

VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

MARCOS LEITE GARCIA

EDINILSON DONISETE MACHADO

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

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

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 - Unicritiba - 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 I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Edinilson Donisete Machado; Lucas Gonçalves da Silva; Marcos Leite Garcia – Florianópolis; CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-743-4

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

Tema: Direito e Políticas Públicas na era digital

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos. 3. Garantias fundamentais. VI Encontro Virtual do CONPEDI (1; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

O VI Encontro Virtual do CONPEDI sob o tema “Direito e Políticas Públicas na Era Digital”, com a divisão dos já tradicionais Grupos de Trabalho, do qual tivemos a honra de Coordenamos o de Direitos Fundamentais e Democracia I.

No GT encontram-se as pesquisas desenvolvidas nos 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 Fundamentais e Democracia.

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 do impacto da Era Digital e as Política Públicas, com suas implicações na ordem jurídica brasileira, na contemporaneidade.

Temas sensíveis, nosso GT mostra pesquisas e abordagens sobre a colisão de direitos fundamentais no contexto da Era Digital; o acesso à internet como Direito Fundamental; o avanço da Inteligência artificial; entre outros temas ligados à Era Digital. Este GT interessa também para quem estuda o tema da violência sexual infantil; dos direitos coletivos e a responsabilização criminal; a aplicação das normas constitucionais e o direitos fundamentais entre particulares, entre outros tantos temas nos 29 (vinte e nove) artigos apresentados.

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 para este momento, o solitário momento da leitura e da meditação, para colocar à prova as várias teses defendidas naqueles dias do CONPEDI.

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 Livro.

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 o presente.

Florianópolis, junho de 2023

Organizadores:

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva

Prof. Dr. Marcos Leite Garcia

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado

UM BREVE PANORAMA DA APLICAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES

A BRIEF OVERVIEW OF THE APPLICATION OF CONSTITUTIONAL RULES AND FUNDAMENTAL RIGHTS IN RELATIONS BETWEEN PARTICULARS

Denise Beatriz Magalhães de Figueiredo Carvalho ¹
Vânia Maria do P S Marques Marinho

Resumo

A aplicação das normas constitucionais e dos direitos fundamentais nas relações entre particulares tem ganhado novos contornos ao longo dos anos desde as suas primeiras manifestações em casos emblemáticos, tais como o caso Luth, na Alemanha, que representou verdadeiro *Leading case* sendo uma decisão pioneira a originar a discussão da eficácia dos direitos fundamentais no direito privado, e o caso Ellwanger, no Brasil. A partir disso, a evolução da ideia de eficácia horizontal dos direitos fundamentais foi alvo de críticas e objeto de análise de diversos autores e conhecedores que desenvolveram inúmeras sendo algumas delas objeto deste estudo tais como a teoria da aplicação direta, da aplicação indireta ou mediata e uma teoria intermediária entre as duas primeiras para tentar explicar qual a melhor forma de realizar a efetivação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Por esse motivo, a pesquisa objetiva fazer um breve panorama da aplicação das normas constitucionais e dos direitos fundamentais nas relações entre particulares analisando seu contexto histórico e seu surgimento bem como as teorias que adentram ao tema conectado ao cenário de uma sociedade pós-moderna. Para o desenvolvimento do presente trabalho, utilizou-se do método hipotético-dedutivo, por meio de uma pesquisa bibliográfica com relação a dados importantes e interpretação jurídica. Por fim, constatou-se a importância do presente estudo e dos impactos da efetividade na aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares na sociedade pós-moderna.

Palavras-chave: Eficácia horizontal, Efetividade dos direitos fundamentais, Relações entre particulares, Eficácia mediata, Eficácia imediata

Abstract/Resumen/Résumé

The application of constitutional norms and fundamental rights in relations between individuals has gained new contours over the years since its first manifestations in emblematic cases, such as the Luth case, in Germany, which represented a true *Leading case*, being a pioneering decision to originate the discussion of the effectiveness of fundamental rights in private law, and the Ellwanger case in Brazil. From this, the evolution of the idea of the horizontal effectiveness of fundamental rights was the target of criticism and the object of analysis by several authors and experts who developed numerous ones, some of which are

¹ Mestranda

the object of this study, such as the theory of direct application, indirect or mediate application and an intermediate theory between the first two to try to explain the best way to carry out the realization of fundamental rights in relations between individuals. For this reason, the research aims to make a brief overview of the application of constitutional norms and fundamental rights in relations between individuals, analyzing its historical context and its emergence as well as the theories that enter the theme connected to the scenario of a postmodern society. For the development of this work, the hypothetical-deductive method was used, through a bibliographical research regarding important data and legal interpretation. Finally, the importance of this study and the impacts of effectiveness in the application of fundamental rights in relationships between individuals was verified.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Horizontal effectiveness, Effectiveness of fundamental rights, Relationships between individuals, Mediate efficacy, Immediate effectiveness

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa possui como objetivo trazer um panorama da aplicação das normas constitucionais e dos direitos fundamentais nas relações entre particulares analisando desde o surgimento da discussão até o contexto atual considerando que o tema tem ganhado novos contornos ao longo dos anos desde as suas primeiras manifestações em casos emblemáticos, tais como o caso Luth, na Alemanha, que representou verdadeiro *Leading case* sendo uma decisão pioneira a originar a discussão da eficácia dos direitos fundamentais no direito privado, e o caso Ellwanger, no Brasil.

