

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

TEORIA CONSTITUCIONAL

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

MARTONIO MONT'ALVERNE BARRETO LIMA

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

T314

Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, Paulo Roberto Barbosa Ramos – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-068-8

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. Teoria constitucional.
I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

TEORIA CONSTITUCIONAL

Apresentação

O livro Teoria Constitucional, resultado do esforço de jovens e veteranos constitucionalistas brasileiros, reúne pesquisas relevantes sobre as novas perspectivas da teoria constitucional. Muito embora o constitucionalismo encontre os seus fundamentos nos séculos XVIII, XIX e nas primeiras décadas do século XX, tem passado por inúmeras e consideráveis transformações no século XXI por conta do novo lugar que tem sido reservado à constituição em um mundo globalizado.

Se nos séculos anteriores os elementos que deram vazão à ideia de constituição estavam assentados na necessidade de criar instrumentos para limitar o exercício do poder no âmbito dos estados nacionais, como forma de garantir as condições para que os cidadãos pudessem usufruir dos direitos fundamentais, os quais passaram a se constituir em anteparo diante dos abusos do poder estatal, no século XXI a questão que se coloca é como estender essas conquistas para espaços que ultrapassem as fronteiras dos estados nacionais, como mecanismo adequado para evitar que as forças sem controle de âmbito transnacional ou multinacional oprimam os indivíduos, por meio da inviabilização dos seus direitos fundamentais, porquanto operando em um universo não sujeito a regras ou a regras pouco efetivas.

A superação desse quadro exige uma reflexão profunda das ideias matriciais da teoria constitucional como fundamento para análise e reanálise de categorias as quais devem ser moldadas para oferecer condições de reflexão para busca de alternativas e estratégias para manter o poder ainda sem controle do mundo globalizado dentro de certos limites, os quais devem se relevar como fronteiras para a garantia dos direitos elementares da pessoa humana.

Os trabalhos intitulados A(sobre)posição dos influxos da política sobre o direito e a (simbólica) concretização constitucional: o rompimento do acoplamento estrutural e o surgimento de um acoplamento artificial; A busca pela efetivação da justiça: breve análise metodológica da intervenção em situações de conflitos entre princípios constitucionais; A constituição de 1988 e sua fórmula política: notas sobre a legitimidade do poder estatal a partir da realização da fórmula política; A nova ordem constitucional e a situação jurídica dos empregados públicos não efetivos: análise jurídica da regularidade dos contratos de trabalho celebrados e seus reflexos jurídicos; A possibilidade de incidência do controle de constitucionalidade sobre súmulas (não vinculantes) editadas pelos Tribunais Superiores; A

reclamação 4335/AC e seus reflexos para o direito brasileiro: novas perspectivas para a jurisdição e hermenêutica constitucional no Brasil; A redemocratização brasileira por meio da constituição brasileira de 1988: um paradoxo?; A interpretação das normas constitucionais de Häberle como alternativa ao positivismo jurisprudencial: análise do caso brasileiro; Acerca do poder constituinte decorrente: aplicação do princípio da simetria no processo legislativo; As questões institucionais e a estabilidade institucional; Constituição e racionalidade jurídica no contexto do neoconstitucionalismo; Matizes construtivas da supranacionalidade frente aos princípios e normas constitucionais; O controle de constitucionalidade das leis entre Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella; O controle de constitucionalidade das leis e a crítica de Jeremy Waldron; O diálogo institucional entre cortes constitucionais: a jurisdição constitucional justificada pelos diálogos transnacionais; O direito fundamental de liberdade no Brasil: limites e possibilidades frente à horizontalidade dos direitos fundamentais; O novo constitucionalismo pluralista latino-americano e o estado plurinacional da Bolívia; O perfil constitucional da saúde: reflexões teóricas se comparada acerca do reconhecimento do direito à saúde nas constituições brasileira e italiana; O poder executivo como intérprete imediato da Constituição: ensaio sobre os diálogos constitucionais travados a partir de políticas públicas; O positivismo jurisprudencial brasileiro: a judicialização da terra indígena Raposa Serra do Sol; O Welfare State na América Latina. A (in)efetividade das promessas da modernidade; O neoconstitucionalismo e o ser da constituição brasileira: entre simbolismo e substância normativa; Precedentes à brasileira: uma adaptação peculiar da Common Law; Reflexões para uma teoria da constituição adequada à proteção das pessoas portadoras de sofrimento mental, Pluralismo jurídico e plurinacionalidade na América Latina: lutas, limites e conquistas; Teoria da inconstitucionalidade por arrastamento na jurisprudência do STF e Uma (des) leitura da PEC 33/11: seria uma resposta (adequada) ao ativismo judicial? contribuem sobremaneira para esse debate, além de lançar luzes sobre peculiaridades do constitucionalismo brasileiro e de novos aspectos do constitucionalismo latino-americano.

**O DIREITO FUNDAMENTAL DE LIBERDADE NO BRASIL: LIMITES E
POSSIBILIDADES FRENTE À HORIZONTALIDADE DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

**FUNDAMENTAL RIGHT OF FREEDOM IN BRAZIL: LIMITS AND
POSSIBILITIES FRONT HORIZONTALITY OF FUNDAMENTAL RIGHTS**

**Germano Alves de Lima
Narciso Leandro Xavier Baez**

Resumo

O presente artigo objetiva analisar os limites e as possibilidades do direito fundamental de liberdade à luz da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, realiza, inicialmente, breve abordagem conceitual da expressão direitos fundamentais, para, em seguida, estudar as teorias vertical e horizontal da eficácia dos direitos fundamentais. Posteriormente, busca-se estabelecer os contornos do conteúdo e da abrangência do direito fundamental de liberdade frente à horizontalidade dos direitos fundamentais, com base em interpretação constitucional da doutrina e da jurisprudência brasileiras.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. liberdade. eficácia horizontal. limites. possibilidades.

