

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

EDNA RAQUEL RODRIGUES SANTOS HOGEMANN

FLAVIA PIVA ALMEIDA LEITE

SAULO JOSÉ CASALI BAHIA

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. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direitos e garantias fundamentais III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Edna Raquel Rodrigues S. Hogemann; Flavia Piva Almeida Leite; Saulo José Casali Bahia – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-614-7

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

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

Apresentação

O XXVII Encontro Nacional do CONPEDI – SALVADOR, realizado em parceria com a Universidade Federal da Bahia, apresentou como temática central “Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural”. Essa temática estimulou calorosos debates desde a abertura do evento e desdobramentos ao decorrer da apresentação dos trabalhos e da realização das plenárias, que versaram, entre outros, sobre a ideia de diversidade ligada aos conceitos de pluralidade, multiplicidade, na intersecção de perspectivas que se destacam pelas diferenças, ou ainda, na tolerância mútua.

Em especial, a questão da eficácia social dos direitos e garantias fundamentais mereceu destaque no Grupo de Trabalho “DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III”, na medida em que inequivocamente são questões que mais se acercam do princípio da dignidade da pessoa humana e da plenitude da cidadania, na medida em que propende a redução das desigualdades entre as pessoas, que pode proporcionar os indivíduos as mais completas e dignas condições de vida.

Sob a coordenação da Profa. Dra. Edna Raquel Rodrigues Santos - Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro e Universidade Estácio de Sá, da Profa. Dra. Flávia Piva Almeida Leite - Universidade Estadual Julio de Mesquita Filho - UNESP – SP e do Prof. Dr. Saulo José Casali Bahia - Universidade Federal da Bahia, o GT “DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III” promoveu sua contribuição, com exposições orais e debates que se caracterizaram tanto pela atualidade quanto pela profundidade dos assuntos abordados pelos expositores.

Eis uma breve síntese dos trabalhos apresentados:

A CAPTURA DA TEORIA DO SOPESAMENTO E A IMPORTÂNCIA DA CONSIDERAÇÃO DOS LIMITES MATERIAIS E JURÍDICOS À REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, da autoria de Érica Silva Teixeira, Saulo José Casali Bahia, abordou a ficção jurídica que gira em torno da eficácia plena dos direitos fundamentais através das relações econômicas ignoradas pela atuação jurisdicional e, em paralelo, sobre como o método de ponderação de interesses pode servir de reforço normativo para incrementar discursos ideológicos.

O artigo intitulado OS DEVERES INDIVIDUAIS DOS CIDADÃOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, de Joshua Gomes Lopes , Ivson Antonio de Souza Meireles, apresenta uma breve visão histórica dos deveres e da cidadania, analisando seus significados na Antiguidade clássica e os deveres individuais dos cidadãos presentes na Constituição Federal de 1988.

Isadora Beatriz Magalhães Santos e Luciana Lopes Canavez apresentaram o artigo intitulado: A APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS: UMA ANÁLISE PELA BIOÉTICA DE INTERVENÇÃO que abordou um refletir sobre a eficácia horizontal como meio de promoção da equidade e da bioética interventiva.

OS REFLEXOS DA NOVA CONCEPÇÃO DE AUTONOMIA PRIVADA EM QUESTÕES DE GÊNERO, IDENTIDADE GENÉTICA E EUTANÁSIA, artigo de autoria de Riva Sobrado De Freitas , Danielle Jacon Ayres Pinto trouxe uma reflexão a respeito da necessidade da reconfiguração do Direito ao próprio Corpo, redesenhando seu conteúdo sob a ótica da Autonomia Privada Decisória.

Belmiro Vivaldo Santana Fernandes e Mônica Neves Aguiar Da Silva são os autores do artigo intitulado: PANORAMA DA ORIENTAÇÃO SEXUAL FRENTE À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA que abordou discriminação em razão da orientação sexual sob dois prismas: o da suposta auto degeneração do ser humano pelo exercício de sua orientação não-heterossexual e, em seguida, as atitudes dos que se proclamam heterossexuais ao agredirem moralmente os não-heterossexuais por acreditarem que estes são indignos.

UMA LEITURA CONSTITUCIONAL DA TUTELA DE EVIDÊNCIA PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS, da autoria de Lucas Helano Rocha Magalhães e Juraci Mourão Lopes Filho teve por objetivo uma análise do principal meio de efetivação dos direitos fundamentais frente ao estado, o mandado de segurança, e estabelece um paralelo com a tutela de evidência que poderia ocupar seu espaço no ramo do direito privado.

Paulo Roberto Albuquerque de Lima apresentou o artigo A COMUNICAÇÃO REGIONALIZADA COMO DIREITO SOCIAL EM SUSPENSO NA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ, abordando um estudo concentrado no inciso III do artigo 221 da Constituição Federal de 1988, evidenciando a intenção do legislador constitucional de garantir um direito social importante: preservação de identidade cultural, que, entretanto, nunca foi regulamentado.

O artigo intitulado O REGISTRO DE NASCIMENTO COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, da autoria de Alessandro Aparecido Feitosa de Rezende e Rodrigo Rafael de Souza Picardi, trouxe a discussão a respeito do registro de nascimento, bem como os seus reflexos no mundo jurídico em especial no âmbito dos direitos fundamentais.

Os autores José Antonio Remedio e Fabricio Agnelli Barbosa apresentaram o artigo intitulado: O DIREITO ADQUIRIDO EM FACE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS ORIUNDAS DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO E DERIVADO, que busca analisar o instituto do direito adquirido e sua oponibilidade à norma constitucional originária e derivado, explorando as controvérsias existentes sobre a matéria.

A CORRUPÇÃO COMO NEGAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS é o título do artigo de autoria de Maria Fausta Cajahyba Rocha, cujo objeto versou sobre as consequências que a corrupção desencadeia na sociedade contemporânea, notadamente no campo das violações dos Direitos Humanos.

Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann apresentou o artigo intitulado: CONSTITUIÇÃO, DIREITOS HUMANOS E PLURALISMO JURÍDICO: A POSSIBILIDADE DE CONTROLE À JURISDIÇÃO INDÍGENA NO BRASIL A PARTIR DA COMPARAÇÃO COM A CONSTITUIÇÃO EQUATORIANA em que realizou uma análise reflexiva acerca dos desafios e possibilidades de controle à jurisdição indígena no Brasil a partir da comparação com a constituição equatoriana, que assimilou o conceito de jurisdição indígena a partir do Novo Constitucionalismo LatinoAmericano.

A DEFESA DA PROPRIEDADE PRIVADA COMO INSTRUMENTO DE REDUÇÃO DA DESIGUALDADE SOCIAL NO BRASIL: O RELEVANTE PAPEL DO CADE, da autoria de Jarbas José dos Santos Domingos, promoveu uma análise filosófica e jurídica da propriedade, bem como um estudo da história e dos dados oficiais da desigualdade social no Brasil e do papel do Cade na redução das desigualdades sociais.

