

DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

João Paulo Sorigotti da SILVA¹
Gilberto Notário LIGERO²

RESUMO: Sabe-se que os Direitos Fundamentais representam a garantia básica do cidadão ante a opressão estatal. A evolução histórica destes direitos demonstra que eles estão intimamente ligados com o modelo de Estado e com as ideologias políticas. A principal fase de evolução dos direitos fundamentais deu-se com a passagem do Estado Liberal ao Estado Social de Direito. Com essa evolução, passou-se a desenvolver algumas teorias a respeito da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. As teorias da *State Action*, da eficácia direta e da eficácia indireta demonstram, quantitativa e qualitativamente, os meios de se aplicar ou não os direitos fundamentais entre os particulares. No Brasil não há a adoção expressa a uma dessas teorias, mas os julgados do Supremo Tribunal Federal apontam para a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Eficácia. Relações Privadas. Evolução histórica. Dimensões. Teorias existentes. Jurisprudência brasileira. Supremo Tribunal Federal.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho buscou delimitar em linhas gerais a nova tendência em matéria de direitos fundamentais, qual seja, a eficácia destes nas relações privadas. É cediço que quando o assunto tratado são os direitos fundamentais, a tendência é que haja um debate fascinante, com enredo histórico e opiniões divergentes.

Para compreender o atual estágio dos direitos fundamentais, fez-se necessário perquirir o caminho histórico enfrentado por estes direitos. A evolução histórica deles ganhou relevância com o final do sistema feudal e evoluiu vertiginosamente até o advento do Estado Social de Direito.

Nesse ínterim, algumas teorias foram sendo desenvolvidas.

¹ Discente do 7º termo do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente.

² Docente do curso de Direito Civil e Processual Civil das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente e Doutorando pela PUC-SP. Orientador do trabalho.

Atualmente, alguns Estados mais conservadores, como os Estados Unidos da América, insistem em adotar um sistema que veda a total aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, salvo algumas raras exceções, e é isso que prevê a teoria da *State Action*, de origem norte-americana.

Nesse diapasão, outros Estados já conseguiram desenvolver o raciocínio a respeito dos direitos fundamentais, principalmente no período posterior à Segunda Guerra Mundial. Foi o que ocorreu na Alemanha e na Espanha, países em que se adota a teoria da eficácia indireta das relações privadas.

Existem ainda alguns países, como Itália, Argentina e Portugal, que doutrinam a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais, devido à eficácia objetiva dos mesmos, capaz de propagar efeito por todo o ordenamento jurídico.

O embate com relação à aplicação ou não dos direitos fundamentais nas relações privadas está no fato da autonomia privada também ser prevista como um direito fundamental. Ou seja, existe o medo de que a incidência dos direitos e garantias fundamentais possa fulminar a autonomia privada.

Hodiernamente, com o modelo econômico capitalista, já se sabe que os entes privados, em algumas ocasiões, são tão poderosos quanto alguns Estados. Seguindo esse panorama, a tendência é que a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais torne-se cada vez mais forte, como forma de manter as garantias fundamentais dos cidadãos em consonância com a realidade prática.

Em pleno século XXI, urge que uma abordagem mais centralizada seja dada aos direitos fundamentais, visando proteger os cidadãos comuns das agressividades postas capitalismo e pela Globalização.

2 DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIAL

Para que haja uma completa compreensão da evolução das teorias da eficácia dos direitos fundamentais até chegar à eficácia entre particulares, faz-se necessário entender as formas pelas quais se encara o Estado como ente político e suas influências no Direito, mormente nos direitos fundamentais.

É conveniente começar o raciocínio da evolução da eficácia dos direitos fundamentais na época histórica da Idade Média, dita idade das trevas.

Nessa época, o poder era descentralizado em pequenos feudos espalhados por toda a Europa.

No século XI, esse paradigma político dos feudos começou a mudar. Isso se deu porque a burguesia queria aumentar os seus poderes e se sobrepôr à nobreza. No mesmo sentido, os reis queriam que a Igreja e a nobreza ficassem submissas ao seu poder. Sendo assim, burguesia e rei uniram-se com a finalidade de acabar com o regime feudal.

As epidemias, o fortalecimento do comércio, as revoltas populares e os interesses de burgueses e reis foram os motivos para o fim do sistema feudal por toda a Europa.