Abstract/Resumen/Résumé

This present article aims to analyze the limits and possibilities of the fundamental right of freedom in the light of the theory of horizontal effect of fundamental rights, in the Brazilian legal system. To so much, carries out, initially, brief conceptual approach of "fundamental rights" expression, to then study the vertical and horizontal theories of fundamental rights efficiency. Later, we seek to establish the contours of the content and scope of the fundamental right of freedom to front the horizontality of fundamental rights on the basis of constitutional interpretation of doctrine and Brazilian law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights; freedom; horizontal effectiveness; limits; possibilities.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os direitos fundamentais – garantias reconhecidas constitucionalmente como essenciais a todos os seres humanos – nasceram como forma de contraposição dos poderes privados ao poder público, com a finalidade de proteger o cidadão do abuso e da arbitrariedade do Estado.

Contudo, o desenvolvimento do sistema capitalista revelou que os particulares também exercem poder sobre outros particulares ou sobre a coletividade, fazendo surgir a necessidade de se estender a eficácia dos direitos fundamentais para além das relações entre o Estado e o particular, protegendo-se o indivíduo, também, da ação de seus pares.

Nessa perspectiva, desenvolveram-se na doutrina e na jurisprudência constitucional as teorias sobre a possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas.

Com o objetivo de analisar os limites e as possibilidades do direito de liberdade no Brasil, o presente ensaio jurídico realizará uma análise desse vértice do sistema dos direitos fundamentais à luz da teoria da eficácia horizontal.

Para tanto, realizar-se-á, inicialmente, breve abordagem conceitual da expressão “direitos fundamentais”, analisando-se, em seguida, as teorias vertical e horizontal da eficácia dos direitos fundamentais.

Posteriormente, estudar-se-á o conteúdo e a abrangência do conceito do direito fundamental de liberdade, em seus aspectos gerais, abordando-se, sucintamente sua positivação no ordenamento jurídico pátrio.

Por fim, analisar-se-ão os limites e as possibilidades do direito geral de liberdade frente à horizontalidade dos direitos fundamentais, em uma interpretação constitucional da doutrina e da jurisprudência brasileiras.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONCEITO E EFICÁCIA

2.1 DA DEFINIÇÃO DOS “DIREITOS FUNDAMENTAIS”

A expressão “direitos fundamentais” comumente é empregada por constitucionalistas para designar o conjunto de direitos da pessoa humana reconhecidos expressa ou implicitamente pelo ordenamento constitucional.

Aprofundando o conceito, Canotilho (2002, p. 1378) afirma que:

[...] os direitos fundamentais em sentido próprio são, essencialmente direitos ao homem individual, livre e, por certo, direito que ele tem frente ao Estado, decorrendo o caráter absoluto da pretensão, cujo exercício não depende de previsão em legislação infraconstitucional, cercando-se o direito de diversas garantias com força constitucional, objetivando-se sua imutabilidade jurídica e política.

A ampliação e a transformação dos direitos fundamentais ao longo dos tempos dificulta definir-lhes um conceito conciso, principalmente em face das variadas expressões empregadas para designá-los. Dessa forma, o delineamento mais preciso acerca da expressão “direito fundamental” depende de uma noção sobre o significado particular das palavras que a compõem.

Segundo os ensinamentos de Reale (1995, p. 64-65), os diversos sentidos da palavra “direito” correspondem a três aspectos básicos distintos e interdependentes: “um aspecto normativo (o Direito como ordenamento e sua respectiva ciência); um aspecto fático (o

Direito como fato, ou em sua efetividade social e histórica) e um axiológico (o Direito como valor de justiça)”. Ocorrendo o fenômeno jurídico, os três aspectos do direito se encontrarão, interagindo, de modo que para todo fato haverá um valor agregado axiologicamente e, conseqüentemente, uma norma que integrará o fato e o valor.

Quanto ao termo “fundamental”, traz, em seu bojo, a noção de essencial, básico e indispensável, correspondendo, na esfera jurídica, àqueles direitos e garantias sem os quais a convivência humana poderia se tornar impossível (MATTOS JUNIOR, 2009).

Neste raciocínio, é possível afirmar que “[...] os direitos fundamentais representam a concretização daqueles direitos e garantias reconhecidos como essenciais a todos os indivíduos indistintamente” (MATTOS JUNIOR, 2009, p. 8).

Realizada a análise conceitual da expressão “direitos fundamentais”, faz-se necessário verificar como se dá a sua aplicabilidade às diferentes relações jurídicas a que se sujeita o ser humano – seja em relação a seus pares ou em relação ao Estado.

2.2 DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais nasceram como forma de contraposição dos poderes privados ao poder público, durante a ascensão do Estado burguês, com a finalidade de conter o poder do Estado e proteger o cidadão do abuso e da arbitrariedade (CASTRO, 2011).

No entanto, “[...] o desenvolvimento do sistema capitalista de produção revelou que também e, principalmente, os *entes privados* (empresas, corporações, pessoas individualmente consideradas) exercem poder sobre outras pessoas ou sobre a coletividade [...]” (CASTRO, 2011, p. 312), o que acarretou em uma necessidade de distender a eficácia dos direitos fundamentais para além das relações entre o Estado e o particular, de modo a proteger-se o indivíduo, também, da ação de seus pares.

Nessa perspectiva, desenvolveram-se na doutrina e na jurisprudência constitucional as teorias sobre a possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, as quais se passa a analisar.

