

**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 SUPERAÇÃO DA VISÃO CLÁSSICA EM TORNO DOS DIREITOS PÚBLICOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS, EM ESPECIAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO ENTRE SI E EM RELAÇÃO AO ESTADO, NO DIREITO ATUAL.

CLASSIC AROUND THE PUBLIC RIGHTS OBJECTIVES AND SUBJECTIVE WITH SPECIAL OF BETWEEN YOU AND CITIZEN RIGHTS WITH RESPECT TO THE STATE, THE RIGHT CURRENT.

**Marcela Pithon Brito dos Santos
Clara Angélica Gonçalves Dias**

Resumo

O presente artigo visa discutir na Linha de Pesquisa Eficácia dos direitos fundamentais e seus reflexos nas relações sociais e empresariais, sobre a imediata aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas. De modo que não se pode pensar apenas na horizontalidade destas relações, pois que entre os particulares não há simetria quanto à condição social, à cultural e mesmo à intersubjetiva, o que justifica a nova visão. Para tanto, fundamenta-se na constatação do que já foi alvo de julgamentos por todo o país, inclusive pelos Tribunais Superiores, que tem evidenciado a superação da visão clássica em relação aos direitos públicos subjetivos. O questionamento funda-se na superação da dualidade direito público e direito privado, em relação às situações reguladas pela Constituição Federal, pelos tratados internacionais de direitos humanos, pelas decisões dos Tribunais, trazendo à tona a discussão sobre a inseparabilidade e complementaridade dos direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações. A idéia é com base na temática dos direitos fundamentais e das relações horizontais suscitar questionamentos que demonstram a necessidade de se verificar a finalidade dos aspectos teóricos e práticos (aplicabilidade) destas transformações na legislação pátria brasileira, tentando inovar dentre as soluções já apresentadas.

Palavras-chave: Destinação dos direitos fundamentais. horizontalidade. aplicabilidade nas relações privadas atuais.

Abstract/Resumen/Résumé

This paper discusses the Research Line Effectiveness of fundamental rights and their effect on the social and business relations, on the immediate applicability of fundamental rights to private relationships. So you can not think only of the horizontality of these relationships, since between individuals there is no symmetry about the social, cultural and even intersubjective, which justifies the new vision. Therefore, based on the observation of what has been the target of trials throughout the country, including the Superior Courts, which has shown to overcome the classical view in relation to the subjective public rights. The question is based on the overcoming of duality public law and private law, in relation to situations governed by the Constitution, by international human rights treaties, the decisions of the

Courts, bringing up the discussion on the inseparability and complementarity of fundamental rights first, second and third generations. The idea is based on the theme of fundamental rights and horizontal relationships raise questions that demonstrate the need to verify the purpose of theoretical and practical aspects (obligatory) of these transformations in the Brazilian Brazilian legislation, trying to innovate among the solutions already presented.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Destination of fundamental rights. horizontal applicability in private current affairs.

I – A NECESSIDADE DE IDENTIFICAÇÃO DO PAPEL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE OS PARTICULARES.

O estudo em apreço parte da constatação de que os direitos fundamentais exercem eficácia vinculante não somente nas relações entre o Estado e os indivíduos, mas também na esfera jurídico-privada. Com base nessa premissa acima identificada surge o desafio de definir como efetivar a referida vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, considerando os novos valores postos e as constantes alterações das necessidades individuais. Torna-se necessário esclarecer como os direitos fundamentais influenciam os sujeitos particulares e ainda qual seria a maneira “mais correta” e mais eficaz para aqueles pudessem interferir na esfera privada.

Aparecem algumas questões que devem ser aclaradas, tais com o posicionamento da literatura jurídica nacional sobre o problema exposto; quais as soluções alternativas propostas até o momento e qual a eficácia das mesmas; como se posiciona a prática jurisprudencial no Brasil; se existe uniformização nas regiões do Brasil, sobre o tema e, por derradeiro, qual a visão geral dos tribunais superiores sobre o tema.

Explique-se que as decisões mencionadas serão citadas apenas para exemplificar, não se pretendendo exaurir o tema, dada a mutabilidade constante dos posicionamentos jurisprudenciais, conforme as suas composições.

Tendo observado a doutrina em relação ao que vem sendo decidido especialmente pelo Supremo Tribunal Federal (STF), algumas questões serão ainda tratadas tais como: o atual posicionamento do STF sobre a produção de efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares; as variações das decisões prolatadas, de modo a identificar se ocorrem de acordo com o direito proposto ou existe orientação uniforme em relação ao tema.

