

A EFICÁCIA IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS INDIVIDUAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS E A PONDERAÇÃO DE INTERESSES

José Roberto Freire Pimenta*

Juliana Augusta Medeiros de Barros**

RESUMO

Atualmente, um dos mais polêmicos debates na seara do Direito Privado é a questão da aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas. Além de estudar as várias correntes do Direito Comparado que tratam do assunto, é imprescindível conhecer os principais pontos da teoria dos direitos fundamentais, quais sejam a natureza dos princípios, a diferença entre princípios e regras, a análise dos conflitos entre eles e a ponderação de interesses. Sem embargo, é necessário também compreender que a Constituição Federal de 1988 está alicerçada sobre bases pluralistas, o que reflete as especificidades da sociedade brasileira. Através dessas balizas, será possível sistematizar parâmetros para a eficácia imediata dos direitos fundamentais individuais nas relações privadas.

PALAVRAS-CHAVE

DIREITOS FUNDAMENTAIS; RELAÇÕES PRIVADAS; EFICÁCIA IMEDIATA; PONDERAÇÃO

RESUMEN

Actualmente, una de las más polémicas discusiones en el Derecho Privado es a cerca de la aplicación directa e inmediata de los derechos fundamentales individuales en las relaciones privadas. Además de estudiar las varias corrientes del Derecho Comparado que tratan del asunto, es imprescindible conocer los principales puntos de la teoría de

⁰ * José Roberto Freire Pimenta é Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Doutor em Direito Constitucional pela UFMG e Professor Adjunto III da Faculdade de Direito da PUC-MG, nas áreas de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho, nos cursos de Graduação e de Pós-Graduação.

** Juliana Augusta Medeiros de Barros é especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes-RJ. Mestranda em Direito do Trabalho pela PUC-MG. Pesquisadora e bolsista do CNPQ.

los derechos fundamentales, o sea, la naturaleza dos principios, la diferencia entre los principios y las reglas, el análisis de los conflictos entre ellos, la ponderación de intereses. Sin embargo, es necesario también comprender que la Constitución Federal de 1988 fue construida sobre bases pluralistas, hecho que se relaciona con las especificidades de la sociedad brasileña. A través de esas directrices, será posible plantear un sistema de parámetros para la eficacia inmediata de los derechos fundamentales individuales en las relaciones privadas.

PALAVRAS-CLAVE

DERECHOS FUNDAMENTALES; RELACIONES PRIVADAS; EFICACIA INMEDIATA; PONDERACIÓN

INTRODUÇÃO

Antes de adentrar no objeto da presente explanação, é necessário tecer um breve estudo sobre alguns tópicos da teoria dos direitos fundamentais e sua influência no ordenamento jurídico brasileiro, com o intuito de contextualizar a questão da eficácia dos princípios constitucionais.

Os direitos fundamentais apresentam-se como uma importante categoria jurídica no constitucionalismo do século XX, que se insere na fase denominada de pós-positivismo. O movimento acredita na razão e no Direito como instrumento de promoção de mudanças sociais e busca, recorrendo aos princípios constitucionais e à racionalidade prática, catalizar as potencialidades emancipatórias da ordem jurídica.¹

O positivismo² não renegava completamente os princípios, mas atribuía-lhes uma função meramente subsidiária e supletiva na ordem jurídica, ou seja, eles apenas seriam aplicados quando houvesse lacuna legal, como meio de integração do Direito. No campo do Direito Constitucional, eles eram classificados como normas não auto-aplicáveis, ou seja, não se lhes reconhecia nenhuma eficácia jurídica. Com a crise do positivismo no período pós 2ª Guerra Mundial, os princípios passam a ser reconhecidos

¹ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006, p. 57.

² A teoria positivista tinha como idéias centrais a separação completa entre o campo jurídico e o da moral e a concepção de que o processo de aplicação das normas deveria valer-se apenas da racionalidade formal, reduzindo-se à subsunção do fato à norma. A atividade do aplicador do Direito era reduzida à declaração do que já estava pronto, não sobrando espaço para a interpretação da norma.

como normas jurídicas e, conseqüentemente, nasce a possibilidade de que eles poderiam possuir alguma eficácia jurídica.

Os direitos fundamentais são positivados no ordenamento jurídico através de normas com estrutura de princípio, situando-se no ápice da pirâmide normativa.

O ilustre doutrinador alemão Robert Alexy afirma que um princípio comanda a realização de um fim, constituído por um valor, que deverá ser buscando por meio de condutas, ou seja, ações e omissões. Assim, uma norma-princípio implica um conjunto de normas-regra que regerão as condutas capazes de realizar o fim prescrito naquele mesmo princípio.³

Alexy, através da diferenciação entre princípios e regras, e da definição dos princípios como normas jusfundamentais, apresenta um fio condutor capaz de resolver os conflitos entre os direitos fundamentais e fornecer subsídios para a aplicabilidade imediata dos princípios.

