

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

**EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEUS
REFLEXOS NAS RELAÇÕES SOCIAIS E
EMPRESARIAIS**

CRISTHIAN MAGNUS DE MARCO

CARLOS AUGUSTO ALCÂNTARA MACHADO

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

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

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

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

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

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

Conselho Fiscal

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

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

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

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

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

E278

Eficácia dos direitos fundamentais e seus reflexos nas relações sociais e empresariais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Carlos Augusto Alcântara Machado, Clóvis Marinho de Barros Falcão, Cristhian Magnus De Marco– Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-055-8

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

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito fundamentais. 3. Relações sociais. 4. Relações empresariais I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS
EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEUS REFLEXOS NAS
RELAÇÕES SOCIAIS E EMPRESARIAIS

Apresentação

APRESENTAÇÃO

É com grande alegria e satisfação, honrados mesmo, que apresentamos à comunidade acadêmica esta obra coletiva, composta por 26 (vinte e seis) artigos defendidos após prévia, rigorosa e disputada seleção no Grupo de Trabalho (GT) intitulado Eficácia dos direitos fundamentais e seus reflexos nas relações sociais e empresariais durante o sempre esperado Encontro Nacional do CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito). Já sua vigésima quarta edição, o prestigiado evento, que compõe o calendário jurídico nacional, foi constituído de 44 (quarenta e quatro) Grupos de Trabalho e desenvolveu-se entre os dias 03 e 06 de junho de 2015, na Universidade Federal de Sergipe (UFS), em Aracaju (SE). Teve como tema central DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do milênio. Consoante destacado no texto de apresentação do evento e veiculado na página web do CONPEDI, buscou-se com tal temática revelar a dimensão do desafio que as diversas linhas de investigação do Direito enfrentam nos dias atuais, considerando a complexidade do processo de globalização. Assim ocorreu, de fato.

Os artigos que compõem a presente coletânea possuem grande relevância, pois fruto do desenvolvimento da pesquisa do Direito no Brasil; demonstram rigor técnico, originalidade, além de relacionar os desafios constitucionais para o desenvolvimento da cidadania nas décadas iniciais do milênio.

Entre os temas tratados na obra ora apresentada, particularmente com foco no Direito Constitucional e no Direito Internacional, evidencia-se a preocupação dos autores com a dignidade humana nas relações de trabalho e com os direitos humanos fundamentais do trabalhador em especial. Não menos importantes foram os trabalhos que enfrentam os limites do capitalismo, a função social da empresa, a judicialização do direito à saúde, a eficácia dos serviços públicos, bem como os artigos que abordam a proteção jurídica da vida privada, o direito à informação, a mediação e o acesso à justiça.

A presente obra coletiva é de grande valor científico. Dela podem ser extraídas visões questionadoras do direito, suas problemáticas, sua importância para a concretização dos

direitos humanos fundamentais e, particularmente, seus reflexos nas relações sociais e empresariais. Ótima leitura a todos!

Aracaju, julho de 2015.

Coordenadores do Grupo de Trabalho

Professor Doutor Carlos Augusto Alcântara Machado (UFS)

Professor Doutor Clóvis Falcão (UFS)

Professor Doutor Cristhian Magnus De Marco (UNOESC)

**A DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA
RELEVÂNCIA PARA A EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA EM PAÍSES
PERIFÉRICOS**

**LA DIMENSIÓN OBJETIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU
PERTINENCIA PARA LA EFETIVACIÓN DE LA CIDADANÍA EN LOS PAÍSES
PERIFERICOS**

**Flavio Alexandre Luciano De Azevedo
Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva**

Resumo

Originalmente, os direitos fundamentais surgidos com a superação do Estado absolutista e com o surgimento do Estado liberal tinham um cunho individualista e eram oponíveis ao Estado. Nesse contexto, os direitos fundamentais eram concebidos apenas como direitos subjetivos. A partir da evolução do conteúdo dos direitos fundamentais e da evolução da própria concepção de Estado foi reconhecida a força normativa da Constituição e com ela a necessidade de efetivação das normas constitucionais. Com isso, ao lado da dimensão subjetiva, reconheceu-se uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais, reconhecendo estes como ordem de valores que deve nortear toda a aplicação e criação do ordenamento jurídico. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais é um fator de grande importância para o Estado Democrático de a qual se desenvolve através das teorias da eficácia irradiante, dos deveres de proteção e da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Dimensão objetiva, Efetividade

Abstract/Resumen/Résumé

De origen, los derechos fundamentales surgidos con la superación de Estado absolutista y con el surgimiento del Estado liberal tenían un carácter individualista y eran invocados contra el Estado. En este contexto, los derechos fundamentales eran diseñados solamente como derechos subjetivos. A partir de la evolución de los contenidos de los derechos fundamentales y de la evolución de la concepción del Estado fue reconocida la fuerza normativa de la Constitución y con ella la necesidad de concreción de las normas constitucionales. Con este, junto a dimensión subjetiva, se reconoce una dimensión objetiva de los derechos fundamentales, reconociendo estos como orden de valores que debe guiar toda la aplicación y creación de lo ordenamiento jurídico. La dimensión objetiva de los derechos fundamentales es un factor de gran importancia para el Estado Democrático que se desarrolla a través de las teorías de la eficacia radiante, de los deberes de protección y de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Derechos fundamentales, Dimensión objetiva, Efetividad

Introdução

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais tem por foco a promoção da efetividade destes direitos, que são entendidos como os os mais básicos e necessários para que o ser humano viva e tenha condições de se desenvolver de maneira digna e que por isso, devem ser garantidos a todos.

Os direitos fundamentais passaram por uma evolução juntamente com a própria evolução da concepção de Estado, como não poderia deixar de ser, já que os direitos fundamentais se encontram no cerne do próprio Estado e a concepção de Estado e de seu papel em face destes direitos tem influência direta no reconhecimento, na eficácia e na efetividade dos direitos fundamentais.

Assim, o papel do Estado em face dos direitos fundamentais passou pela fase da abstenção, por ocasião do surgimento do Estado liberal em contraposição ao Estado absolutista; pelo reconhecimento destes direitos, cujo marco são as Constituições mexicana de 1917 e Alemã de 1919; e pela fase da discussão acerca da eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, marcada pelas Constituições promulgadas após o fim da Segunda Guerra Mundial, especialmente a Lei Fundamental de Bonn, de 1949.

Com a recente crise mundial, cujo ápice ocorreu no ano de 2008, este tema volta à tona, principalmente com a eleição de governos liberais em alguns países da Europa. Torna-se necessário revisitar o tema direitos fundamentais sob a perspectiva de sua efetividade. Pergunta-se, portanto, qual o sentido e alcance dos textos constitucionais que preveem os direitos fundamentais? Como o Estado deve se portar frente ao fato de que para boa parte da população mundial, principalmente a dos países periféricos, os direitos fundamentais são letra morta?