2.2.1 Teoria da eficácia vertical

Os direitos fundamentais foram concebidos sob a ótica do constitucionalismo liberal, na qual as relações entre os particulares são regidas pelos princípios da autonomia da vontade e pelo *pacta sunt servanda*. Por esta razão, durante longo tempo, destinaram-se

exclusivamente a limitar o poder estatal, na relação indivíduo-Estado, sem que ao menos se cogitasse sua eficácia nas relações entre particulares (STEINMETZ, 2004).

Nesta concepção, a eficácia dos direitos fundamentais revela-se como verdadeira limitação imposta pelo ordenamento jurídico à atuação dos governantes em relação aos governados, reconhecendo entre eles uma relação vertical de poder em que o Estado mostra-se mais forte que o indivíduo (STEINMETZ, 2004).

Em meados do século XX, com o surgimento da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que defende a incidência destes direitos, também, nas relações privadas, tal concepção, passou a ser reavaliada pela doutrina e pela jurisprudência pátria (CAVALCANTE FILHO, 2012), conforme se verá adiante.

2.2.2 Teoria da eficácia horizontal

A teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais decorre do reconhecimento de que as desigualdades não se situam apenas na relação Estado/particular, mas também nas relações privadas, havidas entre particulares (CAVALCANTE FILHO, 2012).

Para Cavalcante Filho (2012) a teoria da eficácia horizontal tem como “caso-líder” o “Caso Lüth”, julgado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão em 1958, no qual se entendeu que o direito fundamental à liberdade de expressão deveria prevalecer sobre a regra geral de direito civil que protegia a ordem pública.

Alexy (2003, p. 133-134) sintetiza as três ideias que serviram para fundamentar a decisão:

A primeira ideia foi a de que a garantia constitucional de direitos individuais não é simplesmente uma garantia dos clássicos direitos defensivos do cidadão contra o Estado. Os direitos constitucionais incorporam, para citar a Corte Constitucional Federal, “ao mesmo tempo uma ordem objetiva de valores”. Mais tarde a Corte fala simplesmente de “princípios que são expressos pelos direitos constitucionais”. Assumindo essa linha de raciocínio, pode-se de dizer que a primeira ideia básica da decisão do caso *Lüth* era a afirmação de que os valores ou princípios dos direitos constitucionais aplicam-se não somente à relação entre o cidadão e o Estado, muito além disso, à “todas as áreas do Direito”. É precisamente graças a essa aplicabilidade ampla que os direitos constitucionais exercem um “efeito irradiante” sobre todo o sistema jurídico. Os direitos constitucionais tornam-se onipresentes (*ubiquitous*). A terceira ideia encontra-se implícita na estrutura mesma dos valores e princípios. Valores e princípios tendem a colidir. Uma colisão de princípios só pode ser resolvida pelo balanceamento. A grande lição da decisão do caso *Lüth*, talvez a mais importante para o trabalho jurídico cotidiano, afirma, portanto, que: “Um ‘balanceamento de interesses’ torna-se necessário”.

Após este precedente, a teoria horizontal dos direitos fundamentais passou a ser adotada por vários outros países, inclusive pelo Brasil. Conforme ressalta Daniel Sarmiento (2006, p. 323), o Estado e o Direito passaram a assumir novas funções promocionais, consolidando-se o entendimento de que “[...] os direitos fundamentais não devem limitar o seu raio de ação às relações políticas, entre governantes e governados, incidindo também em outros campos, como o mercado, as relações de trabalho e a família”.

Não obstante haja consenso quanto à incidência da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais sobre as relações privadas, subsiste na doutrina e na jurisprudência uma dificuldade no que tange à identificação da forma como os direitos fundamentais incidirão nas relações privadas, tendo em vista que não se pode aplicá-los do mesmo modo que se aplicam às relações entre o indivíduo e o Estado.

A fim de dirimir esta problemática, surgiram algumas teorias explicativas da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a seguir expostas.

2.2.2.1 *State Action*

Também conhecida como teoria da ineficácia horizontal ou teoria da negação da eficácia dos direitos fundamentais, a doutrina da *State Action* surgiu no direito norte-americano, sob os fundamentos do liberalismo clássico, em que os direitos fundamentais representam tão somente “direitos de defesa” em face do poder estatal (SARMENTO, 2006).

Virgílio Afonso da Silva (2011) ensina que esta doutrina tem como objetivo determinar quando um ato privado que viola direitos fundamentais pode ser objeto de controle judicial, ou seja, ao invés de reconhecer expressamente que os direitos fundamentais vinculam, de alguma forma, as relações entre os particulares, define, de forma sistemática e casuística, quando as ações privadas são equiparáveis às ações públicas, “transformando” – artificialmente – atos privados em atos estatais.

Apesar de a doutrina norte-americana sustentar que os direitos fundamentais vinculam apenas as autoridades estatais, a jurisprudência da Suprema Corte indica que a grande maioria das decisões em que se pretende coibir um ato privado violador de direitos fundamentais encontra algum artifício para equipará-lo a um ato público, revelando que direitos fundamentais vinculam, sim, de alguma forma, os indivíduos nas suas relações privadas (SILVA, 2011).

Da análise da jurisprudência brasileira, percebe-se que alguns aspectos relativos ao mandado de segurança e ao *habeas corpus* guardam grande semelhança com a doutrina norte-

americana da *State Action*, na medida em que, “[...] ainda que não tenha havido nenhum desenvolvimento refletido e sistemático sobre o problema, os tribunais encarregaram-se de resolver o problema de forma *ad-hoc* em alguns casos [...]”, a exemplo da equiparação de agentes privados ao poder público, especialmente os diretores de escolas particulares, no julgamento de mandados de segurança, e a equiparação de alguns agentes privados à condição de agentes públicos em *habeas corpus* impetrados contra hospitais que, motivados pela falta de pagamento, não liberam seus pacientes (SILVA, 2011, p. 103).