Nesse contexto, insta ainda informar sobre a necessidade de interferência do STF nos casos envolvendo direitos fundamentais em conflito entre sujeitos privados.

O presente trabalho visa evidenciar com a criação de modelos que justifiquem a vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é importante, mostrando a que a prática da jurisprudência termina por dar forma e definição ao direito aqui questionado, sendo pois imperiosa a análise da atuação dos Tribunais e em especial do STF, este como forma de controle social de um dos poderes da República.

Analisar, sob a ótica dos direitos fundamentais, como se opera a relação entre estes e os particulares, torna-se um desafio, dada a importância dos indivíduos como unidades que formam a sociedade, e que constituem a base de um Estado Democrático de Direitos que tem como objetivos, conforme definido no preâmbulo da Magna Carta,

(...) assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias (...).

Não se pode de outro lado, perder de vista a relação entre o Estado e os particulares e não apenas entre estes entre si, de maneira que se lembre sobre a necessidade de ligação entre as relações acima, bem como de submissão da relação privada aos parâmetros estabelecidos na Carta Constitucional em relação aos direitos fundamentais, de maneira a garantir a legalidade das relações.

As conexões entre as formas de relação do direito privado com o direito público, bem como sua definição e evolução, são fundamentais para identificar a problemática em equacionar os novos valores postos e o direito positivado sobre as garantias constitucionais.

A análise da posição do Judiciário sobre a horizontalização da relação privada e a necessidade de submissão aos Direitos Fundamentais, expondo os principais posicionamentos dos tribunais superiores e do Supremo Tribunal Federal, evidencia um norte a respeito da solução encontrada, restando saber se a referida solução é definitiva e estanca qualquer discussão sobre o tema.

Eis o desafio do estudo em análise.

II – A NECESSIDADE DE IDENTIFICAÇÃO DAS NORMAS E PONDERAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DE MODO A NÃO SE PERMITIR EXCLUSÃO DE EVENTUAL PREMISSE QUE POSSA SOLUCIONAR O CASO CONCRETO PROPOSTO QUE EXPONHA CONFLITOS ENTRE PARTICULARES.

A norma infraconstitucional e os princípios constitucionais estão postos para serem aplicados, o que em tese não revela qualquer problema. Ocorre que constitucionalistas, e civilistas, têm questionado a aplicabilidade das normas constitucionais sobre o direito privado pois acreditam que é fundamental, como afirma GUSTAVO TEPEDINO (2008, p. 361 - 362), “a utilização de uma teoria da interpretação única e não formalista”.

O Autor acima sustenta que a complexidade do ordenamento se revela pela numerosidade de fontes normativas que com base no disposto na axiologia contida na Constituição Federal devem ser interpretadas de maneira unitária, considerando que as normas devem ser harmônicas entre si.

Referida harmonia deve ser buscada por meio da hermenêutica, de maneira que os valores constitucionais possam estar presentes nos julgados, ou mesmo nos núcleos das normas gerais, bem como nas infraconstitucionais, e assim se garanta a manutenção de decisões amparadas pela legislação pátria vigente.

Não se pode pensar no ordenamento jurídico sem que este seja uno e complexo, e para tanto necessário se faz que os princípios constitucionais tenham o papel de nortear as demais normas, assumindo função central na pluralidade das fontes do direito. A explicação cinge-se ao fato de que “o direito constitucional representa o conjunto de valores sobre os quais se constrói, na atualidade, o pacto da convivência coletiva, função que, como se viu, já foi exercida pelos códigos civis.” (MORAIS, 2000, P. 98).

Assim sendo, a ligação entre as normas não deve se dá pela norma infraconstitucional ou por parte da doutrina, mas pela norma constitucional, e assim, garantido estará que os princípios constitucionais sobreponham-se quando da análise de casos concretos e quando da interpretação das normas postas pelo caso exposto, sendo prezada a hierarquia normativa que tem como centro e ponto unificador a Carta Constitucional.

Aparentemente tal visão, defendida pela maioria dos constitucionalistas e até mesmo de alguns civilistas quando da interpretação das normas, não pode ser, entretanto radical, sob pena de repelir as normas de direito privado quando da aplicação da Constituição Federal.