As regras são normas dotadas de uma estrutura fechada, nas quais uma conduta determinada é qualificada como obrigatória, proibida ou permitida. Podem ser cumpridas ou não, uma vez que, se uma regra é válida, há de se feito exatamente o que ela exige, nem mais, nem menos. O conflito entre regras gera uma antinomia jurídica que será solucionada através de critérios fornecidos pelo próprio sistema, qual sejam o hierárquico, o cronológico e o da especialidade, de forma a aplicar somente uma das regras, excluindo-se a outra.⁴

Os princípios, por sua vez, são normas dotadas de uma estrutura aberta, ou seja, mandados de otimização que ordenam que se realize algo na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, limitadas pelos princípios opostos e, assim, exigem a ponderação dos pesos relativos dos princípios em colisão, segundo as circunstâncias do caso concreto. Segundo Alexy, a colisão entre princípios só pode ser observada no caso concreto; a solução deverá ser buscada através da harmonização dos princípios em tela, ambos mantendo-se igualmente válidos, mesmo que um venha a ceder diante do outro. Assim, tanto os princípios que consagram direitos como os que protegem bens jurídicos da coletividade podem ser ponderados.⁵

³ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, p. 87-90 apud GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 84-85.

⁴ *Ibidem*, p. 85.

⁵ GALUPPO, Marcelo Campos. *Princípios jurídicos e a solução de seus conflitos – A contribuição da obra de Alexy*. Revista da Faculdade Mineira de Direito. Belo Horizonte, v. 1, n. 2, 2º sem. 1998, p. 134-

Ana Paula de Barcellos afirma que, em função do princípio da unidade da Constituição, o qual determina a mesma hierarquia das disposições constitucionais e da interpretação harmônica das mesmas, não é possível a escolha de uma norma em detrimento das demais. O mesmo ocorre com normas infraconstitucionais que, refletindo os conflitos internos da Constituição, encontram suporte lógico e axiológico em normas constitucionais, mas parecem afrontar outras. Nesse caso, a verificação da constitucionalidade dessas normas ordinárias não poderá ser resolvida por simples subsunção.⁶

No que tange à colisão entre direitos fundamentais, Alexy desenvolveu a regra da proporcionalidade (regra, pois se aplica mediante subsunção da norma ao caso concreto), a qual se que subdivide nas regras da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. A regra da adequação visa buscar uma exata correspondência entre meios e fins, de modo que os meios empregados sejam compatíveis com os fins adotados. A da necessidade impõe o emprego de um meio que, limitando-se ao estritamente necessário para a consecução do fim buscado, resulte na menor restrição possível a outros direitos fundamentais. E, finalmente, a proporcionalidade em sentido estrito impõe uma correspondência jurídica entre meios e fins, no sentido de estabelecer as vantagens e desvantagens no emprego dos meios, à luz de outros fins envolvidos na questão.⁷ Daí, nasce a chamada Lei da Ponderação, segundo a qual quanto maior o grau de não satisfação de um princípio, maior deve ser a importância de se satisfazer o outro.

A estrutura da ponderação envolve três estágios: no primeiro, busca-se estabelecer o grau de não satisfação, ou de interferência em um primeiro princípio; após, deve-se avaliar a importância de se satisfazer o princípio concorrente; e finalmente observa-se se a importância de se satisfazer o último princípio justifica a interferência ou não satisfação do primeiro.⁸

Alexy sustenta que a busca da melhor resposta para o caso concreto por meio dos princípios deve se dar através de procedimentos racionais, permitindo, assim, um

142.

⁶ BARCELOS, Ana Paula. *Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional*. BARROSO, Luís Roberto (org.) *A nova interpretação constitucional – ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 55.

⁷ *Ibidem*, p. 55.

⁸ ALEXY, Robert. *Ponderação, jurisdição constitucional e representação popular*. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel (coord.). *A constitucionalização do Direito – fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 296.

controle social sobre a argumentação jurídica desenvolvida pelos magistrados. De maneira a exteriorizar essa dimensão racional em um discurso, criou-se a Fórmula da Ponderação, assim expressada: $W_{ij}=I_i/I_j$, no qual W_{ij} representa o peso concreto do princípio I, I_i a intensidade de interferência do princípio P_i e I_j a necessidade de se satisfazer o princípio concorrente.

A Fórmula sustenta que o peso concreto de um princípio é um peso relativo, posto que o peso concreto seria o quociente entre a interferência no princípio P_i e a importância concreta do princípio concorrente P_j . Dessa forma, atribuindo-se números para P_i e P_j , como, por exemplo, 2 e 4, de acordo com a intensidade da infringência do princípio P_i e a satisfação do princípio P_j , pode-se concluir que a precedência do princípio P_i será expressada por um peso concreto maior que 1 (4/2). Já se a precedência for do princípio P_j , o peso concreto será menor que 1 (2/4). A Fórmula da Ponderação, portanto, é uma estrutura racional para se estabelecer a correção de um juízo jurídico em um discurso, ou seja, é uma forma de argumento que irá definir a estrutura dos atos da fala de um discurso proferidos pelo aplicador da norma.⁹

Segundo Daniel Sarmento, a Constituição Brasileira de 1988 está alicerçada sobre princípios e regras jurídicas e foi desenvolvida sobre bases pluralistas, contendo princípios e diretrizes normativas não convergentes. Dessa forma, a melhor maneira para solucionar os conflitos entre os princípios seria através da ponderação de interesses pois, em certas situações, o intérprete será levado à conclusão de que dois princípios são igualmente adequados para incidir sobre determinado caso e terá de buscar uma solução que, à luz das circunstâncias concretas, sacrifique o mínimo possível de cada um dos interesses salvaguardados pelos princípios em confronto.¹⁰

Ao lado do estudo da ponderação de interesses, é importante destacar a importância da constitucionalização dos diversos ramos do direito, sobretudo do Direito Privado, e das dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais.

