II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E EMPRESARIAIS

CARLA REITA FARIA LEAL

ALEXANDRE ANTONIO BRUNO DA SILVA

Copyright © 2020 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho -Unifor – Ceará
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

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

---

E27

Eficácia de direitos fundamentais nas relações do trabalho, sociais e empresariais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Alexandre Antonio Bruno Da Silva; Carla Reita Faria Leal – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-179-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Eficácia. 3. Direitos fundamentais. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

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

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E EMPRESARIAIS

Apresentação

Apesar das adversidades impostas pela pandemia, o Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI não mediu esforços para continuar o seu trabalho de fortalecimento da pesquisa jurídica brasileira e garantir a realização do seu encontro nacional.

O II Encontro Virtual do CONPEDI aconteceu entre os dias 02 e 08 de dezembro de 2020, quando foram disponibilizadas ferramentas que permitiram a realização de palestras, painéis, fóruns, assim como os tradicionais grupos de trabalhos e apresentação de pôsteres, mantendo o formato e a dinâmica já conhecidos durante os eventos presenciais.

Os artigos apresentados no Grupo de Trabalho Eficácia de Direitos Fundamentais nas Relações do Trabalho, Sociais e Empresariais, durante o II Encontro Virtual do CONPEDI, guardam entre si uma importante contribuição para a pesquisa jurídica brasileira.

O grupo de trabalho teve início com a apresentação do artigo “A complexidade do racismo estrutural: redução de trabalhadores à condição análoga de escravos como continuísmo do sistema econômico escravocrata”. Nesse trabalho, por meio do estudo da base racismo estrutural, defende-se a busca pela mitigação do trabalho em condições análoga a de escravos de maneira sustentável.

Em seguida, foi exposto o trabalho “As mulheres e o exercício da docência no Brasil: uma análise do século XIX ao século XXI com o ingresso no ensino superior” que trata da trajetória de lutas e conquistas femininas na sociedade, para então demonstrar a evolução da mulher na função de professora, até sua atuação no ensino superior. Na sequência, passou-se à apresentação do trabalho “Condição subjetiva de trabalho saudável como direito humano e a Convenção 190 da OIT” que aborda a condição subjetiva do trabalhador saudável como um Direito Humano, à luz da normativa internacional, em especial da Convenção 190 da OIT .

Outro trabalho que foi objeto de exposição no GT, intitulado “Eficácia Horizontal dos direitos fundamentais: uma análise sobre a incidência em temos de pandemia”, versa sobre especificidades da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas durante a

pandemia. O “Neoconstitucionalismo e seus reflexos na atividade empresarial” é o título do trabalho objeto de discussão na sequência, no qual se defende a aplicação dos princípios e valores definidos na Constituição inclusive no âmbito das relações privadas.

Posteriormente, foi apresentado o trabalho que tem como título “O papel indutor da administração pública concertada na efetivação dos direitos humanos pelas empresas”, analisando as diretrizes contemporâneas da relação entre direitos humanos e empresas. Em seguida, foi exposto o artigo “Vedação ao retrocesso em direitos trabalhistas: uma abordagem sobre a terceirização e seus impactos” que analisa aspectos da recente reforma trabalhista e a terceirização, concluindo que as alterações legislativas feriram o princípio do retrocesso social.

O último trabalho apresentado, “Youtubers mirins e o trabalho infantil na sociedade da informação”, tem como objeto a discussão sobre o trabalho realizado pelas crianças e adolescentes na sociedade em rede, em especial os chamados youtubers mirins.

Desejamos uma boa leitura dos artigos e os convidamos a participar do próximo GT Eficácia de Direitos Fundamentais nas Relações do Trabalho, Sociais e Empresariais.

#ContinuePesquisando

Prof. Dr. Alexandre Antonio Bruno da Silva – Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS)

Profa. Dra. Carla Reita Faria Leal – Universidade Federal de Mato Grosso

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Eficácia de Direitos Fundamentais nas Relações do Trabalho, Sociais e Empresariais apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE SOBRE A INCIDÊNCIA EM TEMPOS DE PANDEMIA

HORIZONTAL EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS: AN ANALYSIS ON THE INCIDENCE IN PANDEMIC TIMES

Fernando Navarro Vince
Daniela Menengoti Ribeiro

Resumo

O objetivo do presente artigo é analisar a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas durante a pandemia. A crise sanitária fragilizou o ser humano e trouxe a necessidade de uma tutela mais efetiva dos direitos fundamentais, porém, essa proteção não é absoluta e não pode ser feita de forma aleatória. Desenvolveu-se pesquisa bibliográfica, com o método de abordagem dedutivo. Concluiu-se que a incidência dos valores essenciais nas relações privadas ganhou destaque durante a pandemia, entretanto sua aplicação não é automática e deve ser precedida de exame dos fatos e ponderação.

Palavras-chave: Eficácia horizontal dos direitos fundamentais, Pandemia, Ponderação

Abstract/Resumen/Résumé

The purpose of this article is to analyze the application of fundamental rights in private relations during the pandemic. The health crisis has weakened the human being and brought about the need for more effective protection of fundamental rights, however, this protection is not absolute and cannot be done at random. Bibliographic research was developed, using the deductive approach method. It was concluded that the incidence of essential values in private relations gained prominence during the pandemic, however its application is not automatic and must be preceded by an examination of the facts and consideration

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Horizontal effectiveness of fundamental rights, Pandemic, Weighting

INTRODUÇÃO

A teoria da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, também chamada de eficácia horizontal dos direitos fundamentais nasceu na Alemanha, a partir da segunda metade do século XX, ensejando a possibilidade de incidência dos valores constitucionais no âmbito particular. Segundo esse entendimento as normas definidoras de direitos individuais comprometem tanto o Poder Público quanto o Poder Privado, vez que a liberdade negocial, também considerada princípio constitucional, não é absoluta e pode sofrer limitações quando sua utilização colidir com outro valor igualmente protegido pelo Texto Maior.

O presente artigo tem objetivo analisar a aplicação dos direitos fundamentais nas relações particulares durante a pandemia da COVID-19, mais precisamente examinar de que forma a incidência dos preceitos constitucionais irão vincular a conduta privada durante a crise desencadeada pelo novo coronavírus.

É evidente que a excepcionalidade da doença fragilizou as relações sociais e impôs a necessidade de uma tutela judicial mais efetiva dos direitos fundamentais, porém, essa proteção não deve ser considerada absoluta e não pode ser feita de forma aleatória. O aplicador da lei tem que ter dois cuidados. Um para salvaguardar os direitos essenciais postos em risco, outro para não aplicar de forma açodada a teoria e avançar sobre outros bens constitucionais de igual quilate.