Os dois casos referidos alhures guardam muita semelhança e em muito contribuem para entender como realizar assertiva ponderação entre direitos fundamentais em conflito entre dois particulares. A partir disso, a evolução da ideia de eficácia horizontal dos direitos fundamentais foi alvo de críticas e objeto de análise de diversos autores e conhecedores que desenvolveram inúmeras sendo algumas delas objeto deste estudo.

As principais teorias desenvolvidas são a teoria da aplicação direta, da aplicação indireta ou mediata e uma teoria intermediária entre as duas primeiras para tentar explicar qual a melhor forma de realizar a efetivação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Essas teorias são de suma importância, pois apresentam estudos sobre de que forma os direitos fundamentais alcançariam maior efetividade nas relações privadas e de que forma isso ocorreria, se por meio de uma aplicação direta dos preceitos constitucionais nas relações privadas, ou se por meio de legislação específica, ou seja, de maneira indireta ou ainda se conjugando as formas direta e indireta. Quanto a sua metodologia, trata-se de uma pesquisa historiográfica, bibliográfica, documental e jurisprudencial.

Há ainda na presente pesquisa uma análise acerca da motivação da aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e de que forma essa necessidade estaria atrelada ao cenário de pós-modernidade, dado que o contexto hodierno social está fortemente marcado pela globalização e desigualdade nas relações econômicas e de poder.

Portanto, o presente estudo se faz importante para o entendimento e análise dos impactos da efetividade na aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, conjugando o contexto histórico e o hodierno, e a melhor aplicação do Direito segundo a evolução e o surgimento das necessidades de uma sociedade pós-moderna e o posicionamento da Suprema Corte diante dos casos concretos.

2. A ORIGEM HISTÓRICA DA APLICAÇÃO DAS NORMAS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS:

Para entender a aplicação das normas fundamentais nas relações privadas é inevitável o retorno à decisão pioneira do Tribunal Constitucional Alemão, em 1958, a qual originou a discussão da eficácia dos direitos fundamentais no direito privado. O caso versa sobre o diretor de imprensa da cidade de Hamburg, Erich Lüth, o qual convocou um boicote, em 20/09/50, ao filme "Amada imortal" (Unsterbliche Geliebte) do cineasta Veit Harlan, que seria exibido em festival de cinema da cidade.

Ocorre que Harlan havia sido o grande cineasta durante o governo nazista responsável por produções discriminatórias e antissemitas com o intuito de influenciar tendenciosamente a opinião pública buscando justificar ou tolerar a perseguição aos judeus.

Lado outro, Luth era um personagem comprometido com a reconstrução da relação entre alemães e judeus. Desta feita, Luth, ao saber que o filme produzido por Harlan com caráter discriminatório e antissemita seria exibido durante o festival de cinema, emitiu pronunciamento estimulando que os cinemas e teatros não exibissem o filme e o público não o assistisse. Apesar de não ter sido o único a se manifestar contra a exibição do filme foi um dos fortes indutores da condenação moral do cineasta.

Diante dessa espécie de boicote de Luth ao cineasta, a produtora do filme e a distribuidora entraram com medida liminar perante o juízo da comarca de Hamburg com o intuito de proibir que Luth estimulasse cinemas e teatros a não exibirem o filme, o que resultou no juízo de primeira instância condenando Luth a se abster da incitação ao boicote por entender que seria um ato ilícito contrário aos bons costumes e à concepção democrática do direito do povo alemão.

Insatisfeito, Luth apelou da decisão de primeira instância, mas o Tribunal de Justiça de Hamburg negou provimento à apelação alegando que a conduta de Luth violava o núcleo da personalidade artística de Harlan ferindo a dignidade humana do cineasta configurando ofensa aos bons costumes. Novamente insatisfeito com a referida Decisão, Luth moveu então queixa ao Tribunal Constitucional, denominado Bundesverfassungsgericht.

Ocorre que, para a Corte, Lüth tinha o direito de se manifestar e publicamente emitir sua opinião tanto sobre o filme como sobre o cineasta, e nada o impediria de exercer seu direito de convocar a população a boicotar o filme pautado no direito fundamental à livre manifestação de opinião como uma expressão direta da personalidade humana no meio social sendo este um dos direitos humanos mais essenciais.

