

Recebimento do artigo: 07/05/2007

Aprovado em: 17/05/2007

Ademir de Oliveira Costa Júnior
Prof^a Adriana Zawada Mello

Sumário

1 O problema da confusão terminológica. 2 Breve histórico sobre os direitos fundamentais. 3 Os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 4 Da eficácia dos direitos fundamentais. 4.1 Eficácia vertical dos direitos fundamentais. 4.2 Eficácia horizontal dos direitos fundamentais. 4.2.1 Da eficácia imediata ou direta. 4.2.2 Da eficácia mediata ou indireta. 4.2.3 Análise conjunta. Conclusões.

Resumo

O presente trabalho recorre à doutrina pátria e estrangeira com o objetivo de analisar de forma percuciente o problema da eficácia dos direitos fundamentais, tanto numa perspectiva das relações Estado-indivíduo (eficácia vertical) quanto nas relações entre os particulares (eficácia horizontal). Utilizando os métodos dogmático e comparativo (sobretudo com o direito português e germânico), parte-se da origem dos conceitos sobre direitos fundamentais, percorrendo-se de forma sintética o caminho trilhado até que se chegue às concepções atuais sobre o que sejam direitos fundamentais, de modo a demonstrar que a preocupação com

a efetividade dos mesmos também tem origens seculares. O problema aqui é tratado sobretudo à luz da Constituição Federal de 1988, cujas características não raro provocam problemas de conflitos entre normas de direito fundamental cabendo ao julgador, diante do caso concreto, definir qual (ou quais) e em que medida se aplicará a norma de direito fundamental.

Palavras-chave

Direitos fundamentais. Eficácia. Relações Estado-indivíduo. Relações entre particulares. Aplicabilidade.

Abstract

The present work appeals to the native and foreign doctrine with the objective to analyze the perspicacious way the problem of the effectiveness of the basic rights, in the perspective of the relations State-individual (vertical effectiveness) as well as in the relations between the particular ones (horizontal effectiveness). Using the doctrine and comparative methods (over all with the Portuguese and Germanic Law), it starts from the origin of the concepts of basic rights, covering in a synthetic form the way one went through up to get the current conceptions on what they are basic rights,

in order to demonstrate that the concern with the effectiveness of them also has secular origins. The problem is treated here over all to the light of the Constitution of 1988, whose characteristics, not rare provoke problems of conflicts between norms of basic right bringing up to the judge, before of the concrete case, to define which (or which) and in which proportion the norm of basic right will be applied.

Key words

Basic rights. Effectiveness. State-individual Relations. Relations between particular. Applicability.

1 O problema da confusão terminológica

Existe, e não apenas no Brasil, uma confusão terminológica e normativa para designar os direitos básicos dos homens. A primeira notícia que se tem dos chamados “direitos humanos” ou “direitos do homem” aparece como *jura hominum*, em 1537 no *Historia Diplomatica rerum Bataviarum* (VILLEY, 1983, p. 159). Em meados de 1791, Thomas Paine dedicara um livro ao assunto, mas foi a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão que trouxe a expressão para o âmbito jurídico.

No século XIX, a expressão “direitos humanos” foi substituída na França por “liberdades públicas”, como também por “direitos individuais”, como forma de refutar as idéias jusnaturalistas a que se opunham os positivistas da época. Na Alemanha surgiu a expressão “direitos fundamentais” como designativo de certas posições ou situações jurídicas básicas dos indivíduos perante o Estado ou como auto-limitação do poder soberano estatal em benefício de determinadas esferas de direito privado.

A partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, retomando-se as bases originais, inicia-se um jogo de definição que restringe “direitos humanos” ora ao plano filosófico, ora como forma de expressar os direitos de uma comunidade estatal concreta mais como “direitos fundamentais”. Direitos humanos seriam, portanto, os direitos válidos para todos os homens, independentemente do contexto social em que se inserisse, não conhecendo fronteiras nacionais nem comunidades éticas específicas.