Em que pese a alta frequência de investigações envolvendo a COVID-19, justificam a presente pesquisa a relevância dos assuntos envolvidos (eficácia, colisão e restrição a direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana, ponderação de valores constitucionais) e a abordagem atual da posição dos tribunais frente ao tema.

Diante do problema apresentado e do conflito de expectativas que o assunto inspira, adotou-se o método de abordagem hipotético-dedutivo, a partir de pesquisa bibliográfica com o levantamento de referências teóricas e julgamentos publicados por meios impressos e eletrônicos.

Com base nesse aporte teórico e metodológico, dividiu-se o trabalho em quatro etapas. Na primeira parte, apresenta-se breves considerações sobre a pandemia, fazendo-se alusão a necessários dados técnicos e informações sobre a doença. Na segunda parte, vem à baila a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, em que o alvo de investigação será o conceito, origem e alcance da teoria, bem como as correntes doutrinárias formuladas sobre o tema e que mantém conexão com a área pesquisada. Nesse momento,

a posição da doutrina e da jurisprudência nacional também serão visitadas. Na terceira parte, serão apresentados quatro julgados recentes envolvendo a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas e Covid-19. Na quarta e derradeira parte, chega-se ao ápice da discussão, pois será ali que o problema aventado será enfrentado e racionalmente equacionado. Com base nos argumentos teóricos ventilados ao longo do texto, analisará a forma como a eficácia horizontal dos direitos fundamentais deverá ser aplicada em tempos de pandemia.

1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS

A Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou, em 30 de janeiro de 2020, que o surto da doença causada pelo novo coronavírus (COVID-19) constitui uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (mais alto nível de alerta da Organização, conforme previsto no Regulamento Sanitário Internacional). Em 11 de março de 2020, a COVID-19 foi caracterizada pela OMS como uma pandemia (OPAS, 2020).

A COVID-19 é uma nova variante do coronavírus, denominada 2019-nCoV, até então não identificada em humanos. Até o seu aparecimento, existiam apenas seis cepas conhecidas capazes de infectar humanos, incluindo o SARS-CoV e MERS-CoV (SBI, 2020, p. 1).

Os números de contaminados e mortos em virtude da doença são impressionantes. No Brasil, até o momento, foram 4.732.309 casos confirmados com 141.741 mortes (COVID19, 2020). No mundo, os números são ainda mais assustadores: 32.037.207 casos confirmados e 979.435 mortes (OPAS, 2020).

Inegável que se vive um momento de crise mundial, com reflexos em toda sociedade global. Nesse cenário, decisões devem ser tomadas visando, se não o contingenciamento, pelo menos a tentativa de evitar o caos. A propósito são as palavras de Oscar Vilhena Vieira (2018):

> A palavra crise normalmente é associada ao conceito de tempos difíceis e de instabilidade. Em sua origem grega o termo também designa decisão, no caso uma decisão fundamental voltada a recuperação do equilíbrio de um organismo ou de um sistema político ou social, sem

> que esse organismo ou sistema corra o risco de perecer. (VIEIRA, 2018, p. 32-33).

A sociedade globalizada pela rede agora se vê globalizada pelo vírus. Sobre o tema, Harari (2020) pontua que:

> Muitas pessoas culpam a globalização pela epidemia do corona vírus e afirmam que o único jeito de evitar novos surtos dessa natureza é desglobalizar o mundo. Construir muros, restringir viagens, reduzir o comércio. Contudo, embora uma quarentena temporária seja essencial para deter epidemias, o isolacionismo prolongado conduzirá ao colapso econômico sem oferecer nenhuma proteção real contra doenças infecciosas. Muito pelo contrário. O verdadeiro antídoto para epidemias não é a segregação, mas a cooperação (HARARI, 2020, posição 11).

A complexidade da situação e a totalidade de eventos possíveis tornaram o mundo imprevisível, dele podendo surgir novos e diversos cenários (SANTOS, 2020, p. 5). A pandemia atingiu todos os setores da sociedade, porém, sem esforço pode-se afirmar que os mais prejudicados foram as pessoas em situação de desamparo social.

Para caracterizar as consequências sociais da pandemia, cita-se o trabalho de Sérgio Carrara (2020), professor do Instituto de Medicina Social (UERJ) e Vice-Presidente da Associação Brasileira de Antropologia, a saber:

> Qualquer ação em Saúde Pública não pode prescindir da contribuição de cientistas sociais, ou seja, não pode prescindir de uma perspectiva abrangente sobre como se desenrolam as interações entre pessoas e grupos humanos, sobre como as sociedades se estruturam e, enfim, sobre como os processos patológicos adquirem diferentes significados em cada uma delas. É indiscutível que a trajetória descrita por uma doença contagiosa epidêmica em uma sociedade na qual são vigentes estritas regras de evitação entre categorias sociais ou castas (o que inclui a evitação do contato com fluidos corporais) será inteiramente diferente da trajetória da mesma epidemia em uma sociedade em que tais regras não existem. Do mesmo modo, grupos sociais pouco permeáveis ao discurso científico reagirão de modo diferente daqueles que não o são. O conhecimento sócio-antropológico é, portanto, estratégico para compreensão da distribuição e difusão de diferentes epidemias em determinado espaço social. Além disso, no campo da chamada "educação sanitária", tal conhecimento tem sido igualmente crucial para o desenvolvimento de técnicas de ação mais eficazes, baseadas no respeito aos direitos humanos e no permanente diálogo com as visões de mundo – às vezes fortemente contrastantes – mantidas pelos diferentes atores sociais. Lembremos que a eficácia dessa tecnologia foi amplamente comprovada no âmbito da "resposta brasileira à AIDS", considerada por muito tempo como política de saúde exemplar e merecedora do respeito internacional. (CARRARA, 2020).

Ainda no tocante aos efeitos sociais, deve-se observar que as doenças não são democráticas e toda doença é, ao mesmo tempo, um fenômeno biológico e social, sem separação, e as desigualdades existentes na sociedade muitas vezes se manifestam via epidemias. A emergência de doenças infecciosas não mostra somente como a expectativa de erradicação de todas as enfermidades por meio da expertise médica é uma utopia, mas também como é necessário que a saúde populacional, dos níveis locais ao global, precisa ser encarada em sua complexidade. Nesse sentido, o fortalecimento de ações de promoção de saúde e prevenção, educação, melhoramento das condições de vida é fundamental para que não nos peguemos sempre em cenários desesperadores a cada nova epidemia. Epidemias sempre continuarão a surgir, mas a forma de lidar com elas pode mudar (TEIXEIRA; ALVES, 2020).