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais entende estes direitos como pertencentes ao indivíduo, oponíveis contra o Estado, inicialmente entendido como o único potencial ofensor dos direitos fundamentais. Complementando o reconhecimento da dimensão subjetiva, reconhece-se também a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, o que fez com que os direitos fundamentais fossem vistos como norte de todo o ordenamento jurídico, servindo como vetor de interpretação e como limites à legislação infraconstitucional que se entenda contrária à efetividade destes direitos.

Partindo da premissa que a efetividade dos direitos fundamentais é condição necessária para a própria promoção da cidadania, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, previsto no inciso II do Art. 1º da Constituição Federal, este estudo

busca discutir a relevância da dimensão objetiva para a efetividade dos direitos fundamentais, pois a cidadania será promovida com a promoção dos direitos fundamentais a todos e não apenas com a sua previsão nas normas constitucionais.

Nessa perspectiva, discute-se se a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e os termos conexos como a eficácia irradiante, a eficácia horizontal e a vinculação positiva do Estado aos direitos fundamentais. Qual o significado destes termos, qual a conexão entre eles e qual a sua influência deles na concretização dos direitos fundamentais no plano dos fatos?

1. O surgimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais

Historicamente, os direitos fundamentais¹ de primeira dimensão, surgidos por ocasião da superação do Estado absolutista pelo Estado liberal, tinham matriz essencialmente individual e eram voltados à limitação do poder do Estado. Nesse sentido, surge a concepção inicial dos direitos fundamentais como direitos subjetivos.

A contínua evolução da concepção do Estado fez com que fosse superada também a noção de Estado liberal a partir do reconhecimento da necessidade de promoção efetiva dos direitos fundamentais e da constatação que aquela concepção de Estado não foi capaz de cumprir esse desiderato.

Acerca da evolução do conteúdo dos direitos fundamentais, as constituições mexicana de 1917 e a alemã de Weimar de 1919 são citadas como marco de inserção de direitos sociais entre os direitos fundamentais mas foram marcadas também pela falta de concretização desses direitos (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 45), o que chama a atenção para o fato de que, tão importante quanto a consagração dos direitos nas normas constitucionais é a necessidade de se desenvolver condições para a efetividade desses direitos no plano dos fatos.

O Estado de Direito e os direitos fundamentais encontram-se em relação de total dependência entre si, conforme argumenta Perez Luño:

Por ello, cuanto más intensa se revela la operatividad del Estado de Derecho, mayor es el nivel de tutela de los derechos fundamentales. De igual modo que en la medida

¹Parte da doutrina – por todos, Sarlet (2012, p. 27) - se posiciona pela opção terminológica, de que direitos fundamentais são direitos da pessoa que se encontram positivados em um dado ordenamento constitucional e direitos humanos aqueles que se encontram previstos em documentos de direito internacional, por serem inerentes ao ser humano, independentemente de nacionalidade. Naturalmente, a proteção de um direito pode ser, e muitas vezes é, prevista ao mesmo tempo por uma constituição específica e nos documentos de direito internacional, até porque muitas vezes aquelas são inspiradas nestes.

en que se produce una vivencia de los derechos fundamentales se refuerza la implantación del Estado de Derecho. (PEREZ LUÑO, 1998, p. 26).²

Note-se que, sem diminuir a importância das constituições de Weimar e mexicana de 1917, para que tenhamos verdadeiramente Estado de Direito, é necessário mais do que a previsão constitucional de direitos fundamentais. É necessário que o Estado desenvolva ações no sentido de promover, proteger e tutelar os direitos fundamentais de todos os cidadãos, inclusive, quando necessário, dotando-os de bens materiais necessários para o gozo daqueles direitos.

A necessidade da realização do comando das normas constitucionais no plano dos fatos é defendida desde Konrad Hesse, que reconhece as forças sociais e políticas influenciando a elaboração da constituição mas que a constituição não é só a “Constituição real” constituída pelas forças sociais e políticas, a constituição é também a “Constituição jurídica”, com força normativa e com influência sobre a realidade social:

Para usar a terminologia acima referida, “Constituição real” e “Constituição jurídica” estão em uma relação de coordenação. Elas condicionam-se mutuamente, mas não dependem, pura e simplesmente, uma da outra. Ainda que não de forma absoluta, a Constituição jurídica tem significado próprio. (HESSE, 1991, p. 15).

Essa constatação surge com uma nova perspectiva dos direitos fundamentais. A perspectiva tradicional dos direitos fundamentais os concebia exclusivamente como direitos subjetivos das pessoas. Essa concepção tem cunho individualista e exigia do Estado, naquela ocasião visto como único “inimigo” dos direitos fundamentais, nada mais do que a abstenção, no sentido de não interferir na liberdade e na autonomia privada dos indivíduos.

A superação dessa concepção surge com a noção da dimensão ou perspectiva objetiva dos direitos fundamentais. A evolução do conteúdo dos direitos fundamentais fez com que se reconhecesse a eles, além da dimensão subjetiva, uma dimensão objetiva. Ressalte-se que o reconhecimento da dimensão objetiva não exclui a existência também da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais. Portanto, “os direitos fundamentais passaram a ser encarados por meio de uma dupla perspectiva, seja como direitos subjetivos individuais, seja como elementos objetivos fundamentais da comunidade” (DUQUE, 2014, p. 122).

Por meio dessa perspectiva, se reconhece aos direitos fundamentais uma função de conteúdo axiológico do ordenamento jurídico. Assim, eles são elemento informador do funcionamento da sociedade e devem nortear a interpretação e a aplicação de toda e qualquer norma (PEREZ LUÑO, 1998, p. 21).

²“Portanto, quanto mais intenso se revela o funcionamento do Estado de Direito, maior é o nível de tutela dos direitos fundamentais. Da mesma maneira que na medida em que se produz uma vivência dos direitos fundamentais se reforça a implementação do Estado de Direito.” Tradução livre.

O reconhecimento da dimensão objetiva é um fator de reforço de juridicidade e da efetividade dos direitos fundamentais (SARLET, 2012, p. 151) e tem alguns importantes desdobramentos, quais sejam: o reconhecimento da eficácia irradiante dos direitos fundamentais, ou seja a ideia que os direitos fundamentais se constituem em impulsos e diretrizes para a criação, aplicação e interpretação do direito infraconstitucional; o reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, significando a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas; a teoria dos deveres de proteção, segundo a qual cabe ao Estado a obrigação de zelar e promover permanentemente, inclusive de forma preventiva os direitos fundamentais.