Apesar de ter suas origens há séculos, esta confusão terminológica ainda se mostra bastante atual, não tendo as fontes normativas atuais colaborado para a solução do problema. Na Europa, por exemplo, há a “Convenção da Salvaguarda

dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1950, e a “Carta de Direitos Fundamentais da União Européia”, de 2000. No âmbito das Nações Unidas, o problema é idêntico, havendo a “Declaração Universal dos Direitos Humanos”, de 1948, o “Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos”, além do “Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais”, de 1966, por exemplo.

No Brasil, as constituições de 1824 e 1937 mantiveram os direitos humanos sob a rotulagem de “direitos civis ou individuais e políticos”, enquanto que nas constituições de 1891, 1934, 1946 e 1967/69, falava-se em “Declaração de Direitos”. A era dos direitos fundamentais, no magistério de José Adércio Leite Sampaio¹, se confirma com a Constituição Federal de 1988, pela adoção do título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, estimulando os autores a assumirem o novo sobrenome dos direitos, de modo a incluir a titularidade individual e coletiva, bem como a feição social, de nacionalidade e política. Trata-se de expressão inspirada principalmente na Lei Fundamental da Alemanha, na Constituição Portuguesa de 1976 e na Constituição Espanhola de 1978.

A expressão “direitos e garantias fundamentais”, contudo, não se mostra suficiente à solução da questão terminológica, ainda mais ao observarmos que a própria Constituição traz em seu texto expressões várias como: direitos humanos (art. 4º, II); direitos e garantias fundamentais (epígrafe do título II e art. 5º, §1º); direitos e liberdades constitucionais (art.5º, XXI) e direitos e garantias individuais (art. 60, §4º, IV).

Ao optarmos por uma das expressões, preferimos a terminologia “direitos fundamentais”, comungando com o entendimento de Ingo Sarlet², para quem a expressão “direitos e garantias fundamentais” utilizada na epígrafe do título II da nossa Constituição, seria uma expressão de cunho genérico – abrange todas as demais categorias e espécies de direitos fundamentais, nomeadamente os direitos e deveres individuais e coletivos (Capítulo I), os direitos sociais (Capítulo II), a nacionalidade (Capítulo III), os direitos políticos (Capítulo IV) e o regramento dos partidos políticos (Capítulo VI).

Ainda de acordo com o referido autor³,

¹SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais: retórica e historicidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 19.

²SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 32.

³ *Idem, Ibidem*, p. 33.

em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem o ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional e que, portanto, aspiram a validade universal para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

2 Breve histórico sobre os direitos fundamentais

Desde que o Estado começou a se delinear, os direitos individuais passaram a ser requeridos, pois, como bem leciona Darcy Azambuja⁴, “liberdade é uma condição essencial à vida da personalidade humana. Se não se pode conceber a sociedade sem autoridade (Estado), não se pode concebê-la também sem liberdade”.

A luta do homem pela garantia de direitos mínimos teve início há muitos séculos. Uma das primeiras conquistas das liberdades mínimas foi a chamada Magna Carta, conferida na Inglaterra de 1215 pelo Rei João Sem Terra. Foi senão na Inglaterra que a igualdade civil e a liberdade política se manifestaram no mundo moderno como condições indispensáveis à vida social. Em seguida veio a Declaração de Virgínia de 1776, com o escopo de estruturar um governo democrático, com um sistema de limitação de poderes, já influenciada pelas ascendentes doutrinas de Jean-Jacques Rousseau e Montesquieu. Seguindo essa orientação, surge, em 1791, a Declaração Norte-Americana (Bill of Rights), em que se asseguravam os direitos fundamentais do povo já independente.

Contudo, foi com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, fruto da Revolução Francesa, que os direitos fundamentais ganharam um contorno universalizante, consagrando princípios e garantias individuais que influenciaram e continuam a influenciar as constituições contemporâneas.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, por sua vez, consubstanciou, além dos direitos e garantias individuais, também os direitos sociais, isto é, as prestações positivas do Estado de modo a garantir condições de uma vida digna para cada indivíduo. Como bem observou Norberto Bobbio⁵,

⁴ AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**. Rio de Janeiro: Globo, 1988, p. 152.