Tal doutrina não proporciona um tratamento adequado aos direitos fundamentais, porque as maiores violências não são causadas pelo Estado, mas pelo próprio homem, assim entendendo-se as pessoas, os grupos e as organizações privadas (STEINMETZ, 2004).

Não bastasse, ainda que os tribunais, enfrentando a matéria, resolvam os problemas por meio da equiparação, nem sempre ficam claros os motivos de algumas equiparações serem aceitas e outras não, em face da ausência de debate doutrinário prévio.

Ademais, a Constituição Federal, “[...] além de normatizar as relações entre indivíduos e Estado, tem a pretensão de modelar, em questões fundamentais, as relações sociais”, enquanto a *State Action* tem caráter liberal, o que a torna incompatível com o modelo constitucional brasileiro (STEINMETZ, 2004, p. 181).

2.2.2.2 Teoria da eficácia horizontal indireta ou mediata

A teoria da eficácia indireta ou mediata foi formulada, inicialmente, pelo doutrinador alemão Günter Dürig e, desde então, permanece como tese dominante na Corte Constitucional Alemã (STEINMETZ, 2004).

O núcleo fundamental dessa teoria pode ser assim resumido:

(i) as normas de direitos fundamentais produzem efeitos (eficácia) nas relações entre particulares por meio das normas e dos parâmetros dogmáticos, interpretativos e aplicativos, próprios do direito privado [...]; (ii) a eficácia de direitos fundamentais nas relações entre particulares está condicionada à mediação concretizadora do legislador de direito privado, em primeiro plano, e do juiz e dos tribunais, em segundo plano; (iii) ao legislador cabe o desenvolvimento “concretizante” dos direitos fundamentais por meio da criação de regularizações normativas específicas que delimitem o conteúdo, as condições de exercício e o alcance desses direitos nas relações entre particulares; (iv) ao juiz e aos tribunais, ante o caso concreto e na ausência de desenvolvimento legislativo específico, compete dar eficácia às normas de direitos fundamentais por meio de interpretação e aplicação dos textos de normas imperativas de direito privado (interpretação conforme aos direitos fundamentais), sobretudo daqueles textos que contém cláusulas gerais (e.g., ordem pública, bons costumes, boa-fé, moral, abuso de direito, finalidade social do direito) [...] (STEINMETZ, 2004, p. 136-138).

A teoria da eficácia indireta ou mediata analisa os direitos fundamentais sob o ponto de vista de duas dimensões: a) dimensão negativa, que veda ao legislador editar leis que violem direitos fundamentais; e b) dimensão positiva, que impõe ao legislador o dever de implementar direitos fundamentais, ponderando a sua aplicabilidade às relações privadas.

Comentando tais dimensões, Ubillos (2008) afirma que a lei é o instrumento mais apropriado para a função de concretizar o alcance dos direitos fundamentais nas relações horizontais, uma vez que oferece mais garantias do ponto de vista da segurança jurídica.

Em contraposição a essa tese, os defensores da eficácia através da lei não admitem a possibilidade de o juiz ponderar os direitos fundamentais em colisão, aplicando diretamente a Constituição às relações entre particulares, sob o argumento de que a ponderação direta pelos juízes pode gerar incerteza na esfera jurídico-privada, na qual são escassos os critérios consolidados (UBILLOS, 2008).

Contudo, a intervenção do legislador não pode ser considerada indispensável, salvo em matéria penal, uma vez que a realização dos direitos fundamentais não pode depender de uma configuração infraconstitucional suficiente no ordenamento jurídico-privado, posto que a lei não é capaz de contemplar todas as situações conflituosas possíveis (UBILLOS, 2008, p. 1).

Nessa perspectiva, os direitos fundamentais não seriam introduzidos nas relações privadas como direitos subjetivos decorrentes da norma constitucional, mas através da aplicação, interpretação e integração de cláusulas gerais e conceitos indeterminados do direito privado, após um processo de transmutação.

Assim, a teoria da eficácia indireta ou mediata apresenta-se como intermediária à teoria que nega a eficácia dos direitos fundamentais e à teoria que afirma a incidência direta ou imediata dos referidos direitos.

2.2.2.3 Teoria da eficácia horizontal direta ou imediata

A teoria da eficácia horizontal direta ou imediata teve como principal expoente o alemão Hans Carl Nipperdey. Contudo, não obteve aceitação no direito alemão, embora seja dominante na Espanha, em Portugal, na Itália e na Argentina, dentre outros países (SILVA, 2011).

A teoria proposta por Nipperdey sustentava que os direitos fundamentais têm efeitos absolutos e, por este motivo, não carecem de mediação legislativa ou artimanhas interpretativas para serem aplicados nas relações privadas (SILVA, 2011).

Analisando a teoria de Nipperdey, Silva (2011) explica que o autor baseou sua análise em um catálogo positivado de direitos fundamentais, sustentando que alguns direitos fundamentais podem ser limitados nas relações entre particulares, para que outros direitos fundamentais tenham sobre eles precedência no caso concreto.

Consoante Steinmetz (2004, p. 167), “[...] a teoria da eficácia imediata atribui aos direitos fundamentais uma dupla dimensão – uma subjetiva e outra objetiva – e uma eficácia operante em todo o ordenamento jurídico”, a partir do próprio texto constitucional. Isso porque a previsão constitucional dos direitos fundamentais lhes dá aplicabilidade plena, sem, contudo, negar a existência de especificidades na aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares, nem a necessidade de ponderação dos direitos fundamentais com a autonomia da vontade.

Não obstante, nem todo o direito fundamental necessariamente terá aplicabilidade imediata, uma vez que “a verificação dessa aplicabilidade deve ser individualizada e dependerá das características de cada norma de direito fundamental” (SILVA, 2011, p. 91). Nesse sentido, é possível afirmar que este modelo não exclui a possibilidade de alguns direitos serem aplicáveis somente nas relações Estado-cidadão, mas garante que, quando o direito fundamental for aplicável às relações privadas, sua aplicabilidade será direta.