1. O FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

A Carta Magna Brasileira de 1988 trouxe novas diretrizes sociais para o Brasil, estabelecendo novos parâmetros para a interpretação e aplicação do direito

⁹ Ibidem, p. 299.

¹⁰ SARMENTO, Daniel. Ob. cit., p. 65.

positivo pátrio. A Constituição vigente tem como diretriz a mescla de valores advindos do Estado Social de Direito com valores oriundos da Revolução Francesa que inspirou as Constituições de matriz liberal. Isso demonstra a complexidade dos valores contidos na Constituição de 1988 e a necessidade da utilização da técnica da ponderação dos princípios constitucionais para a solução de conflitos normativos.

O exemplo recente de maior visibilidade do procedimento de constitucionalização de um ramo jurídico está no Direito Privado, sobretudo com a vigência do Código Civil de 2002¹¹. Este diploma e a Constituição passaram a interagir de uma forma totalmente nova, criando espaço para a consolidação do Direito Civil Constitucional.¹²

Na fase do Estado Liberal, é marcante a dicotomia entre Direito Público e Direito Privado. No primeiro tem-se como finalidade a ordem e a segurança geral e somente se pode fazer aquilo que está autorizado pela norma, enquanto o segundo rege-se pela igualdade e pela liberdade, podendo-se fazer tudo aquilo que não está proibido pela norma. Entretanto, essa dicotomia não é absoluta e intransponível e com o tempo tornou-se pequena a distância entre a Constituição e o novo Código Civil, em virtude da busca pelo “Estado Social”, diferentemente da ideologia em que foi construído o Código de 1916, fruto do Código Napoleônico e das Codificações do século XIX, sendo extremamente forte a relação entre indivíduo e propriedade.

O Direito Civil Constitucional não é, ainda, um novo ramo do Direito, mas uma nova forma de interpretação, de hermenêutica da Lei Civil em relação à Lei Maior, ou seja, as regras específicas do Código Civil voltadas para a atuação dos particulares devem ser interpretadas em harmonia com as regras gerais da Constituição, que regem a atuação do Estado e a sociedade.

Para a professora Giselda Hironaka, trata-se de um momento de incrível transformação do pensamento jurídico e de crise das instituições, que tem operado no sentido de se buscar modificar o significado constitucional outrora atribuído aos códigos

¹¹ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001 apud TARTUCE, Flávio. *Direito Civil e Constituição*. Disponível em www.flaviotartuce.adv.br. Seção artigos do professor. Acesso em: 15 de setembro de 2007.

¹² TARTUCE, Flávio. Ob. cit. Acesso em: 15 de setembro de 2007.

civis modernos e carrear para o âmbito da Constituição os princípios fundamentais do Direito Privado.¹³

Para entender a influência constitucional nos diversos ramos jurídicos, sobretudo no âmbito do Direito Privado, faz-se necessário o estudo das dimensões dos direitos fundamentais, tema que trará implicações substanciais na eficácia direta desses direitos nas relações entre particulares.

2. DIMENSÃO OBJETIVA E SUBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O movimento de construção de Constituições esculpidas em valores que irão orientar a ordem jurídica estatal e a sociedade determina que as escolhas valorativas imprimidas nos direitos fundamentais devem orientar a ação, não somente do Estado, mas também de toda a sociedade. A partir desse processo, reconhece-se aos direitos fundamentais uma dupla dimensão, ou seja, ao mesmo tempo em que asseguram posições subjetivas dos indivíduos em face do Estado, veiculam uma ordem objetiva de valores, que deverá comandar a vida social e as ações dos poderes públicos.¹⁴

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais corresponderia à sua compreensão como fonte de posições subjetivas de vantagens, enquanto faculdades e poderes atribuídos aos seus titulares. Já a dimensão objetiva consiste nos efeitos jurídicos resultantes do reconhecimento de tais direitos como valores fundamentais e constitutivos da ordem jurídica.

As normas consagradoras de direitos fundamentais afirmam valores, os quais incidem sobre a totalidade do ordenamento jurídico e servem para iluminar as tarefas dos órgãos judiciários, legislativos e executivos, apresentando uma eficácia irradiante sobre toda a ordem jurídica.¹⁵

Segundo Luís Roberto Barroso, a eficácia irradiante desempenha os papéis de princípio hermenêutico e de mecanismo de controle de constitucionalidade, através da interpretação conforme a Constituição. No primeiro papel, ela impõe ao operador do

¹³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Tendências do Direito Civil no século XXI*. Disponível em www.flaviotartuce.adv.br. Acesso em: 15 de setembro de 2007.

¹⁴ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Apontamentos para a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares*. BARROSO, Luís Roberto (org.). Ob. cit., p. 149-151.