⁵ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 28.

com essa Declaração, um sistema de valores é – pela primeira vez na história, universal, não em princípio, mas de fato, na medida em que o consenso sobre sua validade para reger a os destinos da comunidade futura de todos os homens foi explicitamente declarado.

A universalidade a que se referia o autor materializava-se na positivação dos direitos fundamentais elencados na Declaração no texto constitucional de cada um dos países subscritores, de tal forma que a consagração daqueles tornou-se algo tão relevante na estrutura estatal que passou a integrar o próprio conceito de constituição como elemento essencial. Era exatamente este o objetivo da Declaração, ao mencionar no art.16: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.”

Para se chegar ao conceito de direitos fundamentais, é preciso observar que estes têm uma história, são produto da história, são uma construção histórica e neles não há nada de eterno nem perene⁶. Dessa forma, conforme leciona Perez Luño⁷, podemos entender direitos fundamentais, numa perspectiva atual, como o conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional.

3 Os direitos fundamentais na constituição federal de 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 apresenta três características importantes, as quais se estendem aos direitos fundamentais: o seu caráter analítico; seu pluralismo e seu caráter pragmático.

Analiticidade verifica-se no grande número de dispositivos legais apresentados pela Constituição Federal de 1988, a qual conta com 250 artigos e 74 disposições transitórias, como também pelo exame da quantidade de artigos usados para o detalhamento e enumeração dos direitos fundamentais, que somam sete artigos, seis parágrafos e cento e nove incisos, excluindo-se os que se encontram de forma esparsa no texto constitucional.

Sobre a analiticidade da Constituição Federal de 1988, assevera Sarlet⁸ que

⁶ MONCHO I PASCUAL, Joseph Rafael. **Ética de los derechos humanos**. Madrid: Fernández Ciudad, 2000, p. 50.

⁷ PEREZ LUÑO, Antonio E. *et al.* Los derechos humanos, significación, estatuto jurídico y sistema apud SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 175.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 69.

o procedimento analítico do Constituinte revela certa desconfiança em relação ao legislador infraconstitucional, além de demonstrar a intenção de salvaguardar uma série de reivindicações e conquistas contra uma eventual erosão ou supressão dos Poderes constituídos.

O pluralismo deve-se ao fato de a redação final do texto constitucional acolher posições algumas vezes controvertidas entre si. Não se acatou uma teoria única sobre direitos fundamentais, e isto refletiu na catalogação dos mesmos, como, por exemplo, a reunião dos direitos sociais ao lado dos clássicos e de diversos outros direitos de liberdade e direitos políticos.

O caráter pragmático, por sua vez, decorre do grande número de dispositivos constitucionais, que dependem de regulamentação legislativa infraconstitucional, que estabelecem programas e diretrizes a serem implementados e garantidos pelos poderes públicos.

Cumprir destacar o fato de a Constituição Federal de 1988 trazer em seu bojo pela primeira vez normas fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensão (ou geração); o número de direitos fundamentais que se encontram protegidos e consagração das chamadas cláusulas pétreas.

Como aspectos negativos, além da falta de rigor científico e técnica legislativa adequada em relação aos direitos fundamentais, pontos já abordados neste trabalho, observa-se também uma lacuna no que concerne à ausência de previsão de normas genéricas expressas sobre a restrição a tais direitos.

As restrições aos direitos fundamentais podem ser diretas ou imediatas, estabelecidas por lei (reserva de lei) ou restrições constitucionais não escritas. As primeiras são as que se encontram positivadas expressamente pelas próprias normas constitucionais. Como exemplos destacam-se a liberdade de manifestação (art.5º, IV): esse dispositivo, ao mesmo tempo em que concede o direito de liberdade de manifestação, já estabelece a limitação de sua amplitude, ou seja, veda o anonimato. Na segunda categoria estabelece-se uma reserva de lei restritiva ou restrição estabelecida por lei, que podem ocorrer quando o dispositivo constitucional que concede o direito fundamental estabelecer de forma expressa que através de lei poderá haver limitação àquele direito. Assim é o caso da garantia à mulher ao mercado de trabalho (art. 7º, XX), que concede à mulher a proteção no mercado de trabalho por intermédio de incentivos, vinculando a proteção aos delineamentos de lei infraconstitucional. A terceira categoria refere-se a uma espécie de restrição que não é expressa, isto é, não existe enunciado normativo constitucional ou legal que determine a limitação e tem sido objeto de muita discussão doutrinária. Sobre o tema, Andrietta Kretz⁹ afirma que