Nesse contexto surge o Absolutismo, que vigorou do século XVII até a Revolução Francesa em 1789. Este regime caracteriza-se pela concentração do poder político nas mãos do rei.

Parafraseando Paulo Bonavides, durante o Absolutismo o rei tinha o poder absoluto e na frase histórica de John Emerich Edward Dalberg-Action: “O poder absoluto corrompe absolutamente”. Sendo assim, o rei concentrava o poder de criar leis, aplicá-las e julgá-las. O Estado era confundido com a pessoa do rei, como bem sintetizado nas palavras de Luís XIV, “O Estado sou eu”. Sendo assim, não havia nenhuma segurança à sociedade, devido ao fato de o monarca concentrar todo o poder em suas mãos.

Para reverter essa realidade, os ideais do Iluminismo, principalmente os que serviram de base para os direitos humanos, inatos a toda e qualquer pessoa, começaram a ser propagados por entre os descontentes com o Absolutismo, sobretudo entre os burgueses.

O embate entre o absolutismo monárquico e os movimentos revolucionários serviu como um dos motivos para a Revolução Francesa. Este movimento de revolução trouxe os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, possibilitando o surgimento de um Estado jurídico protetor das liberdades individuais por meio de uma previsão dos direitos individuais feito por um modelo constitucional.

Ainda parafraseando Paulo Bonavides, vale consignar que com a pressão da burguesia, a teoria de John Locke, que se preocupava com a existência de uma gama de direitos intransponíveis e inatos ao seres humanos, dos quais o Estado deveria abster-se de intervir, também serviram como ideais liberais para o surgimento do Estado Liberal, no qual o mesmo era visto como um inimigo da

liberdade e, desse modo, deveria ser limitado, respeitando um campo de direitos fundamentais dos cidadãos.

Nesse diapasão, vale consignar, nas palavras de Daniel Sarmento (2010, p.12) que:

a doutrina liberal dos direitos humanos consolidou-se em outro sentido, pois foram articulados dois sistemas diferentes para a proteção da liberdade humana. Nas relações entre Estado e indivíduo valia a Constituição, que limitava os governantes em prol da liberdade individual dos governados, enquanto, no campo privado, o Código Civil desempenhava o papel de constituição da sociedade civil, juridicizando as relações entre particulares de acordo com as regras gerais, supostamente imutáveis, porque fundadas nos postulados do racionalismo jusnaturalista, que tinham seu centro gravitacional na ideia de autonomia privada (p. 12).

A propriedade privada era vista como o genuíno direito de liberdade. O Estado passou a prever apenas um leque de direitos garantidores de uma igualdade formal entre os cidadãos. A realização destes direitos dava-se por meio da ideologia não-intervencionista do Estado. Sendo assim, esse modelo de abstenção do Estado culminou com a racionalização dos direitos fundamentais.

A crescente industrialização fez surgir a expressão *laissez faire, laissez passer*, que preconiza o funcionamento livre do mercado, típico do modelo Liberal. Devido à abstenção estatal, principalmente nas relações privadas, grandes abusos foram cometidos por aqueles que tinham o poder econômico. A exploração dos trabalhadores foi o maior exemplo desses abusos.

A sociedade passou a entender que liberdade não era apenas um texto constitucional de lei previsto formalmente, era mais do que isso.

Neste contexto, ganharam forças as ideias libertárias, pautadas no Socialismo e no Comunismo, de revolucionários como Karl Marx. De acordo com Daniel Sarmento (2010, p.16),

[...] afirmava Marx que de nada adiantava o Estado abolir, para fins políticos, as distinções fundadas no nascimento, na classe e na ocupação profissional, se ele deixasse que estas distinções atuassem à sua maneira, na sociedade. Ao erigir uma barreira de isolamento entre poder político e mercado, colocando o segundo ao abrigo do primeiro, o Estado permitia que na sociedade se instalasse um verdadeiro Estado da natureza, onde valia apenas a lei do mais forte. Para o Marxismo, a liberdade privada, postulada pelo ideário da burguesia, supunha “uma realidade imaginária – a de indivíduos senhores das suas vontades, negociando paritariamente – totalmente contraditória com a realidade efectiva, que era antes a de indivíduos condicionados por constrangimentos económicos sociais e negociando em posições desequilibradas.