Desta forma, o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e de seus desdobramentos são aspectos de grande relevância para que as normas de direitos fundamentais sejam realizadas no plano dos fatos e, voltando os olhares para a realidade brasileira, cumpram-se os objetivos fundamentais previstos no artigo 3º da Constituição Federal de 1988.

A problemática a ser por nós enfrentada neste trabalho é no sentido de discutir os principais aspectos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e como os seus desdobramentos podem funcionar com vistas à efetividade desses direitos.

2. A evolução da concepção do Estado: fundamento para nova concepção dos direitos fundamentais

A concepção do Estado liberal, surgido com a superação do Estado absolutista, entendia que o Estado, com atenção à liberdade individual, deveria se abster de intervir na autonomia privada dos indivíduos. Como superação do Estado absolutista, a nova concepção de Estado somente poderia se dirigir contra o poder do Estado, que era, naquele contexto, o “inimigo” por excelência dos direitos fundamentais.

A partir da constatação que os direitos fundamentais de cunho individualista não eram suficientes para converter a democracia política em democracia social, observa-se a necessidade do Estado deixar o abstencionismo característico do liberalismo, a fim de cumprir uma série de exigências de caráter sócio-econômico (PÉREZ LUÑO, 2006, p. 154). Nessa perspectiva, passa-se a exigir do Estado uma conduta positiva no sentido de promover os direitos fundamentais. O Estado, de potencial inimigo dos direitos fundamentais, passa a ocupar a posição de instrumento de promoção, por meio do qual os direitos fundamentais são instituídos e garantidos.

Pérez Luño (2006, p. 155) identifica o surgimento dos direitos sociais como um fator de mudança considerável no conteúdo dos direitos fundamentais. O que anteriormente tinha um cunho eminentemente individualista, procurando limitar o poder do Estado e promover a liberdade individual e a igualdade formal, agora passa a conter também normas que exigem a intervenção do Estado na ordem econômica e social, a fim de promover o interesse coletivo e a igualdade material.

A necessidade da intervenção do Estado na promoção e garantia dos direitos fundamentais surge a partir de duas principais constatações: primeiro, há a necessidade dos cidadãos terem acesso a condições mínimas materiais para o efetivo gozo dos direitos fundamentais e segundo, os particulares, e não somente o Estado, são potenciais ofensores dos direitos fundamentais de outrem. Portanto, exige-se do Estado um comportamento positivo tanto para dotar universalmente os cidadãos dos bens necessários ao gozo dos direitos fundamentais como para protegê-los das ameaças e agressões de seus direitos fundamentais por parte de particulares.

A concepção individualista das liberdades pode levar a uma situação em que os direitos e liberdades ficam a depender exclusivamente da vontade dos particulares para que sejam garantidos a todos. Dessa forma, o individualismo pode se converter em privatismo econômico, em que se garantem exclusivamente os direitos dos indivíduos proprietários (FIORAVANTI, 2009, p. 56).

A crise do Estado social é atualmente algo inegável, especialmente após a derrocada dos regimes que pregavam o Estado máximo. Porém, esta constatação não deve levar à conclusão que o Estado deve abandonar a busca da redução da igualdade material e da promoção dos direitos fundamentais a todos os cidadãos. (SARMENTO, 2003, p. 253).

A doutrina da separação de poderes, defendida por Montesquieu, e que serviu de fundamento à ascensão da burguesia como classe participante da determinação dos rumos do Estado e ao combate do absolutismo estatal tem sido mitigada em prol da concretização dos direitos fundamentais. Reconhece-se a importância histórica desta doutrina, mas, com o advento do constitucionalismo pós segunda guerra e a conseqüente ampliação dos fins do Estado no sentido não apenas de garantir a liberdade e a igualdade formais, ela tem que ser necessariamente relida. É o que se pode inferir do seguinte trecho:

Com o moderno Estado social cresceram, porém, os fins do Estado.

Ora, o princípio de Montesquieu, como vimos, compadecia-se com a diminuição, e não com o alargamento daqueles fins.

Daí, outro motivo para determinar o recuo necessário, se não o abandono a que se acha exposto, na doutrina política de nossos dias, o mencionado princípio, notadamente depois que as necessidades do mundo moderno impuseram ao poder estatal a ampliação de seus fins e o aumento contínuo da esfera de suas responsabilidades. (BONAVIDES, 2013, p. 72).

A supremacia da constituição não exige apenas a rigidez constitucional e o controle de constitucionalidade, mas também a vinculação de todos, poder público e particulares, aos comandos constitucionais:

Pero, como antes se decía, la renovada supremacía de la constitución no se refiere sólo a este aspecto, que es de la rigidez constitucional, el del control de constitucionalidad y el de una tutela más eficaz de la esfera individual de libertad con el instrumento de la constitución como norma fundamental garantía (*costituzione-garanzia*). Con las constituciones democráticas de este siglo vuelve a primer plano otro aspecto, el de la constitución como norma directiva fundamental (*costituzione-indirizzo*), que dirige a los poderes públicos y condiciona a los particulares de tal manera que asegura la realización de los valores constitucionales. Una materia típica de la constitución como norma directiva fundamental es, por ejemplo, el goce de los derechos sociales, así el derecho a la educación o a la subsistencia o al trabajo. (FIORAVANTI, 2009, p. 129).

Alexy usa o termo “correta distribuição de liberdades” para chamar a atenção ao fato de que a promoção da liberdade sempre envolve a restrição das liberdades de outros:

O exercício de competências leva à imposição de obrigações, não-direitos e não-competências; normas de direito penal que asseguram liberdades excluem a liberdade jurídica de fazer aquilo que elas proíbem; e a satisfação de direitos a prestações sociais pressupõe que o Estado retire de outros os meios necessários para tanto, o que restringe sua liberdade fática de ação. É certo que isso em nada altera o fato de as liberdades ativamente criadas serem liberdades, mas suscita a questão acerca da correta distribuição de liberdades. (ALEXY, 2008, p. 247).

É dizer, a fim de promover a liberdade efetiva dos indivíduos, o Estado precisa intervir na liberdade de outros. Assim, defende-se a intervenção do Estado na autonomia individual, não como um fim em si mesmo, mas com o fim determinado de promover a igualdade material:

Acrescente-se: longe de significar uma ampliação do poder estatal, a imprescindível postura intervencionista e dirigente **se traduzia em mais um limite real**. É que, entregue a si mesmo, todo Estado liberal ‘cai nos braços’ do poder econômico para formar com ele a mais desumana das parcerias (a opressão política a ‘atar’ o seu corpo à exploração econômica). Sobremais, sem um mínimo de igualdade nas relações sociais de base (aquelas que definem o verdadeiro perfil da vida coletiva), as liberdades fundamentais não passam de ornamento gráfico na tessitura formal dos dispositivos constitucionais. Uma normação apenas retórica (“simbólica”, diria MARCELO NEVES). (BRITTO, 2006, p. 82). (grifos do autor).