⁹ KRETZ, Andrietta. **Autonomia da vontade e eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. Florianópolis: Momento atual, 2005, p. 82.

para a solução de conflito de direitos fundamentais, imprescindível é a aplicação da ponderação ou balanceamento dos direitos conflitantes, levando-se em conta as características do caso concreto. Resumidamente, o conflito de direitos fundamentais será solucionado no caso concreto pela ponderação de valores.

4 Da eficácia dos direitos fundamentais

O tema da eficácia das normas constitucionais é algo que se discute há muito na doutrina brasileira. Alguns dos mais renomados juristas do século passado, como Ruy Barbosa, Pontes de Miranda e José Afonso da Silva, dentre outros, dedicaram-se ao estudo do tema, sobre o qual elaboraram suas teorias.

Em que pesem as distinções entre as concepções de cada autor, todas as doutrinas reconhecem que determinadas normas constitucionais, em virtude da ausência de normatividade suficiente, não estão em condições de gerar, de forma imediata, seus principais efeitos, dependendo, para tanto, de uma atuação concretizadora por parte do legislador ordinário, razão pela qual também costumam ser denominadas normas de eficácia plena ou reduzida. Como observa Sarlet¹⁰,

em todas as classificações se destacam dois grupos de normas, quais sejam, aquelas que dependem, para a geração de seus efeitos principais, da intervenção do legislador infraconstitucional e aquelas que, desde logo, por apresentarem suficiente normatividade, estão a gerar seus efeitos e, portanto, dispensam uma *interpositio legislatoris*.

Importante acrescentar a lição de Renan Paes Félix¹¹, segundo o qual:

por regra, as normas que consagram os direitos fundamentais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada e aplicabilidade indireta. Isso evidencia que a mera declaração constitucional não resolve todas as questões, mas o disposto no §1º do art. 5º, quando declara que todas as normas do artigo têm aplicação imediata significa, conforme Afonso da Silva, que elas são aplicáveis até onde possam, ou seja, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento; significa também que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes, o mandado de injunção é uma delas, por exemplo, para tornar todas as normas constitucionais potencialmente aplicáveis diretamente.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 229.

¹¹ FELIX, Renan Paes. Direitos fundamentais e sua eficácia no âmbito das relações privadas. **Revista Juristas**, João Pessoa, a. III, n. 92, 19 set. 2006. Disponível em: <http://www.juristas.com.br/mod_revistas.asp?ic=37>. Acesso em: 18 abr. 2007.

4.1 Da eficácia vertical dos direitos fundamentais

Quando se fala nas eficácias vertical e horizontal, pretende-se aludir à distinção entre a eficácia dos direitos fundamentais sobre o Poder Público e a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares.

Como bem leciona Luiz Guilherme Marinoni¹²,

a norma de direito fundamental, independentemente da possibilidade de sua subjetivação, sempre contém valoração. O valor nela contido, revelado de modo objetivo, espraia-se necessariamente sobre a compreensão e atuação do ordenamento jurídico. Atribui-se aos direitos fundamentais, assim, uma eficácia irradiante.

Para o citado autor, “as normas que estabelecem direitos fundamentais, se podem ser subjetivadas, não são pertinentes somente ao sujeito, mas sim a todos aqueles que fazem parte da sociedade”¹³.

Partindo de tais premissas, podemos afirmar que o Estado, além de obrigado a não agredir os direitos fundamentais tem ainda a missão de fazê-los respeitar pelos particulares. Essa proteção poderá se dar, por exemplo, por meio de normas de proibição ou de imposição de condutas, como o caso da proibição da venda de medicamento reputado nocivo à saúde.

Importante ressaltar que, para parte da doutrina, no caso de manifesta desigualdade entre dois particulares (hipótese de poder econômico social), também existe relação de natureza vertical¹⁴.