Nessa linha, Branco (2014, p. 154-155) adverte que, embora a Constituição Federal autorize que “[...] os operadores do direito, mesmo à falta de comando legislativo, venham a concretizar os direitos fundamentais pela via interpretativa”, isso não significa que “[...] sempre, de forma automática, os direitos fundamentais geram direitos subjetivos, concretos e definitivos”, uma vez que “há normas constitucionais, relativas a direitos fundamentais, que, evidentemente, não são autoaplicáveis”, carecendo de interposição do legislador para que produzam todos os seus efeitos, a exemplo do que ocorre com as normas que dispõem sobre direitos de índole social.

A doutrina reúne as críticas a esta teoria em dois problemas principais: a limitação ao princípio da autonomia da vontade e a perda da clareza conceitual do direito privado.

No que concerne ao primeiro aspecto, Silva (2011) observa que as críticas resumem-se na ideia de que a autonomia da vontade, princípio básico do direito privado, seria colocada em perigo se as pessoas não pudessem, em suas relações entre si, contornar as disposições de

direitos fundamentais. Contudo, os direitos fundamentais, nesta teoria, podem sofrer relativização e restrições, o que torna insustentável tal argumento.

Quanto ao segundo aspecto, a crítica resume-se na ideia de que as especificidades das colisões entre direitos fundamentais comprometem sensivelmente a clareza e a certeza jurídica essenciais às relações privadas, dando margem ao subjetivismo judicial e, conseqüentemente, à insegurança jurídica, de modo que devem ser definidos critérios específicos para a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, evitando-se que a liberdade individual seja subjugada (SILVA, 2011).

Contudo, é cediço que a exclusão social decorrente da má distribuição de renda na sociedade atual resulta do desrespeito aos direitos fundamentais pelos particulares e que tal circunstância compromete a autonomia da vontade, que tem como elemento essencial a coexistência da isonomia entre as partes, que, por sua vez, não existe quando há desigualdade entre os indivíduos – ou seja, quando desrespeitados os direitos fundamentais de cada um.

Nessa perspectiva, o risco da possibilidade de ingerência desmedida do Estado nas relações entre particulares torna-se menos relevante do que o risco representado pela ausência de limites à autonomia da vontade nessas relações, devendo sempre prevalecer a proteção aos direitos fundamentais, irrenunciáveis por natureza, até porque a aplicação imediata desses direitos parece ser a mais oportuna e compatível com o atual estágio evolutivo dos direitos fundamentais e com a atual conjuntura da sociedade brasileira.

Com efeito, doutrinadores renomados como Robert Alexy (2011), defendem o caráter integrador da teoria da aplicabilidade horizontal direta, diante da necessidade de se ponderar, no caso concreto, entre os valores discutidos nas relações particulares, a fim de conferir-se a máxima efetividade aos direitos fundamentais.

2.2.3 Teoria dos deveres de proteção

Consoante Sarmiento (2006, p. 217), a teoria dos deveres de proteção é defendida por doutrinadores alemães e consiste em uma variante da teoria da eficácia indireta, para a qual o Estado “[...] além de se abster de violar os direitos fundamentais, deve proteger seus titulares das violências causadas por terceiros (também particulares)”.

Nessa concepção, o Estado possui uma função interventiva, chamada “proibição de intervenção”, pela qual se obriga a respeitar a liberdade reconhecida aos cidadãos, e uma função protetiva, chamada “imperativo de tutela ou imperativo de proteção”, pela qual deve garantir aos particulares o mínimo de proteção (STEINMETZ, 2004).

Para esta teoria, cabe ao Estado a proteção dos direitos fundamentais dos particulares nas relações privadas. No entanto, tal premissa não é adequada à realidade fática, tendo em vista que o Estado somente está obrigado a evitar ameaças a direitos fundamentais quando o ato do particular for considerado ilícito, o que, por si só, implica em dever do próprio particular respeitar os direitos fundamentais de seus pares (SARMENTO, 2006).

2.2.4 Teorias alternativas

As teorias alternativas passaram a ter relevância com a publicação da obra “Teoria da convergência estatista” de Jürge Schwabe, em 1971.

Por oportuno, serão abordadas neste ensaio apenas a teoria de Schwabe e a teoria de Alexy.

2.2.4.1 Teoria de Jürge Schwabe

Sobre os fundamentos da teoria de Schwabe, Sarmiento (2006, p. 221), pondera que nela “[...] a atividade dos particulares, mesmo quando desenvolvida no âmbito da sua esfera de autonomia privada juridicamente protegida, é sempre imputável ao Estado, pois decorre de uma prévia autorização explícita ou implícita da ordem jurídica estatal”, motivo pelo qual não haveria distinção entre direito público e privado.

Nesse rumo, Silva (2011) observa que as ações privadas que firam direitos fundamentais somente são imputáveis ao próprio particular se o Estado, no exercício da função legislativa, tiver disciplinado a questão, uma vez que, nestes casos, a (i)licitude da ação privada é facilmente verificável com base na lei.

Assim, segundo Steinmetz (2004, p. 176), “o problema da vinculação dos particulares a direitos fundamentais desloca-se para o plano das relações entre indivíduo e Estado, plano em que os direitos fundamentais operam eficácia imediata e direta porque direitos de defesa ante o Estado”.

A teoria de Schwabe, portanto, confronta com as demais, tendo em vista que:

Ao propor uma eficácia imediata e direta de normas de direitos fundamentais vai de encontro à teoria da eficácia mediata; ao deslocar o problema da vinculação dos particulares a direitos fundamentais para o âmbito das relações entre indivíduo e Estado, opõe-se à teoria da eficácia imediata; ao conceber os direitos fundamentais exclusivamente como direitos de defesa, como limites ao poder do Estado, nega

sentido e utilidade à teoria dos direitos fundamentais como direitos à (deveres de) proteção (STEINMETZ, 2004, p. 176).

