
TEORIA DA EFICÁCIA DIRETA E INDIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS E A TEORIA INTEGRADORA (MODELO DE TRÊS NÍVEIS) DE ROBERT ALEXY

SEM TÍTULO EM INGLÊS

Mariana Cristina GARATINI¹

ISSUE DOI: 10.21207/1983-4225.2021.532

RESUMO

Por muito tempo se admitiu apenas a incidência dos direitos fundamentais nas relações que envolvessem cidadão e Estado, como forma de limitar a intromissão do Estado na esfera particular. Entretanto, a complexidade das relações sociais, bem como a constitucionalização dos direitos humanos, originando os direitos fundamentais, ampliou o âmbito de incidência desses direitos, possibilitando sua aplicação no âmbito privado. Assim, embasado nos ensinamentos de Robert Alexy, independentemente da forma como os direitos fundamentais são aplicados pelos países, ou seja, direta ou indiretamente, não se pode negar que tornou incontestável a aplicação desses direitos no âmbito particular, nas relações de cunho privado.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Eficácia horizontal. Teoria integradora. Aplicação direta. Aplicação indireta.

ABSTRACT

¹ Mestre em Direito pela UNESP (2016-2018). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários- IBET (2014). Graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (2008-2012). Advogada pleno no escritório Brasil Salomão e Matthes Advocacia, localizado na cidade de Ribeirão Preto.

For a long time has been admitted that human rights was restricted to relations between citizen and Government, as a way of limiting the State's intrusion in the particular sphere. However, the complexity of social relations, as well as the constitutionalisation of human rights, originated fundamental rights, has increased the incidence of these rights allowing their application in the private sphere. Thus, based on the teachings of Robert Alexy, Regardless of how the countries apply fundamental rights, that is, directly or indirectly, it can't be denied that the application of these rights in the private sphere, in private relations, was unquestionable.

Keywords: *Fundamental rights. Horizontal efficacy. Inclusive theory. Direct application. Indirect application.*

1 INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é desenvolver um estudo acadêmico sobre as principais teorias que respaldaram a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, uma vez que no contexto jurídico atual é impossível negar que os conflitos que envolvam direitos fundamentais se restrinjam as relações verticais, assim conhecidas aquelas em que o Estado figura em um dos polos da ação.

Portanto, serão demonstradas como se dá a aplicação das teorias da eficácia direta e indireta dos direitos fundamentais, bem como, de forma sucinta, a teoria de Schwabe, sendo a intenção possibilitar o entendimento da Teoria Integradora de Robert Alexy, a qual como o próprio nome sugere, incorpora, na visão do autor, o que as outras teriam têm de melhor.

Para tanto, esse trabalho se valerá do método dedutivo, abrangendo investigação histórica, com o intuito de situar o surgimento das teorias em questão, bem como a razão que levaram os países a adotar uma e não outra, ainda será feito estudo doutrinário, a fim de que seja dado suporte teórico aos temas abordados por meio dos ensinamentos de renomados membros do meio jurídico, por fim utilizar-se-á da jurisprudência para melhor elucidar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais em casos reais.

2 TEORIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são considerados os direitos básicos para qualquer ser humano, independentemente de condições pessoais específicas, ou seja, poder aquisitivo, raça, religião, idade, sexo etc. São direitos que compõem um núcleo intangível de direitos dos seres humanos submetidos a uma determinada ordem jurídica, podemos, portanto, dizer que estão ligados a concepção de direito natural adotada pelos jusnaturalistas.

Ainda, o reconhecimento do mínimo existencial parte da norma, ou seja, a Constituição Federal estabeleceu o princípio da dignidade humana como cerne do ordenamento, logo os direitos diretamente vinculados a concretização desse princípio são essenciais, pois é dever dos Estados a manutenção de uma vida digna como patamar fundamental.²

Ensina Daniel Sarmento que referidos direitos a princípio, ou seja, em sua concepção clássica tinham seu alcance restringido à regência das relações públicas, assim denominadas aquelas relações em que um dos polos situava-se o Estado. “Tais direitos eram vistos como limites ao exercício do poder estatal, que, portanto, não se projetavam no cenário das relações jurídico-privadas³”.

Em complementação, acreditava-se que o Direito Privado era suficiente para reger as relações privadas e assim se sucedia.

No entanto, devido a complexidade das relações hoje existentes, estas alcançaram as linhas constitucionais, pois alguns direitos foram elevados a categoria de fundamentais, assim passou a ser pacífico a percepção de que as infrações a direitos de caráter fundamental, ligados a vida, dignidade e liberdade dos homens não são oriundos apenas de infrações cometidas pelo Estado contra um particular, mas também advém de uma multiplicidade de condutas praticadas por atores privados, “logo a incidência dos direitos fundamentais na esfera das relações entre particulares se torna um imperativo incontornável”.⁴

Em que pese a concepção clássica, acima aludida, que restringiu os direitos do homem as relações Estado e particular, Daniel Sperb Rubin traz uma concepção diferente, sob a alegação de que se olvidou de que no

² FONTE, Felipe de Melo. Políticas Públicas e Direitos Fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2015. p.210.