4.2 Da eficácia horizontal dos direitos fundamentais

Ao lado de uma clássica eficácia vertical dos direitos fundamentais, que obriga ao respeito pelo Poder Público, insiste-se na eficácia horizontal ou privada (*erga omnes*), que cobra cumprimento dos direitos fundamentais também nas relações entre particulares.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 168.

¹³ *Idem, ibidem*, p. 168.

¹⁴ “...a existência de algum detentor de poder privado num dos pólos da relação jurídico-privada poderá, isto sim, justificar uma maior intervenção e controle no âmbito do exercício do dever de proteção imposto ao Estado; em outras palavras, uma maior intensidade na vinculação destes sujeitos privados, bem como uma maior necessidade de proteção do particular mais frágil” (SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: _____. **A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001, p. 155).

A Declaração de Virgínia de 1776 rezava em seu art. 1º que:

Art. 1º. Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, por nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança.¹⁵

A mesma idéia foi expressa na Declaração Francesa de 1789¹⁶, que em seu art. 2º dispôs: “O fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis ao homem”.

Tomando como exemplo as referidas normas, Peces-Barba Martínez¹⁷ nos deixa claro que “na origem histórica dos direitos humanos não existe base alguma que justifique a exclusão do âmbito das relações privadas, dos direitos fundamentais”. Esta observação faz-se importante, na medida em que ainda hoje há quem não reconheça a incidência dos direitos fundamentais nas relações jurídico privadas, vinculando-se a uma corrente doutrinária cujas origens datam de mais de um século e que tem como seu maior expoente G. Jellinek.

A eficácia horizontal – também chamada de “eficácia privada” ou de “eficácia em relação a terceiros” – analisa a problemática dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, bem como o vínculo do sujeito privado aos direitos fundamentais. Evidentemente, o efeito dos direitos fundamentais no âmbito privado é diverso e, sob certo aspecto, menos enérgico do que aquele verificado nas relações com o Poder Público.

Uma grande discussão gira em torno da questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, havendo quem sustente que os direitos fundamentais possuem eficácia imediata sobre as relações entre os particulares, e outros apenas mediata.

4.2.1 Da eficácia imediata ou direta

A teoria da eficácia imediata ou direta foi concebida na Alemanha, por Hans Carl Nipperdey, destacando-se outros expoentes como Walter Leisner, que se dedicou a estudá-la e aperfeiçoá-la para a elaboração de uma tese.

¹⁵ **Declaração dos direitos da Virgínia.** Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/inedex.htm>>. Acesso em: 30 abr. 2007

¹⁶ **Declaração dos direitos do homem e do cidadão.** Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/inedex.htm>>. Acesso em: 30 abr. 2007.

¹⁷ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. **Curso de derechos fundamentales.** Teoría general. Madrid: Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, 1999, p. 620.

De acordo com os teóricos da eficácia imediata, os direitos fundamentais são aplicáveis diretamente em relação aos particulares. Aos que defendem a teoria da eficácia direta das normas de direitos fundamentais entre os particulares, havendo ou não normas infraconstitucionais numa decisão, as normas constitucionais devem ser aplicadas como razões primárias e justificadoras, no entanto não necessariamente como as únicas, mas como normas de comportamento aptas para incidir no conteúdo das relações particulares. A existência de uma regra legal que reitere expressamente norma ou princípio constitucional não seria óbice para a aplicação direta da norma constitucional, uma vez que a função do legislador não é constitutiva, mas sim declarativa.

Outro argumento dos defensores da eficácia direta, como bem observa Andrieta Kretz¹⁸ é o de que o reconhecimento da eficácia direta nas relações entre particulares é uma espécie de cláusula geral que efetiva o sistema de proteção dos direitos fundamentais, como também supre as limitações dos instrumentos de controle do direito privado, uma vez que estes, por si só, somente oferecem uma proteção genérica e fragmentária, fazendo-se necessária assim, em certos casos, a aplicação direta dos direitos fundamentais.