Resta claro que estamos diante, no caso Luth, de direitos fundamentais em colisão e só no caso concreto seria possível identificar qual o interesse é preponderante. Para decidir se a convocação ao boicote seria contrária aos bons costumes é necessário que se analise os motivos, os fins e os meios da manifestação e se a medida utilizada foi necessária e adequada na intervenção dos interesses do cineasta. No presente caso o que se percebe é que a intenção de Luth não passava pela busca de fins próprios e egoísticos, mas sim passava por um interesse fundamental do povo alemão:

“Com efeito, sublinhou o Tribunal Constitucional que os motivos que impulsionaram Lüth não eram contrários aos bons costumes, já que ele não perseguia interesses puramente egoísticos de natureza econômica, pois não era concorrente nem de Harlan, nem das empresas cinematográficas, o que foi inclusive reconhecido em primeira instância.

O objetivo da manifestação dele foi impedir o retorno de Harlan como um representante do cinema alemão.

Ele fora motivado pelo receio de que a volta de Harlan ao cinema pudesse significar - principalmente no exterior - uma influência nazista sobre o cinema alemão, despertando a impressão de que nada havia mudado na cena cultural alemã em relação ao período do nacional-socialismo, época na qual Harlan foi um dos grandes expoentes.

Esse receio atinge uma questão fundamental para o povo alemão, disse de forma muito consciente o BVerfG, pois nada prejudicou mais a imagem dos alemães do que a cruel perseguição aos judeus durante o nazismo.

Existe, portanto, um interesse fundamental de que o mundo tenha certeza de que o povo alemão se afastou dessa ideologia e de que não a condena por motivos oportunistas, mas por uma mudança interna em suas convicções.” (FRITZ, 2019)

Assim sendo, o Tribunal Constitucional entendeu que era desacertada a decisão de primeira instância da comarca de Hamnburg pois, deve-se rechaçar a ideia de que a externalização da opinião é, por si só, analisada sem considerar o efeito nela contido e por ela perseguido. O meio de manifestação utilizado por Luth também fora considerado adequado, pois quem atua perante o público precisa também tolerar críticas feitas em público, sendo as críticas de Lüth razoáveis, baseadas em fatos de todos conhecidos e que não teriam o poder de aniquilar a existência humana e cultural do cineasta, tampouco restringir o livre desenvolvimento humano e cultural de Harlan.

Por fim, o Tribunal Constitucional entendeu procedente a queixa constitucional de Luth por entender que a decisão do juízo de primeira instância de Hamnburg violava o seu direito fundamental de liberdade de expressão, conforme previu a clássica ementa do julgado (FRITZ, 2019):

"1. Os direitos fundamentais são, em primeira linha, direitos de defesa do cidadão contra o Estado; na determinação dos direitos fundamentais da Lei Fundamental corporifica-se uma ordem axiológica objetiva, que vale para todas as áreas do direito como uma decisão fundamental constitucional.

2. No direito civil, o conteúdo jurídico dos direitos fundamentais se desenvolvem indiretamente através das normas jusprivadas. Ele toma principalmente determinações de caráter obrigatório e é realizável para o juiz principalmente por meio das cláusulas gerais.

3. O juiz cível pode violar os direitos fundamentais através da sentença (§ 90 BVerfGG) quando ele desconhece a influência dos direitos fundamentais sobre o direito civil. O Tribunal Constitucional examina nas decisões cíveis apenas a questão da violação dos direitos fundamentais, não em geral um erro jurídico.

4. Também normas civis podem ser consideradas "leis gerais" no sentido do art. 5, inc. 2 da Lei Fundamental e, dessa forma, restringir o direito fundamental à livre manifestação do pensamento.

5. As "leis gerais" precisam ser interpretadas à luz do significado especial do direito fundamental à livre manifestação da opinião para um Estado livre e democrático.

6. O direito fundamental do art. 5 da GG tutela não apenas a exteriorização da opinião em si, mas também o efeito espiritual através da manifestação do pensamento.

7. A manifestação da opinião, que contém uma exortação ao boicote, não viola necessariamente os bons costumes, no sentido do § 826 BGB; ela pode ser justificada, na ponderação de todas as circunstâncias do caso, através da liberdade de manifestação de opinião." (FRITZ, 2019)

Em suma, a relevância da decisão do caso Luth é indiscutível para o direito ocidental do pós-guerra, sendo a teoria calcada basicamente nos ensinamentos do

civilista italiano Pietro Perlingieri e propõe uma releitura todo o direito civil à luz da tábua axiológica da Constituição, pois a partir do caso ora analisado se iniciou a discussão acerca da eficácia dos direitos fundamentais no direito privado irradiando para os países europeus, influenciados pela doutrina germânica, principalmente por Portugal, Espanha e Itália, embalado pelo movimento neoconstitucionalista, que aportou no Brasil.