Esta teoria é refutável pelos seguintes motivos: a) não se pode atribuir ao Estado o resultado de toda a ação humana não proibida, tendo em vista que tal circunstância não fundamenta a participação/imputação do Estado em sua realização, até porque a responsabilização estatal nessas hipóteses conduz à irresponsabilidade privada ante os direitos fundamentais; b) considerando que a teoria de Schwabe é dirigida principalmente ao legislador – a quem caberia a criação de mandamentos legislativos de proibição –, o respeito aos direitos fundamentais entre particulares somente seria garantido com a “inflação legislativa”; c) a teoria da imputação ao Estado é inaplicável, posto que não é compatível com o princípio da autonomia privada e com o direito geral de liberdade, vez que não é possível atribuir ao Estado a participação e a imputação da restrição ou violação de direito fundamental cujo exercício é por ele garantido aos particulares em relações negociais.

2.2.4.2 Teoria Integradora de Alexy

Robert Alexy, ante a falta de uma construção dogmática unitária para a eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada, propõe a integração das três teorias básicas – a teoria da eficácia mediata, a teoria da eficácia imediata e a teoria de Schwabe.

Para tanto, sustenta que estas três teorias não se excluem, muito pelo contrário, todas podem chegar a resultados equivalentes, uma vez que reconhecem, de forma semelhante, a gradação da eficácia do direito fundamental nas relações privadas como decorrência da ponderação de interesses, necessária diante da circunstância de que, na relação entre particulares, diferentemente do que ocorre na relação entre cidadão e Estado, ambas as partes são titulares de direitos fundamentais (STEINMETZ, 2004).

Ademais, como ensina Alexy (2011), há em cada uma das três teorias aspectos corretos incorporáveis em uma construção dogmática unitária, até porque todas levam em conta que, nas relações entre particulares, ambas as partes são titulares de direitos fundamentais, e, por essa razão, a eficácia deve ser matizada, sendo sua medida definida, em última instância, pela ponderação. No que tange à ponderação, a diferença é que, para a teoria da eficácia mediata, ela deve ser realizada no marco do direito civil válido.

O modelo proposto por Alexy (2011) é estruturado em três níveis: 1) dos deveres do Estado: no qual se encontra a teoria da eficácia mediata, obrigando o Estado à proteção dos direitos fundamentais por meio da legislação e da jurisdição; 2) dos direitos ante o Estado: no

qual a teoria de Schwabe garante aos particulares o direito a ver declarados judicialmente seus direitos fundamentais sempre que estiverem em conflito com outros particulares; e 3) das relações jurídicas entre particulares, no qual a teoria da eficácia imediata busca a garantia direta de liberdades essenciais.

Para Alexy (2011), a teoria da eficácia mediata e a teoria de Schwabe, em última análise, resultam em eficácia imediata, razão pela qual cada teoria consiste em um aspecto da mesma coisa, devendo, no caso concreto, ser eleita aquela que funcionalmente melhor se adaptar à solução do conflito.

Adentrando ao cerne deste ensaio, passa-se a uma breve abordagem conceitual do direito fundamental de liberdade, para, por fim, analisarem-se os limites e possibilidades do referido direito frente à horizontalidade dos direitos fundamentais.

3 O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE NA TEORIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL

3.1 ASPECTOS GERAIS DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE

3.1.1 Do conceito de liberdade

A liberdade, segundo Mattos Júnior (2009), é o bem mais precioso à existência digna da pessoa humana e, ao lado do direito à igualdade, consiste na essência do Estado Democrático de Direito e no ápice do sistema dos direitos fundamentais. Trata-se da possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal, onde se destacam o poder de atuação, a resistência à opressão e a busca de um objeto.

Nessa perspectiva, afirma Alexy (2011, p. 218) que “o conceito de liberdade é, ao mesmo tempo, um dos conceitos práticos mais fundamentais e menos claros”. Isso porque seu âmbito de aplicação é praticamente ilimitado, na medida em que tudo que é considerado bom ou desejável é automaticamente associado à ideia de liberdade.

Para Alexy (2011), o termo “liberdade” possui uma conotação emotiva, de valoração positiva, que pode ser associada a significados descritivos variáveis, que atribuem ao termo conteúdo persuasivo, de modo que se pode afirmar que a liberdade proporciona a sensação de estar livre e não depender de ninguém, argumento este suficiente para convencer alguém a executar determinada ação a fim de mostrar-se “livre”.

Dentre as posições jurídicas fundamentais que interessam à definição do conceito de liberdade, destaca-se o conceito de liberdade jurídica, que pode ser explicado de duas maneiras: a) liberdade como manifestação especial de um conceito amplo; e b) liberdade como permissão jurídica (ALEXY, 2011).

Na primeira perspectiva, o autor analisa a estrutura do conceito de liberdade, explicando que enunciados amplos e isolados não contemplam suficientemente a abrangência do direito de liberdade, o que só seria possível com o auxílio dos seguintes enunciados: “a pessoa que não é livre; o obstáculo a que ela é submetida; e aquilo que esse obstáculo impede ou embarça” (ALEXY, 2011, p. 220).

Nessa primeira perspectiva, mostra-se necessária a distinção de liberdades positivas e negativas: a liberdade positiva estabelece a liberdade jurídica como uma manifestação especial, cujo terceiro elemento – o objeto de liberdade – consiste no direito de o indivíduo decidir por si mesmo, de acordo com seus próprios propósitos; a liberdade negativa, por sua vez, refere-se às possibilidades de uma pessoa agir sem sofrer a obstrução de outros (BERLIN, 1981).