Para boa parte dos ordenamentos, a tese da eficácia direta é meramente especulativa, uma vez que a maioria dos Estados não possui posicionamento constitucional acerca da matéria. Um dos poucos que o fazem é Portugal, país cuja Constituição de 1976 previu em seu art. 18/1: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”. Tal exemplo, contudo, não foi seguido pelo Constituinte brasileiro.

Para bem ilustrar a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais recorreremos à obra de Canotilho¹⁹, que apresenta a seguinte situação: Uma empresa industrial estabelece como condição de admissão a renúncia a qualquer atividade partidária ou a filiação em sindicatos. Nesse caso, a dita empresa está tolhendo o direito de livre associação sindical como requisito para admissão em seus quadros de funcionários. Os defensores da doutrina em questão entendem necessária

a imposição da observância directa dos direitos fundamentais, como princípios ordenadores da vida civil, implica que eles se apliquem nas relações privadas em que fica em perigo o mínimo de liberdade que os direitos fundamentais devem garantir como elementos da ordem objetiva da comunidade.

¹⁸ KRETZ, Andrietta. **Autonomia da vontade e eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. Florianópolis: Momento atual, 2005, p. 92.

¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1980, p. 573.

Então, em última análise, os direitos fundamentais dos trabalhadores deveriam prevalecer sobre as regras impostas pela empresa, eles poderiam acionar o Poder Judiciário, se necessário, para requerer a admissão na empresa, nos termos estabelecidos, sem o tolhimento dos direitos fundamentais.

4.2.2 Da eficácia indireta ou mediata

Esta teoria tem suas origens nas formulações do alemão Günther Dürig, segundo o qual os direitos fundamentais teriam sua eficácia irradiada ao direito privado somente quando não houvesse normas jurídico-privadas sobre o tema e sua operacionalização seria através do uso da interpretação e integração das cláusulas gerais do direito privado de acordo com os direitos fundamentais.

De acordo com esta teoria, os direitos fundamentais não têm por função precípua solver conflitos de direito privado, devendo a sua aplicação realizar-se mediante os meios colocados à disposição pelo próprio sistema jurídico. Cabe ao legislador, principal destinatário das normas de direitos fundamentais, realizar a aplicação das normas às relações jurídico-privadas e na ausência destas normas haveria a interpretação do poder judiciário em conformidade com os direitos fundamentais. Seria uma espécie de recepção dos direitos fundamentais pelo Direito Privado.

Na lição de Marinoni,²⁰

quando se pensa em eficácia **mediata**, afirma-se que a força jurídica dos preceitos constitucionais somente se afirmaria, em relação aos particulares, por meio dos princípios e normas de direito privado. Isso ocorreria através de normas de direito privado – ainda que editadas em razão do dever de proteção do Estado. Além disso, os preceitos constitucionais poderiam servir como princípios de interpretação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados suscetíveis de concretização, porém sempre dentro das linhas básicas do direito privado.

Na Alemanha, berço de ambas as teorias sobre a eficácia, adota-se a teoria da eficácia indireta ou mediata, efetuados alguns ajustes e especificidades em razão dos quais para alguns doutrinadores como Ingo Sarlet²¹ haveria uma segunda forma de eficácia indireta a qual denominou “teoria dos deveres de proteção”. Na mesma linha segue Robert Alexy²², para quem seriam três as teorias: a de efeito imediato; a de efeito mediato e produzido por meio de direitos “frente ao Estado”.

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 172.

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 123-124.

²² ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos, 2001, p. 511-512.

Já nos Estados Unidos manteve-se um posicionamento firme ao logo do tempo, negando a vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, tendo a Constituição daquele país estabelecido limites somente com relação à atuação dos entes estatais, numa teoria denominada de *State Action*.