³ SARMENTO, Daniel e GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. Revista TST: Brasília, vol. 77, nº4. Out/dez 2011. p.2.

⁴ *Ibidem*, loc. cit.

direito natural, estes direitos inerentes a natureza humana, se aplicavam entre os indivíduos, já que ausente a figura do Estado. Portanto, partindo desse pressuposto a eficácia horizontal teria precedido a vertical e a passagem do estado natural para o social teria diminuído a incidência desses direitos, a qual apenas recupera sua abrangência com a inclusão desses direitos no âmbito constitucional.⁵

No contexto brasileiro, dentro da perspectiva da Constituição Federal de 1988, “excluir as relações privadas do raio de incidência dos direitos fundamentais importa em mutilar seriamente estes direitos, reduzindo a sua capacidade de proteger e promover a dignidade da pessoa humana”⁶:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º- Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

IV - os direitos e garantias individuais.

Conclui-se que os direitos fundamentais são o parâmetro de todo o ordenamento jurídico, dado o interesse social que carregam. Assim possuem uma eficácia irradiante, pois penetram em todo o ordenamento jurídico, inclusive o privado.

2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS: REGRAS E PRINCÍPIOS

Feitas as exposições acima, seguindo as lições de Robert Alexy adentra-se a distinção entre regras e princípios para então se chegar as teorias de aplicação da norma de direito fundamental nas relações horizontais, pois referida distinção é um dos pilares fundamentais do objeto em questão⁷.

Parte-se da premissa de que regras e princípios são normas, uma vez que ambos dizem o que deve ser. Tanto que podem ser formulados por

⁵ Direito privado e Constituição – contratos e direitos fundamentais. **Revista do Ministério Público**, v. 44, jan.-mar. 2001., p. 107

⁶ SARMENTO E GOMES. *Ibidem*, loc. cit.

⁷ ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. 2 ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2014. p.63.

meio das expressões deonticas básicas do dever, do permitido e do proibido⁸.

Nesse diapasão, a distinção entre esses dois tipos de normas se utiliza de critérios, sendo o mais comumente empregado o da generalidade. Segundo esse critério, os princípios são normas com grau de generalidade relativamente alta, ou seja, “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”⁹.

Ainda os princípios são mandamentos *prima facie* já que podem ser cumpridos em diferentes níveis e estes dependem das possibilidades reais e jurídicas de cumprimento.

Em contrapartida as regras são normas dotadas de um grau de generalidade relativamente baixa, logo podem cumpridas ou não, ficando adstritas aos exatos termos de seu texto, assim as “regras contém, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”¹⁰, atuando como um mandamento definitivo.

Outra forma de se distinguir regras de princípios é por meio da análise dos conflitos de normas, pois a solução de um para outro caso é colidente.

Explica-se que, havendo conflito entre regras, esse pode facilmente ser resolvido na dimensão da validade, por meio da introdução de uma cláusula de exceção ou pela declaração de que uma das regras é inválida.

Já no caso de conflito entre princípios um deles terá que ceder ao outro, no entanto, ao contrário do que ocorre com as regras, o princípio cedente não é declarado inválido, tampouco será introduzida uma regra de exceção, mas ante determinadas circunstâncias um princípio se sobreporá ao outro, sendo que referida análise é feita com fulcro nas particularidades do caso sob análise, tendo aplicabilidade a dimensão do peso, ressalta-se ainda, deve ser aproveitado ao máximo o resultado possível do princípio cedente.

Partindo-se dos breves apontamentos acima, conclui-se que as normas de direito fundamental serão princípios quando as garantias estiverem diretamente estabelecidas por meio das disposições de direitos

⁸ Ibidem, loc.cit.

⁹ Ibidem, loc.cit.

¹⁰ ibidem, p.68

fundamentais, enquanto que serão regras as disposições oriundas dos resultados das diferentes ponderações dos princípios¹¹.

Baseado na distinção acima, as normas de direitos fundamentais tais como contidas na Constituição Federal são compostas por princípios, em outras palavras, são os princípios jurídicos básicos que justificam logicamente a existência dos direitos fundamentais.

Ainda há que se enaltecer que princípios e valores estão intimamente ligados, podendo dizer que os princípios carregam alta carga valorativa, o que permite o sopesamento em caso de colisão. A diferença entre ambos se situa no campo deontológico dos princípios (dever ser) e no campo axiológico para os valores (aquilo que é bom)¹².

3 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Segundo Robert Alexy, as normas de direitos fundamentais são importantes para o ordenamento jurídico em razão de dois atributos: (i) a fundamentalidade formal, que resulta da primazia hierárquica dessas normas, haja vista que ocupam a posição mais elevada na estrutura escalonada do ordenamento; e (ii) a fundamentalidade material-procedimental, que permite atribuir a essas normas a qualidade de viabilizar as decisões sobre a estrutura normativa do Estado e da sociedade¹³. Portanto, da soma das estruturas acima a conclusão que se impõem é que as normas de direito fundamental compõem o centro do sistema jurídico.

Ainda, é entendimento pacificado que no atual momento em que a sociedade se insere as normas de direito fundamental não se restringem as relações de caráter vertical, assim compreendidas aquelas em que há participação do Estado, mas expressivamente se fazem presente nas relações entre terceiros, ou seja, entre cidadão e cidadão, também denominada de eficácia horizontal, na qual em ambos os polos se situam titulares de direitos fundamentais.