A hierarquia normativa não deve atuar de modo a repelir o uso de uma ou outra norma, mas harmonizá-las de maneira a se cuidar de dar ao caso concreto efetiva solução, atendendo pois às similitudes de forma que não seja desprezada a análise da relação entre particulares, por exemplo, tão somente porque eventual norma estaria subsumida a alguns princípio constitucional.

A dinamicidade é uma característica própria do direito de maneira que cada caso concreto é que ensejará a interpretação e a aplicação da norma, enfatizando conforme o caso os princípios constitucionais ou mesmo os princípios de direito privado, não anulando, em qualquer caso, nenhum deles.

Imperioso que se destaque o perigo da exclusão das normas quando da interpretação das mesmas pois que poder-se-ia estar renunciando as soluções dos problemas jurídicos apenas por estarem as eventuais respostas na seara do Direito Privado.

Clara está a influência principiológica da Constituição Federal nas relações entre particulares, o que no entanto, repita-se, deve ocorrer de forma ponderada a fim de que não se banalizem as normas constitucionais. Surge assim novo problema, afinal a quem caberia as referidas ponderações? Aos tribunais, e em último caso ao Supremo Tribunal Federal, que ante a instauração de conflitos entre os indivíduos, teria que analisar o caso proposto, definindo a importância *in casu* das normas positivadas, de um modo geral, sem excluir qualquer regra que se aplique ao que fora proposto.

Não é tarefa fácil conjugar os regramentos do Direito Público e do Direito Privado isso porque a junção destes gera um choque de interesses e deveres, choque desnecessário e impróprio, vez que inapto a produzir qualquer efeito. Quando dos problemas apresentados pelo Direito Privado, uma alternativa viável para doutrina e jurisprudência são os ideais de Robert Alexy e Ronald Dworkin, sopesando e ponderando as situações fáticas para garantir a melhor aplicação do direito.

Não haveria espaço, segundo os autores acima, para excluir essa ou aquela norma já que se partiria da premissa de que os princípios não se excluem.

III – FUNDAMENTOS SUBJETIVOS E OBJETIVOS DAS NORMAS DE DIREITO FUNDAMENTAL

Os direitos fundamentais trilharam um caminho extenso até sua consagração, revelando a atual importância no ordenamento jurídico brasileiro. As constituições passaram a incorporar referidos direitos quando reconheceram o indivíduo como um ser moral, capaz e merecedor de usufruir de seu direito de liberdade, igualdade e propriedade, e deste modo tais direitos passaram a ser respeitados, tanto em face do Estado, como perante a sociedade como um todo.

A Magna Carta possui um extenso rol de princípios, direitos e garantias fundamentais, tanto de forma expressa, como implícita, possuindo todos igual necessidade de respeito e acatamento. Isso porque os direitos fundamentais, por serem fundantes, são prévios, logo sempre estiveram presentes, de maneira distinta da previsão atual, no ordenamento jurídico formalizado pelas constituições.

Os direitos fundamentais são, sem dúvidas, a base do ordenamento jurídico pátrio, uma vez que cuidam de estabelecer o norte das ações do Estado em relação aos indivíduos, e ainda definem a estrutura normativa em que se pauta o poder legislativo, executivo e judiciário. Consoante os ensinamentos de Robert Alexy,

“direitos fundamentais e normas de direitos fundamentais são fundamentalmente substanciais porque, com eles, são tomadas decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade. Isso vale independentemente do quanto de conteúdo é a eles conferido”.

Consoante afirma Canotilho (2000, P. 87), o fundamento subjetivo das normas de direito fundamental evidenciam o “significado ou relevância da norma consagradora de um direito fundamental para o indivíduo”. Desse modo o aspecto subjetivo acima citado viabiliza a todos a garantia de defesa contra o Estado, de maneira que impõe limites a este, visando o exercício das liberdades individuais.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais por sua vez permite novos efeitos e novo enfoque, evidenciando para o coletivo o que significa interesse público, reconhecendo a imposição de determinadas prestações do poder estatal e consagrando valores essenciais na seara política.

Os direitos fundamentais, neste aspecto, revelam um sistema de valores positivados pelas constituições democráticas, que asseguram direito e legitimam a ação dos poderes

constituídos. Assim, enquanto que no plano subjetivo o direito fundamental é visto sob aspecto individual, no objetivo, os direitos fundamentais são vistos sob a ótica comunitária, expandindo pois seu significado e campo de atuação.