Assim, com o passar do tempo, compreendeu-se que liberdade e igualdade são valores que necessitam de intervenção de um ente poderoso que vise a coibir a prática de abusos.

Devido à constante ameaça apresentada pela classe trabalhadora, amparada pelo Marxismo, aos exemplos apresentados pela Revolução Russa ocorrida em 1917 e à Primeira Guerra Mundial, os Estados passaram a garantir aos cidadãos um arsenal de direitos sociais, para evitar que regimes ditatoriais ascendessem ao poder. Foram editadas nesse contexto as épicas Constituições do México (1917) e de Weimar (1919), na Alemanha, que em seus textos, dentre os direitos sociais, previram também alguns direitos trabalhistas.

O Estado precisava intervir na aplicação do Direito, para que o mesmo caminhasse no sentido da igualdade material entre os cidadãos. Ou seja, não bastava prever um amplo leque de direitos, era preciso intervir na aplicação desses direitos para que não houvesse abuso do mais forte economicamente.

Com a implantação dessa nova ideologia estatal de intervenção na aplicação de direitos, teve origem o marco de transição do Estado Liberal ao Estado Social de Direito.

Surgem assim, as primeiras elucubrações acerca da eficácia privada dos direitos fundamentais.

2.1 Dimensão objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais

A dimensão subjetiva representa os indivíduos como titulares dos direitos fundamentais. Fora concebida principalmente durante o Estado Liberal, em que os direitos fundamentais eram vistos apenas como direitos oponíveis ao Estado.

Nesse contexto, surgiram os direitos públicos subjetivos, que representam a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, na qual a finalidade são os indivíduos, titulares de direitos oponíveis contra o Estado.

Nas palavras de André Rufino do Vale (2004, p.78):

Os direitos fundamentais, assim, visam, em primeira linha, à satisfação de interesses próprios dos titulares. Conferem aos indivíduos pretensões a que sejam realizadas ações ou omissões tendentes a assegurar os valores e bens constitucionais que lhes são conferidos pelas normas constitucionais. Como direitos subjetivos, os direitos fundamentais delimitam posições jurídicas individuais em face do Estado.

Assim, são definidos como direitos subjetivos, liberdades, competências ou imunidades que o ordenamento confere aos indivíduos, para que exijam o respeito ou a proteção dos bens constitucionais fundamentais por parte dos poderes públicos.

Com isso, a dimensão subjetiva não passa de um emaranhado de pretensões, nas quais os indivíduos têm direitos oponíveis ao Estado.

Mas, a simples dimensão subjetiva dos direitos fundamentais não foi suficiente para legitimá-los como capazes de irradiar efeitos por todo o ordenamento jurídico. Sendo assim, principalmente com o advento do Estado Social de Direito, os direitos fundamentais passaram a exigir um campo maior de atuação estatal capaz de fazê-los propagarem efeitos por todo o ordenamento.

Nesse contexto, surge uma nova visão dos direitos fundamentais, uma visão voltada para o campo do dever-ser jurídico, em que os direitos fundamentais não representam mais apenas uma restrita gama de direitos exigíveis pelos cidadãos ao Estado, muito mais do que isso, aos direitos fundamentais reconheceu-se um campo de abrangências capaz de incidir em todo o ordenamento jurídico. Tem-se assim a chamada dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que visa precipuamente a garantir a igualdade material entre os cidadãos.

Como afirma Daniel Sarmiento (2010, p. 106 e 107),

[...] na medida em que os direitos fundamentais exprimem os valores nucleares de uma ordem jurídica democrática, seus efeitos não podem se resumir à limitação jurídica do poder estatal. Os valores que tais direitos encarnam devem se irradiar para todos os campos do ordenamento jurídico, impulsionando e orientando a atuação do Legislativo, Executivo e Judiciário. Os direitos fundamentais, mesmo aqueles de matriz liberal, deixam de ser apenas limites para o Estado, convertendo-se em norte da sua atuação. (...) Mas não é só. A dimensão objetiva decorre do reconhecimento de que os direitos fundamentais condensam os valores mais relevantes para determinada comunidade política. E, como garantia de valores morais coletivos, os direitos fundamentais não são apenas um problema do Estado, mas de toda a sociedade. [...] A dimensão objetiva liga-se a uma perspectiva comunitária dos direitos humanos, que nos incita a agir em sua defesa, não só através dos instrumentos processuais pertinentes, mas também no espaço público, através de mobilizações sociais, da atuação em ONG's e outras entidades, do exercício responsável do direito de voto.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais teve como marco inicial o célebre caso Luth, ocorrido na Alemanha. Este caso ocorreu em 1958 e foi julgado pela Corte Constitucional da Alemanha.