Nada obstante, de acordo com o conceito de liberdade proposto no artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, tais sentidos se complementam, na medida em que a autoridade é tão indispensável à ordem social como esta é necessária à expansão individual: “a liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique a outrem”, sendo os limites ao seu exercício estabelecidos em lei e relacionados unicamente à proibição de ações nocivas aos outros membros da sociedade.

Na segunda perspectiva – a liberdade como permissão jurídica – observa Alexy (2011) que a liberdade consiste em uma “autorização” do Estado para que o particular execute determinadas ações, sem o risco de sofrer sanções legais.

Apenas para o fim de acrescentar ao conteúdo do direito geral de liberdade a sua abrangência, aborda-se, sinteticamente, na próxima seção, a sua positivação no ordenamento jurídico pátrio.

3.1.2 Da positivação do direito geral de liberdade no ordenamento jurídico brasileiro

Em que pese doutrinadores renomados como Ronald Dworkin entendam que “[...] uma concepção forte de direitos individuais não pode aceitar a noção de um direito fundamental de liberdade, mas apenas liberdades específicas e concretas [...]”, pois a ideia de um direito abstrato à liberdade em geral conflitaria com o direito à igual consideração e respeito, a

trajetória constitucional brasileira revela a positivação não apenas de liberdades específicas – liberdades da pessoa (direito de ir e vir, ficar e permanecer), liberdades de pensamento, liberdades de expressão coletiva, liberdades de ação profissional e liberdades de conteúdo econômico e social –, mas de um direito geral de liberdade, com o objetivo de reforçar a proteção das liberdades ao oferecer um apoio normativo sólido em nível constitucional e como princípio geral de interpretação e integração de outras liberdades não previstas explicitamente no texto constitucional (SARLET; VALE, 2014, p. 218).

Interpretando o direito de liberdade à luz da tese proposta pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, Alexy (2011, p. 344) afirma que o direito geral de liberdade “pode, para além da proteção de ações, ser estendido à proteção de situações e posições jurídicas do titular de direitos fundamentais”, de modo a proteger tanto o “fazer” quanto o “ser” fático e jurídico.

Concluída a análise conceitual do direito fundamental de liberdade, busca-se, agora, analisar seus limites e possibilidades frente à horizontalidade dos direitos fundamentais.

3.2 LIMITES E POSSIBILIDADES DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE NA TEORIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL

A Constituição Federal de 1988 inovou ao contemplar expressamente, no § 1º do artigo 5º, a aplicabilidade direta das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, afastando, em regra, a necessidade de uma interposição legislativa, “[...] pelo menos naquilo que tal intervenção possa ser considerada um obstáculo à aplicação judicial das normas de direitos fundamentais [...]”, embora tais normas estejam sujeitas à regulamentação, restrições e limitações (SARLET, 2014a, p. 515).

A doutrina e a jurisprudência, a despeito de alguma divergência, reconhecem o alcance dessa premissa (SARLET, 2014a). Contudo, nem todas as normas constitucionais possuem aplicabilidade direta em toda a sua extensão, visto que, não raras vezes, há necessidade de intervenção legislativa para garantirem-se alguns efeitos. Da mesma forma, nem todas as normas de direito fundamental possuem a mesma aplicabilidade, vez que os direitos fundamentais abrangem um conjunto heterogêneo e complexo de normas e posições jurídicas, de âmbito de proteção e limites diversos.

Cabe ressaltar que a Constituição de 1988 não dispõe expressamente acerca da vinculação das entidades públicas e privadas aos direitos fundamentais. Todavia, tal omissão não significa que os poderes públicos – assim como os particulares – não estejam vinculados pelos direitos fundamentais. Isso porque o § 1º do artigo 5º da Constituição enuncia, em

última análise, que os direitos fundamentais devem ser observados como baliza e referencial para a prática de qualquer ato (SARLET, 2014b).

Neste sentido, Sarlet (2014b) assevera que todas as ações dos poderes estatais encontram-se vinculadas aos direitos fundamentais, tanto em sentido formal como em sentido material, na medida em que tais poderes atuam no interesse público, como guardiães e gestores da coletividade. De tal vinculação decorre, num sentido negativo, que os direitos fundamentais encontram-se na esfera de disponibilidade dos poderes públicos e, num sentido positivo, que os órgãos estatais acham-se na obrigação de fazer o necessário para concretizar os direitos fundamentais.

Quanto à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, ensina o mencionado doutrinador que, em algumas hipóteses, o próprio enunciado textual da norma de direito fundamental indica uma vinculação direta (imediate); em outros, contudo, oscila a doutrina entre a eficácia mediata (indireta), a eficácia imediata (direta) e uma esfera intermediária. Não obstante, tem prevalecido a tese de que os direitos fundamentais geram uma eficácia direta *prima facie* na esfera das relações privadas, sem deixar de reconhecer que o modo pelo qual se opera a aplicação de tais direitos nas relações jurídicas entre particulares não é uniforme, reclamando soluções diferenciadas, orientadas pela ponderação dos valores conflitantes e pelo princípio da preservação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Na mesma linha, Wilson Steinmetz (2004) e Luiz Roberto Barroso (2010) sustentam que a eficácia direta dos direitos fundamentais é a mais adequada para o sistema jurídico brasileiro, sendo imprescindível à viabilidade deste modelo a ponderação entre os princípios constitucionais e os direitos fundamentais discutidos no caso concreto.

No caso específico do direito fundamental de liberdade, a aplicabilidade direta e a eficácia plena não geram maior discussão, de modo que se reconhece que tais direitos são aplicáveis sem prévia regulamentação legal (SARLET, 2014b).