A força vinculante e a eficácia imediata dos direitos fundamentais, além de sua posição no topo da hierarquia das normas jurídicas, reforçam a idéia de que os princípios informadores dos direitos fundamentais também seriam aplicáveis na esfera privada. O que é viabilizado pela dimensão objetiva dos direitos fundamentais, já que revelam os valores básicos da ordem jurídica e social, impondo limites ao Estado e aos particulares, nas suas relações entre si.

Essa imposição que alcança as relações jurídicas entre particulares é o que se chama de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, eficácia privada ou eficácia externa, tendo como expoente a doutrina e jurisprudência constitucional alemã da segunda metade do século XX, atraindo depois a atenção da doutrina européia em geral, seguido de outros países.

Apesar de indiscutível a vinculação supracitada, em razão do aspecto objetivo dos direitos fundamentais, a questão da delimitação não possui o mesmo desfecho, não havendo consenso quanto à forma e o alcance dessa vinculação, possuindo ainda uma grande controvérsia no sistema brasileiro a solução para tanto, não podendo ser desprezada a inexistência norma que esclareça os pontos suscitados. Daí o papel fundamental dos órgãos do judiciário que passam a ter a palavra “final” quando da exposição do problema.

Daí a importância de se discutir a efetivação dos referidos direitos, analisando sua prevalência sobre qualquer circunstância, mesmo onde inicialmente não haja espaço para interferência, como em tese, poderia ocorrer nas relações entre particulares. Ora, a repercussão de efeitos para uma das partes na relação privada revela a necessidade de orientação principiológica sob o enfoque os direitos fundamentais, afinal em que pese poderem definir seus próprios interesses, não há como não se discutir o prejuízo que pode advir dessas relações, sendo pois imprescindível a vinculação do direito privado ao público.

Sem qualquer pretensão de exaurir o tema atinente à autonomia privada, bem como sem percorrer toda base histórica que levou à construção do panorama liberal contemporâneo, almeja-se evidenciar que a sociedade possui uma gama de relações verticais (entre indivíduos e Estado), interpessoais, por meio das quais os sujeitos tem ampla liberdade de atuação, poderes para deliberar sobre determinadas regras de interesses e satisfação pessoal. Não se pode, contudo,

permitir que a liberdade seja exercida sem limites pois que a ausência dos mesmos poderão se perpetrarem violações a direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana.

Ao tratar do problema no tocante a incidência ou não de direitos fundamentais na esfera privada, necessário que se demonstre a oposição entre a liberdade da autonomia privada e sua suposta relativização por meio dos direitos fundamentais ora aplicados nas relações entre Estado e particular, e entre este último nas relações interpessoais.

Ao tratar da conceituação da autonomia existente nas relações entre particulares, não se pode deixar de ressaltar que sua análise não se funda unicamente numa concepção de individualidade e de sobreposição da vontade particular em detrimento dos direitos e garantias individuais.

A autonomia privada também é uma garantia constitucional, como bem observa Daniel Sarmiento (2004, P. 76) quando explicita que a mesma “tem berço constitucional na cláusula da dignidade da pessoa humana, no direito à liberdade inscrito no caput e no inciso II do art. 5º da Lei Maior e no princípio da livre iniciativa, acolhido no art.170 do texto fundamental”.

O que se vê é que existe liberdade para atuar conforme desejos individuais, não havendo controle de intervenção de terceiros. Logicamente que os particulares podem criar suas próprias regras dentro de suas relações pessoais, auto-regulamentando seus interesses e decidindo sobre suas pretensões, mas sem desprezar os limites a serem respeitados a fim de que o direito de outros não sejam maculados.

De forma simples, a autonomia representa segundo Daniel Sarmiento (2004, P. 99) “o reconhecimento de que cabe a cada pessoa, e não ao Estado ou a qualquer outra instituição pública ou privada, o poder de decidir os rumos de sua própria vida, desde que isto não implique em lesão a direitos alheios”.

Com base na autonomia privada concede-se formalmente liberdade e poder de pactuar as regras conforme o interesse individual no âmbito do direito privado, não podendo estas estarem desconexas dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.

É evidente que o poder econômico de alguns indivíduos aliado à ampla liberdade de pactuar negócios, pode submeter os particulares a situações vexatórias, privá-los de direitos mínimos, e pior, sedimentar supostas desigualdades que a sociedade brasileira já experimenta desde os seus primórdios, quando se formou.