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*. Disponível em: <http://www.professormarinoni.com.br/artigos.php>. Acesso em: 15/06/2007.

direito que, diante da ambigüidade de determinada norma jurídica, opte pela exegese que torne essa norma compatível com a Constituição, mesmo que não seja a exegese mais óbvia do preceito. No segundo, permite ao Supremo Tribunal Federal que elimine, por contrariedade à Lei Maior, possibilidades interpretativas de determinada norma, sem redução do seu texto. Cada juiz, no que tange ao controle difuso de constitucionalidade, também têm a obrigação de interpretar as normas jurídicas de modo mais consentâneo com a Lei Fundamental.¹⁶

A eficácia irradiante dos direitos fundamentais manifesta-se, sobretudo, em relação à interpretação e à aplicação das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados presentes na legislação infraconstitucional. Entretanto, o reconhecimento da função hermenêutica dos direitos fundamentais não exclui, de modo algum, a função normativa desses direitos e a possibilidade de incidência direta destas normas sobre relações jurídicas concretas, de caráter público ou privado.

3. A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: CORRENTES DOUTRINÁRIAS NO DIREITO COMPARADO

De acordo com o disposto no art. 5º, § 1º, da Constituição Brasileira de 1988, os direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata, vinculando os poderes públicos independentemente do reconhecimento expresso por lei infraconstitucional, estando protegidos não apenas diante do legislado ordinário, mas também da ação do poder constituinte reformador, por integrarem o rol das denominadas cláusulas pétreas, (art. 60, § 4º, inc. IV, CF/88).

Antes de analisar as correntes doutrinárias e jurisprudenciais existentes no Direito Comparado acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, faz-se necessário apresentar o contexto histórico em que se desenvolveu a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais.

No século XIX, o Estado Liberal de Direito considerava os direitos fundamentais como direitos públicos subjetivos, o que veio a se tornar um dos principais obstáculos à idéia de aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas. Tal noção harmonizava-se perfeitamente com o modelo liberal de estrita

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Ed. Saraiva, p.174-181 *apud* SARMENTO, Daniel. Ob. cit., p. 124.

separação entre direito público e direito privado e da sua idéia de se prestigiar a lei em detrimento da Constituição.

A emergência do Estado Social de Direito e a ênfase na concretização dos direitos humanos ocorridas no período pós-guerra, trouxeram um contexto favorável para a crítica à noção de direitos fundamentais como direitos subjetivos públicos postos em lei, tendo a Alemanha desenvolvido, de maneira ímpar, o estudo do tema da eficácia de direitos fundamentais, vindo a se tornar ponto de referência para toda a doutrina européia. Dessa forma, romperam-se os obstáculos que inviabilizavam a aplicação direta dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, entre eles a estanque separação entre o Estado e a sociedade civil; a noção de igualdade formal, evoluindo para o conceito de igualdade material e a neutralidade do Estado em face da dinâmica social.¹⁷

De maneira didática, pode-se definir a eficácia vertical dos direitos fundamentais como aquela que vincula o legislador, o juiz, e os entes estatais em geral. A eficácia horizontal diz respeito à incidência das normas jusfundamentais às relações privadas, havendo discussão se tal eficácia seria mediata ou imediata, isto é, se as normas de direito fundamental atingiriam os particulares, seja nos casos em que uma das partes ostenta poder econômico ou social, seja nas relações jurídicas entre iguais.

A primeira vertente é conhecida como doutrina da negação da eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais ou doutrina do “state action”, e predomina no Direito Constitucional norte-americano. Tal teoria defende que os direitos fundamentais apenas impõem limitações para os Poderes Públicos, não atribuindo aos particulares direitos frente a outros particulares. Ademais, o Congresso Nacional não tem poderes para editar normas protegendo os direitos fundamentais nas relações privadas, pois a competência para disciplinar essas relações é exclusiva do legislador estadual.

A “public function theory” veio para amenizar um pouco essa tendência, limitando a atuação de particulares quando esses agirem no exercício de atividades de natureza tipicamente estatal, embora a jurisprudência não apresente critérios seguros para a sua aplicação.

¹⁷ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves Pereira. Ob. cit., p. 132-144.

A teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais na esfera privada, hoje adotada pela maioria da doutrina alemã e pela sua Corte Constitucional, nega a possibilidade de aplicação direta de tais direitos nas relações privadas.¹⁸

Entendem os partidários dessa vertente que a Constituição contém normas objetivas, cujo efeito de irradiação leva à impregnação das leis infraconstitucionais pelos valores consubstanciados nos direitos fundamentais. Assim, a força jurídica dos preceitos constitucionais se afirma, perante os particulares, por meio de princípios e regras de direito privado. Os princípios constitucionais serviriam para ajudar a interpretação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados suscetíveis de concretização, desde que sempre dentro das linhas do direito privado.¹⁹

Conforme Hesse, competiria ao Legislativo proceder a uma ponderação entre interesses constitucionais em conflito, no qual lhe é concedida certa liberdade para acomodar os valores contrastantes, em consonância com a consciência social de cada época.²⁰ Ao Poder Judiciário sobriaria o papel de preencher as cláusulas indeterminadas criadas pelo legislador levando em consideração os direitos fundamentais, bem como o de rejeitar, por inconstitucionalidade, a aplicação das normas privadas incompatíveis com tais direitos.

A teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, defendida inicialmente na Alemanha por Hans Carl Nipperdey nos anos 50, não logrou grande aceitação nesse país, mas é majoritária na Espanha e em Portugal.