Destarte, face à fragilização dos direitos humanos causada pela pandemia, imprescindível se torna toda e qualquer atitude que venha a colaborar com a defesa dos direitos individuais, independe de onde vier a ofensa, seja do Poder Público seja do Poder Privado.

2 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A história mostra que o Estado é o principal destinatário dos direitos fundamentais, pois a razão que motivou a criação das garantias individuais foi justamente estabelecer um ambiente livre da ingerência estatal. Entretanto, os desdobramentos originados pelas crises sociais e econômicas do século XX, tornaram evidente que não se poderia atribuir ao Poder Público o exclusivo papel de vilão das liberdades públicas (MENDES; BRANCO, 2015, p. 253). Com o distanciamento do Poder Público das relações civis e o subsequente aumento do Poder Social, constatou-se que as ofensas aos direitos humanos estavam cada vez mais partindo de setores privados da sociedade (grandes grupos econômicos, associações, empregadores).

Essa foi exatamente uma das maiores alterações de paradigma que, no âmbito do direito constitucional, foi responsável pelo reconhecimento de uma constitucionalização do direito e, sobretudo, de um rompimento nos limites de produção de efeitos dos direitos fundamentais somente à relação Estado-cidadãos. Esta modificação foi a aceitação de que, ao contrário do que uma arraigada crença sustentava, não é somente o Estado que

pode ameaçar os direitos fundamentais dos cidadãos, mas também outros cidadãos, nas relações horizontais entre si (AFONSO DA SILVA, 2008, p. 52).

As relações entre os indivíduos e o Estado apresentam eficácia vertical porque a satisfação do direito se opera no plano interno entre dois protagonistas bem definidos: o Poder Público, destinatário das obrigações decorrentes dos direitos fundamentais (sujeito passivo), e o indivíduo, titular de tais direitos (sujeito ativo) (BULOS,2014, p. 540). Já a eficácia horizontal, deriva da relação envolvendo os Poderes Privados, que assim como a entidade governamental, também cometem atos atentatórios contra a dignidade do homem, e, por esse motivo seria injusto e ilógico que, nesses casos não houvesse responsabilização.

Foi neste compasso de mudança de sujeito passivo, que surgiu a teoria ora em exame, ensejando a possibilidade de incidência dos valores constitucionais no âmbito particular. Esta tese sustenta que as normas definidoras de direitos individuais, devido à sua dimensão objetiva, comprometem tanto o Poder Público quanto o Poder Privado, vez que a liberdade negocial, que também é um princípio constitucional, não é absoluta e pode sofrer limitações quando sua utilização colidir com outro valor igualmente protegido pelo Texto Maior.

A aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas surgiu na Alemanha na segunda metade do século XX e tinha por escopo a incidência dos valores constitucionais nas relações travadas no ambiente particular. Essa teoria preconiza que, a autonomia privada, embora reconhecida e protegida no texto constitucional, não é absoluta e pode ser relativizada no caso concreto, se entrar em disputa com outros valores também sediados na Carta Política, que se mostrem mais apropriados para ocasião.

A influência germânica em nosso ordenamento fez com que tese em exame migrasse para o Brasil. Porém, diante da diferença de realidades sociais, a aplicação por aqui da eficácia horizontal deve ser realizada com cuidado, sob pena de abandono do escopo original planejado e pretendido pelos fundadores da presente ideia.

Estabelecida a necessidade de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, a doutrina começou a desenvolver teorias com intuito de disciplinar a incidência dos valores constitucionais no âmbito particular. Este trabalho científico começou a partir do Caso Lüth, exemplo histórico da aplicabilidade imediata, onde a Corte Constitucional Alemã pela primeira vez, realizando um juízo de ponderação, entendeu que a legislação civil haveria de ser interpretada conforme a Constituição (SARMENTO, 2004, p. 236).

A partir desse paradigmático caso, várias correntes doutrinárias se desenvolveram sobre o tema. As principais são: i) Teoria da Ineficácia ou Negação que não admitia a aplicação dos direitos fundamentais para além do Estado; ii) Teoria da *State Action*, que num primeiro momento não permitia o emprego das regras constitucionais no ambiente civil, mas no decorrer dos anos foi se relativizando e a partir da década de 40 do século passado, começou a aceitar a incidência quando o particular desempenhasse atividade típica do Estado; iv) Teoria da Eficácia Indireta ou Mediata, insurge-se contra a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. Todavia, admite a interferência dos valores constitucionais no campo particular de forma indireta, através de "certas pontes" que seriam representadas pelas cláusulas gerais e conceitos indeterminados. Esses mecanismos funcionariam como verdadeiras fontes de irrupção dos direitos fundamentais no direito privado, conformando-o com a ordem axiológica constitucional (SARMENTO, 2004, p. 238). Segundo seus adeptos, os direitos fundamentais, por meio das cláusulas acima, se "infiltram" no direito privado e por aí produzem seus efeitos, pois, eles não são apenas garantias dos indivíduos contra o Estado, mas constituem também um sistema ou uma ordem objetiva de valores que se irradiam para todas as áreas do direito (AFONSO DA SILVA, 2008, p. 78); v) Teoria da Eficácia Direito ou Imediata, os preceitos constitucionais obrigam de forma direta e imediata os particulares, pois, as regras capitais são aplicáveis independentemente de onde vier o ataque, seja o destinatário público ou privado.

A grande diferença entre esse modelo e o modelo de efeitos indiretos consiste na desnecessidade de mediação legislativa para que os direitos fundamentais produzam efeitos nas relações entre particulares. (AFONSO DA SILVA, 2008, p. 89). Essa incidência ágil é autorizada porque, conforme já mencionado acima, as ofensas aos direitos individuais não vem mais de um lugar só, mas sim de outras frentes, e, mesmo considerando o princípio fundamental da autonomia privada, verifica-se que o setor privado, não é inviolável, e não pode ficar imune aos preceitos instalados na Lei Maior.

Na doutrina jurídica brasileira tem prevalecido a tese da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. Daniel Sarmento (2004, p. 289) confirma essa tendência pontuando que a doutrina nacional opta pela eficácia direta dos direitos individuais, não ficando o particular subordinado a atuação do legislador ordinário, nem se exaurindo na interpretação das cláusulas gerais do Direito Privado.