Na sequência, Luiz Carlos De Oliveira Paiva Júnior em seu artigo intitulado A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL propõe demonstrar a eficácia dos direitos fundamentais, abordando sua previsão no Estado Democrático de Direito e tratando sobre sua eficácia irradiante e horizontal.

No artigo A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE NUMA PERSPECTIVA LUSO-BRASILEIRA, Alyne Mendes Caldas discute a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas a partir da necessidade de proteção da autonomia da vontade, estabelecendo um diálogo entre o sistema constitucional brasileiro e o sistema constitucional português.

A seguir, Max Emiliano da Silva Sena, por meio do trabalho A FUNÇÃO DOS VALORES CONSTITUCIONAIS NA TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS propõe que no Pós-positivismo, o Direito reencontra-se com valores, outrora desconsiderados pelo Positivismo.

Em sua apresentação do trabalho intitulado A PROBLEMÁTICA DOS CUSTOS NO CAMPO DA EXECUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ALTERNATIVAS SOLUÇÕES PARA O CUMPRIMENTO DO MÍNIMO EXISTENCIAL, Diogo Oliveira Muniz Caldas e Alvaro dos Santos Maciel apontam que na esteira do neoconstitucionalismo, o cumprimento e o respeito dos direitos fundamentais e sociais brasileiros, uma grande celeuma surge nos tribunais e na doutrina ao debruçarem-se acerca da proteção desses direitos. Concluindo que o desenvolvimento econômico não deve ser necessariamente contraposto aos direitos fundamentais, mas sim um instrumento para atingir seu efetivo cumprimento.

Por sua vez, Pedro Luis Piedade Novaes em seu artigo intitulado A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO SIGILO DA FONTE JORNALÍSTICA discorre que o resguardo do sigilo da fonte jornalística tem proteção expressa no artigo 5º, XIV, da Constituição Federal de 1988, todavia, apesar de ser uma garantia fundamental voltada para a profissão do jornalista, existem muitas críticas quando ao seu alcance, não havendo consenso na doutrina quanto ao modo como este instrumento de trabalho deva ser utilizado pela imprensa para divulgação de uma notícia.

No artigo ADPF: A DEFESA DOS PRECEITOS FUNDAMENTAIS NO CONTROLE JUDICIAL DE ATOS POLÍTICOS os autores Antonio Jose Souza Bastos e Felipe Jacques Silva discorrem que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental como importante ação constitucional que se presta à tutela dos preceitos fundamentais, não pode ser manejada em face de todos os atos de Poder Público, isto porque, os atos políticos têm sido afastados da apreciação do Poder Judiciário, em virtude de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Seguindo as apresentações, Breno Soares Leal Junior e Leandro José Ferreira, no artigo intitulado AS REPERCUSSÕES E DESDOBRAMENTOS DO JULGADO DA ADI 4983, E SUAS EXPECTATIVAS PARA OS ENTENDIMENTOS FUTUROS analisam o entendimento proferido sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4983 ajuizada em face da lei cearense 15.299/13 que regulamentava a vaquejada como prática desportiva e cultural do estado.

No artigo intitulado CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: CARACTERÍSTICA FUNDAMENTAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, Rodrigo Garcia Schwarz e Candy Florencio Thome identificam como a atuação dos tribunais pode contribuir para a tutela dos direitos sociais fundamentais.

Por sua vez, Rogério Piccino Braga e Diomar Francisco Mazzutti discorrem sobre a pouca afinidade que o constitucionalismo brasileiro guarda com determinadas liberdades, decorre indubitavelmente de dois fatores tratados no texto a seguir. Primeiro deles, a inconsistente solidificação enunciativa e material do que se convencionou denominar de constitucionalismo, notadamente no que concerne às oscilações dos processos de democratização e redemocratização no Brasil. Segundo, sob a ótica global, a não previsão no contrato social - da forma como explicado por Thomas Hobbes e por Rousseau e ainda vigente - de demandas por liberdades sociais e jurídicas prementes.

Roberto Berttoni Cidade e TATIANE de souza em seu artigo intitulado DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEU ÂMBITO NORMATIVO: LIMITES IMANENTES OU CONFORMAÇÃO? apontam que os Direitos Fundamentais vêm das conquistas históricas, contendo valores sociais primordiais que, positivados, ganharam status direitos subjetivos, inseridos na mais alto patamar do sistema legal, cuja função de nortear e harmonizar o sistema depende do âmbito normativo à eles atribuídos, identificados nas óticas da teoria interna e externa.

Com o intuito de finalizar as discussões acerca desses direitos e garantias fundamentais, Rejane Francisca dos Santos Mota apresenta o trabalho intitulado MÍDIA E DIREITO PENAL: ARTICULAÇÃO E INFLUÊNCIA NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ACUSADO versou sobre as relações entre mídia e o Direito Penal no Brasil.

Por fim, os organizadores e coordenadores do Grupo de Trabalho Direitos e Garantias Fundamentais III parabenizaram e agradeceram aos autores dos trabalhos que compõem esta obra pela valiosa contribuição científica de cada um, o que por certo será uma leitura interessante e útil à comunidade acadêmica. Reiteramos a satisfação em participar da

apresentação desta obra e do CONPEDI, que se constitui, atualmente, o mais importante fórum de discussão e socialização da pesquisa em Direito.

Profa. Dra. Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann – UNIRIO / UNESA

Profa. Dra. Flávia Piva Almeida Leite – UNESP

Prof. Dr. Saulo José Casali Bahia – UFBA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE NUMA PERSPECTIVA LUSO-BRASILEIRA

THE HORIZONTAL EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE PRINCIPLE OF WILL AUTONOMY IN A PORTUGUESE AND BRAZILIAN PERSPECTIVE

Alyne Mendes Caldas ¹

Resumo

Trata-se de estudo sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e a autonomia da vontade numa perspectiva luso-brasileira. Visa discutir a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas a partir da necessidade de proteção da autonomia da vontade, estabelecendo um diálogo entre o sistema constitucional brasileiro e o sistema constitucional português. Utilizou-se o método dedutivo a partir da pesquisa explicativa bem como uma pesquisa bibliográfica por meio de obras doutrinárias e artigos científicos. Vê-se, portanto, a necessidade de ponderar a aplicabilidade dos direitos fundamentais e a proteção do princípio da autonomia da vontade como garantia do direito à liberdade.

Palavras-chave: Eficácia horizontal, Direitos fundamentais, Autonomia da vontade, Direito à liberdade, Constitucionalismo luso-brasileira

Abstract/Resumen/Résumé

It's about the horizontal effectiveness of fundamental rights and the autonomy of the will in a Portuguese and Brazilian perspective. It aims to discuss the effectiveness of fundamental rights in private relations from the need to protect the autonomy of the will, establishing a dialogue between the Brazilian constitutional system and the Portuguese constitutional system. The deductive method was used from the explanatory research as well as a bibliographical research through doctrinal works and scientific articles. It's therefore necessary to consider the applicability of fundamental rights and the protection of autonomy of the will as a guarantee of freedom.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Horizontal effectiveness, Fundamental rights, Autonomy of the will, Freedom, Portuguese-brazilian constitutionalism

¹ Doutoranda em Ciências Jurídicas na Universidade Autônoma de Lisboa (UAL)

1 INTRODUÇÃO

No final do século XX, com o término das duas guerras mundiais o Ocidente se torna palco de uma mudança de paradigma constitucional. A Constituição deixa de ser um documento meramente político e torna-se um instrumento jurídico com força normativa, dotada, portanto, de imperatividade, estabelecendo direitos e obrigações aos particulares bem como ao próprio Estado.

