III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

JOSÉ FERNANDO VIDAL DE SOUZA

RIVA SOBRADO DE FREITAS

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Copyright © 2021 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal 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
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente:
Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

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

---

D597

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: José Fernando Vidal De Souza; Lucas Gonçalves da Silva; Riva Sobrado De Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-318-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos. 3. Garantias. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

O III Encontro Virtual do CONPEDI sob o tema “Saúde: segurança humana para democracia”, promoveu a terceira edição dentro das inovações criadas pela diretoria, para realização por meio digitais com a divisão dos já tradicionais Anais do Evento com seus Grupos de Trabalho.

No presente GT encontram-se as pesquisas desenvolvidas em vários Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, com artigos selecionados por meio de avaliação por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na divulgação do conhecimento e formação do estado da arte na área dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Valorosas contribuições teóricas e relevantes inserções na realidade brasileira emanam da reflexão trazida pelos professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o Brasil. Os artigos mostram um pouco da temática, “Saúde: segurança humana para democracia”.

Temas sensíveis, foram apresentados, por meio de artigos, resultado de pesquisas e abordagens relevantes ao conhecimento científico que propuseram reflexões sobre aspectos da Dignidade Humana de setores sociais marginalizados, cuja vulnerabilidade se potencializou em face da pandemia de Covid-19, como por exemplo: catadores de material reciclado; pessoas idosas; pessoas com deficiência, para além dos imigrantes que aportaram no Brasil nesse período.

Os trabalhos também tocaram a importância das políticas públicas para a proteção das crianças e adolescentes em face das desigualdades sociais, acirradas em razão da pandemia, onde foram considerados os impactos da interseccionalidade racial, étnica e de gênero. Nesse contexto foram abordadas inclusive as vulnerabilidades específicas das filhas e filhos de imigrantes e refugiados nesse período.

Os artigos apresentados trataram de temas, que nesse momento de pandemia ganharam especial relevância, tais como: Liberdade de Expressão e seus possíveis limites e o Direito ao Esquecimento, cuja utilização equivocada pode ocasionar violência à dignidade pessoal ou coletiva. Em contexto de violência também a violência contra mulher foi objeto de discussão nesses artigos apresentados, demonstrando o seu aumento no espaço doméstico, nesse período de confinamento.

Ressaltamos, com igual relevância os trabalhos que discutiram o papel do Estado Democrático de Direito em face da eficácia material dos Direitos Fundamentais, quer flexibilizando patentes em tempos de pandemia, quer atuando para garantir o Direito Fundamental à Saúde, inclusive considerando os transtornos mentais que emergiram com força nesse período. Também foram colocados em discussão os limites do ativismo judicial.

Assim como foi seguramente um momento ímpar a Coordenação do GT, organizando a apresentação dos trabalhos, acreditamos que tem valor científico positivo, ao leitor ou leitora, a experiência de aprofundar o pensamento daqueles que souberam cativar o solitário momento da leitura e da meditação, para colocar à prova as várias teses defendidas naqueles dias do CONPEDI VIRTUAL de 2021.

Divulgar a produção científica colaborativa socializa o conhecimento e oferece à sociedade nacional e internacional o estado da arte do pensamento jurídico contemporâneo aferido nos vários centros de excelência que contribuíram no desenvolvimento pessoal e profissional dos autores e autoras do presente GT.

Por fim, nossos agradecimentos ao CONPEDI pela honra a que fomos laureados ao coordenar o GT e agora, pela redação do Prefácio, que possui a marca indelével do esmero, da dedicação e o enfrentamento a todas as dificuldades que demandam uma publicação de qualidade como a presente.

Organizadores:

Prof. Dr. José Fernando Vidal De Souza

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva

Prof. Dra. Riva Sobrado de Freitas

DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE DIREITO PRIVADO: CUSTOS PARA O ESTADO NA IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS DURANTE A CRISE ECONÔMICA DO COVID-19

FUNDAMENTAL RIGHTS IN PRIVATE LAW RELATIONS: COSTS FOR THE STATE IN IMPLEMENTING RIGHTS DURING THE COVID-19 ECONOMIC CRISIS

Liziane Parreira [1]

Resumo

A eficácia dos direitos fundamentais é um tema importante, um rol extenso de direitos não tem validade se na prática não alcançam seu objetivo. A dicotomia entre direito público e direito privado começa a perder a rigidez. Não é mais possível analisar o Direito como algo indivisível e que seja distante das questões da democracia principalmente em tempos de pandemia, pois para a implementação há um custo que o Estado, muitas vezes, não consegue arcar. Uma crise econômica sempre deixará marcas e mudará a dinâmica do Estado e dos direitos fundamentais que acabam sendo o pilar na reconstrução da cidadania.