Outro caso emblemático, agora ocorrido no Brasil, e que guarda certa semelhança com o caso Luth é o caso Ellwanger. Trata-se, este último, de um caso ocorrido em 1991, no qual, uma juíza gaúcha considerou inocente Siegfried Ellwanger, que havia sido acusado de racismo pela comunidade judaica por escrever, editar e publicar um livro intitulado “Holocausto judeu ou alemão? – Nos bastidores da mentira do século” (ALEXY, 2015).

No entanto, quando o processo foi parar no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul os desembargadores alteraram a decisão condenando Ellwanger ao cumprimento de pena de dois anos. A tentativa dos advogados em reverter a situação em favor de Ellwanger no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal não lograram êxito.

A Constituição Federal coíbe atos discriminatórios e não se coaduna com qualquer produção artística que fomente o racismo. Norberto Bobbio, em sua obra “Elogio da serenidade”, serve como fundamento para a decisão dos ministros que negaram o *habeas corpus*:

“A raiz do racismo não é apenas o preconceito, mas o preconceito reforça o racismo. É difícil pensar num indivíduo que esteja animado por uma forte aversão aos indivíduos de outra raça e que não procure justificar essa aversão recorrendo a juízos não sustentados por alguma prova de fato. É preciso, porém, distinguir entre o racismo como comportamento, como atitude habitual, irrefletida, emotiva, e o racismo como doutrina que pretende ser científica, ideologicamente inspirada e direcionada”. (BOBBIO, 2002, p. 16).

A condenação de Ellwanger significou seu direito à liberdade de expressão tolhido, no entanto, em decorrência de que os livros continham informações ofensivas em relação aos judeus como no livro "Holocausto judeu ou alemão, nos bastidores da mentira do século" apresentando um tom irônico e agressivo, como é possível perceber nesse trecho do livro (ALEXY, 2015):

"Conforme procurarei demonstrar, adiante, com estudos feitos por cidadãos de países que lutaram contra a Alemanha, tanto o número de 6

milhões de judeus mortos como as respectivas histórias de câmaras de gás não passam de uma grosseira mentira, cuja maior vítima é justamente a Alemanha [...]Vamos, porém, dar algum desconto aos alemães, pois se se houve um holocausto, esse foi com o seu povo, bombardeado em massa [...]" (BARROS ; COSTA, 2015)

Portanto, para a maioria dos ministros não se tratava meramente de uma questão de liberdade de expressão, mas sim de uma forma de instigar a prática do racismo. Pode-se observar no presente caso a colisão entre dois direitos fundamentais, quais sejam: o direito à liberdade de expressão e o princípio da dignidade da pessoa humana, que no presente caso estaria sendo representado por um ente coletivo, ou seja, o povo judeu.

3. DO MODO DE APLICAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELÇAOES PRIVADAS

Diante da introdução realizada alhures com exposição do caso Luth e do caso Ellwanger é possível perceber a necessidade em se realizar uma análise pormenorizada de cada caso concreto de modo a aplicar normas constitucionais e os direitos fundamentais de maneira acertada e ponderada nas relações privadas quando houver conflito entre eles.

No caso Luth, explanado supra, o Tribunal entendeu que os direitos fundamentais também são ordens de valores objetivos, ou seja, não servem apenas para os titulares dos direitos e sim são valores fundantes de todo o ordenamento jurídico.

Apesar da concepção inicial dos direitos fundamentais ser a de proteger o indivíduo dos abusos do Estado, quando se adota um caráter objetivo desses direitos fundamentais é possível a expandir a sua aplicação para outras relações de modo que o indivíduo passa a se proteger de outro indivíduo, conforme expõe o professor Marcelo Duque na sua obra "Curso de Direitos Fundamentais Teoria e Prática:

"Aspecto central do estudo da eficácia dos direitos fundamentais é a constatação de que a vinculação jurídica entre o cidadão e o Estado perde o seu caráter monopolístico para a conformação das relações jurídicas. Consequência desse entendimento é que o indivíduo, do ponto de vista jurídico, não mais se constitui somente a partir da clássica bipolaridade Estado-cidadão, mas sim em um sistema multipolar no qual as grandes instituições sociais desempenham um papel de suma importância." (DUQUE, 2014)

Essa foi a fundamentação utilizada pelo Tribunal Alemão, pois buscou causar um efeito de irradiação dos direitos fundamentais asseverando que esses direitos compõem a base de todos os outros direitos, conforme o trecho abaixo também presente na obra supra do professor Marcelo Duque:

“A ampliação das funções dos direitos fundamentais relaciona-se com o chamado duplo caráter desses direitos, cuja consagração ocorreu na famosa decisão *Lüth*, no ano de 1958, quando se afirmou a existência de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais, ao lado da consagrada dimensão subjetiva. A constatação desse componente jurídico-objetivo dos direitos fundamentais é baseada no rechaço de uma premissa liberal clássica, segundo a qual igual liberdade jurídica, sem a ação do Estado, conduz automaticamente à prosperidade e à justiça. Ao se reconhecer uma dimensão jurídico- objetiva dos direitos fundamentais, reconhece-se que o Estado está obrigado a agir, na medida do possível, para a realização desses direitos.” (DUQUE, 2014)

Essa concepção de aspecto objetivo dos direitos fundamentais acaba por trazer um diálogo de fontes e uma convergência entre direito público e privado. É exatamente em sua dimensão jurídico-objetiva que os direitos fundamentais pedem do legislador uma ação positiva, que o obriga proteção, defesa e promoção desses direitos.

Não se deve negar que todas as fontes normativas devem respeitar os direitos fundamentais que estão expressamente previstos na Constituição. Portanto, deixa-se verificar uma linha de desenvolvimento dos direitos fundamentais, cujo resultado é a construção de um modelo que irradia efeitos para todos os âmbitos jurídicos e, em particular, para o direito privado.

Desta feita, para o Professor Marcelo Duque, o resultado da atual configuração social é que os direitos fundamentais ganharam essa configuração objetiva na medida em que os direitos públicos subjetivos, oponíveis pelos seus titulares somente em relação ao Estado, agora encontra dupla perspectiva, seja como direitos subjetivos individuais, seja como elementos objetivos fundamentais da comunidade, constituindo essa abordagem em uma das inovações mais importantes do direito constitucional contemporâneo, conforme exemplifica em sua obra:

“Em sua dimensão jurídico-subjetiva os direitos fundamentais focam o cidadão, titular por excelência. Isso porque a partir do reconhecimento da dimensão jurídico-subjetiva, permite-se que o cidadão exija do Estado determinada conduta (pretensão de proteção), ao mesmo tempo em que permite a defesa contra intervenções estatais em sua esfera de liberdade (pretensão de omissão contra violações estatais). A dimensão subjetiva liga-se, assim, à possibilidade de o cidadão fazer valer os seus direitos na via judicial. **Já em sua dimensão jurídico-objetiva,** os direitos fundamentais dirigem-se ao

Estado, obrigando-lhe a prática de determinada conduta, seja proibindo ou dificultando a realização de intervenções em determinados direitos do cidadão, seja obrigando-lhe à prática de uma proteção efetiva. O foco aqui, como já salientado, é o significado dos direitos para a coletividade, em prol da vida em conjunto na sociedade”. (DUQUE, 2014)

Deste modo, não se discute se os direitos fundamentais são ou não aplicados no direito privado, mas sim em que medida esses direitos fundamentais são aplicados numa relação entre privados, quando isso acontece e de que forma são aplicados.

As Principais teorias que descrevem a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas quanto a sua aplicação são as teorias da aplicação direta; da aplicação indireta ou mediata; e um teoria intermediária entre as duas primeiras.

Quanto à teoria da aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas ela possui como um dos principais apoiadores o professor Carl Nipperdey e para ele os direitos fundamentais possuem efeitos absolutos e por isso não poderiam depender de nenhum tipo de intermediação, a exemplo da relação trabalhista na qual os direitos fundamentais teriam que ter aplicação direta como pode se extrair do trecho da obra “Direitos fundamentais e Direito Privado:

“ ...Mais correto deveria ser falar do **efeito absoluto de certos direitos fundamentais. Trata-se de efeito normativo imediato de determinações de direitos fundamentais particulares em sua qualidade de direito constitucional objetivo**, vinculativo que anulou, modificou, complementou ou criou de novo determinações do direito privado.” (DURIG, 2012)

No entanto, a aplicação direta dos direitos fundamentais é alvo de diversas críticas embasadas no fato de que ao aplicar as normas constitucionais de maneira direta acabaria sendo inevitável desconsiderar todas as legislações mais específicas ordinárias. Tomemos como exemplo um caso discutindo plano de saúde. O primeiro passo seria lidar com o fato e depois buscar-se-ia resolvê-lo da legislação mais específica pra mais geral de modo que se recorreria primeiro aos normativos da Agência Nacional de Saúde - ANS e depois ao Código de Defesa do Consumidor - CDC, fazendo então uma análise de coerência com todo o ordenamento jurídico. Em caso de se deparar com qualquer nulidade na norma, esta seria desconsiderada caso contrariasse o sentido de todo o sistema.