Em tempos em que a antítese Estado máximo-Estado mínimo se mostra cada vez mais presente na discussões acerca da concepção de Estado e do ganho de força de correntes liberais, a síntese dessas duas correntes pode levar à busca de uma posição de equilíbrio no sentido de que, deixar os direitos fundamentais somente ao sabor das leis do mercado não vai garantir a sua efetividade. Ou seja, o Estado deve intervir nas relações privadas mas desde que

haja um espaço para a autonomia individual. Isso se deve até mesmo à necessidade de garantia da liberdade individual, esta que, ao lado de tantos outros, é um direito fundamental.

3. A falta de efetividade dos direitos fundamentais: um problema dos países periféricos

Inicialmente, cumpre-nos fazer a necessária diferenciação entre conceitos relacionados de vigência, eficácia e efetividade da norma constitucional. A vigência de uma norma se identifica com a existência, mas não com a validade, pois pode ocorrer posterior declaração de inconstitucionalidade da norma, apesar de ela ter existido no ordenamento (SARLET, 2012, p. 236).

A eficácia, por sua vez, possui relação de complementaridade com a vigência, dizendo respeito especificamente à aptidão para aplicabilidade da norma jurídica. Já a efetividade, que alguns chamam de eficácia social em contraposição à eficácia jurídica (eficácia *stricto sensu*), diz respeito à concretização da norma, da sua realização no plano dos fatos.

Ainda dando um último argumento para diferenciar a eficácia da efetividade, Sarlet (2012, p. 240) expõe:

Assim sendo, para efeito deste estudo, podemos definir eficácia jurídica como a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de – na medida de sua aplicabilidade – gerar efeitos jurídicos, ao passo que a eficácia social (ou efetividade) pode ser considerada como englobando tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz), quanto o resultado concreto decorrente – ou não – desta aplicação.

Neves (2011, p. 43) faz a distinção entre a eficácia em sentido jurídico-dogmático, que se refere à aptidão para aplicabilidade da norma; e a eficácia em sentido sociológico, que se refere à sua concretização, à conformidade das condutas dos destinatários às normas. Distinguindo ainda eficácia social de efetividade, o autor explica que aquela diz respeito à conformidade da conduta dos destinatários à norma e esta se relaciona com o alcance da finalidade pretendida pela atividade legislativa, ou seja, “à concretização do vínculo ‘meio-fim’ que decorre abstratamente do texto legal.” (NEVES, 2011, p. 48).

Uma norma pode ser plenamente cumprida e não cumprir os objetivos que se esperavam quando da sua criação. Isso significa que é importante utilizar a distinção terminológica feita por Neves e tratada no parágrafo anterior. Resalte-se que, nessa perspectiva, o que se busca dos direitos fundamentais é, além da eficácia social, a efetividade no sentido tratado por Neves. Ou seja, a norma precisa não apenas ser cumprida, mas também atingir os objetivos para os quais foi criada.

Conforme já se tratou, a efetividade dos direitos fundamentais e o Estado de direito se encontram imbricados. Nessa perspectiva, os direitos fundamentais podem ser considerados pressuposto, garantia e instrumento da democracia, mediante a promoção da liberdade e da igualdade reais e do direito de participação dos indivíduos na determinação dos rumos da sociedade em que está inserido. Por isso, a efetividade dos direitos fundamentais é vista como parâmetro de legitimidade da democracia (SARLET, 2012, p. 61).

A falta de efetividade dos direitos fundamentais é um problema especialmente nos países menos desenvolvidos, designados pelo termo “periféricos”. Muitos desses países, entre eles o Brasil, possuem vasta previsão constitucional de direitos, sendo que o contexto social não reflete necessariamente essa previsão. Nesse sentido:

Tanto a dogmática jurídica quanto a sociologia do direito dominantes, orientadas pela experiência constitucional dos Estados democráticos europeus e norte-americanos, partem do seguinte pressuposto: há uma forte contradição entre *direito* e *realidade* constitucionais nos países “subdesenvolvidos”. (NEVES, 2011, p. 3).

Isso nos chama para o problema da necessidade da concretização dos direitos fundamentais. O fato das constituições modernas terem positivado os valores do direito natural deslocou as discussões acerca da relação entre os valores e o direito do campo da ontologia jurídica para o da hermenêutica constitucional (SARMENTO, 2003, p. 267). Ou seja, a discussão acerca da existência ou não de um direito anterior ao Estado e por isso mesmo, supra-estatal, perde um pouco a importância e o problema passa a ser a discussão de uma hermenêutica constitucional voltada para a efetividade.

Justamente nesse aspecto que, em nossa concepção, reside a maior importância do reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, posto que esta é um importante fator de efetividade dos direitos fundamentais (SARLET, 2012, p. 151). A linha de entendimento a ser seguida neste trabalho é justamente nesse sentido. A dimensão objetiva e seus desdobramentos se voltam para a efetividade dos direitos fundamentais.

4. A dupla dimensão dos direitos fundamentais

Segundo a clássica dimensão subjetiva, os direitos fundamentais se constituem em fonte de direitos subjetivos para o particular, oponíveis contra o Estado. Por isso, o sujeito tem a capacidade jurídica de imposição do direito, nesse sentido, “Esses direitos podem ser compreendidos, portanto, como direitos de defesa do cidadão contra o Estado, os quais tornam possível ao particular defender-se contra intervenções não autorizadas em seu status jurídico-constitucional praticadas pelos poderes públicos.” (DUQUE, 2014, p. 121).

A evolução do conteúdo dos direitos fundamentais fez com que se reconhecesse a eles, além da dimensão subjetiva, uma dimensão objetiva. Ressalte-se que o reconhecimento da dimensão objetiva não exclui a existência também da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais. Portanto, “os direitos fundamentais passaram a ser encarados por meio de uma dupla perspectiva, seja como direitos subjetivos individuais, seja como elementos objetivos fundamentais da comunidade” (DUQUE, 2014, p. 122).

O reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais exige do Estado um comportamento positivo no sentido da promoção e da proteção desses direitos e coloca os direitos fundamentais na posição de sistema valorativo e de fundamento material de todo o ordenamento jurídico (DUQUE, 2014, p. 123).

A noção tradicional de “direitos subjetivos públicos” remete à concepção do Estado liberal, em que os direitos fundamentais consistiam naqueles de primeira geração, voltados apenas à autonomia individual e oponíveis contra o Estado. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 305).

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais é característica do Constitucionalismo Social e não substitui, mas complementa, vai além, da dimensão subjetiva e alça os direitos fundamentais a um papel de norte de interpretação e aplicação de todo o ordenamento jurídico, constituindo um reforço de juridicidade e de concretização e densificação das normas de direitos fundamentais. (FERNANDES, 2014, p. 309).