Quadra-Salcedo, citado por Sarmiento, explica que:

“(...) la obligación de respetar los derechos fundamentales por los ciudadanos surge y emana directamente de la Constitución y no sólo de las normas de desarrollo de ésta, no es por lo tanto un mero reflejo del ordenamiento que puede sufrir las alteraciones, modificaciones e supresiones que el legislador decida, sino que hay un núcleo esencial que se deduce directamente de la Constitución y que se impone a todos los ciudadanos.”²¹

Bilbao Ubillos afirma que existem direitos na Constituição Espanhola cuja própria estrutura pressupõe a eficácia horizontal imediata, como, por exemplo, os

¹⁸ SARMENTO, Daniel. Ob. cit., p. 197-198.

¹⁹ Ibidem, p. 200.

²⁰ HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, trad. de Ignacio Gutiérrez. Madrid: Cuadernos Civitas, 1995, p. 63-67 apud SARMENTO, Daniel. Ob. cit., p. 199.

²¹ QUADRA-SALCEDO, Tomás. *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*. Madrid: Civitas, 1981, 70 apud SARMENTO, Daniel. Ob. cit., p. 206.

direitos à honra, à intimidade, à imagem e à liberdade de religião. Outros, pela natureza, vinculam apenas o Estado.²²

Daniel Sarmento, citando Rafael Naranjo de la Cruz, defende que:

“(…) los derechos fundamentales, en su doble vertiente subjetiva e objetiva, constituyen el fundamento del entero ordenamiento jurídico y son aplicables en todos los ámbitos de actuación humana de manera inmediata, sin intermediación del legislador. Por ello, las normas de derechos fundamentales contenidas en la Constitución generan, conforme a su naturaleza y tenor literal, derechos subjetivos de los ciudadanos oponibles tanto a los poderes públicos como a los particulares”²³

No Direito português, a extensão dos direitos fundamentais às relações privadas foi prevista direta e genericamente pelo próprio constituinte na Lei Maior Lusitana, inclinando-se a corrente dominante, composta por autores de renome como J. J. Gomes Canotilho²⁴ e Ana Prata²⁵, ao acolhimento da vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais.

É importante salientar que os adeptos dessa teoria não negam a existência de especificidades na incidência dos direitos fundamentais, nem a necessidade de ponderar, em contraposição, a relevância do direito fundamental da autonomia privada dos particulares envolvidos no caso concreto.

Segundo Canotilho, citado por Sarmento, é necessária a criação de soluções diferenciadas, para harmonizar a tutela de tais direitos com a proteção da autonomia privada pois, embora a vinculação direta dos direitos fundamentais atinja a todos os particulares e não apenas aos poderes sociais, a desigualdade das partes em uma relação jurídica privada é um dado que não pode ser desconsiderado quando se observa a intensidade da eficácia horizontal de tais direitos.²⁶

De acordo com José João Nunes Abrantes, a eficácia direta dos direitos fundamentais visa assegurar o respeito ao núcleo desses direitos. Entretanto, não

²² BILBAO UBILLOS, Juan María. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 349-382. apud SARMENTO, Daniel. Ob. cit., p. 206.

²³ NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*: La Buena Fé. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2000, p. 199. apud SARMENTO, Daniel. Ob. cit., p. 206.

²⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, 5ª ed, Coimbra: Almedina, 1992, p. 602-612 apud SARMENTO, Daniel. Ob. cit., p. 219.

²⁵ PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 137 apud SARMENTO, Daniel. Ob. cit., p. 211.

²⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. Ob. cit., p. 210.

importa na submissão dos particulares ao mesmo regime de sujeição aos direitos fundamentais válido para os poderes públicos. A proteção dispensada à autonomia privada e a incidência das normas jusfundamentais nas relações privadas impõe o equacionamento do caso através de uma ponderação de interesses, na qual um dos fatores que deverá ser necessariamente considerado é a maior ou menor desigualdade entre as partes. Quanto maior o desequilíbrio, mais intensa será a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.²⁷

Existe ainda uma quarta teoria, denominada de Teoria dos Deveres de Proteção, surgida na doutrina alemã e representada por autores como Claus-Wilhelm Canaris e Klaus Stern, que sustenta não estarem os sujeitos de Direito Privado vinculados diretamente aos direitos fundamentais, como estão os Poderes Públicos. Contudo, o Estado, tanto ao editar normas como ao prestar a jurisdição, está obrigado não apenas a abster-se de violar os direitos fundamentais, como também a protegê-los diante das lesões e ameaças provenientes dos particulares.²⁸

Ocorre que, para Marinoni²⁹, essa eficácia horizontal direta sobre os particulares não exclui a eficácia horizontal mediata ou indireta, que se dá justamente através da lei e da decisão judicial.

4. ANÁLISE DA DOUTRINA BRASILEIRA DA EFICÁCIA IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS INDIVIDUAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

No Brasil, a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas vem sendo desenvolvida por autores como Daniel Sarmento³⁰, Ingo Wolfgang Sarlet³¹ e Luís Roberto Barroso³².

No entanto, antes de analisar os argumentos dos autores supramencionados, é importante classificar os direitos fundamentais, posto que o foco do presente debate são

²⁷ ABRANTES, José João Nunes. *A Vinculação das Entidades Privadas aos Direitos Fundamentais*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990, p. 94-113.