Palavras-chave: Palavras-chaves: direitos fundamentais, Direito privado, Democracia, Crise econômica, Pandemia

Abstract/Resumen/Résumé

The effectiveness of fundamental rights is an important issue, an extensive list of rights, is not valid if in practice they do not achieve their objective. The dichotomy between public and private law begins to lose its rigidity. The law is not an indivisible thing and it distances itself from the issues of democracy, especially in times of pandemic, since for the implementation there is a cost that the State. An economic crisis will always leave marks and change the dynamics of the State with fundamental rights that end up being the pillar of the reconstruction of citizenship.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights, Private right, Democracy, Economic crisis, Pandemic

[1] Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Nove de Julho. Mestre em Direito. Professora Universitária e Advogada.

1. Introdução

Os direitos fundamentais de primeira dimensão começaram a ser reivindicados na Revolução Francesa com a finalidade de diminuir a interferência estatal na vida privada. Nascem, assim, os direitos fundamentais de liberdade. Posteriormente, com a evolução do pensamento marxista surge a proteção aos direitos sociais consubstanciados no que se convencionou chamar de segunda dimensão dos direitos fundamentais. Atualmente não se discute mais acerca da existência da terceira dimensão, voltada para os direitos de solidariedade, de titularidade difusa ou coletiva, com o escopo de assegurar proteção não ao homem isoladamente considerado, mas de toda uma coletividade ou de um grupo. Fala-se, hodiernamente, da existência de uma quarta dimensão de direitos que cuida dos direitos de preocupação global, como o futuro da cidadania e da liberdade de todos os povos. E há, ainda, aqueles que cogitem a existência de uma quinta dimensão.

Logo, os direitos fundamentais estão além do liame da mera proteção da intervenção estatal em face dos direitos fundamentais. Durante séculos imaginou-se que os direitos supracitados seriam apenas oponíveis ao próprio Estado, talvez seja esta a principal razão da irradiação dos direitos fundamentais na relação *inter privatos*.

A Constituição não é mais vista como algo distante e apenas como um instrumento norteador de direitos e obrigações, mas como um verdadeiro mapa emancipatório capaz de produzir profundas modificações na sociedade.

O presente artigo tem o objetivo de analisar, através do método hipotético-dedutivo, a maneira como os direitos fundamentais incidem nas relações de direito privado, além de fazer uma breve análise dos custos de implementação dos direitos fundamentais, principalmente em tempos de crise econômica como a da pandemia global do Covid-19. O Estado não consegue amparar a todos, uma vez que, os custos para produzir todos os direitos evocados na segunda e terceira dimensão estão muito além do interesse e do erário público.

2. A Eficácia das Normas de Direitos Fundamentais

A revisão e formulação da concepção clássica ocorreram com base no pensamento dos principais publicistas italianos e dos publicistas alemães da época de Weimar. Enquanto a concepção clássica praticamente entendia que a grande parte das normas constitucionais não era aplicável de maneira imediata, sem a intervenção do legislador, as novas concepções entendiam que a maioria das normas constitucionais seria diretamente aplicável.

Para José Horácio Meirelles Teixeira toda norma constitucional alcança algum tipo de eficácia, de tal maneira que a eficácia pode ser considerada de natureza gradual. Classifica as normas constitucionais basicamente em dois grupos: normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada ou reduzida. (SARLET, 2008, p.157)

Entende que as normas de eficácia plena são aquelas que produzem desde o momento de sua promulgação todos os seus efeitos, alcança o objetivo do legislador constituinte, incide direta e imediatamente sobre a matéria que trata. Enquanto, as normas de eficácia limitada ou reduzida são aquelas que não produzem seus efeitos no momento da promulgação, porque ainda não foi estabelecida uma normatização sobre a matéria, deixando esta tarefa para o legislador ordinário.

As normas de eficácia plena, para o doutrinador, não necessariamente exaurem a matéria, mas geram de imediato seus efeitos essenciais e as normas de eficácia limitada não se encontram em condições de produzir seus principais efeitos.

José Afonso da Silva (1991, p.73) apresenta a teoria tricotômica para explicar a eficácia das normas constitucionais. Divide as normas em três grupos: as de eficácia plena, de eficácia contida e de eficácia limitada. Tal teoria é a mais conhecida e utilizada nos meios acadêmicos.