A dimensão objetiva é uma função autônoma, que transcende a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais. Nesse sentido, o reconhecimento da dimensão objetiva complementa e reforça a juridicidade dos direitos fundamentais, ao significar que, para além de sua dimensão subjetiva, os direitos fundamentais funcionam também “como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos”. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 308).

Daniel Sarmiento critica a compreensão da constituição apenas como uma ordem de valores, mas reconhece a carga axiológica das constituições modernas, especialmente daquelas que, como a brasileira de 1988, vieram com a superação de regimes autoritários:

Mas se, por um lado, compreender a Constituição como uma ordem de valores parece incorreto, por outro, não há dúvidas de que a Constituição, como norma superior de uma comunidade política, consagra e juridiciza os valores mais relevantes dessa comunidade. Ademais, constituições como a brasileira, a alemã, a espanhola e a portuguesa, que representam marcos na superação de formas estatais autoritárias, são timbradas pela preocupação com a promoção de valores humanitários de dignidade humana, liberdade, democracia, igualdade e justiça. Não há como negar, diante de constituições com este teor e esta origem, a relevância da dimensão axiológica dos respectivos textos magnos. (SARMENTO, 2003, p. 274).

A concepção da constituição como ordem de valores não tem que ser necessariamente um retorno às teorias jusnaturalistas, pois pode haver o reconhecimento de valores que não se reportem a uma moral supra-histórica, mas a valores de uma comunidade histórica concreta (SARMENTO, 2003, p. 271).

Diante do relevo dos direitos fundamentais em um Estado Democrático de Direito, como o nosso, passou-se a falar em dimensão objetiva dos direitos fundamentais na medida em que lhes concede uma função de conteúdo axiológico do ordenamento jurídico. Nestes termos, os direitos fundamentais funcionam como elemento informador do funcionamento da sociedade e devem nortear a criação e aplicação de todo o ordenamento jurídico (PEREZ LUÑO, 1998, p. 21).

Neste sentido, trecho do julgamento do Tribunal Constitucional Espanhol: “Los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que [...] han de informar todo nuestro ordenamento jurídico.”³ (STC de 15 de junio de 1981, em BJC, 1981, n. 4, p. 265). (PEREZ LUÑO, 1998, p. 22).

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais não é mera faceta da dimensão subjetiva destes e sim uma função autônoma, intimamente ligada ao reconhecimento da força normativa a toda e qualquer norma constitucional (SARLET, 2012, p. 144). Assim, os direitos fundamentais são dotados de uma dimensão axiológica que deve, pela supremacia constitucional, surtir seus efeitos em toda e qualquer relação que se encontre sob a égide do ordenamento jurídico, sejam relações particular-Estado, sejam relações particular-particular.

A partir do reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, o Estado não tem apenas que se abster de violar esses direitos. É necessário também que o Estado proteja os direitos fundamentais contra agressões e ameaças de terceiros e que assegure as condições materiais para que os direitos fundamentais sejam efetivamente gozados por todos. (SARMENTO, 2003, p. 255).

A decisão do caso Lüth⁴ é reconhecida como marco do reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e despertou três principais ideias:

³ “Os direitos fundamentais respondem a um sistema de valores e princípios de alcance universal que [...] tem de informar todo o ordenamento jurídico.” Em tradução livre.

⁴ Eric Lüth era um judeu que presidia o Clube de Imprensa e escreveu um manifesto em que propunha boicote dos alemães decentes contra o filme Amada imortal (1951), do cineasta Veit Harlan. O filme Amada imortal não tinha nada de anti-semita. O problema é que Veit Harlan foi um dos diretores do cinema de inspiração nazista e dirigiu o filme Jud Süß (1941), considerado uma das mais odiosas representações dos judeus nos cinemas (LIMA, 2008). O filme Amada imortal foi um fracasso de público e o diretor Harlan interpôs ação contra Lüth alegando que o mesmo violara o Código Civil Alemão, por causar prejuízo ao diretor e aos investidores do filme.

A primeira ideia diz respeito à dupla dimensão dos direitos fundamentais, que se sustenta no fato de que a garantia jurídico-constitucional dos direitos individuais não se esgota na garantia dos clássicos direitos de defesa do cidadão oponíveis contra o Estado; a segunda, informa que os direitos fundamentais vinculam todos os poderes públicos como princípios, irradiando os seus efeitos em todos os âmbitos do direito. Na acepção proferida pela decisão Lüth, essa ideia é transmitida pela afirmação de que os direitos fundamentais personificam uma ordem de valores objetiva, cujo resultado é a produção de um efeito de irradiação para todos os âmbitos do direito; a terceira, por fim, resulta do fato de que os valores e princípios costumam colidir, razão pela qual faz-se necessária uma ponderação de bens. (DUQUE, 2014, p. 156).

5. A vinculação positiva do Estado aos direitos fundamentais

Observe-se, portanto, que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais impõe ao Estado não apenas a abstenção, mas também um comportamento positivamente vinculado aos direitos fundamentais. Naturalmente que a vinculação positiva diz respeito não à previsão de direitos fundamentais, mas à efetiva realização deles no plano dos fatos.

A principal forma pela qual o Estado cumpre sua função de concretização e desenvolvimento dos direitos fundamentais é por meio da elaboração de leis (GAVARA DE CARA, 2007, p. 279). O Tribunal Constitucional Federal alemão relaciona a dimensão jurídica objetiva dos direitos fundamentais não apenas com a interpretação e aplicação do direito, mas também com sua criação. Neste sentido, podemos afirmar que “a função jurídico-objetiva dos direitos fundamentais revela-se como uma parteira de novos direitos subjetivos.” (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 71).

Por outro lado, a realização plena dos direitos fundamentais não pode ficar totalmente à mercê da atuação do legislador infraconstitucional. Por isso, pode ser realizada a aplicação direta dos direitos fundamentais em caso de omissão do poder público na criação dos mecanismos para sua efetivação, inclusive em caso de omissão legislativa (GAVARA DE CARA, 2007, p. 280).

No caso de omissão legislativa, portanto, entram em cena outros mecanismos para que os direitos fundamentais sejam efetivados. Nessa perspectiva, a eficácia irradiante é o efeito principal da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. A partir dela, desenvolvem-se todos os outros efeitos do reconhecimento desta segunda dimensão dos direitos fundamentais. Devido ao reconhecimento da eficácia irradiante, os valores contidos nos direitos fundamentais penetram todo o ordenamento jurídico, condicionam tanto a interpretação

A tese de Harlan prevaleceu nas instâncias ordinárias e Lüth recorreu à Corte Constitucional, com base no direito fundamental à liberdade de expressão. A decisão da Corte Constitucional foi favorável a Lüth, reconhecendo-se na decisão que a constituição tem força normativa e se encontra em posição superior em relação ao restante do ordenamento jurídico e que os direitos fundamentais consistem em vetores de interpretação do ordenamento infraconstitucional.

quanto a criação de normas e atuam como impulsos e diretrizes para todos os poderes públicos (SARMENTO, 2003, p. 279).