¹¹ ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. 2 ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2014. p. 96

¹² *ibidem*, p. 126.

¹³ *Ibidem*, p. 461-463.

Isto decorre da percepção de que valores protegidos pelos direitos fundamentais não devem ser respeitados apenas pelo Estado, mas sim pela percepção se que esses direitos se irradiam por todo o ordenamento jurídico, público e privado, não se tratando apenas de direitos subjetivos públicos, como também direitos oponíveis nas relações particulares.

Isto porque é inegável que em um sistema político econômico em que há pluralidade de agentes, surgem alguns dotados de “poder social” que acabam por alcançar posições de poder e com isso, influem de forma prejudicial no sistema político.¹⁴

Cabe a ressalva de que apesar do poder das grandes incorporações, empresas, a vinculação de particulares a direitos fundamentais, abrange todos os particulares em todas as relações em que possam estar em conflito os almejados direitos.

Alguns doutrinadores, com destaque para INGO WOLFGANG SARLET criticam a expressão eficácia horizontal sob o argumento de que sobremaneira haverá em um dos polos um particular e do outro um detentor de poder social, o que caracteriza uma operação vertical, que não se visualiza a tendência igualitária oriunda da horizontalidade.¹⁵ No entanto independentemente da terminologia não há como se negar a existência da eficácia dos direitos e garantias fundamentais nas relações privadas.

Dessa forma, se elenca três razões pelas quais se faz imprescindível a análise da aplicação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Primeiro, não seria correto colocar simplesmente o particular na posição de sujeito passivo, pois ele também é titular de direitos fundamentais; em segundo lugar, a equiparação do particular ao Estado é uma posição autoritária, pois restringe a possibilidade de escolhas do particular; e em terceiro, não pode haver uma hipertrofia da eficácia horizontal dos direitos fundamentais - distopia-“fundamentalismo de direitos fundamentais”¹⁶(restrição em excesso da autonomia privada).

A vinculação dos particulares entre si aos direitos fundamentais é (a) plena, pois não tem relação de autoridade ou verticalidade; (b) direta,

¹⁴ ZIPPELIUS op. cit. SILVA, Virgílio Afonso. **A Constitucionalização do Direito**: Os direitos Fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros Editores. 2008. p.52.

¹⁵ SARLET. (2011, p. 3)

¹⁶ SARMENTO, Daniel e GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. Revista TST: Brasília, vol. 77, nº4. Out/dez 2011. p. 3.

pois não tem necessidade de intermediação legislativa, e, conseqüentemente, o direito fundamental pode ser usado diretamente da Constituição; (c) e irradiante, atuando em todos os campos jurídicos indistintamente, com força invasora e preenchendo o conteúdo dos direitos fundamentais nas relações empresariais, civis, consumeristas, trabalhistas, advindas do biodireito, só para citar a interação do Direito Privado a partir da Constituição.¹⁷

Ainda, cabe a ressalva de que quando se trata de aplicação de direitos fundamentais a particulares, não se pode levar em consideração de forma absoluta as principais características desses direitos, tais como irrenunciabilidade, inalienabilidade, pois estamos diante de dois titulares de direitos.

No entanto, a problemática sobre o tema é de que forma e em qual quantidade são aplicadas. Dessa forma, passa-se a análise das teorias existentes sobre o tema, dando-se destaque para a teoria da eficácia horizontal direta, teoria da eficácia horizontal indireta e teoria mista.

3.1 TEORIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL MEDIATA OU INDIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A primeira teoria a ser tratada tem origem alemã e seu principal precursor é Günter Düring, tendo surgido por volta de 1956.

Ressalta-se ainda ser esta a concepção dominante no Direito Alemão até os dias atuais, prevalecendo tanto na doutrina como na Corte Constitucional em razão dos perigos do arbítrio estatal, vivenciados durante o regime nazista, estabelecendo a vinculação de todos os poderes aos direitos fundamentais:

A Lei Fundamental de Bonn foi adotada em 1949, logo após o fim da traumática experiência do nacional-socialismo. Neste cenário, é natural que a grande preocupação do constituinte, no tema dos direitos fundamentais, tenha sido em relação ao arbítrio estatal. Assim, a Constituição alemã consagra expressamente a vinculação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário aos direitos

¹⁷ MOREIRA, Eduardo Ribeiro e BUNCHAFT, Maria Eugenia. A eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Revista dos Tribunais Online- Revista de Direito Constitucional e Internacional. Vol. 86/2014. P 105-124. Jan-mar 2014. p.3.

fundamentais (art. 1.3), mas se silencia em relação à submissão dos particulares aos mesmos direitos¹⁸.

Assim, para esta teoria as normas de direito privado continuam sendo normas de direito privado, bem como os direitos e deveres nela inseridos permanecem no campo de incidência privado¹⁹, uma vez que não se aplicam diretamente os preceitos fundamentais nas relações privadas. A visão constitucional ingressará no campo privado através da interpretação das chamadas cláusulas gerais, que permitem a extensão de sua interpretação, conforme os preceitos constitucionais. Portanto, os direitos fundamentais no campo privado são protegidos por mecanismos próprios do Direito Privado e não da Constituição Federal.