Luís Roberto Barroso, por seu turno, sustenta que "(...) em uma perspectiva e avanço social, devem-se esgotar todas as potencialidades interpretativas do Texto

Constitucional, o que inclui a aplicação direta das normas constitucionais no limite máximo do possível, sem condicioná-las ao legislador infraconstitucional" (2004, p.260)

Para justificar a inclinação a favor da aplicação imediata, os teóricos locais utilizam os argumentos de que os ataques aos direitos fundamentais não vêm apenas do Poder Público, a esfera privada não pode ficar imune aos valores e preceitos constitucionais e a vinculação diminuiria o desequilíbrio de forças permitido pela liberdade negocial.

A jurisprudência brasileira também vem mostrando simpatia pela teoria da eficácia imediata. Os julgados, cada vez mais frequentes, vêm traduzindo esse pensamento de submissão da sociedade aos valores constitucionais. No presente ensaio, devido à limitação de espaço, a posição dos nossos tribunais será representada por duas das principais decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto.

A primeira delas foi proferida no Recurso Extraordinário nº 161.243-6/DF. Trata-se de julgamento do Tribunal Pleno do STF proferido em 07 de outubro de 1999, relativo à ação trabalhista proposta por empregado brasileiro da empresa de aviação *Air France*, alegando ofensa ao princípio da isonomia, pois, no Estatuto do Pessoal da Empresa, alguns benefícios eram concedidos apenas a trabalhadores franceses. A questão chegou a Corte Suprema via Recurso Extraordinário, depois que o Tribunal Superior do Trabalho confirmou a decisão proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho, que considerou legítimo o tratamento desigual entre empregados, vez que tal procedimento era previsto em norma interna da empresa. As razões invocadas no apelo extremo centravam-se na violação do princípio da isonomia previsto no art. 5 º *caput* da Constituição Federal, pois, segundo os argumentos aduzidos pelo trabalhador, a conduta da empresa não continha critérios objetivos de diferenciação, mas sim, clara discriminação por nacionalidade. Analisando o mérito da ação, os julgadores concordaram que a atitude da empregadora era ilegal porque contrariava o princípio da igualdade insculpido na Lei Fundamental.

Já a segunda sentença, emana do Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ. Esse caso foi julgado pela Segunda Turma do STF em 11 de outubro de 2005 e foi a primeira vez que a Corte enfrentou expressamente a questão da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. A Segunda Turma, concluindo julgamento, negou provimento a Recurso Extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que mantivera decisão que reintegrara associado excluído do quadro da sociedade civil União Brasileira de Compositores - UBC, sob o entendimento de que fora violado o seu direito de defesa, em virtude de o mesmo não ter tido a oportunidade de refutar o ato

que resultara na sua punição. Ressaltou-se que, em razão de a UBC integrar a estrutura do ECAD - Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, entidade de relevante papel no âmbito do sistema brasileiro de proteção aos direitos autorais, seria incontroverso que, no caso, ao restringir as possibilidades de defesa do recorrido, a recorrente assumira posição privilegiada para determinar, preponderantemente, a extensão do gozo e da fruição dos direitos autorais de seu associado. Concluiu-se que as penalidades impostas pela recorrente ao recorrido extrapolaram a liberdade do direito de associação e, em especial, o de defesa, sendo imperiosa a observância, em face das peculiaridades do caso, das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Vencidos a Ministra Ellen Gracie, relatora, e o Min. Carlos Velloso, que davam provimento ao recurso, por entender que a retirada de um sócio de entidade privada é solucionada a partir das regras do estatuto social e da legislação civil em vigor, sendo incabível a invocação do princípio constitucional da ampla defesa[1]. Destarte, depreende-se dos casos acima que o Pretório Excelso vem caminhando para o reconhecimento de uma ampla eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada.

A questão principal envolvendo a eficácia horizontal é a conciliação entre a proteção dos direitos fundamentais e a conservação da autonomia privada. Obter o equilíbrio entre esses postulados é o grande e árduo desafio, a meta a ser alcançada.

3 DECISÕES JUDICIAIS QUE ENVOLVEM A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMETAIS DURANTE A PANDEMIA

O tema ora estudado foi parar nas cortes de justiça brasileiras. Várias decisões foram proferidas levando em consideração a vinculação dos particulares aos valores constitucionais.

Pela limitação de espaço, a seguir serão abordadas quatro situações em que a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais foi expressamente examinada. Nas três primeiras decisões a incidência foi reconhecida para resguardar garantias individuais em risco durante o surto pandêmico. Entretanto, na quarta decisão o tribunal afastou a teoria

---

1 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 201819. Legitimação da ofendida. Constrangimento ilegal. Reclamante União Brasileira de Compositores-UBC e Reclamado Arthur Rodrigues Villarinho. Relatora Ministra Ellen Gracie. 11 de outubro de 2005.

porque entendeu que, em que pese sua importância no ordenamento jurídico, ela não é absoluta e comporta relativização.

3.1 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO - ADJUDICAÇÃO DE BEM IMÓVEL PENHORADO. PANDEMIA COVID-19. FATO NOVO.

O Tribunal de Justiça de São Paulo analisou caso em que foi obstada a expedição de mandado de imissão na posse, ante a Pandemia COVID-19, em imóvel penhorado nos autos de ação indenizatória que reside pessoa idosa desprovida de outra moradia, sem prejuízo da expedição da carta de adjudicação.

Na hipótese vertente, entendeu a corte paulista que a posse deve ser prestigiada enquanto direito autônomo em relação à propriedade, especialmente em um contexto de pandemia e quando em jogo os direitos fundamentais à moradia e saúde de pessoa idosa, consagrando-se a função social da posse, elevando a um plano concreto a cláusula geral de tutela da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), bem como seus substratos, ou seja, liberdade, igualdade, solidariedade e integridade psicofísica (art. 3º da CF), assim como os direitos fundamentais e sociais à moradia e à saúde (art. 6º da CF).