As normas de eficácia plena, assim como a classificação dada por José Horácio Meirelles Teixeira, são aquelas possuem aplicabilidade direta, imediata, não dependendo de intervenção do legislador ordinário. Já as normas de eficácia contida são aquelas que também possuem aplicabilidade direta, entretanto, não são totalmente integrais.

Enquanto as normas de eficácia limitada possuem aplicabilidade reduzida e indireta, necessitando de intervenção do legislador ordinário. Essas normas englobam tanto as normas declaratórias de princípios programáticos, quanto às normas de princípios institutivos e organizatórios, que definem a estrutura de determinados órgãos e instituições.

Luís Roberto Barroso (1996, p.79) traz uma classificação interessante referente à eficácia das normas constitucionais. Sua classificação é fundamentada em função da consistência da situação jurídica dos indivíduos em face dos preceitos constitucionais. Formula uma tipologia das normas constitucionais de acordo com a sua função no âmbito da lei fundamental, divididas em três grupos.

O primeiro grupo trata das normas constitucionais de organização, que tem como escopo organizar o exercício do poder político, pois estabelecem uma obrigação objetiva de algo que deve ser feito. Por intermédio destas normas é que serão instituídos os órgãos de soberania. Existirá em toda Constituição uma estrutura normativa própria destinada à ordenação dos poderes estatais, à criação e estruturação de entidades e órgão públicos, à distribuição de suas atribuições, bem como à identificação e aplicação de outros atos normativos. (BARROSO, p.93)

Estas por sua vez, também poderão ser subdivididas em três espécies: i) as que definem as competências de órgão constitucionais, ii) as que criam órgãos públicos e, iii) as que estabelecem normas processuais ou procedimentais.

O segundo grupo traz as normas definidoras de direitos, aquelas que fixam direitos fundamentais dos indivíduos, concentrando-se nos direitos subjetivos. Serão divididas em três situações: i) as prontamente desfrutáveis, ii) as que ensejam a exigibilidade de prestações positivas do Estado e, iii) as que contemplam interesses cuja realização depende da edição de norma infraconstitucional.

Por fim apresenta o último grupo que diz respeito às normas programáticas que delineiam os fins públicos do Estado. Os resultados dessas normas serão transpostos para o futuro, segundo critérios de conveniência e oportunidade. São normas que sempre dependeram da atuação do legislativo, bem como da Administração e do Judiciário. Não resultam para o indivíduo o direito subjetivo de exigir uma determinada prestação.

Os direitos fundamentais, em *stricto sensu*, são definidos como direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual. (DIMOULIS; MARTINS; 2007, p.54)

Contudo, segundo concepção mais ampla, os direitos fundamentais não servem somente para limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual, pois estes também vinculam diretamente as relações entre os particulares. Trata-se, pois, da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Durante muito tempo foi utilizada a ideia trazida pelos direitos fundamentais de primeira dimensão, em que estes serviam como um escudo de proteção, protegendo o indivíduo e evitando o poder abusivo do Estado, sendo daí extraída sua eficácia vertical. A eficácia vertical é a concepção mais clássica acerca dos direitos fundamentais. Através dela podemos limitar o poder estatal, visto que os direitos fundamentais atingem todas as autoridades. Seus direitos em relação ao indivíduo são restringidos.

A Constituição Federal adota os contornos do pensamento de Kelsen, em que temos uma norma superior onde todas as outras a ela estão subordinadas, ou seja, há uma relação vertical de cima para baixo, Estado-indivíduo. O Estado neste caso é o principal destinatário das normas de direitos fundamentais. Certos direitos são exclusivamente dirigidos ao Estado, tais como os direitos políticos, processuais e o direito de nacionalidade.

Tal eficácia é e sempre foi necessária no estado democrático de direito, porém com o surgimento do neoliberalismo a figura do Estado enfraqueceu e as relações privadas ficaram fortalecidas sendo importante a Constituição abranger em seu bojo essas relações e não só as relações entre Estado e indivíduo.

3. A aplicação dos direitos fundamentais na esfera privada

Os direitos fundamentais, em *stricto sensu*, são definidos como direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.

Segundo concepção mais ampla, os direitos fundamentais não servem somente para limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual, pois estes também vinculam diretamente as relações entre os particulares. Trata-se, pois, da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

A eficácia vertical é a concepção mais clássica acerca dos direitos fundamentais. Através dela podemos limitar o poder estatal, visto que os direitos fundamentais atingem todas as autoridades. Seus direitos em relação ao indivíduo são restringidos.