Segundo este modelo os direitos fundamentais se infiltram no direito privado por meio das cláusulas gerais e aí produzem efeitos.

Os adeptos de referida teoria fundamentação que a eficácia tal como pretendida é uma proteção constitucional da autonomia privada, pois neste campo é possível a renúncia a direitos fundamentais, o que se mostra impossível nas relações com o Poder Público, logo reconhecer a aplicação direta equivaleria por resultar numa estatização do Direito Privado e um virtual esvaziamento da autonomia privada. Em complementação, a força jurídica dos preceitos de índole fundamental atinge os particulares através da atuação do poder legislativo, de forma indireta, ao qual caberá a tarefa estipular de que forma e em que profundidade cada direito cederá frente ao conflitante.

Virgílio Afonso Da Silva aponta que o núcleo do modelo de efeitos indiretos dos direitos fundamentais nas relações horizontais parte do reconhecimento de um direito de liberdade, uma vez que é este direito que impede que os direitos fundamentais tenham um efeito absoluto nas relações particulares, o que resultaria no total controle do direito constitucional sobre o direito privado²⁰.

O principal cerne desta concepção é a negação da possibilidade de aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, o que é visto como extermínio da autonomia privada e desconfiguração do

¹⁸ SARMENTO, Daniel e GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. Revista TST: Brasília, vol. 77, nº4. Out/dez 2011. p.24.

¹⁹ ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. 2 ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2014, p. 469.

²⁰ SILVA, Virgílio Afonso. A Constitucionalização do Direito: Os direitos Fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros Editores. 2008. p.75.

Direito Privado, que teria o mero papel de concretizar o Direito Constitucional, caso contrário a liberdade individual ficaria a mercê do Poder Judiciário.

Em poucas palavras, para os adeptos dessa corrente, os direitos fundamentais são um parâmetro interpretativo no julgamento dos conflitos das relações privadas. Ou seja,

[...] a chamada eficácia irradiante das normas de direitos fundamentais, reconduzida a sua dimensão jurídico-objetiva, acabaria por ser realizada, na ausência de normas jurídico-privadas, de forma indireta, por meio da interpretação e integração das ‘cláusulas gerais’ e conceitos indeterminados do direito privado à luz dos direitos fundamentais²¹.

Para esta corrente a conciliação dos direitos fundamentais e o direito privado sem que haja controle de um por outro, se dá por “intermédio do material normativo do próprio direito privado²²”

Dentre as críticas a este modelo elencamos o posicionamento segundo o qual depender de das cláusulas gerais para que os efeitos dos direitos fundamentais adentrem as relações entre particulares se mostra ineficaz, uma vez que as cláusulas existentes podem não ser suficientes para desempenhar este papel.

A fim de elucidar o posicionamento acima, o qual representa a Corte Constitucional Alemã, elenca-se o Caso Lüth (1958). O caso simplificadoramente trata de um conflito de direito privado envolvendo um judeu e um alemão já depois da desnazificação.

Em 1950, Erich Lüth, diretor do Clube de Imprensa de Hamburgo, sustentou boicote público contra o filme “Unsterblich Gelibte” (Amada Imortal), dirigido pelo cineasta Veit Harlan, que havia produzido filme de cunho notoriamente anti-semita, durante a ditadura nazista. Harlan obteve decisão do Tribunal de Hamburgo no sentido de que Lüth se abstivesse de boicotar o filme, com base no § 826do Código Civil (BGB). Contra esta decisão, Lüth ingressou com reclamação constitucional (Verfassungsbeschwerde) perante a Corte Constitucional, argumentando que a decisão do Tribunal de Hamburgo violou sua liberdade de expressão, que – segundo Lüth- protege também a possibilidade de influir sobre outros mediante o uso da palavra. O Tribunal Constitucional, por sua vez, acolheu

²¹ SARLET, apud, p.7.

²² SILVA, Virgílio Afonso. A Constitucionalização do Direito: Os direitos Fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros Editores. 2008. p.76

o recurso, argumentando que os tribunais civis podem lesar o direito fundamental de livre manifestação de opinião, aplicando regras de direito privado. Entendeu a Corte que o Tribunal Estadual descon siderou o significado do direito fundamental de Lüth (liberdade de expressão e informação) também no âmbito das relações jurídico-privadas, quando ele se contrapõe a interesse de outros particulares²³.

O produtor e seus empresários impetraram ação judicial sustentando que a atividade de Eric Lüth (autor do manifesto) violava o Código Civil alemão. Logo, todo aquele que causa prejuízo deve cessar o ato danoso e reparar os danos causados.

O judeu inconformado e baseada na liberdade de expressão recorreu para a Corte Constitucional Alemã e teve seu recurso provido, seguem trechos da decisão:

Uma expressão do pensamento que contenha uma convocação ao boicote não viola necessariamente os bons costumes na acepção do § 826 BGB; ela pode ser justificada constitucionalmente, em sede da ponderação de todos os fatores envolvidos no caso, por meio da liberdade de expressão do pensamento.

[...]