A eficácia irradiante impõe que toda interpretação normativa seja também interpretação constitucional, pois as normas devem ser interpretadas de modo que o resultado da interpretação esteja sempre de acordo com os valores presentes na constituição. A mudança de concepção dos direitos fundamentais devido à eficácia irradiante é tamanha que podemos afirmar que “Por intermédio dela, os direitos fundamentais deixam de ser concebidos como meros limites do ordenamento e se convertem no norte do direito positivo, no seu verdadeiro eixo gravitacional.” (SARMENTO, 2003, p. 280).

Outro importante desdobramento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é a teoria dos deveres de proteção, segundo a qual, o Estado, além de não violar os direitos fundamentais, tem o dever de promover estes direitos e de impedir as ameaças e agressões dos direitos fundamentais por parte de particulares. Nessa perspectiva, o Estado se constitui em “uma instituição necessária para a própria garantia desses direitos na sociedade civil.” (SARMENTO, 2003, p. 294).

A teoria dos deveres de proteção encontra-se expressamente prevista na Constituição Federal de 1988 (SARMENTO, 2003, p. 302), quando o artigo 5º, inciso XLI estabelece: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

Sobre o conceito de direitos a proteção, Alexy expõe:

Por “direitos a proteção” devem ser aqui entendidos os direitos do titular de direitos fundamentais em face do Estado a que este o proteja contra intervenções de terceiros. Direitos a proteção podem ter os mais diferentes objetos. Desde a proteção contra homicídios na forma mais tradicional, até a proteção contra os perigos do uso pacífico da energia nuclear. Não são apenas a vida e a saúde os bens passíveis de serem protegidos, mas tudo aquilo que seja digno de proteção a partir do ponto de vista dos direitos fundamentais: por exemplo, a dignidade, a liberdade, a família e a propriedade. Não menos diversificadas são as possíveis formas de proteção. Elas abarcam, por exemplo, a proteção por meio de normas de direito penal, por meio de normas de responsabilidade civil, por meio de normas de direito processual, por meio de atos administrativos e por meio de ações fáticas. (ALEXY, 2008, p. 450).

Um interessante reflexo da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e da teoria dos deveres de proteção é a busca da proteção penal para os direitos fundamentais. Aparentemente, a criminalização de uma conduta não condiz com a moderna doutrina dos direitos fundamentais, posto que se busca promover a liberdade. Porém, o Estado pode, em alguns casos, tornar efetiva a proteção de determinados direitos fundamentais justamente pela criminalização, pela efetiva investigação e punição dos autores de violações de direitos fundamentais (RAMOS, 2014, p. 245).

Por último, o Estado cumpre seu papel na promoção da efetividade dos direitos fundamentais por meio da elaboração de uma estrutura e de procedimentos cuja atuação seja no sentido desta efetividade:

Uma terceira função, igualmente vinculada à dimensão objetiva, e que, além disso, demonstra que todas as funções dos direitos fundamentais, tanto na perspectiva jurídico-objetiva, quanto na dimensão subjetiva, guardam direta conexão entre si e se complementam reciprocamente (embora a existência de conflitos), pode ser genericamente designada de função organizatória e procedimental. Neste sentido, sustenta-se que a partir do conteúdo das normas de direitos fundamentais é possível extrair consequências para a aplicação e interpretação das normas procedimentais, mas também para uma formação do direito organizacional e procedimental que auxilie na efetivação da proteção aos direitos fundamentais, evitando-se os riscos de uma redução do seu significado e conteúdo material. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 310).

Esta faceta da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, denominada de dimensão organizativa e procedimental (GAVARA DE CARA, 2007, p. 318) impõe ao Estado a criação de procedimentos judiciais e administrativos, a colaboração em organizações, a articulação com organizações internacionais, tudo com vistas tanto à criação de uma efetiva rede de proteção a eventuais ameaças ou agressões aos direitos fundamentais, como à criação de mecanismos para que todos sejam dotados das condições mínimas para o gozo dos direitos fundamentais.

6. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais

Como vimos, a eficácia irradiante impõe a influência dos direitos fundamentais a todos os ramos do direito. Portanto, como corolário da eficácia irradiante, desenvolveu-se na Alemanha a ideia da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que é a aplicação dos direitos fundamentais nas relações em que nos dois pólos figurem particulares. Esse entendimento, como tudo que neste trabalho se discute, é uma evolução em relação à concepção tradicional dos direitos fundamentais, que se aplicavam somente em face do Estado.

A aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares em si é relativamente pacífica, posto que apenas uma pequena corrente doutrinária nega a existência desta⁵. O ponto que gera maior discussão é a forma pela qual se dará a vinculação dos

⁵ “Em primeiro lugar, parece pacífico que a recusa de qualquer eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é inaceitável. O simples facto da existência de uma discussão que se prolonga por mais de cinquenta anos não permitiria, de resto, outra conclusão: alguma eficácia terá de haver, pois não pode toda a gente ter andado a discutir sobre o vazio durante todo este tempo. A própria *state action*, se bem que auto-assumida como tese de recusa, na realidade não o é; todavia, a sua exclusividade norte-americana dispensa maiores desenvolvimentos, embora, como se verá, a reinvistamos parcialmente no quadro da proposta que aqui defendemos.” (NOVAIS, 2007, p. 357).

particulares aos direitos fundamentais (AMARAL, 2014, p. 78). Sobre o tema, existem duas principais correntes, quais sejam: a tese da eficácia mediata ou indireta e a tese da eficácia direta ou imediata.

Um aspecto que tem que ser levado em conta ao se tratar da oposição de direitos fundamentais ao Estado ou ao particular é a diferença em relação ao ocupante do polo passivo do direito fundamental. Ocorre que quando um direito fundamental é oposto ao Estado, “o direito fundamental só cede se o Estado for capaz de encontrar uma justificação de peso intrínseco indiscutível; a simples vontade da maioria democrática não é suficiente para justificar a restrição.” (NOVAIS, 2007, p. 371).

Por outro lado, quando se opõe um direito fundamental a um particular, este também é titular de direitos fundamentais, portanto, o cerne da questão é que, numa colisão de direitos fundamentais em uma relação privada, diferentemente de uma relação em que o Estado figura como parte, os dois envolvidos são titulares de direitos fundamentais, o que torna necessária a utilização do sopesamento⁶, a fim de respeitar os direitos fundamentais de todos, e não apenas de um dos polos da relação.