A Constituição Federal adota os contornos do pensamento de Kelsen, em que temos uma norma superior onde todas as outras a ela estão subordinadas, ou seja, há uma relação

vertical de cima para baixo, Estado-indivíduo. O Estado neste caso é o principal destinatário das normas de direitos fundamentais. Certos direitos são exclusivamente dirigidos ao Estado, tais como os direitos políticos, processuais e o direito de nacionalidade.

Tal eficácia é e sempre foi necessária no estado democrático de direito, porém com o surgimento do neoliberalismo a figura do Estado enfraqueceu e as relações privadas ficaram fortalecidas sendo importante a Constituição abranger em seu bojo essas relações e não só as relações entre Estado e indivíduo.

Os direitos fundamentais destinam-se principalmente ao Estado, em seu sentido mais amplo, pois qualquer autoridade ou órgão que exerça competência estatal deve respeitar os direitos do indivíduo. Nesta senda, os direitos fundamentais sempre irão corresponder a deveres de não intervenção na liberdade individual, bem como a deveres de prestação e de manutenção de uma determinada estrutura ou organização. A supremacia da Constituição garante que nenhuma autoridade estatal desrespeitará os direitos fundamentais do indivíduo, o que constitui o tradicional efeito vertical dos direitos fundamentais.

Em sua obra "A Teoria Geral dos Direitos Fundamentais", Dimitri Dimoulis (2007, p.107) explica que:

> Os direitos fundamentais que de forma *imediata* vinculam o Estado trazem também conseqüências a outros titulares pela via *indireta* da apreciação de conflitos que envolvem uma questão relativa a direitos fundamentais por parte do Poder Judiciário. Além do dever de observar a esfera de liberdade individual garantida pelo direito fundamental, o Estado tem o dever de proteger os direitos contra agressões oriundas de particulares. Esse é o espírito que norteia a teoria e dogmática do efeito horizontal e o dever estatal de tutela.

A problemática que emerge da vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares está relacionada ao seu alcance, uma vez que, em nosso país ainda não há previsão constitucional sobre este tema. Aliás, até mesmo nos países onde já existe previsão, como na Suíça e em Portugal, ainda existe bastante abstração na norma, o que não permite uma definição mais clara do problema.

3.1. Teoria da eficácia imediata ou direta dos direitos fundamentais

A discussão acerca da incidência dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas surge na década de quarenta, nos Estados Unidos da América, com diversos

julgamentos da Suprema Corte, em que era invocada a 14ª Emenda em face de violações dos direitos de particulares. Para dirimir essas controvérsias a Suprema Corte adotou uma série de critérios que formaram a chamada *state action doctrine*.

A jurisprudência norte-americana ainda se mantém presa à concepção da eficácia vertical de que os direitos individuais são oponíveis apenas ao Estado. No entanto, permite a possibilidade de aplicar os direitos e liberdades constitucionais nos casos em que se identifique uma ação estatal.

O Direito Constitucional norte-americano apoia-se no argumento liberal de que os direitos fundamentais previstos no *Bill of Rights*, impõem limitações apenas para o Estado e não aos particulares frente a outros particulares. Além de também justificar a *state action* através do pacto federativo, pois cabe aos estados legislar sobre direito privado e não a União.

Com o passar do tempo a doutrina da *state action* começou a ganhar outros contornos, com a chamada *public function theory* (SARMENTO, 2008, p.201) A *public fundaction theory* aponta que os particulares também estarão sujeitos às limitações constitucionais, desde que exerçam atividades de natureza estatal. Certas atividades são de natureza essencialmente estatal e quando os particulares a exercem submetem-se aos direitos fundamentais previstos na Constituição. Apesar de a jurisprudência ter utilizado por diversas vezes a *public function theory*, a doutrina norte-americana, a partir da década de 70, aponta a falta de critério com que esta foi utilizada, restringindo sua utilização.

Outro movimento importante surge para questionar a *state action*: o *Critical Legal Studies* (SARMENTO, 2008, p.206) Este movimento possui a teoria que mais se aproxima com o conceito atual de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, pois os direitos fundamentais devem ser observados nas relações entre particulares, sem destacar a dicotomia entre direito público e direito privado.

Não é pacífica ainda a incidência dos direitos civis na esfera privada devido à ideologia liberal norte-americana, todavia, é bastante nítida a discussão. A *state action doctrine* apesar de suas falhas e omissões, não fecha os olhos para essa nova maneira de interpretação dos direitos fundamentais.