“O Tribunal Constitucional Federal chegou, pelo exposto, à convicção de que o Tribunal Estadual desconheceu, no julgamento do comportamento do reclamante, o significado especial do *direito fundamental à livre expressão do pensamento*, que também alcança o caso em que ele entra em conflito com interesses privados. A decisão do Tribunal Estadual fundamenta-se nesta falha de aferição e uso dos critérios próprios do direito fundamental e, destarte, *viola o direito fundamental do reclamante* do Art. 5 I 1 GG. Portanto, deve ser revogada.” (grifo nosso)²⁴

A importância deste Julgado é memorável, pois a Corte Constitucional, a partir dele, desenvolveu alguns conceitos que atualmente são as vigas-mestras da teoria dos direitos fundamentais, como por exemplo: (a) a dimensão objetiva dos direitos fundamentais (os direitos fundamentais funcionam como elementos da ordem jurídica da coletividade, determinando o objetivo, os limites e o modo de cumprimento das tarefas estatais.), (b) a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e (c) a necessidade de ponderação, em caso de colisão de direitos. Ademais, independentemente do resultado da decisão, reconheceu-se que “os direitos

²³ (SARLET, 2011, p. 7)

²⁴ LIMA, (2008)

fundamentais integram uma ordem de valores objetiva, centrada no livre desenvolvimento da personalidade e na dignidade da pessoa humana no seio da comunidade.”²⁵

3.2 TEORIA DA EFICÁCIA DIRETA E IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ESFERA PRIVADA

A teoria dos efeitos diretos também tem origem alemã, sendo seu principal representante Hans Carl Nipperdey, por volta da década de 50. Defende o citado percussor que alguns direitos fundamentais tem aplicação imediata nas relações privadas, possuindo assim oponibilidade *erga omnes*.²⁶

Ou seja, os direitos fundamentais se aplicam nas relações entre particulares, tal como se aplica nas relações entre Estado e particular, não sendo necessária qualquer intervenção. Assim, em caso de conflitos que envolvam direitos fundamentais em uma relação em que ambos os polos situam-se particulares, a solução será a mesma para o caso em que o Estado fosse o agente perturbador, isto porque estamos diante de direitos cujos efeitos são absolutos.

Segundo Nipperdey:

O efeito jurídico é muito mais um efeito normativo direto, que modifica as normas de direito privado existentes, não importa se se trata de direitos cogentes ou dispositivos de cláusulas gerais ou normas jurídicas específicas, ou cria novas normas, sejam proibições, deveres, direitos subjetivos, leis de proteção ou motivos justificadores ²⁷.

Ante a ideia de que as normas de direito fundamental estabelecem direitos aplicáveis a todo o ordenamento jurídico, não se pode aceitar que o Direito Privado fique a margem dos preceitos constitucionais, negando a influência deste sobre aquele. Ainda dentro desta concepção os direitos fundamentais não são normas meramente declaratórias, mas possuem

²⁵ SARLET, apud, p. 7

²⁶ SARMENTO, Daniel e GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. Revista TST: Brasília, vol. 77, nº4. Out/dez 2011. p.12.

²⁷ NIPPERDEY apud ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 530.

poder absoluto, sendo majoritariamente aplicada em países da Europa como Espanha, Portugal e Itália.

Dessa forma, a grande diferença para este modelo e o anterior, é pela teoria da aplicabilidade direta não há necessidade de haver “mediação legislativa para que os direitos fundamentais produzam efeitos nas relações entre particulares.”²⁸

Ainda, Portugal e África do Sul trazem expressa previsão constitucional quanto a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações de cunho horizontal, sem necessidade de qualquer intervenção legislativa. Com o intuito de elucidar o disposto, segue art. 18 da Constituição da República Portuguesa:

Artigo 18.º

Força jurídica

1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.²⁹

Novamente, ressalta-se há uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, não sendo necessária qualquer invocação de critérios hermenêuticos para a sua aplicação.

Ressalta-se que segundo essa teoria, os direitos fundamentais não têm o condão de apenas influenciar a interpretação das normas de direito privado, mas sim de influir diretamente em direitos subjetivos para os indivíduos. Logo, os direitos fundamentais possuem efeito absoluto. Sem, contudo, se olvidar que deve haver uma ponderação dos direitos fundamentais frente a autonomia privada dos particulares envolvidos, não se tratando de uma teoria radical.

Por fim, tal posicionamento não defende a aplicabilidade irrestrita desses direitos as relações horizontais, mas sim quando possível aplica-los, não restando excluída a possibilidade de que alguns desses direitos se limitam a incidir nas relações verticais.

²⁸ SILVA, Virgílio Afonso. A Constitucionalização do Direito: Os direitos Fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros Editores. 2008. p.89.

²⁹ PORTUGAL, Assembléia da República. 2005. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 1 out 2016

Abaixo relevantes considerações sobre a teoria exposta, buscando contrapor as principais críticas feitas a mesma.

Um dos principais argumentos contra a eficácia horizontal dos direitos fundamentais é de essa gera insegurança jurídica, já que os conflitos privados são resolvidos com base em princípios constitucionais vagos e abstratos, porém como acima mencionado, não é este o intuito, já que pode haver um sopesamento entre os direitos em conflito e a autonomia privada, a qual também não se pode atribuir caráter absoluto.