Erich Luth era Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo e organizou um boicote contra uma obra cinematográfica produzida por Veit Harlan, porque este havia participado ativamente durante a Segunda Guerra Mundial com o desenvolvimento de trabalhos anti-semitas encomendados pelo então Ministro da Propaganda Joseph Goebbels. A distribuidora e a produtora do filme ingressaram com ação judicial para evitar o boicote e obtiveram decisão favorável na Justiça Estadual de Hamburgo. Luth, por sua vez, recorreu para o Tribunal Constitucional e obteve julgamento favorável ao seu recurso. Este Tribunal argumentou com base na incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, dando início à teoria da *Drittwirkung*, que será mais tarde estudada, e à chamada eficácia objetiva dos direitos fundamentais, como explicitado por Thiago Luís Santos.

Conforme obra de Daniel Sarmento (2010, p. 112 e 113), vale transcrever o teor principal da decisão histórica da Corte Constitucional Alemã:

[...] a Lei Fundamental não é um documento axiologicamente neutro. Sua seção de direitos fundamentais estabelece uma ordem de valores, e esta

ordem reforça o poder efetivo destes direitos fundamentais. Este sistema de valores, que se centra na dignidade da pessoa humana, em livre desenvolvimento dentro da comunidade social, deve ser considerado como uma decisão constitucional fundamental, que afeta a todas as esferas do direito público ou privado. Ele serve de metro para aferição e controle de todas as ações estatais nas áreas da legislação, administração e jurisdição. Assim é evidente que os direitos fundamentais também influenciam o desenvolvimento do direito privado. Cada preceito do direito privado deve ser compatível com este sistema de valores e deve ainda ser interpretado à luz do seu espírito. O conteúdo legal dos direitos fundamentais como normas objetivas é desenvolvido no direito privado através dos seus dispositivos diretamente aplicáveis sobre esta área do direito. (...) Este sistema infunde um conteúdo constitucional específico ao direito privado, orientando a sua interpretação.

Por todo o exposto, compreende-se que a dimensão objetiva é um sistema de valores que permeia toda a unidade jurídica e que legitima a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas.

As cláusulas gerais como a ordem pública, abuso de direito, boa-fé, interesse público e bons costumes funcionam como mecanismos de manifestação da eficácia objetiva irradiante dos direitos fundamentais por todo o ordenamento jurídico. Esta eficácia há que ser analisada principalmente pelos juízes, que deverão adequar os casos concretos aos preceitos constitucionais dos direitos fundamentais.

3 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A noção tradicional dos direitos fundamentais caracteriza-os como direitos subjetivos públicos dos cidadãos, oponíveis somente contra o Estado.

Modernamente, com uma concepção mais arraigada de hierarquia das normas, tendo a Constituição como ápice normativo de todo o ordenamento jurídico, produzindo efeitos irradiantes por todas as normas (dimensão objetiva), passou-se a discutir na doutrina a possibilidade de vinculação aos direitos fundamentais pelos particulares em suas relações privadas.

É cediço que a tirania não provém apenas do Estado, provém também dos particulares, como acentua Stuart Mill (2006, p. 21),

[...] a sociedade pode e realmente executa suas próprias determinações, e se emite determinações erradas ao invés de certas, ou determinações sobre coisas nas quais absolutamente não deveria intervir, ela estará praticando uma tirania social mais terrível do que muitos tipos de opressão política, uma vez que, embora não usualmente apoiada por penalidades extremas, ela deixará poucos meios de escape, penetrando muito mais profundamente nos pormenores da vida, e escravizando a própria alma.

No atual estágio de evolução e desenvolvimento do Mundo Capitalista, no qual há uma constante mudança dos valores morais, devido, principalmente, a globalização em massa dos meios de produção e comunicação, existe uma diversidade cultural, e os direitos fundamentais tendem a evoluir e acompanhar as mudanças sociais.