Fazendo menção expressa a eficácia horizontal dos direitos fundamentais os desembargadores mantiveram a posse de pessoa idosa a sua moradia enquanto perdurar a crise do novo coronavírus:

> AGRAVO INTERNO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA DE URGÊNCIA. ADJUDICAÇÃO DE BEM IMÓVEL PENHORADO. PANDEMIA COVID-19. FATO NOVO. Decisão monocrática que indeferiu pedido de concessão de efeito suspensivo. Deve ser obstada a expedição de mandado de imissão na posse, ante a Pandemia COVID-19, em imóvel penhorado nos autos de ação indenizatória que reside pessoa idosa desprovida de outra moradia, sem prejuízo da expedição da carta de adjudicação. A posse deve ser prestigiada enquanto direito autônomo em relação à propriedade, especialmente em um contexto de pandemia e quando em jogo os direitos fundamentais à moradia e saúde de pessoa idosa, consagrando-se a função social da posse, elevando a um plano concreto a cláusula geral de tutela da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), bem como seus substratos, ou seja, liberdade, igualdade, solidariedade e integridade psicofísica (art. 3º da CF), assim como os direitos fundamentais e sociais à moradia e à saúde (art. 6º da CF). Proteção integral da pessoa idosa (art. 2º do Estatuto do Idoso). Habitabilidade e segurança jurídica da posse enquanto requisitos de uma moradia adequada. A moradia é fator ambiental que mais frequentemente associa-se às condições favoráveis à transmissão de doenças em análises epidemiológicas, significando que, as condições inadequadas e deficientes de moradia e

> de vida são invariavelmente associadas às taxas mais elevadas de mortalidade e morbidade. Inteligência do Comentário Geral nº 4 do Comitê do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Indivisibilidade e interdependência dos Direitos Civis e Políticos, dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e dos Direitos de Solidariedade e Fraternidade. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Recurso parcialmente provido, para obstar a expedição de mandado de imissão na posse, enquanto perdurar a situação de crise, permitindo-se, todavia, qualquer ato de transferência do domínio e desde que em observância à Resolução 313 do CNJ e ao Provimento CSM N° 2549/2020. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJ-SP - AGT: 20449462820208260000 SP 2044946-28.2020.8.26.0000, Relator: Alfredo Attié, Data de Julgamento: 13/05/2020, 27ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 13/05/2020).

3.2 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL – MANDADO DE SEGURANÇA – CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVICOS EDUCACIONAIS

Em julgamento proferido no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, tendo por tema contrato de prestação de serviços de educação, os desembargadores reconheceram a importância da eficácia horizontal dos direitos fundamentais em tempos de pandemia e mantiveram a decisão que deferiu a suspensão de pagamentos referente a matérias que não estão sendo prestadas pela instituição de ensino, em razão da pandemia.

A instituição de ensino impetrou Mandado de Segurança contra ato coator do Juiz de Direito do Juizado Especial, narrando que a referida autoridade coatora deferiu medida liminar determinando que a ré/impetrante se abstenha de cobrar do aluno, valores referentes a disciplinas cuja presença do aluno seja indispensável, até que acabe a situação de pandemia, e que haja o integral cumprimento do contrato entabulado entre as partes

Com fundamento na força maior, princípios da eticidade, da operabilidade e da boa-fé objetiva, circunstância imprevisível e equilíbrio contratual, a corte gaúcha reconheceu a desvantagem do consumidor. Destaca-se, a seguir, trechos do voto do relator do caso, que guardam relação com o estudo proposto.

> Com efeito, nesse contexto que tem como pano de fundo um tecido social complexo, especialmente em função das novas categorias surgidas em virtude das múltiplas relações estabelecidas nos meios de produção, assim, na própria sociedade, há lugar para novos direitos, assim agrupados, exemplificadamente, como dos trabalhadores, das crianças e das mulheres. Essa plêiade de interrelações sociais determina um novo conceito de direitos fundamentais, agora concebidos não mais tão-somente como direitos de defesa contra o Estado, mas como direitos a serem observados na órbita das relações privadas. O crescente amalgamento de gerações ou dimensões e funcionalidades dos direitos fundamentais é uma exigência do Estado moderno e pós-moderno. Ganha abrangência, então, uma discussão a respeito da vinculação dos

> particulares aos direitos fundamentais, basicamente em função do questionamento se o indivíduo poderia recorrer aos poderes constituídos para fazer valer seu direito violado por outro particular? É precisamente assim que se configura o denominado efeito irradiante dos direitos fundamentais, o qual condiciona a interpretação das normas jurídicas pelo Estado conforme a ordem axiológica da Constituição (fundada na dignidade da pessoa humana) e adita uma eficácia horizontal dos direitos fundamentais, atuante no âmbito das relações entre particulares. Os direitos fundamentais, consabido, convivem em uma ideal harmonia no texto da Constituição, e é por isso que o exercício da livre atividade econômica e a defesa do consumidor não se excluem, já que, se adotada a Teoria dos Direitos Fundamentais como princípios (ALEXY "Teoria Integradora"), não há, quando em conflito, a exclusão de um dos direitos fundamentais em função da existência de outro. Wilson STEINMETZ, em sua obra paradigmática, professa que, numa perspectiva civil-constitucional, "é dever do juiz, nas relações concretas entre particulares, aplicar diretamente a cláusula constitucional da tutela da personalidade (...) e os princípios constitucionais relevantes para o direito privado (...)" Portanto, porque as relações entre fornecedores e consumidores não constituem relações entre iguais, já que muitos fornecedores têm, em economia de mercado, mais poder que o próprio Estado, explorando atividades econômicas concedidas ou não, reguladas ou não, é que exsurge o dever de o juiz lançar mão dos princípios constitucionais e cláusulas-gerais que orbitam no Direito Privado para integrar e harmonizar de modo equilibrado e equânime as relações de consumo (TJ-RS - MS: 71009353889 RS, Relator: Fabio Vieira Heerdt, Data de Julgamento: 25/06/2020, Terceira Turma Recursal Cível, Data de Publicação: 30/06/2020).

3.3 TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO. PANDEMIA. RESTABELECIMENTO DE PLANO DE SAÚDE PARA RECLAMANTE ENQUANTO DURAR O PROCESSO

Nessa decisão, o juiz de primeiro grau, com fundamento na eficácia horizontal dos direitos fundamentais, concedeu a tutela provisória determinando que a empresa reclamada continue arcando com os custos de convênio médico para a ex-funcionária durante a tramitação do processo.

Para embasar a concessão da medida, considerou o magistrado a efetividade do direito à saúde e dificuldade a efetividade do direito fundamental à saúde, bem como as dificuldades para custeio do plano de saúde pela autora face à pandemia.

> Vistos. Conforme determinado na ata id 187841f, o feito veio concluso para apreciação da tutela antecipada requerida na inicial. Defesa apresentada (id 799a974). Réplica no id 65ca19b. Considerando-se a efetividade do direito fundamental à saúde, que se aplica às relações privadas (eficácia horizontal dos direitos fundamentais), a

> probabilidade do direito, o perigo de dano e o risco ao resultado útil do processo, assim como as dificuldades para custeio de convênio médico pela autora em razão da pandemia, o juízo concede a tutela para determinar que o réu restabeleça o plano de saúde da reclamante, nas mesmas condições vigentes ao longo do vínculo empregatício, até o fim da tramitação processual, nos termos do artigo 300 do CPC, sob pena de multa diária de R$500,00, em caso de descumprimento (artigo 297 do CPC). Intimem-se. SÃO PAULO/SP, 03 de setembro de 2020. MAURO SCHIAVI. Juiz (a) do Trabalho Titular Processo. (TRIBUNAL REGIONAL DA 2ª REGIÃO. TOrd-1000780-83.2020.5.02.0019. Decisão proferida em 15/09/2020. Publicado no Diário Oficial do dia 15/09/2020, página 2949).