Na Alemanha, da década de 50, é que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais ganhou seus reais contornos com o termo *dritwirkung der grundrechte* (PEREIRA, 2008, p.133). Ao contrário da concepção norte-americana, a concepção alemã apresentou soluções mais radicais para discutir como os direitos fundamentais adentram nas relações particulares. A tese que permeia essa eficácia perante terceiro é que dá origem à outra expressão: *horizontalwinkung* (PEREIRA, 2008, p.135) que significa literalmente eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

O marco jurisprudencial que elucida com clareza o assunto foi a decisão do caso Lüth da Corte Constitucional Federal Alemã de 1958. Veit Harlan, um cineasta nazista de grande destaque, havia feito o filme "Jud Suss", o filme líder da propaganda nazista antisemita da época de Hitler. Erich Lüth, presidente do clube de imprensa de Hamburgo, então convocou o público alemão, os donos de casa de cinema e os produtores de filme a boicotarem o novo filme, produzido no pós-segunda guerra por Veit Harlan. A produtora do filme Lüth recorreu ao Tribunal Distrital de Hamburgo com o objetivo de cessar o boicote que seria promovido, com fundamento no art. 826 do Código Civil. O Tribunal acolheu seu pedido, decidindo que Lüth não deveria fazer qualquer boicote ao novo filme de Veit Harlan. Inconformado com essa decisão Lüth apresentou uma queixa constitucional para discutir essa vedação.

A Corte Constitucional Federal Alemã, ao contrário do Tribunal Distrital de Hamburgo, considerou a incitação ao boicote de tais filmes como uma liberdade de expressão garantida pela primeira seção do artigo 5º de sua Constituição. Só, que a segunda seção do artigo 5º tinha cláusulas limitadoras da liberdade de expressão garantidas pela primeira.

O Tribunal de Hamburgo argumentou que a incitação ao boicote era contra a política pública e que este evitava o destaque do cineasta, uma vez que, ele já havia sofrido o processo de "desnazificação", bem como, não fora condenado por nenhum crime de guerra. Tal entendimento foi o que motivou a decisão desfavorável ao boicote de Lüth.

A Corte Constitucional Alemã argumentou que não bastariam somente esses dois fatos isolados, muito pelo contrário, o que deveria ser feito era o balanceamento dos princípios constitucionais, pois como as regras de direito civil poderiam limitar um direito constitucional. A decisão final foi que o princípio da liberdade de expressão deveria ser soberano sobre os demais argumentos, sagrando-se Lüth o vencedor dessa lide. (ALEXY, 2008, p.520)

Trata-se de uma das jurisprudências mais emblemáticas quando se analisa a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Observou-se, *in casu*, a jurisdição constitucional alemã orientando-se pela eficácia mediata dos direitos fundamentais.

A teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais foi inicialmente utilizada no efeito horizontal direto, como aplicação imediata da norma constitucional. Essa teoria inicia-se na década de cinqüenta na obra de Nipperdey, em que o juiz do Tribunal Alemão, defendeu a tese de que alguns direitos fundamentais não vinculam apenas os poderes públicos, mas têm incidência imediata nas relações de direito privado onde configurem relação de poder. (PEREIRA, 2008 p.158)

Segundo Nipperdey, mesmo que alguns direitos sejam revestidos pela eficácia vertical, outros, entretanto poderão ser utilizados diretamente nas relações entre privados, possuindo efeito *erga omnes*, pois, o grande problema que existe dentro da aplicabilidade dos direitos fundamentais não surge só em consequência dos abusos do Estado, mas também podem prover de terceiros.

A teoria de Nipperdey com o passar do tempo é retomada por Walter Leisner, que defende a ideia de que não seria admissível conceber o Direito Privado como um gueto, à margem da Constituição e dos direitos fundamentais (SARLET, 2008, p. 117). Tendo em vista que, quando tais direitos não forem suficientemente protegidos na esfera privada, as normas constitucionais terão efeito direto na relação entre particulares.

Os doutrinadores que seguem esta linha de raciocínio não negam a existência de especificidade nesta incidência, muito menos à necessidade de ponderar tais direitos. Conforme aduz Daniel Sarmento (1996, p.514):" Não se trata, portanto, de uma doutrina radical, que possa conduzir a resultados liberticidas, ao contrário do que sustentam seus opositores, pois ela não prega a desconsideração da liberdade individual no tráfico jurídico privado."