Ainda não há que se falar em risco de se abolir a autonomia do Direito Privado, pois se assiste a uma colonização deste pelo Direito Constitucional em seu latente comprometimento, pelo contrário, ocorre na realidade um sopesamento da liberdade individual em cada caso e não a sua desconsideração, almejando a concretização de uma maior igualdade entre os litigantes e o respeito aos parâmetros centrais das constituições sociais. Clarifica-se neste ponto que segundo tal teoria os efeitos dos direitos fundamentais são absolutos e não que se tratam de direitos absolutos, já podem ser relativizados e restringidos.

Tampouco deve ser julgado por antidemocrática, sob o argumento de que se delega poderes excessivos ao Judiciário em detrimento do legislativo, mas sim assegura seu bom funcionamento, já que o magistrado deve aplicar a norma vigente e não solucionar o conflito conforme lhe pareça mais justo. Portanto, somente poderá se afastar da aplicação da lei, quando houver desrespeito aos ditames constitucionais. Ainda, o legislador possui espaço para que com lastro democrático estabeleça novas normas de regência das relações privadas.

Por fim, não apenas a Constituição Federal, mas também outros ordenamentos possuem normas indeterminadas e cláusulas gerais.

O que não se pode olvidar é que nenhum ramo do direito sobrevive as margens da normatividade constitucional, já que este é o centro do ordenamento jurídico, sendo onde os demais ordenamentos encontram amparo legal. Direitos fundamentais são vetores exegéticos na aplicação de qualquer norma infraconstitucional, uma vez que os direitos fundamentais são o eixo central, enquanto que a dignidade da pessoa humana é o vértice de toda a legislação.

Essa doutrina é a dominante no Brasil, sendo adotada por Ingo Wolfgang Sarlet, Luís Roberto Barroso, Gustavo Tepedino, Wilson Steinmetz e Jane Reis Gonçalves Pereira, dentre outros.

Referida adoção se explica pelo fato de que o sistema de direitos fundamentais inscrito na Carta brasileira está mais caracterizado pela

sociabilidade do que o sistema germânico, ainda outra relevância para a aplicação da Teoria Direta no Brasil é a assimetria e as injustiças sofridas pela sociedade.

3.2.1 A EFICÁCIA HORIZONTAL DIRETA NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Antes da CF/1988, podemos dizer que o Supremo Tribunal Federal não se posicionava quanto a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, sustentando suas decisões na premissa clássica de que os direitos fundamentais teriam eficácia vertical. Exemplo clássico é a decisão do caso envolvendo o SFC (Santos Futebol Clube), na qual houve a invocação do princípio da isonomia por sócio excluído da sociedade, nos anos de 1968:

[...] o princípio da isonomia é de aplicação nas relações de direito público, ou naquelas em que o direito público interfere [...] para se cogitar da aplicabilidade ou não do princípio, é se alguma norma de direito público a impõe. (Diário Oficial do Brasil)

Assim, em conformidade com a decisão não havendo norma que estipulasse quanto a exclusão do sócio, esta poderia ser adotada de forma livre, conforme o interesse.

Entretanto, a partir do ano de 1977, vislumbra-se uma alteração de posição na Corte Suprema, quando então teve início o reconhecimento que certas emanções do direito à privacidade também vinculam os particulares. A exemplificação parte dos casos abaixo.

No caso UBC (União Brasileira de Compositores) de 2005, ocorreu a exclusão de sócio sem o respeito à garantia constitucional da ampla defesa, em decorrência do descumprimento do estatuto social e segundo o trecho transcrito nota-se a mudança do posicionamento:

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 tem por fundamento direito o próprio texto da Constituição da República. (...) a exclusão de sócio de quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica

impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras.³⁰

Em outro caso também posterior a CF de 1988, precisamente datado de 1995, conhecido como caso *De Millus S.A.*, tratou da submissão das empregadas a revista íntima cuja finalidade era de evitar o furto de mercadorias. O Ministro Sepúlveda Pertence proferiu posição contrária ao acórdão recorrido- no qual o gerente da empresa, denunciado pelo crime de constrangimento ilegal, havia sido condenado em 1ª instância e posteriormente absolvido por acórdão do Tribunal de Alçada do Estado do Rio de Janeiro, que destacara a validade do procedimento de revista íntima, porque previsto no contrato de trabalho celebrado pelas supostas vítimas- no entanto, na sua admissão quanto a legitimidade do vexatório procedimento de revista íntima sob o argumento de respeito à autonomia contratual, a questão não foi tratada de forma direta.

Tivemos outras decisões importantes sobre em que se foi colocado em discussão o assunto, no entanto, em todas o STF se manteve inerte ao tratar diretamente a questão do controvertido tema da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e como a eficácia desses direitos se aplica nessas relações.