Hoje, muitas empresas globais possuem poder econômico maior e mais estável que alguns países. O que pensar quando se compara Suriname, Serra Leoa ou Zimbábue com empresas como a *Coca-cola* e a *Nike*? Fica evidente que não se deve esperar que no trato diário entre estas empresas e os cidadãos comuns, os direitos destes ficarão intangíveis. Muito pelo contrário, o poderio econômico gera um descontrole na relação. Como ocorre com as cláusulas de eleição de foro. Nesse sentido, inclinar-se pela possibilidade de incidência dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares é a medida mais razoável para que os cidadãos tenham seus direitos preservados.

Esses são alguns dos fatores que levaram ao estudo da possibilidade de incidir entre os particulares, tanto nas posições passivas quanto ativas, os direitos fundamentais.

Tem-se assim a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, em que os particulares passam a ser vistos como sujeitos passivos, nos quais incidirão os direitos fundamentais.

Na visão clássica de incidência dos direitos fundamentais, o particular possuía apenas status de sujeito ativo dos direitos fundamentais, oponíveis contra o Estado, o que era chamado de **eficácia vertical** dos direitos fundamentais.

Acontece que, quando se discute a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre Estado e particular, é pacífico entre os estudiosos do Direito a incidência dos direitos fundamentais, que delimitam uma espécie de

área de garantia, na qual o Estado não poderá intervir, sob pena de violar a Constituição e criar um campo perigoso de insegurança social.

Mas, a partir do momento em que se muda o cerne da questão e faz-se a substituição da figura do Estado por outro particular, formando a relação entre particulares, o assunto da eficácia dos direitos fundamentais torna-se dos mais tormentosos e discutidos.

A celeuma reside no fato de que a possibilidade da interferência de algum direito fundamental na relação entre particulares poderia fulminar ou prejudicar a livre iniciativa, que é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, previsto no artigo 1º, inciso IV da Constituição Federal.

O tema em questão não reside apenas no campo das questões teóricas sem nenhum resultado prático, muito pelo contrário, afeta questões do quotidiano, como exemplos, pode-se citar alguns trazidos por Thiago Luís Santos Sombra (2004, p. 134 e 135):

Uma escola particular poderia recusar a matrícula de uma criança portadora de deficiência mental branda, após a sua aprovação em teste de seleção, ante o argumento de que ela não acompanharia as demais crianças? Poderia uma escola religiosa – católica ou protestante – recusar a renovação da matrícula de uma criança pelo fato de ter descoberto que seus pais não professam a religião da escola? Seria possível que uma criança, concebida mediante reprodução assistida ou inseminação artificial em uma clínica privada, tivesse assegurado o direito a conhecer a verdadeira identidade de seu pai?

No mesmo sentido, vale transcrever um trecho da obra de George Marmelstein (2008, p. 282):

Na clássica obra de Shakespeare *O Mercador de Veneza*, o pano de fundo da história é a execução de um contrato particular de empréstimo firmado por Antônio, o mercador cristão, e Shylock, o agiota judeu. Ficou estipulado no contrato que, caso o mercador não devolvesse a quantia pactuada até o dia do vencimento, Shylock estaria autorizado a cortar uma libra de carne do corpo do mercador. Como a quantia não foi paga na data avençada, o agiota ingressou com ação judicial para executar o contrato.

Para tentar encontrar um raciocínio científico que resolvesse a questão exposta dos direitos fundamentais nas relações privadas, surgiram algumas teorias, que serão a seguir analisadas.

3.1 Teoria da *State Action*

Teoria que teve origem nos Estados Unidos da América, onde o clássico modelo liberal faz com que a visão dos direitos fundamentais fique restrita ao campo de proteção do indivíduo contra a opressão do Estado.

A Suprema Corte americana tem jurisprudência no sentido de que os direitos fundamentais são oponíveis apenas contra o Estado, com intuito de proteger as liberdades públicas consagradas na Constituição a favor dos cidadãos. Como assenta Thiago Luís Santos Sombra (2004, p.192): “Para os norte-americanos, até mesmo a *Bill of Rights* e seus mecanismos de proteção dos direitos e garantias individuais são encarados como limites voltados tão-somente para as relações do Estado com os indivíduos.”