Por isso, em que pese a autonomia que fundamenta a relação entre os particulares possuir força normativa, tem que ser relativizada diante de outros direitos fundamentais e o princípio da dignidade humana, de modo a tornar pacífica e harmônica a convivência humana.

Por isso a discussão sobre a eficácia horizontal se torna necessária, já que a autonomia privada não pode ser um meio de ofensa à pessoa, mas uma prerrogativa que deve ser exercida respeitando os direitos fundamentais que devem incidir nas relações privadas. Daí a necessidade de se analisar as teorias que fundamentam a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, de maneira que se busque a efetivação e o equilíbrio entre os direitos fundamentais responsáveis por permitir a concretização da justiça social e da dignidade da pessoa humana.

Não se propõe aqui que a independência do indivíduo quando da escolha dos seus interesses em relação com outro indivíduo deixe de existir, mas que o exercício do direito individual isolado não impossibilite o exercício do direito individual de agir garantido constitucionalmente aos indivíduos de uma maneira geral.

IV – BREVES COMENTÁRIOS SOBRE AS TEORIAS QUE TRATAM SOBRE A HORIZONTALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Dentre as teorias que fundamentam a questão da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas destacam-se: a Teoria da Negação - State Action; a Teoria da Eficácia Mediata ou Indireta e a Teoria da Eficácia Imediata ou Direta. Elas permitem explicar como praticar o exercício da autonomia privada em equilíbrio com os direitos fundamentais, concretizando a justiça social e da dignidade da pessoa humana, papel transferido ao judiciário, que se posiciona conforme os valores da época, bem como a composição dos seus órgãos.

A primeira teoria, aplicada pela doutrina norte-americana, sustenta que regra geral os direitos fundamentais positivados na Constituição não alcançam as relações privadas. A justificativa norte-americana era que o texto constitucional mencionava só o Poder Público quando tratava sobre os direitos fundamentais; e que nos Estados Unidos cada Estado tem autonomia para legislar sobre Direito Privado, de modo que não estaria na competência da União regular as relações entre particulares.

Para os defensores desta doutrina, a negativa de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas se deve à autonomia que possui o direito privado.

VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA informa que os defensores da teoria da negação tentam “desmistificar uma posição hierarquicamente inferior do direito privado em relação à constituição e, por conseguinte, aos direitos fundamentais” (2005, p. 121). Alegam que os direitos fundamentais não poderiam ser considerados como superiores só porque estariam disciplinados no texto constitucional.

O defensor da teoria tratada é o alemão Uwe Diederichsen, que segundo expõe VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA em sua obra:

Não se trata de mera questão de formalidade. Para reforçar seu argumento, Diederichsen lembra que, da mesma forma que muitos hoje encaram como ponto pacífico a supremacia dos valores constitucionais em confronto com o direito privado, no século XIX o cenário era o oposto e eram os valores do direito privado que eram tidos como superiores. Tudo não passaria, assim, de variações argumentativas e valorativas, que não têm relação necessária com a hierarquia formal entre constituição e legislação ordinária. Se assim não fosse, ou seja, se houvesse de fato uma relação hierárquica entre direitos fundamentais e direito privado, necessariamente todos os conflitos deveriam ser resolvidos a favor dos primeiros. (SILVA, 2005, p. 73)

Ultrapassada, entretando o que prega a teoria da negação, afinal como prega a maioria da doutrina nacional e internacional, é indiscutível a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre os particulares.

A teoria da eficácia imediata surgiu na Alemanha, através de Hans Carl Nipperdey, destacando-se ainda outro nome de referência, tal qual Walter Leisner, que estudou e aprimorou a referida teoria visando a elaboração de uma tese.

Nesta teoria os direitos fundamentais são aplicáveis diretamente em relação aos particulares, independe de existir ou não normas infraconstitucionais na decisão. Segundo defende, as normas constitucionais tinham que ser aplicadas como razões primárias e justificadoras, embora não sendo as únicas. Seriam normas de comportamento que estariam prontas para incidir nas relações particulares.

Ainda que não houvesse uma regra legal específica que ratifique ou mesmo regule expressamente norma ou princípio constitucional, isso não impediria a aplicação direta da norma constitucional, pois defendem que a função do legislador não é constitutiva, mas declarativa, estando pois justificada a forma de aplicação.