Outro exemplo seria a exigência de cobertura imediata de atendimento médico pelo plano de saúde em atendimento ao direito à vida, sem observância das especificidades do período de carência estabelecido pela legislação. Uma visão isolada

de cumprimento de um direito fundamental faz desconsiderar todo raciocínio jurídico da legislação específica.

Para o professor Marcelo Duque Considerar a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais é considerar que a Constituição Federal poderia abarcar tudo que se possa imaginar do direito penal a instruções acerca da fabricação de um termômetro. Ocorre que, estaríamos diante do problema da banalização dos direitos fundamentais como a banalização da dignidade da pessoa humana e dano moral se tudo passa a caracterizar tais direitos ocorre a perda da efetividade, pois não há qualquer especificidade na análise do caso concreto, conforme se observa na passagem constante em sua obra:

“O estudo da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas não pode canalizar na direção de uma hipertrofia de direitos fundamentais, que em nada contribui para a efetivação dos direitos fundamentais na sociedade, pela sua imprecisão e carência de fundamentação específica. Uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, em sentido análogo à vinculação a que os poderes estatais estão sujeitos, conduziria ao caminho de uma abrangente e por vezes incompatível ordem de deveres, cujo resultado seria, de certa forma, o asfixiamento da própria liberdade.” (DUQUE, 2014)

Portanto, quando se tem uma aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas eles passam a ser direitos insaciáveis e não há como garantir direitos fundamentais a todos as pessoas o tempo todo. Tomando como exemplo o contemporâneo direito à felicidade, considerando que é um direito fundamental eu tenho que ter aplicação direta e imediata então isso legitimaria o direito a processar, por exemplo, o ambiente acadêmico pela minha frustração e infelicidade com o conteúdo ministrado pelo corpo docente? ou seja, isso torna os direitos insaciáveis o que pode causar grande banalização do mesmos.

Quanto a teoria da aplicação indireta ou mediata um de seus defensores são Gunter Durig e, como já mencionado, o professor Marcelo Duque. Além deles, diversos autores defendem que para essa teoria as cláusulas gerais e princípios gerais do direito seriam as portas para os direitos fundamentais se inserirem nas relações privadas tendo os direitos fundamentais tanto aspecto subjetivo quanto objetivo. A própria autonomia privada não deixa de ser um direito fundamental dos particulares. O professor Marcelo Duque assim descreve em sua obra:

“...o reconhecimento em torno da existência de deveres fundamentais contribui para a fundamentação de uma eficácia horizontal, no máximo

indireta, dos direitos fundamentais. Isso porque **os deveres fundamentais podem gerar repercussões no direito privado, desde que sob mediação legislativa competente.** Hipótese contrária levaria a um abalo considerável na autonomia privada, por meio da supressão de liberdades garantidas pela constituição, à luz da imposição de deveres recíprocos, dificilmente compatíveis entre si.”

(...)

Nesse tipo de relação, crê-se que **a melhor forma de fundamentar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é a partir de um modelo de eficácia indireta, baseado na teoria dos deveres de proteção do Estado,** como tivemos a oportunidade de aprofundar em outro estudo. **Forte, aqui, é a ideia de que a teoria do diálogo das fontes,** acima referida, pode ser conduzida para a teoria da constituição ou do direito constitucional propriamente dito pela via **de um pensamento de convergência, que traduz uma convergência na interpretação de todos os ramos do direito para a constituição.**

Embora em diversas passagens da obra do professor Marcelo Duque reste evidenciada a sua linha de pensamento pela necessidade de legislação ordinária para a intermediação na aplicação de direitos fundamentais nas relações privadas, conforme se observa na passagem a seguir, tal concepção não escapou de ser alvo de críticas de outros doutrinadores.

“ O princípio do Estado social não está apto, por si só, a fundamentar uma eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, porque a partir da sua estrutura não logra êxito em fundamentar direitos e deveres concretos.

(...)

O fundamento, para tanto, é manifesto: os direitos fundamentais vigem no direito privado, sobretudo na forma da configuração que lhes é proporcionada pela legislação ordinária...” (DUQUE, 2014)

A principal crítica a este modelo de aplicação indireta tem como um de seus principais interlocutores Daniel Sarmiento, para quem a partir do momento em que os direitos fundamentais são aplicados de forma indireta, ou seja, precisando de normas de intermediação como as cláusulas gerais, tendo como exemplo a boa fé na relação jurídica, necessitando, portanto, que o legislador crie uma norma específica, esse tipo de situação faria com que o direito fundamental dependa do humor do legislador tirando, de certa forma, a efetividade dos direitos fundamentais.