Contudo, no caso concreto, há que se observar a igualdade/desigualdade material entre as partes, a manifesta injustiça ou falta de razoabilidade do critério, a preferência de valores existenciais sobre os patrimoniais e os riscos para a dignidade da pessoa humana. Essa interpretação é a adotada, via de regra, nos julgados do Supremo Tribunal Federal, como se observa na ementa do Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ, julgado em 10 de outubro de 2005:

SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS

FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. 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. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. (RE 201819, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821)

Ao proferir seu voto-vista no julgado acima transcrito, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, afirmou que, com base nas raras ocasiões em que o Supremo Tribunal Federal havia se manifestado sobre o tema, é possível delinear os contornos da aplicação de direitos fundamentais nas relações privadas: incidência direta.

Esta foi a primeira decisão em que os Ministros do Supremo debateram as diversas teorias e correntes doutrinárias que cercam o tema. Nela foi decidido que o direito de liberdade deve respeitar as leis em vigor e não deve ser exercido em detrimento aos direitos e

garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados constitucionalmente, pois a proteção às liberdades constitucionais não confere aos particulares o poder de transgredir regras ou ignorar restrições.

No que tange às restrições ao direito fundamental de liberdade, Steinmetz (2013) afirma que o direito à liberdade, assim como os demais direitos fundamentais, estará sujeito a restrições, ainda que não haja expressa autorização constitucional, sempre que estiverem em jogo outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos, respeitada a proporcionalidade no caso concreto.

Neste sentido, pode-se afirmar que os direitos fundamentais são passíveis de restrições, desde que tais restrições sejam compatíveis com a Constituição e respeitem as reservas constitucionais e legais, bem como o conteúdo essencial do direito fundamental em análise, até porque “uma restrição a um direito fundamental somente é admissível se, no caso concreto, aos princípios colidentes for atribuído um peso maior que aquele atribuído ao princípio de direito fundamental em questão” (ALEXY, 2011, p. 296).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos fundamentais representam a concretização daqueles direitos e garantias reconhecidos como essenciais a todos os indivíduos indistintamente. Tais direitos nasceram como forma de contraposição dos poderes privados ao poder público, durante a ascensão do Estado burguês, com a finalidade de conter o poder do Estado e proteger o cidadão do abuso e da arbitrariedade.

Com o desenvolvimento do sistema capitalista, a ideia de uma contraposição simplista entre sociedade e Estado não prosperou, revelando que o poder se exerce e se efetiva não só em relações verticais (Estado/sociedade civil/cidadãos), mas também em relações horizontais (cidadão/cidadão ou poder econômico/cidadãos, sem qualquer interferência estatal).

Nessa perspectiva, desenvolveram-se na doutrina e na jurisprudência constitucional as teorias sobre a possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, dentre as quais se destacam a teoria da eficácia vertical, a teoria da eficácia horizontal, a teoria dos deveres de proteção e as teorias alternativas.

No direito brasileiro, tem prevalecido a tese de que os direitos fundamentais geram uma eficácia direta *prima facie* na esfera das relações privadas, todavia, não se deixa de reconhecer que o modo pelo qual se opera a aplicação de tais direitos nas relações jurídicas entre particulares não é uniforme, reclamando soluções diferenciadas, pautadas pela

ponderação dos valores em pauta e pelo princípio da preservação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Especificamente no que concerne ao direito de liberdade, bem mais precioso à existência digna da pessoa humana, abordado constitucionalmente sob a forma de um direito geral e liberdades específicas, a doutrina e a jurisprudência nacionais têm adotado a aplicabilidade direta, com a ressalva de observar-se, no caso concreto, a igualdade/desigualdade material entre as partes, a manifesta injustiça ou falta de razoabilidade do critério, a preferência de valores existenciais sobre os patrimoniais e os riscos para a dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, o direito fundamental está sujeito a restrições, ainda que não haja expressa autorização constitucional, sempre que estiverem em jogo outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos, respeitada a proporcionalidade no caso concreto.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade**. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Minas Gerais: Ratio Júris, vol. 16, n. 2, 2003, p. 131-140.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BERLIN, Isaiah. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Tradução de Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981, p. 133-145.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. São Paulo: Editora Livraria Almedina, 2002.

CASTRO, Matheus Felipe. A engenharia política dos direitos fundamentais: da teoria à prática de sua efetividade. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; CASSEL, Douglas (Org.). **A realização e a proteção internacional dos direitos humanos fundamentais – desafios do Século XXI**. Joaçaba: UNOESC, 2011, p. 307-320.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. Brasília: Repositório STF, 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaITvJustica/portaITvJusticaNoticia/anexo/Joao_Tri ndade__Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2014.

FRANÇA. **Declaração dos direitos do homem e do cidadão.** Assembleia Nacional Constituinte da França Revolucionária. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789.5076.html>>. Acesso em 18 dez. 2014.

MATTOS JUNIOR, Ruy Ferreira. Direitos Fundamentais e Direito de Liberdade. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, UniBrasil, Curitiba, vol. 6, 2009.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Art. 5º, § 1º** As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et. al. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014a, p. 513-515.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais.** In: CANOTILHO, J. J. Gomes et. al. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014b, p. 183-212.

SARLET, Ingo Wolfgang; VALE, André Rufino do. **Direito Geral de Liberdade.** In: CANOTILHO, J. J. Gomes et. al. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014, p. 216-222.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2004.

STEINMETZ, Wilson. Direito à liberdade de locomoção: um esforço de interpretação constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 21, n. 84, jul. 2013, p. 163-173.

UBILLOS, Juan Maria. Eficacia horizontal de los derechos fundamentales: las teorías y la práctica. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo:** Novos problemas à luz da legalidade constitucional, Trad. de SANTANA, Agatha Gonçalves, São Paulo: Atlas, 2008, p. 219-237.