²⁸ SARMENTO, Daniel. *Ob. cit.*, p. 216-217.

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Ob. cit.* Disponível em: <http://www.professormarinoni.com.br/artigos.php>. Acesso em: 15/06/02007.

³⁰ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006.

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7 ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

³² BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 7 ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

os direitos de defesa, ou direitos negativos, e não os direitos sociais que demandam o estudo de parâmetros como a “reserva do possível” e o “mínimo razoável”. Dessa forma, cumpre desde logo advertir que a complexa questão da aplicabilidade imediata dos direitos sociais não será objeto da análise a seguir.

Adotando-se a classificação dos direitos fundamentais em virtude da sua função, Ingo Sarlet divide os direitos fundamentais em duas categorias: direitos prestacionais e direitos de defesa. Os direitos às prestações subdividem-se em direitos à proteção, direitos à participação na organização e no procedimento e direitos às prestações em sentido estrito. É necessário lembrar que a aplicabilidade imediata das normas jusfundamentais exige um tratamento específico e suscita questões complexas e de difícil solução no que tange aos direitos fundamentais prestacionais, encontrando limites na “reserva do possível”.³³

Os direitos de defesa ou direitos negativos, englobados na esfera dos direitos individuais, consistem na salvaguarda de uma esfera individual de liberdade inviolável, inicialmente pelo Estado, para que esse se abstenha de promover agressões aos bens jurídicos fundamentais. De acordo com a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais individuais, também os particulares não podem praticar ações que possam lesar esses bens.

A aplicabilidade direta e imediata dos direitos de defesa é clara para Sarmento³⁴ e Sarlet³⁵, pois segundo os autores, não há no texto constitucional brasileiro nada que sugira a idéia de vinculação direta aos direitos fundamentais apenas dos poderes públicos. Ao contrário, a linguagem adotada pelo constituinte na estatuição da maioria das liberdades previstas no art. 5º do texto magno transmite a idéia de uma vinculação passiva universal.

Em segundo lugar, para Sarlet³⁶ e Sarmento³⁷, a sociedade brasileira é muito mais injusta e assimétrica do que as da Alemanha, dos Estados Unidos ou qualquer país desenvolvido, justificando, em nosso país, um reforço na tutela dos direitos humanos no campo privado, onde reinam a opressão e a violência.

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. Ob. cit., p. 258-260

³⁴ SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 238.

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Ob. cit., p. 258-260.

³⁶ Ibidem, p.152-153.

³⁷ SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 238.

A Constituição Federal de 1988 dispõe que a República Federativa do Brasil tem como um dos seus fundamentos a busca da redução das desigualdades sociais e da construção de uma sociedade justa e solidária. É uma Constituição progressista, que visa promover a liberdade, a justiça e a emancipação social dos excluídos. Nesse sentido, só existirá efetivamente autonomia privada quando o agente tiver mínimas condições materiais de liberdade, o que não ocorre na maioria dos casos, em que a manifesta desigualdade entre as partes obsta, de fato, o exercício dessa autonomia.

Em terceiro lugar, o fato dos juízes aplicarem normas jusfundamentais instituídas pelo legislador infraconstitucional não significa que, quando inexistir regra ordinária específica tratando da matéria, o juiz não possa se valer diretamente das normas constitucionais para solucionar o caso concreto posto a seu exame.

É necessário salientar que, sendo os direitos fundamentais exteriorizações do princípio da dignidade da pessoa humana, este, por sua vez, o centro de gravidade da ordem jurídica, é preciso expandir para todas as esferas da vida humana a incidência do mesmo pois, do contrário, a concretização desse princípio estará inexoravelmente comprometida.³⁸

Os autores brasileiros supra mencionados defendem a existência de especificidades na incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, decorrentes, sobretudo, da necessidade de ponderação entre o direito em tela e a autonomia privada da pessoa cujo comportamento se cogita restringir.

Luís Roberto Barroso explica que, no processo ponderativo, devem ser observados os seguintes fatores: igualdade ou desigualdade material entre as partes; manifesta injustiça ou falta de razoabilidade de critério; preferência pelos valores existenciais em detrimento dos meramente patrimoniais; risco para a dignidade da pessoa humana.³⁹

Assim, quanto maior for o grau de desigualdade fática entre os envolvidos, mais intensa será a proteção ao direito fundamental em jogo e menor a tutela da autonomia privada e vice-versa. Nessa seara, a enorme vulnerabilidade de amplos setores da população em suas relações travadas com outros particulares mais poderosos,

³⁸ *Ibidem*, p. 244-245.

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. In: Revista de Direito Administrativo, n. 225, 2001, p. 28 apud SARMENTO, Daniel. *Ob. cit.*, p. 249.

como empregadores e fornecedores de bens e serviços, exige a proteção aos direitos fundamentais dos hipossuficientes.

Sarmento⁴⁰ e Sarlet⁴¹, não obstante, defendem que mesmo no caso de relações jurídicas paritárias, os direitos fundamentais vinculam diretamente os particulares, sob pena de proporcionar-se uma garantia incompleta e insuficiente à dignidade da pessoa humana. Nesses casos, entretanto, a proteção à autonomia privada, também assegurada constitucionalmente, há de ser mais intensa no momento da ponderação dos interesses em conflito, à luz dos direitos fundamentais de ambas as partes.