3.4 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. CONTRATO DE LOCAÇÃO. DIREITO Á LOCAÇÃO. DESPEJO AUTORIZADO. NÃO APLICAÇÃO DA EFICÁCIA HORIZONTAL

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença proferida nos autos da ação de despejo com cobrança de aluguéis que acolheu os pedidos formulados pelo autor e rescindiu o contrato, determinou a retomada do imóvel e pagamento dos valores em atraso.

O Apelante alega em seu favor o direito à moradia é caráter fundamental do ser humano e "(...) que frente à época pandêmica em que vive toda a sociedade, não é medida de caráter humanitário, despejar uma família que não tem pra onde ir"; e que "[diante da] orientação para que todos os cidadãos permaneçam em casa durante a pandemia, deve a decisão dos Ilustres Julgadores buscar garantir a moradia e também o direito à saúde dos inquilinos, pois permitir a concretização da ordem de despejo vai em sentido diametralmente oposto às recomendações médicas deste momento de calamidade de saúde pública (...)".

Os julgadores admitiram a relevância da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, mas a afastaram sua incidência no caso em apreço, pois, a referida teoria não é absoluta e comporta relativização:

> APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ORDINÁRIA DE DESPEJO C/C COBRANÇA DE ALUGUÉIS - SITUAÇÃO DE INADIMPLÊNCIA DO LOCATÁRIO - FATO INCONTROVERSO - DÉBITO QUE VEM SE ACUMULANDO HÁ ANOS - PURGA DA MORA - INOCORRÊNCIA - CARÁTER NÃO ABSOLUTO DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA - PRAZO PARA DESOCUPAÇÃO

> DO IMÓVEL - PRAZO RAZOÁVEL, SOB UMA PERSPECTIVA REDUTORA DE DANOS DA PANDEMIA. Constatada a inadimplência no pagamento dos aluguéis avençados em contrato de locação, não há óbice à decretação do despejo. Não obstante o status de direito fundamental constitucionalmente atribuído à moradia e, ainda, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, tal direito não é absoluto e não deve se sobrepor ao direito de propriedade do locador. A situação financeira do locatário, assim como a saúde daqueles que habitam o imóvel, não são oponíveis ao Locador, que não pode ser compelido a manter o vínculo locatício sem que esteja recebendo a contraprestação devida. A atual situação de calamidade pública, contudo, impõe a adoção de uma perspectiva redutora de danos, que deve pautar a atuação do Judiciário no atual cenário de pandemia, o que autoriza a dilação do prazo para desocupação do imóvel, a fim de garantir ao Apelante e à sua família tempo hábil para se realocarem (TJMG - Apelação Cível 1.0000.20.449554-3/001, Relator(a): Des.(a) Mônica Libânio, 11ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 12/08/2020, publicação da súmula em 12/08/2020).

Da leitura das decisões acima colacionadas, pode-se extrair que os tribunais vêm aplicando a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais durante a pandemia como forma de proteger valores constitucionais que dão albergue a condição humana. Contudo, a incidência não é obrigatória e automática e deve ser precedida de exame minucioso dos fatos e ponderação de interesses envolvidos.

4 PONDERAÇÃO NA APLICAÇÃO DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM TEMPOS DE PANDEMIA

Apesar da necessidade de se ter um cuidado maior em relação à proteção dos direitos fundamentais em tempos de pandemia, verifica-se que a teoria da eficácia horizontal não poderá ser utilizada de forma indiscriminada. Não se pode tudo na pandemia. Existem valores constitucionais importantes que, de igual forma, merecem atenção, como dignidade da pessoa humana, razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica, dentre outros.

A comprovar tal assertiva está o julgamento de ação direta de inconstitucionalidade[2] proferido Supremo Tribunal Federal (STF) em que a Corte Máxima suspendeu a eficácia da Medida Provisória (MP) 954/2020, que prevê o

2 Ações Diretas de Inconstitucionalidade foram propostas pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB (ADI 6387), pelo Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB (ADI 6388), pelo Partido Socialista Brasileiro – PSB (ADI 6389), pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL (ADI 6390) e pelo Partido Comunista do Brasil (ADI 6393)

compartilhamento de dados de usuários de telecomunicações com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para a produção de estatística oficial durante a pandemia do novo coronavírus. Por maioria de votos, foram referendadas medidas cautelares deferidas para firmar o entendimento de que o compartilhamento previsto na MP viola o direito constitucional à intimidade, à vida privada e ao sigilo de dados (STF, 2020).

Os autores das ações, entre outros argumentos, alegam que a MP, ao obrigar as empresas de telefonia fixa e móvel a disponibilizar ao IBGE a relação dos nomes, dos números de telefone e dos endereços de seus consumidores, pessoas físicas ou jurídicas, viola os dispositivos da Constituição Federal que asseguram a dignidade da pessoa humana, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas e o sigilo dos dados (STF, 2020).

Segundo o entendimento dos ministros do STF, embora não se possa subestimar a gravidade da crise sanitária nem a necessidade de formulação de políticas públicas que demandam dados específicos para seu enfrentamento, não se pode legitimar, no combate a pandemia, "o atropelo de garantias fundamentais consagradas na Constituição" (STF, 2020).

No julgamento em apreço, o ministro Alexandre de Moraes ressaltou que os direitos e as garantias fundamentais não são absolutos e encontram limites nos demais direitos consagrados na Constituição. A relativização desses direitos, segundo o ministro, deve observar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que não ocorre, a seu ver, na hipótese do texto da MP (STF, 2020).

O entendimento do STF reforça a premissa de que, é necessária proteger os direitos fundamentais, porém, a tutela não deve ser realizada sem a necessária reflexão racional acerca dos valores envolvidos.

Aliás, a questão da inexistência de direito fundamental absoluto há tempos já foi apreciada e equacionada pelo STF. O ministro Celso de Mello, em voto paradigmático, assim se pronunciou:

> Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao

> delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. (MS 23.452, rel. min. Celso de Mello, j. 16-9-1999, P, DJ de 12-5-2000).

Antes da aplicação dos direitos fundamentais nas relações particulares - seja durante a pandemia ou não - necessário se faz a utilização da técnica da ponderação.