Contudo, os direitos fundamentais passaram a ser vistos, principalmente na Europa, com destaque na Alemanha, como passíveis de serem aplicados às relações entre particulares. Nesse diapasão, a jurisprudência norte-americana não pôde evitar, pelo menos nas situações práticas, que os direitos fundamentais comesçassem a incidir entre os particulares.

Como lecionado por George Marmelstein (2008, p.340):

Em primeiro lugar, há quem negue completamente a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. Esse ponto de vista vigora, por exemplo, nos Estados Unidos da América, onde predomina a doutrina da *state action* (ação estatal), que defende a não-aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, salvo se houver lei expressamente prevendo essa aplicação ou então se o agente privado estiver exercendo uma função estatal.

Acontece que há uma enorme dificuldade em se conseguir separar o que seria função estatal, caracterizada pelo direito público, e função não-estatal, caracterizada pelo direito privado. Por isso, a teoria da *state action* não se mostra consistente na solução dos casos concretos. Nesse sentido, leciona André Rufino do Vale (2004, p.120),

[...] assim, se se admite, sem maiores discussões, como cânone constitucional norte-americano, o fato de que os direitos fundamentais estão endereçados somente aos poderes públicos, o problema persiste quanto à delimitação, no caso concreto, das atividades que, apesar de aparentemente privadas, apresentam características camufladas de uma *state action*.

Os Estados Unidos da América mantêm uma postura enraizada no modelo liberal, por motivos culturais e políticos. Mas, como se observa da evolução constante dos direitos fundamentais e da sua eficácia objetiva, a tendência é cada vez maior é que os Tribunais norte-americanos façam incidir estes direitos nas relações entre particulares.

O problema não está tanto em reconhecer a eficácia privada dos direitos fundamentais, mas em delimitar qualitativa e quantitativamente a incidência desses direitos nas relações entre particulares, sem suprimir o princípio da livre iniciativa. Essa questão faz os americanos manterem-se conservadores, continuando com a negação da eficácia particular dos direitos fundamentais, por meio da adoção da teoria da *State Action*.

3.2 Teoria da Eficácia Mediata ou Indireta (*mittelbete Drittwirkung*)

A Teoria da Eficácia Mediata ou Indireta foi delimitada por Günter Dürig ao analisar a eficácia dos direitos fundamentais pela perspectiva dos valores objetivos, capazes de irradiarem efeitos por todo o ordenamento jurídico. Esta teoria nega a incidência direta dos direitos fundamentais nas relações privadas porque esta incidência poderia acabar fulminando a autonomia privada.

Parafraseando George Marmelstein, para Dürig as normas de direitos fundamentais necessitam de meios de intermediação, que as levam ao caso concreto, gerando eficácia entre os particulares. O posicionamento desse autor, expressando na Teoria da eficácia mediata, gira em torno da premissa de que os particulares não podem invocar diretamente a Constituição para legitimar os direitos fundamentais nas relações privadas, é preciso que haja uma cláusula geral, que sirva como ponto para ligar os direitos fundamentais às relações privadas.

Esse posicionamento considerou o risco de desvirtuamento de todo o âmbito privado dos direitos, caso os direitos fundamentais passassem a incidir sem uma baliza delimitadora nos direitos e relações particulares.

Portanto, a teoria da Eficácia mediata dos direitos fundamentais nada mais é do que um meio termo entre a *State Action*, que nega a total aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas e a Teoria da eficácia imediata ou direta, que preconiza uma incidência direta destes direitos nas relações entre particulares.

Conforme salientou Daniel Sarmento (2010, p. 200),

[...] caberia ao Legislativo proceder a uma ponderação entre interesses constitucionais em conflito, na qual lhe é concedida certa liberdade para acomodar os valores contrastantes, em consonância com a consciência social de cada época. Nesta perspectiva, dentre as várias soluções possíveis no conflito entre direitos fundamentais e autonomia privada, competiria à lei a tarefa de fixar o grau de cedência recíproca entre cada um dos bens jurídicos confrontantes. Esta primazia do legislador em detrimento do juiz na conformação dos direitos fundamentais no âmbito privado conferiria, por um lado, maior segurança ao tráfico jurídico, e, por outro, conciliar-se-ia melhor com os princípios da democracia e da separação de poderes. Ao Judiciário sobraria o papel de preencher as cláusulas indeterminadas criadas pelo legislador, levando em consideração os direitos fundamentais, bem como o de rejeitas, por inconstitucionalidade, a aplicação das normas privadas incompatíveis com tais direitos.