No Brasil, promulgação da Constituição brasileira de 1988 marcou o fim do período ditatorial militar, instituindo um Estado Democrático de Direito. Houve uma ampliação, portanto, da rede protetiva dos direitos fundamentais por esse sistema constitucional. De forma que o texto constitucional objetivou reconhecer e garantir as diversas dimensões dos direitos fundamentais.

Em virtude disso, que o §1º do art. 5º da Constituição Federal do Brasil trouxe expressamente a obrigatoriedade da aplicação imediata das normas constitucionais sobre direitos fundamentais não deixando claro acerca dos destinatários desse dispositivo, ou seja, qual o objeto de proteção desses direitos fundamentais: se apenas as relações entre Estado e particulares ou se inclui também as relações entre particulares. Diversamente do que ocorreu com a Constituição portuguesa de 1976 que em seu art. 18º/1 prevê a vinculação das entidades públicas e privadas aos direitos fundamentais.

Ressalte-se que tanto no sistema brasileiro quanto no sistema europeu primou-se pela inclusão das relações entre particulares como objeto de proteção dos direitos fundamentais, porém não há unanimidade sobre como se daria essa proteção em face de particulares diante do princípio basilar do direito privado: a autonomia da vontade.

Por essa razão, esse trabalho objetiva discutir a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas a partir da necessidade de proteção da autonomia da vontade como corolário do direito de liberdade, estabelecendo um diálogo entre o sistema constitucional brasileiro e o sistema constitucional português.

Para tanto, a metodologia adotada consiste no método dedutivo no qual se trabalha uma cadeia de raciocínio descendente, da análise geral para a particular. Enquanto técnica de pesquisa, realizou-se uma pesquisa explicativa ao passo que se objetivou explicar os fatores que determinam a eficácia horizontal dos direitos fundamentais bem como uma pesquisa bibliográfica a partir do levantamento de obras doutrinárias e artigos científicos para a construção de conceitos bases e para a elaboração dos argumentos apresentados.

No primeiro capítulo, analisa-se a formação do Estado de Direito e a trajetória que o mesmo percorreu até o século XX quando se percebe uma ampliação do rol de garantias e direitos fundamentais nas Constituições Ocidentais elaboradas a partir de consensos mundiais estabelecidos por meio de tratados internacionais como, por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

Desta feita, discute-se o alcance dos direitos fundamentais dentro das sociedades do pós-guerra, analisando a sua aplicabilidade e eficácia em face não apenas do Estado, mas agora, em especial, em face do particular.

Já no segundo momento, discute-se os modelos de eficácia horizontal dos direitos fundamentais mais aceitos pela doutrina e jurisprudência dos Estados Ocidentais na atualidade, em especial, no Brasil e em Portugal, objeto de estudo dessa pesquisa.

E no último capítulo, discute-se a autonomia da vontade a partir da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares a partir de um diálogo entre os sistemas constitucionais brasileiro e português em vigor no início do século XXI.

5.1 ESTADO DE DIREITO E A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENTRE PARTICULARES

Os direitos fundamentais são essencialmente os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado. Tais direitos, numa acepção estrita, se restringem aos direitos de liberdade, da pessoa particular, correspondendo de um lado ao conceito do Estado burguês, que visava, em princípio, uma liberdade ilimitada diante de um poder estatal intervencionista que, pressupunha ser limitado e controlável pela Constituição moderna recém-nascida. (BONAVIDES, 2010; p. 561)

A eficácia dos direitos fundamentais, na gênese constitucional, restringia-se a impor limites às relações verticais entre Estado e indivíduo. Isso porque os direitos fundamentais significavam a limitação maior do poder estatal e, por consequência, o escudo protetor do cidadão contra possíveis abusos que, porventura, pudessem ser cometidos por agentes públicos em nome do interesse do povo.

Apenas no século XX, começa-se a discutir a irradiação dos efeitos dos direitos fundamentais não apenas nas relações entre indivíduos e Estado, mas também nas relações entre particulares, significando uma mudança de paradigma no Direito Constitucional, como bem coloca Virgílio Afonso da Silva (2005, p.51):

Uma das principais mudanças de paradigma que, no âmbito do direito constitucional, foram responsáveis pelo reconhecimento de uma constitucionalização do direito e, sobretudo, de um rompimento nos limites de produção de efeitos dos direitos

fundamentais somente à relação Estado-cidadãos foi o reconhecimento de que, ao contrário do que uma arraigada crença sustentava, não somente o Estado que pode ameaçar os direitos fundamentais dos cidadãos, mas também outros cidadãos, nas relações horizontais entre si.

Tal mudança se justifica pelo crescimento significativo das “forças sociais” – grandes corporações, por exemplo - nos “espaços deixados à autonomia da vontade” que alcançam, por meio do capital, posições de poder tão significativas, que seu poder de decisão estabelece verdadeiras relações de dominação entre os indivíduos, embora sejam pautadas na autonomia da vontade. Assim, essas relações de dominação na seara privada, torna-se grave ameaça tanto ao Estado quanto aos direitos fundamentais dos particulares. (SILVA, 2005; p.52-53)

Ressalte-se que o paralelo estabelecido entre grandes corporações e o Estado foi apenas o começo para o reconhecimento da superação da tradicional visão de que apenas o Estado poderia ameaçar os direitos fundamentais. Ora, atualmente, quando se faz referência à vinculação de particulares a direitos fundamentais, quer-se incluir todo e qualquer particular em todas as relações entre si, e não se quer, portanto, fazer menção somente às relações dos indivíduos com as corporações e, dessa forma, subentender que somente essas últimas estariam vinculadas aos direitos fundamentais. (SILVA, 2005; p.53)

Contudo, esse debate se restringiu ao campo doutrinário e jurisprudencial, por muito tempo, já que os textos constitucionais discutiam, de forma incipiente, possibilidades para vinculação dos particulares às normas de direitos fundamentais. (SILVA, 2005; p.60)

A partir da segunda metade do século XX, várias constituições passam a dar maior atenção à eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. A Constituição da Alemanha de 1949 (Lei Fundamental), em seu art. 1º, n.3: “os direitos fundamentais que se seguem vinculam a legislação, o poder executivo e a jurisdição como direito imediatamente vigente”. Ora, uma interpretação gramatical, não se pode duvidar de que no termo “legislação” se inclui também a legislação no âmbito do direito privado (CANARIS, 2003; p. 22). Vê-se, portanto, uma ampliação do âmbito da eficácia dos direitos fundamentais na Constituição Alemã de 1949.