Existem situações em que as técnicas de interpretação tradicionais são insuficientes para solucionar conflitos envolvendo direitos fundamentais, pois, frente ausência de hierarquia, não há como resolver abstratamente antinomia de valores. No trabalho de sopesamento, importante que se registre, não se está diante de valores aritméticos, motivo pelo qual a equação do problema não se resolve por métodos matematizantes.

A propósito, Ana Paula Barcellos (2006, p. 36) ensina que a ponderação pode ser descrita como uma técnica de decisão própria para casos difíceis, em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado.

Como resolver, então, o problema da colisão de direitos fundamentais, se abstratamente eles têm a mesma posição, mesma envergadura? A solução deve vir à luz do caso concreto, através do balanceamento, que se operacionaliza pelo princípio da proporcionalidade, que tem por essência e destinação a preservação, na maior medida possível dos direitos fundamentais (GUERRA FILHO, 2006, p. 64-65). A doutrina socorre-se, então, do método de ponderação de bens ou interesses, onde o operador do direito examinará a hipótese apresentada e identificando os princípios em atrito, escolherá qual terá mais peso e deverá obter vantagem no caso. Aqui encontra-se o nó górdio da ponderação: invariavelmente uma norma constitucional será descumprida. O julgador deverá decidir, naquele caso, qual norma vale menos e a restrição somente poderá ser admitida se for proporcional.

A propósito da necessidade de interpretação e ponderação, Tércio Sampaio (2007) ensina que:

> Ora, a ideia subjacente a esse procedimento interpretativo de legitimação, isto é, a ideia de que constituições instauram uma pretensão de se verem atendidas, expectativas de realização e concreção, só seria bem atendidas juridicamente, na medida em que se introduzisse, na hermenêutica constitucional, uma consideração transformadora, de ordem axiológica, da própria realidade. Ou

> seja, pressupondo-se que uma Constituição apresenta, no seu corpo normativo, um sistema de valores, a aplicação das suas normas, por via interpretativa, torna-se uma realização de valores e não apenas uma consideração valorativa, capaz de orientar a determinação do sentido dos dispositivos. Com isso o procedimento hermenêutico de captação dos sentidos do conteúdo nas normas torna-se exigência de realização valorativa conforme procedimentos próprios da análise e da ponderação de valores (2007, p.06).

Por se tratar de colisão de princípios, a resposta será obtida através da ponderação de interesses, onde o operador do direito examinará a hipótese apresentada e identificando os princípios em atrito, escolherá qual terá mais peso e deverá obter vantagem no caso. É preciso harmonizar pretensões revestidas de um diferente grau de centralidade relativamente aos valores essenciais do ser humano (MACHADO, 1996). A sujeição do indivíduo não será igual à do Estado, haja vista, que se trata de realidade fática e regimes jurídicos diferentes. Num outro rumo, observa-se também que a solução precisará ser extremamente cuidadosa, vez que, presentes em ambos os lados, direitos fundamentais.

Será necessário atender o âmbito de graduação do conteúdo dos preceitos constitucionais em colisão, para avaliar em que medida e com que peso cada um dos direitos está presente na relação e à natureza do caso, para apreciar os aspectos relevantes da situação concreta em que se tem que tomar a decisão (VIEIRA, 1981, p. 58) A vitória de um bem não poderá acarretar no sacrifício integral e permanente do outro, devendo ser respeitada, acima de tudo, a essência valorativa do princípio subjugado.

Conforme ventilado acima, a incidência não é absoluta e comporta relativização de acordo com as especificidades e exigências do caso. Não se trata, assim, de simples troca de destinatários dos mandamentos constitucionais, é muito mais do que isso. Admitir a vinculação direta não significa aplicar os direitos básicos no espaço privado da mesma maneira que são aplicados nas relações entre cidadãos e Estado, pois, os particulares são também titulares de direitos fundamentais, o que impõe uma série de adaptações na incidência. (SARMENTO, 2004, p. 255)

Para um perfeito equacionamento do problema, o balanceamento de interesses deverá considerar, além das circunstâncias específicas, o grau de desigualdades das partes envolvidas, a natureza jurídica dos bens em litígio e a dignidade da pessoa humana.

A desigualdade entre as partes representa um dos fatores principais a ser considerado no momento do sopesamento, haja vista que, a proteção do preceito constitucional será proporcional ao desequilibro presente na relação conflituosa. Quanto maior for a diferença, maior deverá ser a incidência dos direitos fundamentais. A recíproca procede. Numa situação de paridade de condições, onde se nota o mesmo nível

se suficiência, a liberdade negocial será mais respeitada. Isso, contudo, não significa dizer que, se houver igualdade, a seara privada estará imune. Não. Em qualquer situação, presente a equivalência de forças ou não, sempre que houver lesão ou ameaça de lesão a valores essenciais, a sobreposição destes estará autorizada, sob pena de impor-se uma defesa deficitária ou pela metade. A justiça não compactua com abuso, com excesso, com exploração. E nesse diapasão, o raio de incidência dos direitos indispensáveis poderá ser delimitado de acordo com as conveniências dos detentores do poder social (VINCE; FACHIN, 2016, p. 105).

Outro fator a ser considerado na hora da ponderação é a natureza jurídica dos bens envolvidos. Assim como a desigualdade, esse aspecto contribuirá de forma relevante para a decisão justa da demanda, pois, dependendo da natureza do bem em discussão, a infiltração no contexto privado ocorrerá com maior ou menor intensidade. O novo direito constitucional promoveu um deslocamento axiológico-interpretativo das normas civis. (Constitucionalização do Direito Civil) Dentro desse panorama de mudança, surge o movimento de repersonalização do direito, que se sobrepõe ao patrimonialismo e recoloca o ser humano no centro da ordem jurídica. Por esse novo prisma, a proteção da autonomia do indivíduo é vista de outra cor. As questões pertinentes ao homem (existenciais) passam a ter precedência sobre as de caráter econômico-patrimonial(materiais). Ser passa a valer mais do que ter. Portanto, a eficácia horizontal ficará subordinada também à natureza dos direitos afetados.

Por derradeiro, a nortear a forma e o grau de intensidade de interferência dos valores constitucionais no domínio particular, está o princípio da dignidade da pessoa humana. Registre-se que, após a Segunda Guerra Mundial, com o advento do Neoconstitucionalismo, esse postulado se tornou o valor jurídico fundamental dos Estados democráticos. Dentre as consequências de sua elevação a bem supremo, está a função de orientar o processo decisório de casos difíceis, isto é, servir como critério de balanceamento na hipótese de choque de direitos essenciais.