Por fim, vale asseverar que a teoria da eficácia mediata ou indireta é amplamente aplicada na Alemanha, onde teve origem.

3.3 Teoria da Eficácia Imediata ou Direta (*unmittelbare Drittwirkung*)

A teoria da eficácia imediata ou direta dos direitos fundamentais teve Hans Carl Nipperdey, então presidente do Tribunal Federal do Trabalho alemão, como precursor. Para esta teoria, a partir do momento em que se adota um modelo de Estado Social de Direito, faz-se necessário reconhecer a possibilidade de incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, porque estes direitos são a essência do Estado Social e fator preponderante na diferenciação do Estado Liberal, conforme análise de Thiago Luís Santos Sombra.

Parte-se da ideia de que as Constituições possuem uma supremacia normativa sobre as outras espécies normativas. Por isso, as regras e princípios nelas previstos possuem um âmbito objetivo de incidência que ampara todo o ordenamento jurídico. Este, por sua vez, deve ser interpretado seguindo as premissas constitucionais.

Seguindo esse raciocínio, ocorreria um paradoxo se admitisse a possibilidade de uma parte do direito, no caso o direito aplicado às relações privadas, ficar de fora da incidência da Constituição, marginalizado e sujeito a toda sorte de abusos.

Vale assentar a observação feita por Daniel Sarmento (2010, p.205):

Cumprir destacar, no entanto, que os adeptos da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas não negam a existência de especificidades nesta incidência, nem a necessidade de ponderar o direito fundamental em jogo com a autonomia privada dos particulares envolvidos no caso. Não se trata, portanto, de uma doutrina radical, que possa conduzir a resultados liberticidas, ao contrário do que sustentam seus opositores, pois ela não prega a desconsideração da liberdade individual no tráfico jurídico-privado.

Deve-se ater ao fato de que a teoria da eficácia direta dos direitos não visa a limitar a autonomia privada, muito pelo contrário, o que se busca é a legitimidade plena da Constituição, fazendo-a incidir em todos os campos possíveis das relações travadas no mundo moderno, sejam entre Estado e indivíduos ou genuinamente entre indivíduos.

Sendo assim, desde que a autonomia privada respeite a Constituição, toda e qualquer ligação será possível nas relações sociais.

4 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL: ASPECTOS JURISPRUDENCIAIS

No Supremo Tribunal Federal não se adota expressamente nenhuma das teorias expostas acima, mas da análise de alguns julgados, conclui-se que a tendência atual do Pretório Excelso é de julgar de acordo com as premissas da Teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, conforme a jurisprudência a seguir analisadas.

No Recurso Extraordinário n. 158.215/RS, o Supremo Tribunal Federal conheceu e deu provimento ao mesmo. O caso em questão girou em torno da exclusão de dois sócios de uma Cooperativa, sem a observância dos princípios do devido processo legal e do contraditório, devido ao fato destes associados terem desafiado a Cooperativa em uma veiculação radiofônica.

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio, relator, consignou que,

[...] exsurge, na espécie, a alegada contrariedade ao inciso LV do rol das garantias constitucionais. Conforme ressaltado pela Procuradoria Geral da República, os Recorrentes foram excluídos do quadro de associados da Cooperativa em caráter punitivo, tal como depreende-se do acórdão atacado (folhas 245 a 249). O colegiado de origem acabou por mitigar a garantia da ampla defesa, levando em conta o desafio lançado pelos recorrentes no sentido de serem julgados pela Assembléia da Cooperativa. (...) Mais do que nunca, diante do clima reinante, incumbia à Cooperativa, uma vez instaurado o processo, dar aos acusados a oportunidade de defenderem-se e não excluí-los sumariamente do quadro de associados. (...) Provejo-o para, reformando o acórdão de folhas 246 a 249, julgar procedente o pedido formulado na demanda anulatória. Fulmino o ato da assembléia da Recorrida que implicou a exclusão dos Recorrentes do respectivo quadro social, reintegrando-os, assim, como os conseqüentes pertinentes a que estão previstos no Estatuto da Recorrida. (fl. 312)

Em outro julgado do Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 201.819-8/RJ, houve a aplicação de forma expressa da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas para não dar provimento ao recurso interposto pela União Brasileira de Compositores - UBC, só que dessa vez o Supremo mostrou inclinação à teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais, tendo em vista que considerou a atividade exercida pela Recorrente como atividade de caráter público, conforme trechos da ementa:

.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. (...) 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 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.