Quanto à terceira teoria, a teoria da imputação, apresentada como teoria intermediária entre a direta e a indireta, é responsável por realizar um diálogo de fontes entre a teoria direta e a indireta focando na sua efetividade. A teoria prega que a aplicação

teria que ser inicialmente indireta e que o direito fundamental só poderia ter um destinatário que seria o próprio Estado, sendo este o responsável pela intermediação dessa relação.

O Estado teria o dever de proteção de criar e legislar para que direitos fundamentais sejam protegidos e efetivos sob a ideia de proibição de insuficiência. O Estado não poderia deixar de legislar presumindo que a violação de direitos fundamentais nas relações entre particulares resulta da omissão estatal, razão pela qual as consequências da lesão devem ser imputadas ao próprio Estado. Ou seja, se o Estado deixasse de proibir, por meio da legislação, jurisdição e administração, uma violação de direito fundamental entre particulares, o Estado estaria então a permitindo, devendo-lhe, portanto, ser imputada a responsabilidade pela lesão. Se o Estado não legislasse surgiria o imperativo de tutela, ou seja, aí sim se poderia recorrer à aplicação direta dos direitos fundamentais.

Por fim, vale ressaltar que para o jurista Robert Alexy, as teorias existentes produzem resultados equivalentes e cada uma delas toca em aspectos relevantes do problema e que por isso nenhuma delas pode ser considerada integralmente falsa ou integralmente correta. O professor Marcelo Duque, em sua obra mencionada supra, cita o jurista Robert Alexy, explanando que:

“ Como lembra Robert Alexy, nas áreas mais complexas dos direitos fundamentais, quando diferentes teorias põem de lado o aspecto formal para se concentrarem apenas no conteúdo, elas acabam por não conseguir evitar inúmeras obscuridades e contradições. A possibilidade – e necessidade – de combinação das duas teorias mostra que o pensamento de intervenção restrição (*Eingriffs-und Schrankendenken*) não pode ficar restrito aos limites de nenhuma das teorias, caso isoladamente consideradas. **Se é certo que os conceitos referentes às teorias em questão são dignos de significado, também é certo que nenhuma das duas logra êxito em contemplar todas as questões relativas ao conflito entre direitos fundamentais e as respectivas restrições a que estão sujeitos.**” (DUQUE, 2014)

4. DA MOTIVAÇÃO DA APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES NA SOCIEDADE PÓS-MODERNA

São muitas as razões que demandam que os direitos fundamentais sejam também aplicados nas relações entre particulares podendo ser elencadas algumas hipóteses tais como: a) a expansão dos direitos fundamentais e sua irradiação em todos os direitos sendo incontestável que os direitos humanos e os direitos fundamentais adquiriram uma força tão grande na sociedade atual que tais direitos devem ser garantidos

e protegidos inclusive com intuito de proibição ao retrocesso; b) a constitucionalização dos direitos e os comandos constitucionais de proteção ao consumidor, à família, à função social da propriedade, dentre outros;

Há ainda outras razões relevantes como c) a crise da dicotomia entre o direito público e o direito privado, ou seja, essa ideia de que essas áreas são essencialmente separadas e contraditórias cada vez mais não vem se coadunando com a sociedade atual, pois o público e o privado estão convergindo e em diálogo constante; d) o choque entre supremacia do interesse público e a supremacia dos direitos fundamentais, podendo estes últimos se sobrepor inclusive ao interesse público. Tome-se como exemplo o custeio de uma cirurgia de emergência a um indivíduo e o interesse público de não despender recursos vultosos para custeá-la; a garantia de um direito fundamental à vida muitas vezes se faz prevalecente; e) a intensa desigualdade social, especialmente no Brasil, o que gera uma ideia de exploração e, portanto, necessária proteção de direitos contra arbitrariedades e abusos de terceiros.

Outro fator de extrema relevância para a aplicação de garantias fundamentais nas relações privadas é f) a própria globalização e as multinacionais, as quais criam uma ideia de poder e soberania privada, muitas vezes condicionando e impondo comportamentos como na produção dos transgênicos que acabam por incitar o seu consumo por falta de alternativa ou, no mínimo, uma dificuldade mercadológica de encontrar produtos não transgênicos no mercado. Neste caso, o direito fundamental à informação se faz reivindicável para saber a origem dos produtos no mercado e o que tem em suas composições pelo direito de saber o que se está consumindo; por fim, outro fator crucial para a aplicação de preceitos constitucionais e direitos fundamentais nas relações privadas é g) a necessária proteção dos vulneráveis e, segundo já mencionado supra, para o professor Marcelo Duque indicaria uma convergência do direito privado na Constituição Federal.

Sendo assim, ainda que muitos autores critiquem a ideia de Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais, dado que entre um particular e uma empresa, por exemplo, não haveria uma horizontalidade, mas sim verdadeira transversalidade devido à desigualdade jurídica e econômica entre os sujeitos e ainda uma diferença de poder entre eles, forte exemplo disso são as relações trabalhistas e consumeristas, não há como negar a necessidade de se aplicarem os preceitos constitucionais e direitos fundamentais nas

relações que extrapolam a relação entre o indivíduo e o Estado ante as demandas da sociedade hodierna.