A Constituição Portuguesa de 1976, no seu art. 18º, I dispõe: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”. Vê-se que os lusitanos puseram de forma expressa no texto constitucional os particulares enquanto destinatários das normas de direitos fundamentais, não se restringindo às relações verticais entre particular e Estado como foco de proteção dos direitos fundamentais.

O mesmo não pode ser dito do constituinte originário que elaborou a Constituição Federal do Brasil de 1988. Nesse documento, o art. 5º, §1º, dispõe: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Percebe-se que não há clareza quanto ao alcance dos efeitos das normas de direitos fundamentais, havendo apenas a menção quanto à aplicação dessas normas serem de forma imediata. Como bem coloca, Virgílio Afonso da Silva:

Mas a simples prescrição constitucional de que normas definidoras de direitos fundamentais terão “aplicação imediata” não diz *absolutamente nada* sobre *quais* relações jurídicas sofrerão seus efeitos, ou seja, não traz indícios sobre o tipo de relação que deverá ser disciplinada pelos direitos fundamentais. (...) Como se vê, a estratégia acima descrita é uma estratégia que peca pela circularidade pois pretende fundamentar a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais às relações entre particulares por meio de um dispositivo constitucional que só produz efeitos nessas relações se se pressupuser que essa aplicação deverá ocorrer. (SILVA, 2005; p.58)

Percebe-se que o constituinte originário brasileiro em 1988, ao contrário do ocorreu na Alemanha (1949) e em Portugal (1976), se equivocou quanto a eficácia dos direitos fundamentais em face das relações entre particulares. Deixando explícita apenas a possibilidade de eficácia vertical. O tema passou a ser tratado na esfera judicial a partir da análise dos casos concretos. Diante disso, a seguir serão abordados os modelos de eficácia horizontal mais discutidos pela doutrina e jurisprudência nos países ocidentais

3. OS MODELOS DE APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES

Os direitos fundamentais são tidos como tais justamente por serem o alicerce do Estado de Direito, ou seja, são “direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado” (BONAVIDES, 2010; p. 561). Essa seria a concepção clássica dos direitos fundamentais adotada no século XVIII quando da instituição dos Estados Modernos de Direito.

Na segunda metade do século XX, essa concepção se torna insuficiente para garantir a devida proteção aos direitos fundamentais nas Constituições elaboradas no pós-guerra. As feridas do holocausto na Europa e, das ditaduras do final do século XX na América Latina obrigaram as sociedades respectivas a elaborarem textos constitucionais mais protetivos no que tange aos direitos fundamentais como bem coloca Virgílio Afonso da Silva:

Ainda que com redações diversas, muitas constituições, especialmente aquelas promulgadas após a Segunda Guerra Mundial, contêm algum dispositivo sobre a eficácia e a aplicabilidade dos direitos fundamentais. Na maioria das vezes, essas cláusulas são reações a experiências anteriores, especialmente a concepções que encaravam os direitos fundamentais como dispositivos sem caráter normativo, que não vinculavam os poderes públicos e não conferiam direitos subjetivos aos cidadãos contra o Estado. (SILVA, 2005; p. 69)

Assim, surgiram dispositivos tais como os supramencionados constantes nas Constituições da Alemanha (Lei Fundamental de 1949) e de Portugal (1976) bem como o §1º do art. 5º da Constituição Federal do Brasil de 1988 também já mencionado.

A partir daí cabe saber se a “eficácia e a aplicabilidade dos direitos fundamentais” ora citadas por Virgílio Afonso da Silva se estenderia ou não às relações entre particulares. Para isso, o mesmo autor aponta três possibilidades.

A primeira seria uma modelo de negação de efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas. Essa posição, embora minoritária, se justifica pela concepção clássica na qual a função principal dos direitos fundamentais seria a proteção dos indivíduos contra o poder do Estado. Assim, os defensores desse modelo “radicalizam e absolutizam esse argumento” para afirmar que os direitos fundamentais são “única e exclusivamente”, uma defesa dos cidadãos contra o Estado. Jamais contra particulares entre si. (SILVA, 2005; p. 70-71)

Ressalte-se que tal posição remete à chamada primeira dimensão de direitos pautada na ideia de liberdade, no sentido clássico, logo:

A vinculação essencial dos direitos fundamentais¹ à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos, nos conduzirá sem óbices ao significado de universalidade inerente a esses direitos com ideal da pessoa humana. A universalidade se manifestou pela primeira vez, qual descoberta do racionalismo francês da Revolução, por ensejo da célebre Declaração dos Direitos do Homem de 1789. (BONAVIDES, 2004; p.562)

Mas o que significa liberdade? J.J Gomes Canotilho, bem pontua, a dificuldade em conceituar “liberdades”. O autor afirma que as liberdades, no entanto, podem ser caracterizadas como posições fundamentais subjetivas de natureza defensiva. Identificam-se, assim, com direitos e ações negativas, como verdadeiros direitos de defesa, tendo como traço distintivo em relação às expressões “direitos” e “garantias”, a alternatividade de comportamentos, ou seja, a possibilidade de escolha de um comportamento pelo indivíduo, conforme sua própria vontade. (CANOTILHO, 2003;p.1259-1260)

Percebe-se, desta feita, que a autonomia da vontade está diretamente relacionada à liberdade enquanto direito fundamental. Afinal, “a possibilidade de escolha de um comportamento pelo indivíduo”, nada mais é, do que a possibilidade de exteriorizar a autonomia da vontade do indivíduo.

A autonomia da vontade princípio basilar do direito privado, para esse modelo que nega os efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, não seria

¹ Paulo Bonavides entende que os direitos fundamentais são “aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais” (2004;p.560).

hierarquicamente inferior às normas constitucionais, por consequência, às normas de direitos fundamentais. Ora, “essa hierarquia normativa não implica uma hierarquia axiológica e que, por isso, o prestígio dos valores constitucionais e sua supremacia em relação a outros valores do ordenamento não são uma decorrência lógica da posição formalmente superior da constituição.” (SILVA, 2005; p. 70-71)²

Logo, a supremacia da Constituição não corresponde à supremacia dos valores fundamentais nela contida, uma vez que tais valores não adquirem superioridade apenas pelo fato de estarem dispostos na constituição. Assim, não implica dizer que haverá uma imposição automática dos valores constitucionais em face das outras normas infraconstitucionais em geral. Sendo possível, às vezes, que os valores constitucionais tenham preferência, mas também é possível que tal preferência seja dada aos valores de direito privado, numa relação de coordenação e não de hierarquia. (SILVA, 2005; p. 72)

O segundo modelo é aquele que defende que os direitos fundamentais podem sim, produzir efeitos em face de particulares, porém de forma indireta. Isso se dá em decorrência do reconhecimento de um direito geral de liberdade. Ora, o direito à liberdade, pelo modelo anterior, foi colocado como principal entrave à produção de efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas. E, agora, nesse segundo modelo, a liberdade constitui impeditivo para a produção direta de efeitos dos citados direitos no campo privado. Isso porque:

(...)esse direito geral de liberdade inclui também a liberdade, de que devem gozar os participantes em uma relação de direito civil, de “evitar” as disposições de direitos fundamentais que, para a ação estatal, são incontornáveis. Sem essa liberdade de contornar a aplicabilidade dos direitos fundamentais, a liberdade contratual ficaria comprometida. (SILVA, 2005, p. 75)³

Isso significa que os direitos fundamentais no âmbito privado poderiam ser relativizados em favor de um direito fundamental à autonomia da vontade e à responsabilidade individual. Havendo, portanto, uma postura dualista dos direitos fundamentais. Sendo que, de um lado, garantem direitos subjetivos contra o Estado e, de outro, garantem a liberdade contratual entre particulares e a autonomia do direito privado. (SILVA, 2005; p.76)

Para que haja a conciliação entre direitos fundamentais e direito privado, é necessário que haja a “influência” dos direitos fundamentais nas relações privadas “por intermédio” do material normativo do próprio direito privado. Isso pressupõe uma conformação entre a concepção de direitos fundamentais como sistema de valores com a existência das chamadas

² Virgílio Afonso da Silva retrata o posicionamento de Uwe Diederichsen na obra *Die Rangverhältnisse zwischen den Grundrechten und dem Privatrecht* e afirma que tal posição é defendida por muitos civilistas brasileiros. (SILVA, 2005; p. 72)

³ O autor tomou por base o posicionamento de Günter Dürig em sua obra *Grundrechte und Zivilrechtsprechung*.

cláusulas gerais. Que nada mais são do que “portas de entradas” dos direitos fundamentais no direito privado. (SILVA, 2005; p. 76)

Mas o que vem a ser essas cláusulas gerais? Na verdade, essas cláusulas são verdadeiros conceitos abertos cujo conteúdo será definido a partir da valoração do aplicado do direito. Tal valoração deve se fundar no “sistema de valores consagrados pela constituição”. São por meio dessas cláusulas que os direitos fundamentais se inserem no âmbito privado, produzindo seus efeitos. Dessa forma, o modelo de eficácia indireta dos direitos fundamentais visou manter a independência do direito privado em relação às normas constitucionais. (SILVA, 2005; p. 79).

Ressalte-se que esse modelo foi apresentado na Alemanha, por meio do caso *Lüth*, ocorrido em 1950 quando Erich Lüth, presidente de uma associação de imprensa em Hamburgo, na Alemanha, defendeu um boicote ao filme “Unsterbliche Geliebte (Amantes imortais)” do diretor Veit Harlan, em uma conferência envolvendo diversos produtores e distribuidores de filmes. O referido diretor, na época do regime nazista, havia dirigido filmes anti-semitas e de disseminadores das ideias do nazismo.

Por esse motivo, o produtor do filme ajuizou ação contra Lüth requerendo indenização e a proibição de continuar defendendo o supramencionado boicote.⁴ Lüth perdeu nas primeiras instâncias, levando a demanda para o Tribunal Constitucional Alemão que anulou as decisões inferiores sob o argumento de que elas feriam a livre manifestação do pensamento de Lüth. Essa decisão teve por fundamento a exigência de interpretação do §826 do Código Civil alemão, em relação ao conteúdo da expressão aberta “bons costumes”. Segundo o Tribunal Constitucional toda disposição de direito privado deve ser interpretada sob a luz dos direitos fundamentais. A cláusula de “bons costumes” deve funcionar, segundo o Tribunal, como uma das “portas de entrada” dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. (SILVA, 2005; p. 80)

Frise-se que o modelo de eficácia indireta dos direitos fundamentais é o mais aceito entre os Estados de Direito Ocidentais. Contudo, há críticas sobre esse modelo, sobretudo, em relação à insuficiência das cláusulas gerais, como bem explica, Claus-Wilhelm Canaris:

Para além disto, a ideia de que as normas do direito privado só são de controlar, na sua conformidade com os direitos fundamentais, “por meio” das normas do direito privado também não faz sentido na sua realização prática. Permitam-me que torne isto claro dando um exemplo. Segundo o §564b, n.º 1, do BGB, o locador apenas pode denunciar um contrato de arrendamento para habitação se tiver um interesse legítimo na sua cessação. Saber se este regime atenta contra direitos fundamentais do locador, é algo que o Tribunal Constitucional Federal apurou na medida em que, sem rodeios,

⁴ Com base no §826 do Código Civil alemão: Aquele que, de forma contrária aos bons costumes, causa prejuízo a outrem, fica obrigado a indenizá-lo.

a confrontou imediatamente com o artigo 14.º da LF, e procedeu neste quadro a uma ponderação de proporcionalidade. Se, diversamente, se aplicasse a teoria da vinculação apenas mediata do legislador de direito privado, teria de procurar-se uma norma de direito ordinário “mediante” a qual o artigo 14.º da LF pudesse ter efeitos sobre o §564b do BGB. Para tal, bem se poderia de considerar apenas a cláusula geral do §903 do BGB, segundo a qual o proprietário de uma coisa pode proceder com ela como entender e excluir qualquer intervenção dos outros. Este preceito contém, todavia, a restrição expressa de só valer “na medida em que a lei ou direito de terceiro se não oponham”. Ora, aqui é este justamente o caso, já que o §564b do BGB é, evidentemente, uma “lei” neste sentido. Teríamos, pois, antes de mais, de afastar interpretativamente esta limitação, ou de a relativizar de algum modo, lendo-a “à luz” do artigo 14.º da LF. (CANARIS, 2009;p. 30-31)

Protege-se, portanto, a autonomia da vontade, porém às custas do esvaziamento dos direitos fundamentais, uma vez que a mediação, como bem demonstrou Canaris, nem sempre é viável. Nem na Alemanha, nem no Brasil.

Por fim, Virgílio Afonso da Silva aponta o modelo de eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares que defende uma aplicação direta desses direitos nos moldes como ocorre nas relações entre Estado e particulares, sem a necessidade de intermédio da legislação infraconstitucional para a produção de efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Com base em Nipperdey, pioneiro na defesa desse modelo, SILVA coloca que:

(...)os direitos fundamentais têm *efeitos absolutos*⁵ e, nesse sentido, não carecem de mediação legislativa para serem aplicados a essas relações. Mas, mais do que isso, esse *efeito absoluto* dos direitos fundamentais faz com que sejam também desnecessárias “artimanhas interpretativas” para aplicá-los em relações que não incluam o Estado como ator. (SILVA, 2005; p. 87) (grifo do autor)

Sendo assim, resta saber se os direitos fundamentais irradiam efeitos nas relações privadas visando à proibição de intervenção ou se somente produz efeitos como normas principiológicas. Canaris (2009;p. 32-33) afirma que aos direitos fundamentais reserva-se apenas a função de imperativo de tutela em face do legislador de direito privado, a partir da dicção do seu art. 1º, n.3 da Constituição alemã: “os direitos fundamentais que se seguem vinculam a legislação, o poder executivo e a jurisdição como direito imediatamente vigente”. O autor justifica sua afirmação dizendo:

São comuns a estas posições três pontos. Em primeiro lugar, elas querem dar conta do argumento, há muito conhecido, segundo o qual no direito privado se opõem, tipicamente, titulares de direitos fundamentais dos dois lados da relação. Por isso tendem, em segundo lugar, a controlar as normas de direito privado, não segundo os padrões exigentes da “proibição do excesso”, mas, antes, a submetê-las, nessa medida, a exigências mais fracas. E elas são marcadas, em terceiro lugar, por um forte cepticismo relativamente à tese de que o entendimento dos direitos fundamentais como proibições de intervenção é sustentável no contexto em questão. (CANARIS,

⁵ “O que Nipperdey, em suma, quer dizer com *efeitos absolutos* nada mais é do que o que aqui e em boa parte da doutrina se tem chamado de aplicabilidade direta dos direitos fundamentais às relações privadas”. (SILVA, 2005; p.89)

2009; p.33)

Isso se deve ao fato das relações no direito privado, à semelhança do ocorre entre Estado e particulares, possuírem uma natureza ofensiva que precisa ser contida à luz da proibição de excesso. Assim, o imperativo da intervenção dos direitos fundamentais também pode ser estendido para as normas de direito privado e, por consequência, para as relações entre particulares. (CANARIS, 2009; p. 33-34)

As normas constitucionais, portanto, não necessitam de normas intermediárias, podendo ser aplicadas diretamente nas relações privadas, o que significa que o particular pode recorrer aos direitos fundamentais para fazê-los valer contra atos de outro particular. (SILVA, 2005; p. 90)

SILVA, entretanto, faz a seguinte ressalva:

É preciso que se esclareça, contudo, que o modelo de aplicabilidade direta dos direitos fundamentais às relações entre particulares não implica que todo direito fundamental necessariamente seja aplicável a tais relações. (...) Ele (o modelo) apenas sustenta que *se* o direito fundamental for aplicável às relações entre particulares, *então* essa aplicação será direta. Mas o modelo não exclui a possibilidade de que alguns direitos sejam aplicáveis somente nas relações cidadãos-Estado. (SILVA, 2009; p. 91)

A crítica que se faz a esse modelo, é justamente, de restringir a autonomia privada, uma vez que há possibilidade de mitigação desta em face da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Sendo por isso, que essa teoria é minoritária em quase todos os países que reconhecem a aplicabilidade dos direitos fundamentais entre particulares.

No Brasil, como já dito anteriormente, o constituinte originário se omitiu quanto ao fato dos direitos fundamentais terem uma aplicação direta ou indireta, uma vez que se restringiu a dispor apenas que “os direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata” (art. 5º, §1º, da CF). Ora, sendo assim, como trabalhar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nesse contexto? Em uma perspectiva de direito comprado, como os portugueses a partir de sua Constituição atual tem trabalhado a eficácia horizontal dos direitos fundamentais? É o que se passa a discutir no próximo capítulo.

4. EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A AUTONOMIA PRIVADA SOB UMA PERSPETIVA LUSO-BRASILEIRA

Canotilho afirma que o sistema jurídico do Estado de direito democrático português é um sistema normativo aberto de regras e princípios e explica:

Este ponto de partida carece de descodificação: (1) é um sistema jurídico porque é um sistema dinâmico de normas; (2) é um sistema aberto porque tem uma estrutura

dialógica (Caliess), traduzida na disponibilidade e capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da verdade e da justiça; (3) é um sistema de regras e princípios, pois as normas dos sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a sua forma de regras. (CANOTILHO, 2003; p. 1159)

A partir das considerações acima, é possível considerar a Constituição brasileira como um sistema aberto de regras e princípios, de forma que a eficácia e a aplicabilidade de suas normas, que sempre envolvem um processo decisório do intérprete, também estão relacionadas à estrutura normativa e aos vínculos impostos pelo texto constitucional. (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2015; p. 363).

Assim, quando a Constituição brasileira em art. 5º, §1º dispõe que os direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata, não significa dizer que a eficácia jurídica dessas normas constitucionais é idêntica. A aplicabilidade imediata, nesse caso, significa que um direito fundamental “não poderá ter sua proteção e fruição negadas pura e simplesmente por conta do argumento de que se trata de direito positivado como norma programática⁶ e de eficácia meramente limitada” (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2015; p. 363).

A aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais também é uma máxima que se encontra expressa na Constituição portuguesa atual em seu art. 18º, I: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

Assim como ocorre na Constituição brasileira de 1988, a aplicação direta dos direitos, liberdade e garantias na Constituição portuguesa significa que eles podem ser aplicados não apenas de forma independente da intervenção legislativa, mas também “valem diretamente contra a lei”, quando esta estabelecer restrições em desconformidade com a constituição. (CANOTILHO, 2003; p. 1179)

Percebe-se, no entanto, que a Constituição portuguesa de 1976 deixou bem claro que os direitos, liberdades e garantias constitucionais não só possuem aplicação imediata, mas tem como destinatários tanto entidades públicas como privadas. Isso quer dizer que os efeitos dos direitos fundamentais deixam apenas em face do Estado e passam a alcançar as relações privadas.

⁶ “Em virtude da eficácia vinculativa reconhecida às normas programáticas deve considerar-se ultrapassada a oposição estabelecida por alguma doutrina entre norma jurídica actual e norma programática (aktuelle Rechtsnorm-Programmsatz): todas as normas são actuais, isto é, têm uma força normativa independente do acto de transformação legislativa. (...) Problema diferente é o de saber em que termos uma norma constitucional é susceptível de aplicação directa e em que medida é exequível por si mesmo”. (CANOTILHO, 2003;p. 1176)

A Constituição Federal do Brasil de 1988, ao contrário da Constituição Portuguesa, não trouxe expressamente em seu texto nada acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Contudo, SARLET, MARINONI, MITIDIERO (2015; p.372) afirmam que há:

(...) uma substancial convergência de opiniões no que diz com o fato de que também na esfera privada ocorrem situações de desigualdade geradas pelo exercício de um maior ou menor poder social, razão pela qual não podem ser toleradas discriminações ou agressões à liberdade individual que atentem contra o conteúdo em dignidade d pessoa humana dos direitos fundamentais, zelando-se, de qualquer modo, pelo equilíbrio entre estes valores e os princípios da autonomia privada e da liberdade negocial e geral que, por sua vez, não podem ser completamente destruídos

Por essa razão que no Direito brasileiro tem prevalecido o entendimento de que os direitos fundamentais produzem sim, efeitos nas relações privadas. Contudo, assim como em Portugal, no Brasil não há um consenso acerca do modelo de eficácia horizontal mais coerente com o sistema constitucional respectivo: o modelo da eficácia horizontal mediata ou imediata.