4.2.3 Análise conjunta

De forma bastante perspicaz, Renan Paes Félix²³ assevera que, apesar dos sentidos opostos, ambas as teorias possuem alguns pontos em comum, tais como:

- 1) superação da concepção liberal-burguesa segundo a qual os direitos fundamentais só são oponíveis contra o Estado, pois esses direitos existem para garantir ao indivíduo liberdade e autonomia e devem ser invocados sempre que houver lesão ou ameaça em seus bens jurídicos, seja ou não o Estado o autor da ofensa;
- 2) os direitos fundamentais expressam uma ordem de valores objetiva, cujos efeitos normativos alcançam todo o ordenamento jurídico, é a chamada “eficácia irradiante”, decorrente do princípio da unidade da ordem jurídica;
- 3) em regra, aceita-se uma vinculação direta quando se tratar de entidades particulares detentoras de poder social, ou seja, quando se configurar uma clara relação de desnível (como ocorre no Direito do Trabalho brasileiro), capaz de afetar a paridade da relação jurídica, nesse caso seria uma relação semelhante ao âmbito das relações particular-Estado.

Na ordem constitucional pátria, apesar de não haveremos recepcionado expressamente um dispositivo no tocante à vinculação e aplicabilidade dos direitos fundamentais aos particulares, como ocorre na Constituição Portuguesa, inexistente argumento capaz de sustentar a negativa de uma eficácia horizontal, ao menos no que concerne aos direitos fundamentais que não possuam como únicos destinatários os poderes públicos.

A autonomia privada, um dos elementos basilares do direito privado, contudo, não foi negada, mas, se pelo contrário, encontra reconhecida pela Carta Magna como verdadeiro princípio constitucional, notadamente em seu art. 5º, inciso II, podendo também ser reconhecida na dignidade da pessoa humana, na liberdade, na livre iniciativa.

O entendimento dominante segue não somente no sentido de reconhecer a autonomia privada como princípio constitucional, mas de impor-lhe limites. Como ensina Sarlet²⁴:

²³ FELIX, Renan Paes. Direitos fundamentais e sua eficácia no âmbito das relações privadas. **Revista Juristas**, João Pessoa, a.III, n. 92, 19 set. 2006. Disponível em: <http://www.juristas.com.br/mod_revistas.asp?ic=37>. Acesso em: 18 abr. 2007.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A constituição concretizada**: construindo pontes entre o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 138.

Não se deve esquecer que – pelo menos no âmbito das relações negociais – os particulares não atuam, em princípio, por força de uma delegação ou autorização do Estado (Legislador), mas, sim, em virtude de uma decisão autônoma, no âmbito de sua autonomia privada e do direito geral de liberdade, que apenas é reconhecida e objeto de regulação e proteção por parte do legislador.

Desta forma, mostra-se plenamente possível no ordenamento brasileiro a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, sem a eliminação do princípio da autonomia da vontade.

Havendo, numa relação contratual, conflito entre a autonomia da vontade e um direito fundamental, existirá, no caso, não uma colisão entre um direito privado e um direito fundamental, mas sim, entre dois direitos fundamentais, que deverá ser resolvida pela ponderação de valores.

Contudo, essas assertivas não respaldam o particular para, por exemplo, sob o argumento da autonomia privada, adotar critérios para contratação de empregados em uma empresa que privilegiasse determinada categoria de pessoas.

É preciso que haja equilíbrio entre princípios do direito privado (liberdade de ação, autonomia) e os direitos fundamentais, prevalecendo, segundo nossa ótica, estes últimos pela própria supremacia da norma constitucional, ressalvando-se, é claro, as circunstâncias específicas de cada caso concreto.

Deve-se primar pela ponderação de valores e busca de equilíbrio de modo que nenhuma das partes sacrifique por completo seus direitos, visto que, no caso em questão, ambos são particulares e titulares de direitos fundamentais, os quais devem ser respeitados a todo custo.

Conclusões

Os direitos fundamentais têm sido há muito alvo de profundos debates em torno de sua terminologia. A confusão em torno do tema mostra-se ainda mais acentuada na medida em que organismos internacionais como a ONU, a exemplo do que o faz nossa Constituição, utiliza diversas acepções para o mesmo tema, tais como direitos humanos, direitos e garantias fundamentais, direitos e garantias individuais, dentre outras. No campo doutrinário, posição dominante é aquela segundo a qual a expressão “direitos fundamentais” se aplica àqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que “direitos humanos” guardariam relação com os documentos de direito internacional, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional e que, portanto, aspiram a validade universal.