Apesar de o referido dispositivo constitucional encontra-se encartado no capítulo destinado aos direitos e garantias individuais, a interpretação sistemática e teleológica do texto constitucional revela que a aplicabilidade imediata abrange todas as espécies de direitos fundamentais, independentemente da espécie, são todos dotados de fundamentalidade material, inexistindo razão jurídica para lhe serem conferidos regimes distintos quanto a sua fundamentalidade formal, inclusive no que pertine à garantia de aplicabilidade imediata da norma previsora.³¹

A questão não está mais em discutir se há ou não aplicação imediata dos direitos fundamentais, que é pressuposta, mas sim, em como realizar e tornar efetiva essa aplicação imediata.³²

³⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Brasil. 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 13 ago 2017.

³¹ XEREZ, Rafael Marçílio. Concretização dos Direitos Fundamentais: Teoria, Método, Fato e Arte. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2014. p. 108-109.

³² CUNHA JUNIOR, Dirley. Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2008. p. 271.

3.2 TEORIA DE SCHWABE

Outra teoria mencionada por Alexy para fundamentar sua Teoria Integradora que será também objeto de estudo, é a conhecida como Teoria de Schwabe, sua aplicabilidade por sistemas jurídicos é de pouca repercussão. Segundo pressupõem, a responsabilidade pelos atos dos particulares é do Estado, que agiu em omissão ao não prever aquela conduta em lei:

[...] os efeitos na relação cidadão/cidadão são consequência da vinculação do Estado aos direitos fundamentais como direitos públicos subjetivos³³.

Assim, o Estado como criador de um sistema de direito privado, participa das violações cometidas por um cidadão a direitos fundamentais de outro cidadão, defendo que essas violações mesmo que cometidas por cidadãos devem ser consideradas como intervenções estatais, podendo, portanto, serem imputadas ao Estado.

Para explanar parte-se da situação de que se um particular no exercício de um direito fundamental acaba por violar o direito fundamental de outrem e a conduta do primeiro não se encontra disciplinada em legislação infraconstitucional, seu ato é entendido como permitido pelo Estado. Logo, aquele particular violado que não tem mecanismos para se opor contra o particular violador por falta de instrumento para tal, já que houve omissão infraconstitucional do Estado, a responsabilidade pela violação é imputada ao Estado e não ao particular³⁴.

Schwabe conclui que a solução do problema do efeito perante terceiros, parte da concepção dos direitos fundamentais como direitos do *status* negativo dirigidos contra o Estado, dessa forma as violações de direitos fundamentais entre particulares devem ser imputadas ao Estado (teoria da imputação)³⁵.

Portanto, a responsabilidade pelo desrespeito a direitos fundamentais nas relações particulares somente será imposto ao particular se o Estado tiver disciplinado a questão, impondo um proibitivo para

³³ ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. 2 ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2014. p.530

³⁴ SILVA, Virgílio Afonso. A Constitucionalização do Direito: Os direitos Fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros Editores. 2008. 104)

³⁵ ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. 2 ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2014. p. 70.

aquela conduta, caso contrário, como uma punição a inércia Estatal a responsabilidade é a este atribuída.

Convertem-se as três teorias sob o aspecto de que nenhuma delas concebe como dogmaticamente equivalentes as relações em que litigam cidadão e Estado, das relações em que os particulares assumem os dois polos da relação jurídica, ou seja, elas não ignoram que a relação *cidadão x cidadão* é uma relação de tipo diferente, já que em ambos os polos da relação situam-se titulares de direitos fundamentais.

Assim, pela razão acima exposta a eficácia deve ser graduada e a medida utilizada para alcançar essa matização é a ponderação de direitos.

Ademais, todas as teorias acabam se destinando ao Poder Judiciário e a forma de sua atuação, produzindo resultados equivalentes, daí se conclui, com respaldo na máxima de ALEXY de que a teoria ideal é aquela que conseguiu “reunir várias teorias verdadeiras ou corretas sobre direitos fundamentais”³⁶.

Partindo da premissa que não há uma construção dogmática unitária, Alexy propõem um modelo de três níveis, a qual usualmente é denominada de Teoria Integradora.

3.3 TEORIA INTEGRADORA

A teoria integradora propõe a aproveitar o melhor das três teorias básicas: teoria da *eficácia mediata*, teoria da *eficácia imediata* e *teoria da imputação* de Schwabe (direitos de defesa contra o Estado), partindo do seguinte esquema:

que, na relação entre particulares, ambas as partes são titulares de direitos fundamentais;

que, por essa razão, a eficácia deve ser matizada (gradação da eficácia) e

que a medida da eficácia deve ser definida, em última instância, pela ponderação ou pelo sopesamento.

Logo, o modelo proposto se divide em três níveis, sendo que entre estes não há uma relação de grau, mas sim de mútua implicação.

No primeiro nível encontram-se os deveres do Estado, tendo aplicabilidade a teoria da eficácia mediata, ou seja, o Estado está obrigado a tratar dos direitos fundamentais na legislação e na jurisdição, respeitando

³⁶ ALEXY, Robert, *ibidem*, p. 473.

e aplicando, pois, as normas de direitos fundamentais valem como princípios para todos os ramos do direito.