Canotilho ao se referir à Constituição Portuguesa atual coloca que:

Para além disso, e ao contrário do disposto no art. 1º/3 da Grundgesetz alemã, onde apenas se diz que os direitos fundamentais vinculam os poderes legislativo, executivo e judicial a título de direito diretamente aplicável, a Constituição Portuguesa consagra inequivocadamente a eficácia imediata em relação a entidades privadas (art. 18º/1). (CANOTILHO, 2003;p. 1288)

Contudo, o problema da eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada tende, hoje, a uma superação da dicotomia eficácia mediata/eficácia imediata em prol de soluções diferenciadas. Essa eficácia, portanto, para ser compreendida, deve considerar a multifuncionalidade ou pluralidade de funções dos direitos fundamentais, de forma tornar possível soluções diferenciadas e adequadas conforme o direito fundamental que estiver em discussão no caso concreto. (CANOTILHO, 2003;p. 1289)

Diante disso, é possível deduzir que essa procura de soluções diferenciadas deve levar em consideração a especificidade do direito privado, por um lado, e o significado dos direitos fundamentais na ordem jurídica global do outro. Assim, evita-se que as entidades publicas se apropriem das relações privadas para transformarem a autonomia privada em um concentrado de deveres “harmonizatórios”. (CANOTILHO, 2003;p. 1289)

Aqui, no Brasil, tanto na doutrina quanto na jurisprudência têm prevalecido a tese de que, em princípio, os direitos fundamentais geram uma eficácia *prima facie* na esfera privada. (SARLET, MARINONI, MITIDIERO 2015; p.374) .Tanto é que o STF julgou em 2005, por maioria dos votos, pela procedência do reconhecimento da incidência dos direitos fundamentais

em face de uma entidade particular para garantir o devido processo legal e da ampla defesa em um caso sobre o afastamento compulsório de associado de entidade privada.⁷

Na mesma esteira, foi a decisão do STF no RE 161.243, envolvendo um funcionário brasileiro da Companhia aérea *Air France*, ao qual alguns benefícios não haviam sido estendidos nos termos do plano de carreira da empresa previa, em decorrência da distinção de tratamento dada pela empresa a funcionários franceses e brasileiros. O STF decidiu, portanto, que o princípio da igualdade deve ser respeitado em qualquer relação, não admitindo relativização.

A crítica que se faz a essa decisão do STF é o grau de generalização da decisão que intenta criar um padrão de solução em relação ao desrespeito do princípio da igualdade das relações entre particulares sem levar em consideração as peculiaridades do caso concreto. (SILVA, 2005; p. 94)

Vê-se que não se segue o posicionamento de Canotilho no que tange às soluções diferenciadas, contudo, se aplica diretamente os direitos fundamentais nas relações privadas, desconsiderando a autonomia privada, quase que por completo.

Por essa razão, Virgílio Afonso da Silva não entende ser mais adequado ao sistema constitucional do Brasil a utilização do modelo da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Isso porque, da forma como costuma ser aplicado no Brasil, os operadores do Direito intentam enquadrar situações, muitas vezes, díspares, nesse modelo sem flexibilidade. A solução, portanto, residiria no formato de solução diferenciada a partir de um modelo flexível capaz de envolver distintas configurações de problemas. (SILVA, 2005; p. 134)

Nesse sentido, é preciso conciliar os direitos fundamentais, de um lado, e a liberdade individual, em especial a autonomia provada, de outro. Assim, a partir dessa conciliação, ambos os lados terão que ser relativizados. (SILVA, 2005; p. 143)

Assim, Silva coloca que o ponto de partida para a criação de um modelo adequado aos pressupostos supramencionados é o modelo de três níveis do alemão Robert Alexy. O autor brasileiro, porém, não intenta a mera transposição do modelo alemão para o sistema constitucional brasileiro, mas sim criar um modelo mais adequado ao Direito constitucional brasileiro a partir do modelo proposto por Alexy, como bem explica, a seguir:

Uma resposta adequada, é aquela que consegue reunir elementos de todos os outros modelos. Para tanto é necessário um modelo em três níveis, que seriam: (1) o do dever estatal; (2) o dos direitos em face do Estado; e (3) o das relações jurídicas entre particulares. Em cada um desses níveis, um dos modelos por ele considerado teria um papel determinante. Essa seria a forma de conciliar todos eles. (SILVA, 2005; p.144)

⁷ STF, RE 201.819/RJ, rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Ferreira Mendes, julgamento: 11.10.2005, disponível em: www.stf.jus.br (caso da União dos Compositores do Brasil)

O nível do “dever estatal” seria aquele em que o modelo de efeitos indiretos entraria em cena. O cerne nessa fase é a ideia de ordem de valores, tendo em vista que os direitos fundamentais formam uma ordem objetiva de valores que serve para todos os ramos do direito, é dever do Estado respeitar esses valores tanto na legislação infraconstitucional, em especial a de direito privado, como também na aplicação judicial desse direito. (SILVA, 2005; p. 145).

No segundo nível, que corresponde aos direitos em face do Estado, são resolvidos casos em que um particular viola o direito fundamental de outro. Nessa hipótese, caso o Estado não vede a ação do particular violador, ele próprio estaria a violar a proteção que os particulares têm. (SILVA, 2005; p. 145)

Por fim, tem-se o nível da aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares nos moldes já realizado pela jurisprudência brasileira como supramencionado. (SILVA, 2005; p. 145) Como uma diferença: nesse nível, a aplicação direta se dá a partir das peculiaridades do caso concreto e não, como uma fórmula genérica que visa responder a todo e qualquer problema que envolva a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

O professor Virgílio Afonso da Silva faz uma ressalva importante quando a utilização desse modelo de três níveis:

Mas, ao contrário do que Alexy sustenta, não é sempre um mero problema de conveniência e oportunidade na argumentação jurídica a opção por um dos níveis do modelo de três níveis. Há circunstâncias externas à argumentação, especialmente o material normativo disponível, que condicionam a opção por um ou outro dos níveis. Assim, em boa parte dos casos, a escolha por efeitos indiretos ou por uma aplicação direta não depende exclusivamente de estratégias argumentativas, mas da existência ou não de mediação legislativa entre os direitos fundamentais e a relação entre particulares. (SILVA, 2005; p. 145)

Em relação ao primeiro nível, o direito privado deve servir de transporte dos direitos fundamentais às relações privadas, o que só é possível a partir de uma interpretação dos dispositivos do direito privados sempre à luz dos princípios constitucionais. Dessa forma, acredita-se otimizar ao máximo a autonomia privada (SILVA, 2005; p. 147) .