Finalmente, é importante observar que a tutela da autonomia privada, em relações em que estão em jogo bens existenciais como, por exemplo, a relação entre um filho e seu pai, é muito mais intensa do que a conferida às relações econômico-patrimoniais, assim como ocorre em um contrato de compra e venda de imóvel.

5. PARÂMETROS PARA A EFICÁCIA IMEDIATA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS INDIVIDUAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

As relações privadas podem envolver uma enorme gama de situações em que há possibilidade de lesões a direitos fundamentais individuais, como por exemplo: os conflitos entre as liberdades religiosas de residência, de associação ou direitos personalíssimos, como integridade física, intimidade, imagem, e a autonomia privada contratual; a celebração de contratos de trabalho contendo cláusulas em que empregados renunciem a seu direito de exercer atividade partidária ou de sindicalizar-se ou que obrigue o trabalhador a não ter filhos durante a vigência contratual; a legitimidade de um clube ou escola particular recusar o ingresso de um novo aluno ou sócio, sem explicitar a motivação ou proibir o acesso a pessoas de determinado sexo, idade ou raça; a possibilidade de um contrato de compra e venda de imóvel ter cláusula vedando futura venda ou locação a pessoa de determinada religião.

De acordo com Jane Reis Gonçalves Pereira, a peculiaridade do problema da eficácia de direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas consiste em que ambas as partes envolvidas são titulares de direitos constitucionalmente assegurados, formando

⁴⁰ SARMENTO, Daniel. Ob. cit., p. 238.

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado..., ob. cit. p.152-153.

uma complexa rede de direitos e deveres que se limitam e se condicionam mutuamente.⁴²

Dessa forma, para possibilitar a utilização da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais individuais nas relações privadas são necessários parâmetros que possibilitem ao intérprete aplicá-la com base em fundamentos sólidos.

Nesse sentido, o primeiro ponto a ser abordado diz respeito às situações em que pessoas ou empresas privadas estão investidas de competências públicas, através da descentralização administrativa, como concessionárias e permissionárias de serviços públicos, etc. Embora nos EUA, em tais circunstâncias, ainda haja uma certa controvérsia, de um modo geral é pacífico o entendimento da vinculação dessas pessoas privadas aos direitos fundamentais de seus usuários.

Em segundo lugar, é importante observar o fenômeno, propiciado pelo Liberalismo, da extensão do poder aos entes privados, antes restrito ao Estado. Essa mudança se deu através das crescentes formas de organizações privadas que assumiram pouco a pouco papéis importantes na sociedade. O poder passa a não ser atributo exclusivo do Estado, manifestando-se, também, nas relações entre particulares e gerando, como consequência, a desigualdade das partes, com o predomínio de fato de uma das partes sobre a outra.

O fenômeno da exacerbação do poder privado pode ser facilmente constatado nas relações de consumo, seja através da pressão de empresas de assistência à saúde e de instituições de ensino; na influência das organizações religiosas sobre os seus discípulos e dos partidos políticos sobre os seus associados; nas relações de emprego, por meio do poder diretivo do empregador que dirige e fiscaliza a prestação de serviços dos empregados no exercício laboral, entre outras situações.

Em tais casos, é necessária a incidência direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações individuais de modo a equilibrar as relações jurídicas faticamente assimétricas, prevenindo lesões aos direitos da parte hipossuficiente. Além da necessidade de compensar a desigualdade fática entre as partes, outro alicerce para essa aplicação direta adviria da própria dimensão objetiva dos direitos fundamentais, posto que, a partir da irradiação de seus efeitos, surge um novo direito subjetivo, qual

⁴² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Ob. cit., p. 138-140.

seja o poder de reclamar do Estado uma atuação consistente em resguardar direitos fundamentais contra qualquer ameaça, mesmo que perpetrada por particulares.

A relação jurídica de emprego, por exemplo, é uma relação privada em que existem dois sujeitos em situações desiguais: o empregador que em geral é a parte mais forte economicamente e, por definição, dirige a prestação pessoal dos serviços dos trabalhadores, e o empregado, que necessita alienar seu poder de dispor de sua própria força de trabalho para receber o salário como contraprestação. Não obstante, devido à desigualdade entre as partes contratantes, a autonomia da vontade da parte mais fraca muitas vezes é mero pretexto para legitimar imposições ditadas pela parte mais forte, tal como também acontece no Direito do Consumidor. Assim, esses ramos jurídicos utilizam-se de “discriminações positivas” de forma a criar mecanismos para equilibrar a relação jurídica, tais como a presunção a favor do hipossuficiente ou a inversão do ônus da prova em desfavor do empregador, por exemplo.⁴³

Nesse sentido, a Carta Magna de 1988 apresenta em diversos artigos a inclinação do legislador para a garantia de direitos dos hipossuficientes, tais como, os empregados na relação de emprego e o consumidor na relação de consumo, de forma a propiciar o exercício da democracia nas relações privadas entre desiguais.

É importante lembrar que embora incidam sobre as relações de emprego e de consumo normas cogentes, de ordem pública, na realidade tratam-se de relações jurídicas privadas em que é ainda mais necessária a aplicação direta e imediata dos direitos individuais fundamentais, diante da desigualdade fática entre as partes.