Segue trecho da sentença de Lüth em que fica claro o posicionamento acima:

O juiz tem que, por força de mandamento constitucional, julgar se aquelas normas materiais de direito civil a serem por ele aplicadas não são influenciadas pelo direito fundamental da forma descrita; se isso ocorrer, então ele precisa observar a modificação do direito privado que resulta desta influência junto à interpretação e aplicação daquelas normas.³⁷

No segundo nível temos os direitos em face do Estado, quando então tem aplicação a teoria de Schwabe, partindo da premissa de que o particular em conflito com outro particular tem o direito fundamental de que o juiz ao proferir sua decisão deve levar em consideração o direito fundamental em conflito, assim, o juiz não pode desconsiderar a influência constitucional nas normas de direito civil, pois estará violando não apenas a norma objetiva, como também o direito fundamental.

E por fim, o nível das relações jurídicas entre particulares, cujo expoente é a teoria da eficácia imediata, pois nestas relações “cidadão/cidadão existem determinados direitos e não-direitos, liberdades e não-liberdades, competências e não-competências que, sem essas razões, não existiriam”³⁸.

Conclui o doutrinador supramencionado que todas as teorias levarão a um mesmo resultado em última instância, qual seja, a eficácia imediata.

De forma concisa, os benefícios da teoria integradora consistem na consideração pelos tribunais dos princípios de direitos fundamentais alegados pelas partes, ainda os tribunais também devem aplicar o direito privado vigente, exceto havendo incompatibilidade do direito privado com todas as possíveis interpretações dos princípios constitucionais.

Por fim, esta teoria não põe a perder as construções baseadas nos direitos de defesa e a proteção, pois confere garantia a que os princípios de

³⁷ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 473.

³⁸ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 521)

direitos fundamentais favoráveis a sua posição sejam levados em consideração na medida do exigível.

5 CONCLUSÃO

O estudo acima exposto permite a conclusão de que o surgimento das teorias em questão se deu primeiramente pela inegável colisão de direitos fundamentais nas relações particulares. Assim, as teorias determinaram como deveria o Poder Judiciário atuar frente a tal problemática.

Cada país em conformidade com o momento histórico vivido ou em decorrência de seu estágio econômico e social acaba por se vincular a uma das teorias apresentadas, de forma a atender suas prioridades jurídicas, sociais, econômicas.

Explica-se, a Alemanha adotou a teoria da eficácia indireta, pois a grande preocupação do país era vincular obediência de todos os poderes aos direitos fundamentais, para evitar que as barbáries do nazismo pudessem se repetir.

De outro lado, o Brasil sendo um país em que as assimetrias econômicas e sociais são elevadas, a atuação do Estado se destina a garantia da dignidade de seus cidadãos, logo a aplicação da teoria da eficácia direta resulta em maior proteção destes direitos, pois possibilita o sopesamento dos interesses fundamentais em litígio, de forma que seja dado máximo aproveitamento aos direitos envolvidos, respeito a legislação vigente e proteção dos hipossuficientes.

Assim, visando verificar qual seria a melhor teoria a ser adotada Robert Alexy acaba por chegar a conclusão de que a melhor teoria é a que consegue aproveitar o que cada teoria tem de melhor, e nesse intuito desenvolveu a Teoria Integradora.

Esta teoria é completa, pois responde *como e que de forma* se aplicam os direitos fundamentais nas relações horizontais, sendo que é obrigação do Estado prever os direitos fundamentais em sua legislação e jurisdição, ainda não basta haver apenas a previsão no ordenamento jurídico, o Estado, por meio do Judiciário tem o dever de levar em consideração o direito fundamental em conflito e, por fim, no âmbito das relações horizontais devem ser sopesados os direitos fundamentais em apreço.

Por fim, em consonância com o doutrinador acima, a conclusão que se impõem é que independentemente qual a teoria adotada pelo país, o resultado prático será a aplicação da teoria da eficácia imediata, uma vez que não se pode negar a colisão de direitos fundamentais nas relações particulares.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. 2 ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2014.

_____. Teoría de los derechos fundamentales. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL, Diário Oficial. Disponível em:

<<http://inter03.tse.jus.br/sadJudDiarioDeJusticaConsulta/diario.do?action=downloadDiario&voDiarioSearch.id=75202&voDiarioSearch.tribunal=TSE>>. Acesso em: 1 out 2016.

CUNHA JUNIOR, Dirley. Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2008.

FONTE, Felipe de Melo. Políticas Públicas e Direitos Fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

LIMA, George Marmelstein. 50 Anos do Caso Lüth: o caso mais importante da história do constitucionalismo alemão pós-guerra. 2008. Disponível em:

<<https://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/>>. Acesso em: 23 set 2016.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro e BUNCHAFT, Maria Eugenia. A eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Revista dos Tribunais Online- Revista de Direito Constitucional e Internacional. Vol. 86/2014. p 105-124. Jan-mar 2014.

PORTUGAL, Assembléia da República. 2005. Disponível em:

<<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 1 out 2016.

SARMENTO, Daniel e GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. Revista TST: Brasília, vol. 77, nº4. Out/dez 2011.

SILVA, Virgílio Afonso. A Constitucionalização do Direito: Os direitos Fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros Editores. 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: (RE 201819, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821). Acesso em: 23 set 2016.

XEREZ, Rafael Marcílio. Concretização dos Direitos Fundamentais: Teoria, Método, Fato e Arte. Rio de Janeiro: Lumen Iuris. 2014.