Contudo, há casos em que a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais às relações privadas é inevitável. Cabe saber, como conciliar, nesses casos, a autonomia da vontade com os direitos fundamentais. Silva acredita que a solução está na ideia de princípios formais que nada mais são do que normas e validade, caracterizando-se pelo fato de que fornecem razões para obediência a uma norma, independente do conteúdo desta. (SILVA, 2005; p. 148)

É essa função, portanto, que a autonomia da vontade desempenha no âmbito das relações privadas, pois:

(...) da mesma forma que a competência decisória do legislador fornece razões para que suas decisões sejam respeitadas, mesmo nos casos em que há restrições a direitos fundamentais em decorrência de uma lei ou outro ato legislativo - , a autonomia privada é o princípio (meramente formal) que fornecerá razões para que um ato de vontade entre particulares, ainda que restrinja direitos fundamentais de uma ou ambas as partes, seja aceito e considerado como válido. (SILVA, 2005; p. 149)

Dessa forma, autonomia da vontade sendo um princípio, mesmo que formal, ela deve ser realizada na maior medida possível dentro das condições fáticas e jurídicas do caso concreto. Afinal, enquanto princípio, a autônoma da vontade também deve ser considerada um mandado de otimização. (SILVA, 2005; p. 153)

A otimização do princípio da autonomia da vontade não se dá nem pelo sopesamento nem pela proporcionalidade. Considerando o fato da autonomia da vontade ser um princípio formal, ela funciona como razões para a garantia de certas competências⁸. Tal garantia pode ser relativizada por diversos fatores como o desequilíbrio na relação entre particulares, porém quando não houver nenhum desses fatores, deve-se partir de uma precedência *prima facie* da autonomia da vontade frente a eventuais direitos fundamentais envolvidos. (SILVA, 2005; p. 159)

Assim, explica SILVA (2005;159-160):

Essa precedência, por ser apenas *prima facie*, pode ser revertida. O fator mais importante para tal reversão é a intensidade da restrição aos direitos fundamentais envolvidos na relação. Ainda que haja simetria de poderes e real exercício da autonomia privada em uma determinada relação entre particulares, o peso do princípio formal expressado pela autonomia privada tende a ser menor quanto maior for a intensidade da restrição aos direitos fundamentais envolvidos. Assim, os argumentos contra a autonomia privada são tão maiores quanto maior for a intensidade da limitação ao direito fundamental envolvido. (SILVA, 2005; p. 159-160)

Com sua proposta, o professor Virgílio Afonso da Silva tentou discutir “alguns lugares” no que tange à eficácia horizontal dos direitos fundamentais, trazendo reflexões e possibilidades de soluções para o alinhamento mais equânime entre a autonomia da vontade e os direitos fundamentais.

Percebe-se, portanto, que ao comparar o tratamento dado a essa eficácia tanto no Brasil como em Portugal, encontra-se pontos em comum. Como por exemplo, o consenso acerca da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas e as questões acerca de como realizar tal aplicação. Afinal, demonstrou-se que tanto em Portugal como no Brasil já se discute a necessidade de um modelo de eficácia horizontal pautado em soluções diferenciadas a partir do

⁸ Silva utiliza o conceito de competência de Alexy segundo o qual “um sujeito de direito A tem uma competência em face do sujeito de direito B quando, com base nessa competência, A pode alterar uma posição jurídica de B. Isso significa, por outro lado, que o sujeito de direito B encontra-se, em face de A, em uma posição de sujeição”. (SILVA, 2005; p. 150)

caso concreto. Já que os modelos que buscam a generalização de soluções tendem a enrijecer a autonomia da vontade, esvaziando, assim, um princípio basilar das relações privadas que compõem o conteúdo do direito fundamental à liberdade, base jurídica dos Estado de Direito do Ocidente.

5. CONCLUSÃO

Diante do exposto, percebe-se que os direitos fundamentais não são tidos apenas como instrumentos de proteção em face dos possíveis abusos perpetrados pelo Estado. Hoje, tornou-se necessário reconhecer a capacidade protetiva desses direitos nas relações entre particulares.

Assim, a problemática dos limites e possibilidades de uma eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas conquistou lugar de destaque na agenda jurídica das academias ao redor do globo, inclusive no Brasil.

Demonstrou-se que a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais já é uma realidade no texto constitucional pátrio, porém a forma como se dá esta vinculação, ainda é um ponto controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência brasileiras.

Essa realidade não é uma prerrogativa do Brasil, como se buscou demonstrar no presente estudo. As Constituições alemã (Lei Fundamental) e portuguesa (1976) também trouxeram a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, porém elas foram além. Trouxeram de forma expressa que tal vinculação deve alcançar os particulares, embora também tenham se omitido quanto à forma dessa vinculação.

Nesse particular, a doutrina em geral permeia entre os que defendem a tese da eficácia mediata (indireta) e os que sustentam uma eficácia imediata dos direitos fundamentais em face dos particulares. Há ainda parcela da doutrina – minoritária – que advoga a tese da impossibilidade de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais em proteção ferrenha à autonomia da vontade.

A partir de uma perspectiva luso-brasileiro, estudou-se como vem sendo tratado o tema tanto pelo sistema constitucional português, tendo como base o constitucionalista J.J. Gomes Canotilho; como pelo sistema constitucional brasileiro, a partir da análise do professor Virgílio Afonso da Silva.

Percebeu-se que as discussões têm como ponto em comum a concordância acerca da necessidade de soluções diversificadas a partir do caso concreto.

Enquanto, o professor Virgílio Afonso da Silva sugere uma releitura da teoria dos três níveis do Robert Alexy, promovendo uma adequação ao sistema constitucional brasileiro como

possível caminho a ser traçado para se alcançar uma relação isonômica entre autonomia da vontade e direitos fundamentais nas situações de conflitos entre esses valores.

O professor Canotilho acredita que a problemática da eficácia horizontal se encontra na função de proteção dos direitos fundamentais, ou seja, as normas portuguesas consagradoras dos direitos fundamentais constituem ou transportam princípios de ordenação objetiva que também são eficazes na ordem jurídica privada. (CANOTILHO, 2003; p. 1289)

Logo, pontua o autor português, a referida eficácia, para ser melhor compreendida, deve-se levar em consideração multifuncionalidade ou pluralidade de funções de direitos fundamentais, de forma a possibilitar soluções diferenciadas e adequadas, consoante o direito fundamental que estiver em discussão no caso concreto. (CANOTILHO, 2003; p. 1289)

O presente trabalho, portanto, não teve por objetivo exaurir a discussão sobre o tema ou mesmo apontar soluções definitivas para os problemas ora levantados. Na verdade, o principal objetivo desse estudo foi discutir os caminhos que estão sendo trilhados pelos juristas brasileiros e portugueses em direção à solução do problema da autonomia da vontade diante da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 4 ed. rev. ampl. e atual.. São Paulo: Globo, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 8 ed.. São Paulo: Malheiros, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14 ed.. São Paulo: Malheiros, 2004.

CANARIS, Claus- Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2ª Reimpressão. Lisboa: Almedina, 2009.

CANOTILHO, J.J Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. 19 reimp. Lisboa: Almedina, 2003

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **Federalismo e descentralização territorial em perspectiva comparada: os sistemas do Brasil e da Espanha**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2012.

SARLET, Ingo. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015

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

TOCQUEVILLE, Alexy. **A Democracia na América.** 2 ed.. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia, 1998.