Ademais, sustentam que que o reconhecimento da eficácia direta nas relações entre particulares seria uma cláusula geral que efetivaria o sistema de proteção dos direitos

fundamentais, servindo ainda para preencher eventuais limitações dos instrumentos de controle do direito privado, já que destes decorre proteção genérica e fragmentária.

Referida tese se mostra como meramente especulativa para a doutrina em geral, pois grande parte dos Estados não tem definição constitucional sobre a matéria. Apenas para ilustrar, cite-se que Portugal, cuja Constituição remonta 1976 previu em seu art. 18/1: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”, configurando-se como uma exceção.

Canotilho menciona em sua obra um caso que ilustra bem a teoria em comento. Cita que uma empresa industrial fixa so serão admitidos funcionários se renunciarem a qualquer atividade partidária ou a filiação em sindicatos.

Estaria a empresa tolhendo o direito de livre associação sindical? Os defensores da teoria sustentam que “a imposição da observância directa dos direitos fundamentais, como princípios ordenadores da vida civil, implica que eles se apliquem nas relações privadas em que fica em perigo o mínimo de liberdade que os direitos fundamentais devem garantir como elementos da ordem objetiva da comunidade” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. Coimbra: Almedina, 1980. p.573). Logo, os direitos fundamentais dos trabalhadores deveriam prevalecer sobre as regras impostas pela empresa, de modo que os funcionários da mencionada empresa poderiam se socorrer do Poder Judiciário, acaso quisessem, para que a admissão se desse sem que os mesmos fossem tolhidos dos direitos fundamentais.

A eficácia indireta, por sua vez, origina-se das formulações de Günther Dürig, para quem os direitos fundamentais só alcançariam o direito privado na hipótese de não existir normas jurídico-privadas que regulasse o tema proposto. E ainda defende que a operacionalização deveria se dar por meio do uso da interpretação e integração das cláusulas gerais do direito privado de acordo com os direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais não teriam como função principal resolver os problemas decorrentes do direito privado. O legislador como principal destinatário das normas de direitos fundamentais é que deveria fazer a aplicação das normas às relações jurídico-privadas e na ausência destas normas é que entraria a interpretação a ser feita pelo poder judiciário, o que se daria de acordo com os direitos fundamentais.

Marinoni sustenta que eficácia mediata evidencia que a força jurídica dos preceitos constitucionais estaria presente para os particulares tão somente através dos princípios e normas

de direito privado. Os preceitos constitucionais poderiam servir como princípios de interpretação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados suscetíveis de concretização, porém sempre dentro das linhas básicas do direito privado. (MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.172)

Na Alemanha se adota a teoria da eficácia indireta com algumas ponderações, razão pela qual Ingo Sarlet (SARLET, Ingo Wolfgang. A constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.123-124.) e outros doutrinadores, sustentam que surgiria uma outra forma de eficácia indireta - “teoria dos deveres de proteção”.

Robert Alexy seguindo o que se sustenta acima, informa que passariam a existir três teorias: a de efeito imediato; a de efeito mediato; e a produzida por meio de direitos “frente ao Estado”. (ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos, 2001, p.511-512.)

Os Estados Unidos negam a vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, de modo que a sua Constituição estabeleceu limites apenas em relação à atuação dos entes estatais, seguindo a teoria State Action.

V – DECISÕES DO STJ E STF SOBRE O TEMA E A TENDÊNCIA ATUAL DA APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES.

O STF já decidiu que a exigência de diploma de jornalista para exercer essa profissão é exagerada, violando o próprio núcleo essencial do direito. Confira-se parte da ementa desse julgado:

“ÂMBITO DE PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE EXERCÍCIO PROFISSIONAL (ART. 5º, INCISO XIII, DA CONSTITUIÇÃO). IDENTIFICAÇÃO DAS RESTRIÇÕES E CONFORMAÇÕES LEGAIS CONSTITUCIONALMENTE PERMITIDAS. RESERVA LEGAL QUALIFICADA. PROPORCIONALIDADE. A Constituição de 1988, ao assegurar a liberdade profissional (art. 5º, XIII), segue um modelo de reserva legal qualificada presente nas Constituições anteriores, as quais prescreviam à lei a definição das "condições de capacidade" como condicionantes para o exercício profissional. No âmbito do modelo de reserva legal qualificada presente na formulação do art. 5º, XIII, da Constituição de 1988, para uma imaneente questão constitucional quanto à razoabilidade e proporcionalidade das leis restritivas,

especificamente, das leis que disciplinam as qualificações profissionais como condicionantes do livre exercício das profissões. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Representação n.º 930, Redator p/ o acórdão Ministro Rodrigues Alckmin, DJ, 2-9-1977. A reserva legal estabelecida pelo art. 5º, XIII, não confere ao legislador o poder de restringir o exercício da liberdade profissional a ponto de atingir o seu próprio núcleo essencial.” (STF, Pleno, RE 511.961/SP, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJe de 12.11.2009.)