A dignidade transformou-se no principal regulador da ponderação, pois, dentre as múltiplas decisões possíveis, deverá ser escolhida aquela que mais a prestigie. De outra maneira, terá prioridade o lado que mais for favorável a promoção dos valores atrelados a dignidade humana.

Com efeito, nota-se que a utilização da técnica da ponderação dos princípios pode acarretar o risco de se servir a subjetivismos exacerbado, caso seus limites não sejam observados. O sopesamento de valores não traduz uma forma de decisionismo judicial,

vez que sua incidência se fundamenta no princípio da proporcionalidade, que se aplicado corretamente, observando as dimensões da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, demonstra certa objetividade. Certa objetividade, porque a objetividade total é utópica e inatingível, pois, ainda que se pretenda muito, inexiste fórmula matematizante que consiga impingir ao balanceamento caráter exato ou absoluto.

Por todo o exposto, pode-se extrair que a incidência dos valores essenciais nas relações privadas ganhou destaque durante a pandemia e representa mecanismo importante para a salvaguarda de valores primordiais estabelecidos na Constituição Federal, sobretudo em relação aos indivíduos em situação de vulnerabilidade agravada pelo surto epidêmico. Porém, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais não é obrigatória e automática e deve ser precedida de análise do caso concreto, em que deverá ser considerado as características do caso investigado e os interesses envolvidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo prometeu analisar a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas durante a pandemia da COVID-19. De maneira mais específica tinha por missão investigar como a eficácia horizontal vincularia a atuação particular durante o surto da doença.

Para cumprir seu desiderato o trabalho trouxe no primeiro momento, informações básicas sobre a doença, dados técnicos, impactos no contexto social e a necessidade de proteção dos direitos individuais, mormente daqueles que se encontram em situação de maior fragilidade.

No segundo momento, abordou-se especificamente a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas. Foi constatado que atualmente, os ataques aos valores humanos essenciais não partem exclusivamente de condutas estatais, mas não raras vezes, atitudes particulares terminam por ofendem liberdades individuais. Nesse caso, será perfeitamente aceitável a incidência dos direitos fundamentais no âmbito particular, para defender o homem do outro homem. Esse é inclusive, como se demonstrou, o entendimento da doutrina e jurisprudência nacionais.

Mais adiante, no terceiro momento, o artigo destinou-se a apresentar decisões judiciais que analisaram a eficácia horizontal dos direitos fundamentais em relações jurídicas estabelecidas dentro do contexto pandêmico.

Em arremate, na quarta e última parte do estudo, foi objeto de arguição como os direitos fundamentais deveriam ser inseridos no contexto privado em meio à crise sanitária. Analisando as orientações doutrinárias até então produzidas, bem como a atual tendência jurisprudencial, foi possível concluir que sim, o respeito aos direitos fundamentais deve ser emancipado face estado eminente de risco proporcionado pela excepcional situação. Todavia, a aplicação não deve ser realizada de forma acidental motivada apenas pelo senso subjetivo de justiça, mas através de escolha racional em que leve em consideração a ponderação dos valores em disputa.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, Virgílio. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

BRASIL.Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº161.243/DF** – DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO. Formação, Suspensão e Extinção do Processo. Extinção do Processo Sem Resolução de Mérito. Adequação da Ação. Procedimento. Recdo.(A/S) Joseph Halfin. Recdo.(A/S) Compagnie Nationale Air France. Rel. Min. Sydnei Sanches. Julgado em 07.10.1999.Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1556124. Acesso em 02.05.2020

BRASIL.Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº201.819/RJ** – DIREITO CIVIL. Empresas. Sociedade. Incorporação. Direito Civil. Incorporação. Sociedade. Ingresso e exclusão de associado. Recdo.(A/S) União Brasileira de Compositores – Ubc Recdo.(A/S) Arthur Rodrigues Villarinho. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado em 11.10.2005. Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1641534. Acesso em 02.05.2020

BULOS, Uadi Lammêgos. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARRARA, Sérgio. As Ciências Sociais e a Saúde Coletiva frente a atual epidemia de ignorância, irresponsabilidade e má-fé. **ANPOCS**, 24 mar. 2020. Disponível em: http://www.anpocs.com/index.php/ciencias-sociais/destaques/2309-boletim-n-3-as-ciencias-sociais-e-a-saude-coletiva-frente-a-atual-epidemia-de-ignorancia-irresponsabilidade-e-ma-fe. Acesso em: 07 maio. 2020.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. A doutrina dos princípios jurídicos e a teoria dos direitos fundamentais como partes de uma teoria fundamental do direito. p. 103. *In:* **Revista de Direito do estado**. Rio de janeiro: Renovar, 2006.

HARARI, Yuval Noah. **Na batalha contra o coronavírus, faltam líderes à humanidade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2020. Edição do Kindle.

MACHADO, Jonatas. **Liberdade Religiosa numa comunidade constitucional inclusiva**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Sobre a doença**. Disponível em: https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca. Acesso em: 14 jun. 2020.

OPAS, Organização Pan-americana de Saúde. **Folha informativa – COVID-19** (doença causada pelo novo coronavírus), atualizada em 28 de setembro de 2020. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875. Acesso em: 28 set. 2020.

SARMENTO, Daniel: **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2000.

SBI, Sociedade Brasileira de Infectologia. **Informe da Sociedade Brasileira de Infectologia sobre o novo coronavírus** – perguntas e respostas para profissionais da saúde e para o público em geral (dados atualizados em 27/09/2020). Disponível em: https://www.infectologia.org.br/admin/zcloud/principal/2020/03/Coronavirus_P&R_24-01.pdf. Acesso em: 27 set. 2020.

STF (2020) Informativo. Disponível em : http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442902. Acesso em 26 Set. 2020

TEIXEIRA, Luiz; ALVES, Luiz. Ciência, saúde e doenças emergentes: uma história sem fim. Especial Covid-19: o olhar dos historiadores da Fiocruz. **Agência Fiocruz de Notícias**, 17 abr. 2020. Disponível em: https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/40827/2/Ci%C3%AAncia%2C%20sa%C3%BAde%20e%20doen%C3%A7as%20emergentes_%20uma%20hist%C3%B3ria%20sem%20fim.pdf. Acesso em: 25 Set. 2020.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. *In:* **Documentação e Direito Comparado**, Separata do Boletim do Ministério da Justiça nº 5, Lisboa, 1981.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes**: da transição democrática ao mal estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

VINCE, Fernando Navarro; FACHIN, Zulmar. **Aplicação dos direitos fundamentais nas relações particulares**: Uma Análise Com Base na Doutrina Nacional e Jurisprudência Atual do Supremo Tribunal Federal. Toledo/PR: Vivens, 2017,