Em pesquisas realizadas aos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, tanto a Suprema Corte quanto os tribunais pátrios têm aderido à teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais. A jurisprudência brasileira vem aplicando diretamente os direitos individuais consagrados na Constituição na resolução de litígios privados, conforme se observa na ementa do Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ:

“EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO.

I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.

II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. (...). O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. (...). A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88).

IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.”

(grifo nosso).

Portanto, embora a Suprema Corte ainda não se tenha posicionado expressamente acerca da adoção de alguma das teorias que tratam da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, há elementos que indicam sua preferência

pela teoria da eficácia direta, pois o Supremo Tribunal Federal vem preferindo analisar o conflito de valores de acordo com as peculiaridades do caso concreto, adotando técnica de método tópico problemático a fim de não mitigar ou fulminar a proteção que deve ser deferida à autonomia privada, realizando uma ponderação dos valores envolvidos na exata medida em que um deve ceder lugar ao outro.

Ademais, é comando Constitucional a aplicação imediata dos direitos fundamentais conforme prevê o parágrafo primeiro do artigo quinto da Carta Magna:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

(grifo nosso).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final da presente pesquisa é possível ter um panorama acerca do tema da aplicação das normas constitucionais e dos direitos fundamentais nas relações entre particulares desde o seu surgimento até o período hodierno, analisando sua evolução e importância nas relações entre os particulares.

Constatou-se que a relevância da decisão do caso Luth é indiscutível para o direito ocidental do pós-guerra, por propor uma releitura de todo o direito civil à luz da tábua axiológica da Constituição, pois a partir do caso ora analisado se iniciou a discussão acerca da eficácia dos direitos fundamentais no direito privado irradiando para os países europeus, influenciados pela doutrina germânica, principalmente por Portugal, Espanha e Itália, embalado pelo movimento neoconstitucionalista, que aportou no Brasil.

Foi possível perceber ainda a importância das teorias desenvolvidas para a melhor ponderação entre conflitos de direitos fundamentais e para o atingimento da sua eficácia atrelado às necessidades da sociedade pós-moderna constatando uma inclinação do Supremo Tribunal Federal pela adoção da teoria direta da aplicação de normas fundamentais nas relações privadas.

6. REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Elogio da serenidade**. 1 ed. São Paulo: Editora UNESP, 2002. 210 p.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Contraditório e ampla defesa. Recurso Extraordinário nº 201.819-8. Relatora: Min.^a Ellen Gracie. Brasília, DF, 11 de outubro de 2005.

COÊLHO, Marcus Vinicius. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. [S. l.], 7 maio 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-07/constituicao-eficacia-direitos-fundamentais-relacoes-privadas>. Acesso em: 10 jan. 2023.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais Teoria e Prática**. [S. l.]: Revista dos Tribunais Ltda, 2014.

DURIG, Gunter; NIPPERDEY, Hans Carl; SCHWABE, Jurgen. **Direitos Fundamentais e Direito Privado: Textos clássicos**. Porto Alegre: [s. n.], 2012. 144 p.

FRITZ, Karina Nunes. **Decisões históricas: o caso Lüth e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais** [S. l.], 1 out. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/german-report/313983/decisoes-historicas--o-caso-luth-e-a-eficacia-horizontal-dos-direitos-fundamentais>. Acesso em: 2 mar. 2023

O “CASO Ellwanger” sob a perspectiva da técnica racional da ponderação de Robert Alexy. [S. l.], 1 abr. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/37736/o-caso-ellwanger-sob-a-perspectiva-da-tecnica-racional-da-ponderacao-de-robert-alexey>. Acesso em: 3 fev. 2023.

RAMOS, William. **A eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. [S. l.], 21 set. 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/373867/a-eficacia-horizontal-dos-direitos-fundamentais>. Acesso em: 9 jan. 2023.

SONORA, Beatriz. **Análise sobre : O caso Lüth, principio da proporcionalidade e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. [S. l.], 1 jan. 2021. Disponível em: <https://beatrizsonora.jusbrasil.com.br/artigos/1168674318/analise-sobre-o-caso-luth-principio-da-proporcionalidade-e-a-eficacia-horizontal-dos-direitos-fundamentais>. Acesso em: 11 jan. 2023.

TOFFOLI, Dias; JUNIOR, Otávio Luiz. **60 anos do julgamento do caso Lüth e a autocontenção judicial.** [S. l.], 2 set. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-02/opiniao-60-anos-luth-autocontencao-judicial>. Acesso em: 7 fev. 2023