No que toca às fontes dos Direitos Fundamentais, é importante lembrar que foi por reconhecer o status supralegal do Pacto de San José da Costa Rica que o STF declarou revogadas todas as normas infraconstitucionais que previam a prisão civil do depositário infiel, pois tal constrição é vedada pelo citado Pacto (art. 7º, 7). Segue a ementa do caso-líder:

“PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.” (STF, Pleno, RE 466.343/SP, Relator Ministro Cezar Peluso, DJe de 04.06.2009)

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – que equipara os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade – acolhe a lição alemã, como atestam vários precedentes:

“A EXIGÊNCIA DE RAZOABILIDADE QUALIFICA-SE COMO PARÂMETRO DE AFERIÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DOS ATOS ESTATAIS. - A exigência de razoabilidade – que visa a inibir e a neutralizar eventuais abusos do Poder Público, notadamente no desempenho de suas funções normativas – atua, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, como verdadeiro parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais.” (STF: Pleno, ADIn-MC nº 2.667/DF, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 12.03.2004, p. 36).

Seguem ainda alguns precedentes em que o judiciário entendeu a razoabilidade da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas.

RE 175.161-4 - contrato de consórcio que prevê devolução nominal de valor já pago em caso de desistência – ofensa ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade (devido processo legal substantivo)

ADIn 2.591: considerou constitucional a incidência do CDC a todos os serviços e produtos oferecidos no mercado de consumo pelos bancos, tendo em vista a clareza de seus dispositivos (art. 2º, caput, art. 3º e seus parágrafos, art. 29 e art. 52) - (Voto do Min. Marco Aurélio – deu-se ênfase maior à dignidade da pessoa humana)

HC 12.547/STJ - prisão civil em contrato de alienação fiduciária em razão de aumento absurdo do valor contratado de R\$ 18.700,00 para R\$ 86.858,24. Ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana (cumprir observar que o STF editou a SV n. 25/2009: “é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”)

REsp 249.321/STJ - cláusula de indenização tarifada em caso de responsabilidade civil do transportador aéreo doméstico – conforme o v. Acórdão,...“não podem ser toleradas discriminações ou agressões à liberdade individual que atentem contra o conteúdo, em dignidade da pessoa humana, dos direitos fundamentais, zelando-se, de qualquer modo, pelo equilíbrio entre estes valores e os princípios da autonomia privada e da liberdade negocial e geral, que, por sua vez, não podem ser completamente destruídos”

Outro exemplo foi a atuação do STJ que prezando pela primazia da socioafetividade nas relações de família, notadamente na filiação, em situações em que a origem genética era posta como fundamento para desconstituir paternidades ou maternidades já consolidadas, acolheu a doutrina familiarista que se desenvolveu nos últimos anos.

Realça, o Superior Tribunal de Justiça, o papel fundamental da afetividade e a natureza cultural do parentesco.

Nos REsp 932692, 1067438, 1088157 os critérios utilizados pelo tribunal correspondem aos que se encontram difundidos pela doutrina especializada brasileira: em primeiro lugar, abandona-se a exclusividade da fundamentação biológica da filiação; em segundo lugar, a verdade socioafetiva tem tanta importância quanto a verdade biológica; em terceiro lugar, não se pode destruir o estado de filiação, constituído na convivência familiar duradoura, em prol da origem biológica; em quarto lugar, não há vício de consentimento em quem registra conscientemente uma pessoa como seu filho, até porque a lei não exige a origem biológica para fins de registro.

Nos casos concretos citados, identifica-se a ponderação e decisão judicial, ante a colisão de direitos fundamentais, tanto dos que pretendiam a desconstituição das relações de filiação

hauridas da convivência familiar duradoura quanto dos que pugnaram por sua preservação. Às vezes, todavia, a consideração do caso concreto mostrava outra ponderação, apontando-se para o prevalecimento da origem biológica, notadamente quando não se provava que houve convivência familiar duradoura, apesar da paternidade ou maternidade contidas no registro civil.