Por fim, vale citar outro famoso julgado do Supremo Tribunal Federal, trata-se do Recurso Extraordinário n. 161.243-6/DF, que teve como relator o Ministro Carlos Velloso. No referido caso, um trabalhador brasileiro buscou na justiça tratamento igualitário aos trabalhadores franceses, que eram favorecidos pelo Estatuto Pessoal da empresa aérea *Air France*. O Supremo deu provimento à pretensão, de acordo com os trechos da ementa:

Ofensa ao princípio da igualdade. (...) A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. (...) Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. (...) R.E. conhecido e provido.

Pelo exposto, denota-se que o Supremo Tribunal Federal tende à aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas, embora não tenha se manifestado de forma expressa nesse sentido, podendo-se chegar a essa conclusão apenas interpretando a sistemática dos julgados do Pretório Excelso, que infelizmente ainda é escassa.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na antiguidade, a sociedade era guiada pela lei do mais forte, em que aqueles que tinham o poder da força eram capazes de impor as suas ideologias e vontades aos mais fracos. Atualmente, a realidade é outra, a imposição de vontades não é guiada mais pelo poder da força, e sim pelo poder econômico.

Com o passar dos anos, houve a idealização de direitos ditos inatos aos seres humanos. As bases fundamentais desses direitos foram evoluindo com as constantes evoluções alcançadas pela ciência do direito.

Em pleno século XXI, as premissas com relação aos direitos fundamentais ganham cada vez mais contornos de aplicabilidade em todos os âmbitos de Direito, seja nas relações envolvendo particulares e poder público, ou nas relações entre particulares.

O mundo capitalista e globalizado está, atualmente, em constante mutação. A sociedade moderna não tem limites para a informação e para as misturas, sejam culturais, econômicas ou sociais.

Nesse panorama, passam a existir super empresas, que em muitos casos formam oligopólios. No mesmo caminho, alguns indivíduos possuem uma fortuna incomensurável. A desigualdade entre os particulares, pessoas comuns do dia-a-dia, é latente. Nesse sentido, pensar nos direitos fundamentais apenas como limitador dos poderes estatais é fazer mouco os ouvidos para um estrondoso barulho que assombra e ameaça os direitos fundamentais.

Os particulares que gozam do poder econômico, principalmente as empresas privadas, têm a vantagem de fazer valer as suas vontades nos momentos de negociarem com as pessoas comuns, em alguns casos desesperadas, seja pelo desemprego ou muitas vezes pelo despreparo cultural, tornando-as ingênuas e de fácil manipulação.

Nessa seara, a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas torna-se um importante fator de legitimidade constitucional. A autonomia privada não se verá abalada pela incidência direta dos direitos fundamentais. Ela continuará operante, mas, obviamente, como tudo no mundo do direito, deverá guardar relação direta de compatibilidade com as regras e princípios constitucionais, até por uma questão de razoabilidade que se exige com relação à ordem social e aos preceitos jurídicos-morais tidos por ela como jurídicos e tutelados pelo direito.

Deve-se entender que quando se fala de aplicar os direitos fundamentais às relações privadas, o único objetivo é fazer com que os ditames constitucionais sejam respeitados. A autonomia privada restará intangível, desde que seja exercitada dentro dos limites da Constituição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Editora *Lumen Juris*. Rio de Janeiro, 2010.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Jurídico-Privadas**. Editora Sergio Antonio Fabris. Porto Alegre. 2004.

VALE, André Rufino do. **Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas**. Editora Sergio Antonio Fabris. Porto Alegre. 2004.

MILL, Stuart. **Sobre a liberdade**. Editora Escala. São Paulo. 2006. P.21.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. Editora Atlas. São Paulo. 2008.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**. Editora Campus. São Paulo. 2000.

BONAVIDES, PAULO. **Ciência Política**. Editora Malheiros. São Paulo. 2010.

_____. **Do estado liberal ao estado social**. Editora Malheiros. 6ª Ed. São Paulo. 1996.