É importante observar que não se está aqui a se defender a aplicação absoluta e irrestrita dos direitos fundamentais nas relações privadas, o que não ocorre nem mesmo quando se trata da eficácia destes em face do Estado. É o que acertadamente adverte Jane Reis Gonçalves Pereira:

“O caráter relativo e limitado dos direitos fundamentais decorre da própria noção de unidade da constituição, e da conseqüente necessidade de coordenação e harmonização dos valores constitucionalmente protegidos.”⁴⁴

A autonomia da vontade, na realidade, é um direito fundamental estando no mesmo plano dos direitos à intimidade, à privacidade, à liberdade de crença e religião,

⁴³ SARMENTO, Daniel. Ob. cit., p. 262-264.

⁴⁴ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Ob. cit., p. 186.

por exemplo. Portanto, diante de uma relação jurídica desigual, em que estejam em aparente colisão a autonomia privada de uma das partes e outros direitos fundamentais, deverá ser utilizado o princípio da proporcionalidade, com base na fórmula da ponderação de interesses, para que seja possível chegar à solução do impasse.

Assim, por exemplo, utilizando-se a fórmula de Alexy $W_{ij}=I_i/I_j$, no qual W_{ij} representa o peso concreto do direito à intimidade, I_i a intensidade de interferência desse direito e I_j a necessidade de se satisfazer o princípio da autonomia privada, poder-se-á, em um caso concreto, chegar à conclusão de que o direito à intimidade deverá ou não prevalecer naquela situação específica.

O terceiro ponto a ser focado diz respeito à escolha dos critérios para incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. Devem ser utilizados critérios de gradação e não de exclusão de possibilidades, posto que, ainda que em relações privadas onde os entes sejam iguais em termos de poder, a presença ou não de determinados elementos que conferem maior ou menor peso ao princípio da autonomia poderá implicar ou não a eficácia direta e imediata de direitos fundamentais. A liberdade de um indivíduo em uma relação jurídica até determinado ponto (limite o qual só será possível vislumbrar na análise do caso concreto) não poderá ser restringida pelos direitos fundamentais de outros indivíduos.

O último ponto relevante que deverá servir de parâmetro para a aplicação dos direitos fundamentais individuais é a maior ou menor proximidade da esfera pública da relação jurídica entre os particulares. Quanto menor essa distância, maior a possibilidade de um direito fundamental vir a prevalecer sobre a autonomia privada. Assim, por exemplo, em uma relação contratual entre escola e alunos, essa autonomia deverá ser preservada em maior grau, do que em uma relação entre marido e esposa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A aplicação imediata dos direitos fundamentais individuais nas relações privadas, sobretudo as assimétricas, faticamente desiguais, defendida no Brasil por autores como Sarlet, Sarmiento e Pereira, é tema extremamente atual e instigante, que não se encontra pacificado na doutrina e na jurisprudência brasileiras, ensejando inúmeras controvérsias.

Sem dúvida, o sujeito hipossuficiente de uma relação privada possui direitos fundamentais que devem ser preservados em maior ou menor grau, em observância ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que pode ser de fato limitado ou ameaçado pelo maior poder e pelo abuso do exercício da autonomia privada da outra parte.

Ademais, nos casos em que os particulares, sejam indivíduos ou empresas privadas ou estatais, assumem funções do Estado ou recebem subsídios dos poderes públicos, os direitos fundamentais aplicar-se-ão diretamente na relação jurídica travada com outros particulares. Finalmente, quanto mais próxima estiver a relação privada de uma relação jurídica de Direito Público, mais necessária se torna a incidência direta dessas normas jusfundamentais.

Em um momento histórico em que a constitucionalização de todo o Direito é um fenômeno que torna imprescindível que o Direito Privado e, por conseqüência, todas as relações jurídicas privadas mostrem-se coerentes com os valores constitucionais, torna-se essencial a adequada compreensão e o domínio da técnica da ponderação de interesses, como mecanismo de solução dos cada vez mais numerosos casos de conflito entre princípios constitucionais, que decorrem exatamente da aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais às relações privadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRANTES, José João Nunes. *A Vinculação das Entidades Privadas aos Direitos Fundamentais*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990, p. 94-113.

ALEXY, Robert. *Ponderação, Jurisdição Constitucional e Representação Popular*. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel (coord.). *A Constitucionalização do Direito – Fundamentos Teóricos e Aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 295-304.

BARCELOS, Ana Paula de. *Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional*. BARROSO, Luís Roberto (org.) *A Nova Interpretação Constitucional – Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 49-118.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 7 ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Princípios jurídicos e a solução de seus conflitos – a contribuição da obra de Alexy*. Revista da Faculdade Mineira de Direito. Belo Horizonte, v. 1, n. 2, 2º sem. 1998, p. 134-142.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Tendências do Direito Civil no século XXI*. Disponível em www.flaviotartuce.adv.br. Acesso em: 15 de setembro de 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*. Disponível em: <http://www.professormarinoni.com.br/artigos.php>. Acesso em: 15/06/02007.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves Pereira. *Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares* apud *A nova interpretação constitucional – ponderação, direitos fundamentais e relações Privadas*. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 119-192.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7 ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

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