A doutrina da eficácia horizontal dos direitos fundamentais – *Drittwirkung der Grundrechte* – surgiu na Alemanha, no seio do direito do trabalho, posto que foi Hans Carl Nipperdey, então presidente do Tribunal Federal do Trabalho alemão, que pela primeira vez abordou o problema em meados da década de 1950, ao aplicar o princípio da igualdade no âmbito das relações de trabalho, para determinar a isonomia salarial entre mulheres de mesmo desempenho (AMARAL, 2014, p. 72).

Para a teoria da eficácia horizontal mediata dos direitos fundamentais, as formas pelas quais os direitos fundamentais devem exercer influência sobre as relações privadas são indiretas, mediatas, seja por meio da atuação do legislador infraconstitucional, seja como fundamento axiológico na interpretação e aplicação de normas infraconstitucionais ou no preenchimento de cláusulas gerais e conceitos indeterminados (NOVAIS, 2007, p. 357).

A principal crítica que os adeptos desta teoria fazem à teoria da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais é que a incidência direta dos direitos fundamentais desconfiguraria completamente a autonomia da vontade e o direito privado, pois o converteria

⁶ As normas de direitos fundamentais são, em regra, normas de conteúdo aberto e de baixa densidade normativa, ou seja, possuem a natureza de princípios. As colisões entre princípios são solucionadas por meio do sopesamento, cujo objetivo é definir no caso concreto, qual dos interesses deve ter maior peso. O sopesamento, portanto, definirá naquelas condições, qual princípio em colisão deverá ter precedência sobre o outro. Nesse caso, dizemos que a relação de precedência é uma relação condicionada, pois está adstrita às condições existentes no caso em exame. Sob outras condições, a relação de precedência pode ser em favor do outro princípio. (ALEXY, 2008, p. 95 - 96).

em mera concretização do direito constitucional e que outorgaria de um poder desmesurado ao Judiciário, devido ao grau de indeterminação das normas de direitos fundamentais (SARMENTO, 2008, p. 211).

A teoria da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais se baseia na ideia do Estado democrático de direito, na unidade do ordenamento jurídico, na força normativa e na supremacia da constituição. Se o ordenamento jurídico é uno e os direitos fundamentais, como normas constitucionais, possuem força normativa e supremacia em relação a todo ordenamento jurídico, não há razão para que o direito privado constitua um “gueto, à margem da Constituição e dos direitos fundamentais.” (SARMENTO, 2008, p. 220).

Conforme já argumentamos anteriormente, a efetividade dos direitos fundamentais é simultaneamente pressuposto, garantia e instrumento da democracia. A teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais atende a isso e ao fato de que em algumas relações privadas, em especial nas relações de emprego, podem haver ofensas graves a direitos fundamentais⁷.

Para a teoria da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais, as decisões fundamentais do poder constituinte originário podem e devem ser aplicadas diretamente em toda e qualquer relação jurídica⁸. A atuação do Estado contra as ofensas aos direitos

⁷ Nesse sentido, é a seguinte jurisprudência: AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. ATO ILÍCITO. DISPENSA ARBITRÁRIA DE EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE (LEUCEMIA MIELÓIDE CRÔNICA). INCIDÊNCIA DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EM RELAÇÕES PRIVADAS. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. ABRANGÊNCIA E EFEITOS. SÚMULA 443, TST. DECISÃO DENEGATÓRIA DE SEGUIMENTO DO RECURSO DE REVISTA. MANUTENÇÃO. O Estado Democrático de Direito, consagrado pela Constituição de 1988, incorpora, de modo intenso e abrangente, o princípio democrático, por ser a Democracia importante meio, dinâmica e ambientação propícios para a afirmação da pessoa humana e sua dignidade na vida política e social. Nessa incorporação, determina o Texto Máximo da República que a Democracia esteja presente não apenas na sociedade política (o Estado e suas instituições), como também na sociedade civil (o cenário formado pelas pessoas humanas, as instituições sociais, a cultura em geral e o próprio sistema econômico e suas empresas). Para o conceito de Estado Democrático de Direito, há direta e imediata eficácia horizontal dos princípios constitucionais e dos direitos e garantias individuais e sociais, inclusive trabalhistas, no plano da sociedade civil e de suas instituições privadas. Eficácia horizontal plena, que deve ser absorvida e considerada pelos detentores de poder privado no âmbito da sociedade civil. Nesse contexto, se o ato de ruptura contratual ofende princípios constitucionais basilares, é inviável a preservação de seus efeitos jurídicos (Súmula 443, TST). Não há como assegurar o processamento do recurso de revista quando o agravo de instrumento interposto não desconstitui a decisão denegatória, que subsiste por seus próprios fundamentos. Agravo de instrumento desprovido. (AIRR - 1305-44.2011.5.09.0006. Data de Julgamento: 19/02/2014. Relator: Ministro Mauricio Godinho Delgado).

⁸ A ilustrar, vide esta jurisprudência: EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FIS 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.

fundamentais ocorridas em relações privadas não pode ficar à mercê da existência de cláusulas abertas e de conceitos jurídicos indeterminados ou mesmo da atuação do legislador infraconstitucional.

Pensar o contrário é o retorno ao já superado entendimento de que as normas constitucionais de conteúdo aberto são apenas um convite ao poder público para agir e que não possuem aplicabilidade.

Um dos pontos centrais da crítica à eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais é a de que o seu reconhecimento direto vem a ser uma ofensa à autonomia privada e, por isso, uma ofensa a um direito também fundamental. É importante salientar, porém, que a autonomia privada não é o único direito fundamental que deve ser protegido, nem deve prevalecer sobre outros direitos igualmente fundamentais.

Essa concepção se encontra no cerne da superação do Estado liberal, posto que se observou que a simples abstenção do Estado na intervenção na autonomia privada não é suficiente para o gozo dos direitos fundamentais a todos os indivíduos. Portanto, a autonomia privada deve ser exercida em harmonia com o exercício de outros direitos fundamentais, tais como a função social da propriedade, a proibição do tratamento desumano ou degradante, a defesa do consumidor e a proteção do emprego contra a despedida arbitrária.

Pereira (2008, p. 182), que se filia à corrente que defende a eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais, expõe sobre o confronto entre a autonomia privada e os demais direitos fundamentais:

Nessa perspectiva, a crítica de que a eficácia direta compromete o valor constitucional de autonomia escamoteia o verdadeiro ponto de divergência: a questão não se encontra em saber se a autonomia privada deve ou não ser protegida, mas sim se esta deve prevalecer em face dos demais direitos fundamentais quando tratar-se de relações jurídicas entre particulares. Ao admitir-se a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações *inter privatos*, a autonomia não é amesquinhada, e sim colocada no mesmo plano dos demais bens jurídicos fundamentais.

