediata ou Direta

¹⁵ SARMENTO. Daniel. *Vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil*. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 121-182.

A Teoria da Aplicação Imediata foi inicialmente defendida por Hans Carl Nipperdey, também na Alemanha na década de 50. Daniel Sarmento traduz o pensamento de Nipperdey da seguinte maneira:

Segundo ele (Hans Carl Nipperdey), embora alguns direitos fundamentais previstos na Constituição alemã vinculem apenas o Estado, outros, pela sua natureza, podem ser invocados diretamente nas relações privadas, independentemente de qualquer mediação por parte do legislador, revestindo-se de oponibilidade *erga omnes*.¹⁶

Apesar de nascida na Alemanha, essa tese não teve grande aceitação nos Tribunais Alemães, em que, como já visto, vigora a Teoria da Aplicação Mediata, mas é o que prevalece nos Tribunais Espanhóis e Portugueses.

No direito espanhol, da mesma forma como ocorre no Brasil, a Constituição é silente em relação à matéria. Em contrapartida, a Constituição portuguesa, em seu artigo 18.1, prevê que: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

Por essa teoria, os direitos fundamentais nas relações entre os particulares são diretamente aplicáveis independentemente de norma expressa que a autorize. Isso em decorrência das justificativas constitucionais da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, vistas anteriormente. Como já dito, essa também é a teoria mais aceita por nossos Tribunais.

O que preceitua a presente teoria é a desnecessidade de norma que faça a intermediação para a aplicação dos direitos fundamentais aos casos concretos entre particulares.

Para esta corrente, a eficácia direta dos direitos fundamentais na esfera privada deve ser aplicada, sobretudo, nos casos em que a dignidade da pessoa humana estiver sob ameaça ou diante de uma ingerência indevida na esfera da intimidade pessoal, o que ocorre frequentemente na esfera das relações de trabalho.

Assim, considera-se a eficácia horizontal direta como um mecanismo essencial de correção de desigualdades sociais, principalmente dentro desse atual momento em que vivemos, como leciona Daniel Sarmento:

No mesmo diapasão, afirma-se que a dimensão objetiva expande os direitos fundamentais para o âmbito das relações privadas, permitindo que estes transcendam o domínio das relações entre cidadão e Estado, às quais estavam confinados pela teoria liberal clássica. Reconhece-se então que tais direitos limitam a autonomia dos atores privados e protegem a pessoa humana da opressão

¹⁶ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 204.

exercida pelos poderes sociais não estatais, difusamente presentes na sociedade contemporânea. Neste quadro, o legislador assume o encargo de promover os direitos fundamentais, e toda a legislação ordinária terá de ser revisitada sob uma nova ótica, ditada pela axiologia constitucional (...) ¹⁷.

Há uma grande necessidade em se observar a criação de soluções diferenciadas para equilibrar a tutela de tais direitos com a proteção da autonomia privada e com os princípios do direito civil. Até porque não se pode sacrificar o núcleo irredutível da autonomia pessoal em razão da extensão dos direitos fundamentais no campo privado.

Dessa forma, deve-se fazer uma ponderação dos direitos em conflito, bem como a utilização da proporcionalidade e razoabilidade, no sentido de se protegerem todos os direitos merecedores de tutela do caso concreto.

¹⁷ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 107.

CONCLUSÃO

O Estado Social surge para tentar minimizar a enorme desigualdade social existente, desigualdade esta que acaba por gerar uma grande opressão do mais forte contra o mais fraco.

Assim, na passagem do Estado Liberal para o Estado Social, o papel que lhe é entregue muda completamente, de garantidor de liberdades individuais, para promotor de direitos sociais e garantidos de direitos fundamentais.

Com o surgimento da chamada terceira geração de direitos, e as novas demandas sociais, novamente o papel do Estado tem que ser repensado, para ampliar seu escopo de atuação e de fato garantir que os direitos fundamentais consagrados, em especial a dignidade da pessoa humana, seja observada por todos.

A necessidade de proteção de tais direitos se torna mais premente na pós-modernidade, em razão da manifestação de poder provinda não mais do Estado, mas de um particulares que têm um imenso poder econômico capaz de subjugar a outros particulares, por meio do instrumento denominado Contrato. A desigualdade de forças nas relações contratuais é fator potencial de grandes violações a direitos fundamentais. Isso porque o particular detentor de poder econômico, poderá se valer de todos os meios, a fim de se conseguir assegurar a maior margem de lucro possível.

Portanto, é preciso que o Estado garantidor dos direitos fundamentais balize estas relações, sempre analisando caso a caso, e cuidando para que a proteção da autonomia privada seja menor quando envolver valores como a dignidade da pessoa humana, e maiores quando o conflito se der entre valores de caráter patrimonial.

A aplicação dessas normas constitucionais no âmbito privado, apresenta-se possível a partir da irradiação das normas constitucionais para todo o ordenamento. Sem, no entanto, deixar de se observar os princípios basilares do Direito Privado.

E estando a parte mais vulnerável num patamar de inferioridade em relação à parte contrária, não se pode afirmar certamente que ela teve liberdade de escolha, e por isso necessita de ampla proteção estatal, no intuito de se garantir seu direito fundamental de liberdade.

Assim, o Estado deve intervir na defesa dos mais fracos, principalmente nas relações econômicas, o que não quer dizer desrespeito à autonomia privada, mas sim, promoção desta, já que tem a finalidade de corrigir a falta de liberdade da parte hipossuficiente.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2.ed. São Paulo: Editora Malheiros.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil - Introdução*. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5.ed. Coimbra: Editora Almedina, 2012.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal*. 1.ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BENACCHIO, Marcelo; PREISS, Celso Matheus; OLIVEIRA, Daniel Nunes Benito de; FILIPE, Luis Gustavo. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*. São Bernardo do Campo, 2012.

BITTAR, Eduardo C.B. *O Direito na Pós-Modernidade*. 2.ed. São Paulo: Editora Forense Universitária, 2009.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6.ed. Coimbra: Editora Almedina, 1993.

COUTINHO, Aldacy Rachid ... [et.al]; org. Ingo Wolfgang Sarlet. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 5.ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998.

LUÑO, Antonio E. Perez. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2007.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: Uma relação difícil*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2.ed. (3ª tiragem). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil*. Salvador: JusPodivm, 2007.

_____. *Ubiquidade Constitucional: Os dois lados da moeda*. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de & SARMENTO, Daniel (org.). *A constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. *O capitalismo humanista*. Petrópolis: KBR, 2011.

SCHWABE, Jurgen. *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Org: Leonardo Martins. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung E.V, 2008.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Cia das Letras, 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ*. Julgamento em 11 de outubro de 2005. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e tributário*. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.