Clara está a necessidade de conformação das relações horizontais entre os particulares aos princípios fundamentais, de sorte que a eficácia plena do direito subjetivo jamais pode superar os direitos fundamentais postos como postulados que não podem ser ignorados sob pena de se estabelecer verdadeira desordem.

Restou pois confirmada a tendência atual em se reconhecer a eficácia e aplicação dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas, sejam os direitos, sejam as liberdades e garantias, pois que todos configuram direitos subjetivos.

Assim, independentemente do caráter público ou privado, há que se pensar na parte vulnerável, o que não impede que haja diálogo das fontes que subsidiam o Estado Democrático de Direitos. Deve-se buscar atender sempre os comandos principiológicos que possuem densidade axiológica fundante na República Federativa do Brasil, conforme precisão do art. 3º, III, da CF/1988.

VI – CONCLUSÃO

Pois bem, a análise das garantias constitucionais, bem como da conceituação dos direitos públicos objetivos e subjetivos, dos direitos estabelecidos nas relações privadas, da forma de coaduná-los, das teorias da eficácia horizontal, pretenderam evidenciar mecanismos de exercício dos direitos dos particulares sem que se viole o direito alheio e de modo que se garanta a justiça social.

Nesse mister, o presente estudo buscou, utilizando-se dos princípios constitucionais, verificar as hipóteses de aplicação em relação a alguns casos concretos analisados pelo judiciário.

A partir da precisa identificação do objeto principal da pesquisa, promoveu-se a apreciação crítica do procedimento de exercício dos direitos de maneira que se evidenciasse a necessidade de submissão às garantias fundamentais, seja no que se refere ao dispositivo legal (em sentido estrito) que o regula, seja no que concerne aos instrumentos regulamentares que disciplinam o Direito Privado.

Assim, a identificação das eventuais impropriedades no procedimento em questão se tornou necessária para dar supedâneo à formulação das proposições que foram apresentadas.

Não se pretendeu realizar estudos de casos de modo a exaurir o tema, mas apenas de maneira exemplificativa contextualizar problema a que se propôs se debruçar o trabalho em comento.

Os estudos de casos se deram por meio de pesquisas no âmbito da jurisprudência dos órgãos superiores do Brasil, a fim de identificar e analisar os aspectos de maior recorrência em termos de questionamentos judiciais relacionados com o tema proposto.

Dáí se verificou eventuais impropriedades identificadas no exercício do Direito Privado, notadamente no que se refere a violações aos princípios constitucionais e direitos individuais, seja no âmbito da atuação do particular em suas relações interpessoais, ou mesmo do Estado em relação aos indivíduos, de modo que se faz imperiosa a conformação dos direitos dos particulares aos preceitos da Constituição Federal de 1988.

Garantir os direitos, as liberdades e as garantias na seara privada é uma árdua tarefa que só pode ser alcançada por meio do acesso ao Judiciário e agilidade dos tribunais, de modo que se prime pela defesa desses direitos nas relações jurídicas estabelecidas na sociedade, de forma que o exercício dos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da máxima efetividade dos direitos constitucionais seja a tônica dos julgados, com base na intersubjetividades de seus fundamentos.

VII - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZAMBUJA, Darcy. Teoria Geral do Estado. Rio de Janeiro: Globo, 1988.

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos, 2001.

BARROSO, Luis Roberto. A nova interpretação constitucional. 3. ed. São Paulo: Editora Renovar, 2008.

BARROSO. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. 5. ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. (Coleção Saraiva de Legislação).

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANOTILHO, J.J, Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Constituição de 1988 – Legitimidade, Vigência e Eficácia e Supremacia. São Paulo: Ed. Atlas, 1989.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos Humanos Fundamentais. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

HESSE, Konrad. Força Normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

LÔBO, Paulo. A Constitucionalização do Direito Civil Brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. Direito Civil Contemporâneo. Novos Problemas da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas S.A, 2008.

MORAIS, Maria Celina Bodin de. Constituição e Direito Civil: Tendências. Revista dos Tribunais, RT n. 779, set/2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais. São Paulo: Atlas, 2006.

NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Disponível em: <<http://dre.pt/comum/html/crp.html>>. Acesso em 07 mar. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. 7. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

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

SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2005.