II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. 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. [...] (RE 201.819-8. Data de Julgamento: 11/10/2005. Relator para o acórdão: Ministro Gilmar Mendes).

Com base na argumentação aqui exposta, tomamos posição pela teoria da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais, por entendermos que é a teoria que possibilita maior concretização dos direitos fundamentais e da própria constituição. Dessa forma, teremos “Constituição Viva” que possa efetivamente regular as relações sociais.

7. Considerações finais

No decorrer deste texto, desenvolvemos a evolução por que passou a concepção do Estado do constitucionalismo moderno, a partir do surgimento do Estado liberal, como superação do Estado absolutista. Essa concepção de Estado tinha cunho individualista e, nesse contexto, os direitos fundamentais voltavam-se basicamente para proteger o indivíduo da intervenção do Estado em sua autonomia privada, num culto à liberdade individual.

A partir da constatação que a mera abstenção do Estado não se convertia em efetiva liberdade para todos, evoluíram, tanto o conteúdo dos direitos fundamentais, com o surgimento de direitos sociais, quanto a própria concepção de Estado e de liberdade. O Estado deixa sua posição de inimigo em potencial dos direitos fundamentais para assumir posição essencial na promoção e proteção dos direitos fundamentais, passando a figurar como instrumento por meio do qual se universalizam os direitos fundamentais e se promove a liberdade real.

A concepção individualista entendia os direitos fundamentais apenas em sua dimensão subjetiva, ou seja, originalmente, os direitos fundamentais eram compreendidos apenas como direitos subjetivos oponíveis contra o Estado. Esta concepção, segundo se observou nos regimes constitucionais anteriores à Segunda Guerra Mundial, notadamente o da Constituição mexicana de 1917 e o da Constituição alemã de 1919, não foi capaz de tornar efetivas as normas de direitos fundamentais.

Estas duas constituições inauguraram a era das constituições com amplo conteúdo de direitos fundamentais, especialmente com a inclusão de direitos sociais entre eles, mas não tiveram o desejado reflexo dessas normas no contexto social a que se dirigiam. As normas constitucionais eram vistas como “convites” ao poder público e não eram dotadas de força normativa.

Com a redemocratização da Europa ao fim da Segunda Guerra Mundial, ocasião em que surgiu o constitucionalismo contemporâneo, passou-se a reconhecer a força normativa das normas constitucionais, entre elas as que estabelecem direitos fundamentais. Nesse contexto, passou-se a compreender, ao lado da dimensão subjetiva, uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais. O reconhecimento da força normativa dos direitos fundamentais deixa clara a

necessidade de não apenas prever constitucionalmente os direitos, mas de torná-los efetivos. Nessa linha, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e seus desdobramentos, são fatores que se dirigem à efetividade dos direitos fundamentais, na medida em que revela valores que constituem vetor interpretativo e de concretização destes.

Inicialmente entende-se que o Estado além de se abster de ofender os direitos fundamentais de seus cidadãos, se vincula positivamente a esses direitos. A dimensão objetiva, portanto, exige do Estado também uma conduta positiva com vistas à promoção, proteção e efetivação dos direitos fundamentais.

Importante notar que a vinculação do Estado aos direitos fundamentais diz respeito a todos os ramos do poder público. Os poderes legislativo, executivo e judiciário se encontram vinculados à efetividade dos direitos fundamentais. Ora, se a constituição é norma dotada de supremacia em relação às demais normas, não há atuação estatal que se encontre fora da égide da constituição.

A ideia da disseminação dos efeitos das normas constitucionais a toda e qualquer relação nos leva à noção de eficácia irradiante das normas constitucionais. Por meio dessa ideia é que as normas constitucionais são vistas como ordem de valores que devem nortear toda e qualquer interpretação normativa.

Além da eficácia irradiante dos direitos fundamentais, o Estado desenvolve sua atuação de acordo com a vinculação positiva aos direitos fundamentais por meio principalmente da elaboração de leis e da criação e desenvolvimento de procedimentos e de uma estrutura organizacional que proteja e promova efetivamente os direitos fundamentais.

A elaboração de leis com vistas à proteção exige até mesmo a criminalização de condutas que constituam agressões ou ameaças aos direitos fundamentais, posto que a proteção penal é a sanção mais grave de que pode se valer o ordenamento jurídico. Naturalmente que a criminalização deve ser reservada apenas para casos graves de violações de direitos fundamentais, como por exemplo, a criminalização do trabalho escravo contemporâneo.

Como aqui tratamos de efetividade, não é demais lembrar que a simples criminalização de uma conduta não garante que a proteção penal seja efetiva. É importante que, paralelamente à criminalização das graves violações de direitos fundamentais, sejam criados e mantidos em funcionamento a necessária estrutura e procedimentos para a efetiva responsabilização e punição dos agressores.

Por último, como corolário também da dimensão objetiva e da eficácia irradiante dos direitos fundamentais, temos a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que é o

reconhecimento da aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, o que envolve o estudo do modo pelo qual se dá essa aplicação. Se a constituição tem força normativa e supremacia em relação às demais normas não há razão para que qualquer ramo do direito privado se constitua em um “gueto” à margem dos direitos fundamentais. Desta forma, nos filiamos à corrente que entende que as normas de direitos fundamentais se aplicam diretamente às relações entre particulares.

8. Referências

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2014.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.
- FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones**. 6. ed. Tradução Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2009.
- GAVARA DE CARA, Juan Carlos. La vinculación positiva de los poderes públicos a los derechos fundamentales. **Teoría y realidad constitucional**. Madrid; n. 20, p. 277-320, 2007.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.
- LIMA, George Marmelstein. 50 anos do caso Lüth: o caso mais importante da história do constitucionalismo alemão pós-guerra. **Direitos fundamentais**. maio. 2008. Disponível em <[http://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-docaso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismoalemao-pos-guerra/50 Anos do Caso Lüth: o caso mais importante dahistória do constitucionalismo alemão pós-guerra](http://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-docaso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismoalemao-pos-guerra/50-Anos-do-Caso-Lüth-o-caso-mais-importante-dahistória-do-constitucionalismo-alemão-pós-guerra)>. Acesso em: 04 abr. 2014.
- NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- NOVAIS, Jorge Reis. Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 355-389.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. In BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 119-192.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. La positividad de los derechos sociales: su enfoque desde la filosofía del derecho. **Derechos y Libertades**. Madrid, n. 14, época II, p. 151-178, jan. 2006.
- _____. **Los derechos fundamentales**. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais.** Tradução Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais numa perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 251-314.

____. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional:** ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 193-284.