Esta teoria não possui grande influência na Alemanha, ao contrário de Portugal, Itália, Argentina e Espanha com os autores J.J. Gomes Canotilho, Juan Maria Bilbao Ubillos, Antonio-Enrique Perez Luño, dentre outros que se colocam a favor desta.

Bilbao Ubillos, analisando a Constituição espanhola, afirma que há direitos fundamentais que permitem de imediato à aplicação da eficácia horizontal, como o direito à honra, à intimidade, à imagem, à religião. Enquanto, outros pela sua natureza vinculam somente o Estado. Para ele não existe uma igualdade entre os direitos fundamentais o que torna necessário verificar a extensão da sua eficácia, para poder utilizar a teoria mais adequada ao caso. Também salienta a fundamental importância de se trabalhar com a ponderação. (SARLET, 2008, p.222)

Canotilho propõe a criação de soluções diferenciadas, adotando a teoria da eficácia imediata, para tentar equilibrar a proteção da autonomia privada perante os princípios fundamentais da ordem civil. Para ele o judiciário deve em primeiro lugar, sempre que possível, aplicar as normas de direito privado em conformidade com os direitos fundamentais. E só em caso de ausência de norma ordinária apropriada deverá concretizar diretamente os direitos fundamentais. (CANOTILHO, 1998, p.1150)

Verifica-se o efeito *erga omnes* dos direitos fundamentais na teoria da eficácia imediata, pois eles irão assumir a posição de direitos subjetivos frente ao indivíduo que se colocam em um lugar de poder, não somente a este, como também aqueles particulares que possuem certa igualdade, embora não se aplique a finalidade protetora dos direitos fundamentais, estes também irão incidir diretamente.

3.2. Teoria dos deveres de proteção

Trata-se da mais atual teoria sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Surge na Alemanha e traz a ideia de vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais. Pressupõe que o Estado não apenas deve abster-se de lesar os bens jurídicos fundamentais, mas também deve atuar positivamente, defendendo-os de quaisquer tipos de ameaça, principalmente daquelas que oriundas de terceiros (PEREIRA, p.162). Neste caso, os direitos fundamentais são direcionados apenas para o Estado, pois será ele quem irá conciliar a autonomia privada nestas situações.

O conceito está relacionado à imposição do legislador de desenvolver mecanismos de tutela dos direitos fundamentais, bem como, do dever dos juízes de promover sua efetivação através de suas decisões. Um exemplo atual da efetivação dos deveres de proteção que ilustra

bem a situação são as inúmeras ações cautelares ajuizadas contra os convênios médicos para obtenção de procedimentos emergenciais.

Apesar da teoria dos deveres de proteção parecer em demasia com a teoria mediata, esta alarga ainda mais a aplicação dos direitos fundamentais na relação entre particulares, tendo em vista, que ela impõe ao Estado e a suas instituições o dever de zelar pela sua aplicação. Ainda existe uma teoria mais ampla do que esta que chega a afirmar que o Estado ao permitir que ocorra a lesão a um direito fundamental dentro da esfera privada estaria participando ativamente da violação, o que poderia ensejar até uma reclamação em alguma Corte Internacional de proteção dos direitos humanos.

4. Os Custos para Implementação dos Direitos e a Pandemia do Covid-19

A efetiva implementação dos direitos fundamentais enseja investimentos orçamentários que geram elevados custos para o Estado. Ao partir da premissa de que as necessidades sociais humanas são ilimitadas e os recursos estatais para atendê-las a contento são finitos, exsurge daí a ideia do 'econômico' inviabilizando a garantia de direitos fundamentais, tornando-os, por vezes sem qualquer efetividade, despeito de sua previsão/proteção legal, donde se conclui que o Estado não consegue concretizar tudo aquilo que legislador previu na Constituição.

Em sede doutrinária é comum encontrar quem defenda que os direitos de primeira dimensão não ensejam custos para o Estado, porquanto se trata de direitos ditos "negativos", cujo efetivo exercício depende tão somente de uma abstenção por parte do Estado em interferir na esfera de ação do cidadão. Enquanto, de outro lado, somente os direitos fundamentais de prestações, também denominados de direitos fundamentais sociais, dependeriam para sua efetivação de uma atuação material direta do Estado, a qual requer investimentos e previsão orçamentária.

Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet (2008, p.107) ao tratar dos direitos negativos assevera que:

> Os direitos de defesa - precipuamente dirigidos a uma conduta omissiva – podem, em princípio, ser considerados destituídos desta dimensão econômica, na medida em que o objeto de sua proteção (vida, intimidade, liberdades, etc.) pode ser assegurado juridicamente, independentemente das circunstâncias econômicas.

Há, contudo, autores que consideram que a efetivação de direitos fundamentais mesmo aqueles de cunho negativo – como os de primeira dimensão – dependem, sim, de investimentos por parte do Estado, pois no final,

Nesse mesmo sentir é o entendimento de Ana Paula de Barcellos (2002, p.238), para quem: "[...] a diferença entre os direitos sociais e os individuais, no que toca ao custo, é uma questão de grau, e não de natureza. Ou seja: é mesmo possível que os direitos sociais demandem mais recursos que os individuais, mas isso não significa que estes apresentem custo zero."

José Casalta Nabais (2013, p.12), professor da faculdade de direito da Universidade de Coimbra, é ainda mais enfático ao reafirmar os custos que envolvem os direitos fundamentais:

> Pois, do ponto de vista do seu suporte financeiro, bem podemos dizer que os clássicos direitos e liberdades, os ditos direitos negativos, são, afinal de contas, tão positivos como os outros, como os ditos direitos positivos. Pois, a menos que tais direitos e liberdades não passem de promessas piedosas, a sua realização e a sua protecção pelas autoridades públicas exigem recursos financeiros.

Para que seja assegurada a saúde, por exemplo, há um conjunto de medidas que envolvem alocação de recursos financeiros e humanos a fim de propiciar que o exercício desse direito fundamental seja garantido, e não só a simples abstinência do Estado ou a transferência para a administração privada, o que não é permitido pela Constituição.

Torna-se, pois, nesta oportunidade, extremamente didática a utilização de um exemplo utilizado pelos autores norte-americanos, acima citados, que trata dos custos envolvidos na garantia de um direito fundamental tido como puramente negativo (ou individual por excelência) que se consubstancia no direito à propriedade.

Conforme aponta Júlia Carolina Müller e Mônia Clarissa Hennig Leal (2010, p.114):

> Para que seja concretizado, portanto, é necessário todo um aparato normativo, infraestrutura para funcionamento dos órgãos públicos responsáveis por essa atividade, funcionários públicos para o serviço de cartório, bombeiros e policiais para atuar na segurança e a existência de remédios jurídicos para sua proteção, aspectos que o tornam dotado de positividade, no sentido de possuir – ainda que implicitamente – um caráter prestacional.

O Estado junto com o mercado, a iniciativa privada, constroem uma estrutura que forma a economia social, fator que contribui para a prosperidade de um país. Um ambiente

social desfavorecido, com um Estado sucateado e mal gerido não é eficiente para a concretização dos direitos fundamentais.

É inevitável repensar em uma nova maneira de implementação dos direitos, principalmente após crises. Antón Costas (2021, p.22) demonstra a necessidade de criar um novo contrato social: "No es posible precedir el futuro; entre motivos, porque no existe. Pero la crisis de la covid-19, parece estar creando um novo ´zeitgeinste´ o espíritu de uma nueva época que viene cargado de urgência y de ambición de cambio dirigido a construir um nuevo contrato social postpandémico."

A desigualdade e a pobreza ficarão muito acentuadas por conta dos problemas de saúde pública e será necessária uma aplicabilidade dos direitos com responsabilidade. Mas, quem irá custear essa aplicação?

Quando a sociedade avançava nas questões sobre a desigualdade, globalização, meio-ambiente e educação o impensável ocorreu: a pandemia do Covid-19. O que colocou a economia em estado de alerta suspendendo as discussões que permeavam os direitos fundamentais. O ponto passou a ser o custo do básico: saúde, vida, moradia, saneamento. O que gera a reflexão de que o mundo entra em uma nova Grande Depressão Econômica. O tema central seria como continuar avançando com a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais em uma época tão nebulosa?

A guisa de conclusão deste tópico pode-se afirmar que todos os direitos demandam custos para sua efetivação; os direitos de primeira dimensão indiretamente; e os direitos sociais (prestacionais), diretamente.

5. Considerações Finais

Há muito tempo os direitos fundamentais não são mais direitos meramente principiológicos e passaram a ter eficácia no mundo fático. Muitas das decisões dos Tribunais caminham para esse entendimento. Pode-se ver a importância de tais direitos assim que a Constituição Federal é aberta em seu preâmbulo. Não existe a menor possibilidade de se falar em um Estado Democrático de Direito, sem que haja uma eficácia adequada dos direitos fundamentais.

O mundo contemporâneo não comporta mais o entendimento isolado da eficácia vertical dos direitos fundamentais. Com os avanços do capitalismo as relações entre particulares tornaram-se o centro do direito moderno ocasionando o enfraquecimento do Estado que não mais possui a força de outrora. Um bom exemplo disso é o instituto da arbitragem, em que os conflitos entre particulares são dirimidos em âmbito privado, uma verdadeira privatização do Judiciário. Neste passo, surgiram questionamentos importantes na doutrina constitucional: como os direitos fundamentais conseguirão penetrar nas relações privadas? Como seria possível limitar a autonomia da vontade e romper com o princípio da *pacta sunt servanda*? E nesse contexto surge a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais responde a essas questões demonstrando que a incidência desses direitos é plenamente possível, não só de maneira imediata quando já estiver instaurado um conflito de direitos, como também, antecedendo ao fato concreto de forma mediata. Conforme já explicitado, não há melhor exemplo da incidência dos direitos fundamentais no campo do direito privado do que o atual Código Civil brasileiro e suas cláusulas gerais. O direito privado não é mais uma esfera intocável, pois a supremacia do interesse público sobre o privado deve prevalecer, sem, contudo, violar os direitos e garantias individuais.

Para que os critérios de interpretação desse conceito não sejam utilizados de maneira discricionária pelo órgão judicante entra em campo a ponderação, também chamada de balanceamento ou racionamento, estabelecendo parâmetros para a interpretação extensiva do direito fica mais fácil escapar do arbítrio e da falta de embasamento judicial. A subsunção tornou-se um meio de interpretação obsoleto, pois o direito não pode ficar adstrito a um silogismo formal, em que não são balanceados os direitos conflitantes.

O assunto, apesar de bastante discutido no meio acadêmico, ainda não chegou ao seu ponto final. Está mais do que na hora de reconhecer os direitos fundamentais como verdadeiros guias, através dos quais se procuram soluções justas e eficazes.

A intenção não é invadir e negar os direitos individuais, mas sim impedir a injustiça e a ofensa à dignidade da pessoa humana, encoberto pelo escudo do neoliberalismo. Não há dúvidas que o Direito e a economia avançam com esse tipo de discussão, ampliando ainda mais seu poder de alcance.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais.* São Paulo: Malheiros, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar. 2002.

BARROSO, Luís Roberto org. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da Constituição brasileira.* Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

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

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da constituição.* 7ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CHAVES, Pablo Bonilla. *O custo dos direitos e sua relação com as restrições jusfundamentais: aspectos gerais sobre o caso brasileiro.* Revista Direitos Fundamentais e Democracia. Unibrasil, Curitiba: 2008. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br>. Acesso em 09 de fevereiro de 2013.

COSTAS, Antón. *Um nuevo contrato social postpandémico. El papel de la Economía social*. Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa. CIRIEC-España. Nº100/2020. pp. 11-29. Disponível em: <https://ojs.uv.es/index.php/ciriecespana/article/view/18715> Acesso em: 10/04/2021.

COSTA, Judith Hofmeister Martins. *O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro.* Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n.º 41, maio 2000. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/513/o-direito-privado-como-um-sistema-em-construcao> Acesso em: 24/02/2021.

DIMOULIS, Dimitri e MARTINS Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MONTEIRO, Antônio Pinto org. *Direitos fundamentais e Direito Privado uma perspectiva de direito comparado***.** Coimbra: Almedina, 2007.

MÜLLER, Júlia Carolina. LEAL. Mônia Clarissa Hennig. *O amicus curiae e o custo dos direitos*: a relevância do instituto nas causas que implicam custos excessivos para o Estado e as escolhas em meio à escassez de recursos. Revista Jovem Pesquisador. Santa Cruz do Sul. v. 1. p. 110-119, 2010. Disponível em <https://online.unisc.br/seer/index.php/jovenspesquisadores/article/view/2254/1627> Acesso em: 10/03/2020

NABAIS, José Casalta. *A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos.* Disponível em <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf>. Acesso em: 09/02/2021.

PEREIRA. Jane Reis Gonçalves. *Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In:* BARROSO, Luís Roberto (Coord.) *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.* A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais.* 9ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SARMENTO, Daniel *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In:* BARROSO, Luís Roberto (Coord.) *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Constituição, direitos fundamentais e direitos privados.* 2ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 22ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais – Uma Leitura da Jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.