A luta por direitos fundamentais à vida em sociedade remonta há vários séculos, mas foi a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem que adquiriu, pela primeira vez, o caráter universal, não em princípio, mas de fato, na medida em que o consenso sobre sua validade para reger os destinos da comunidade futura de todos os homens foi explicitamente declarado.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 apresenta três características importantes, as quais se estendem aos direitos fundamentais: o seu caráter analítico; seu pluralismo e seu caráter pragmático. Em seus sete artigos iniciais vemos uma vasta gama de direitos elencados como sendo fundamentais, mas que não exaurem o rol de tais direitos, vez que outros existem de maneira esparsa no próprio texto constitucional, nas leis infraconstitucionais e também nas normas decorrentes de tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário e que se incorporam à nossa legislação.

Diante de tão numerosos direitos elevados à categoria de fundamentais, não é raro deparar-se com um caso no qual estes conflitem entre si. Diante de tal situação, imprescindível é a aplicação da ponderação ou balanceamento dos direitos conflitantes, levando-se em conta as características do caso concreto.

Todo esse pano de fundo faz-se importante para melhor compreender o objeto deste estudo, qual seja a eficácia dos direitos fundamentais, aqui analisada sob as perspectivas vertical e horizontal.

Para Bobbio²⁵, o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não é mais o de fundamentá-los, e sim de protegê-los. Não se trata mais de saber quantos e quais são estes direitos, mas sim qual é o modo mais seguro de garanti-los.

Partindo de tal premissa, muitos doutrinadores passaram a se dedicar ainda mais sobre o tema da eficácia dos direitos fundamentais, algo que, no Brasil, teve início com grandes juristas a exemplo de Ruy Barbosa, Pontes de Miranda e José Afonso da Silva, dentre outros. Os citados doutrinadores, em que pese o fato de haverem vivido realidades distintas, assentam que se destacam dois grupos de normas, quais sejam aquelas que dependem, para a geração de seus efeitos principais, da intervenção do legislador infraconstitucional e aquelas que, desde logo, por apresentarem suficiente normatividade, estão a gerar seus efeitos e, portanto, dispensam uma *interpositio legislatoris*.

Quando se fala nas eficácias vertical e horizontal, pretende-se distinguir entre a eficácia dos direitos fundamentais sobre o Poder Público e a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares.

²⁵ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 25.

Justamente por causa de uma eficácia vertical dos direitos fundamentais o Estado, além de obrigado a não agredir os direitos fundamentais, tem ainda a missão de fazê-los respeitar pelos particulares. Essa proteção poderá se dar, por exemplo, por meio de normas de proibição ou de imposição de condutas, como o caso da fiscalização e punição contra agressões ao meio ambiente.

Ao lado de uma clássica eficácia vertical dos direitos fundamentais, que obriga ao respeito pelo Poder Público, vemos também uma eficácia horizontal ou privada (*erga omnes*), que exige a observância dos direitos fundamentais também nas relações entre particulares.

Na Alemanha, em meados dos anos 1950 e 1960, desenvolveram-se as duas principais teorias a respeito da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas (eficácia horizontal): a teoria da eficácia mediata ou indireta e a teoria da eficácia imediata ou direta.

De acordo com a primeira teoria, a força jurídica dos preceitos constitucionais somente se afirmaria, em relação aos particulares, por meio dos princípios e normas de direito privado. Isso ocorreria através de normas de direito privado – ainda que editadas em razão do dever de proteção do Estado. Os preceitos constitucionais serviriam como princípios de interpretação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados suscetíveis de concretização, porém sempre dentro das linhas básicas do direito privado.

Já de acordo com a teoria da eficácia imediata ou direta, a qual se filiou de maneira expressa a Constituição Portuguesa, os direitos fundamentais são aplicáveis diretamente em relação aos particulares. Isto significa que, havendo ou não normas infraconstitucionais numa decisão, as normas constitucionais devem ser aplicadas como razões primárias e justificadoras, no entanto não necessariamente como as únicas, mas como normas de comportamento aptas para incidir no conteúdo das relações particulares.

No Brasil, não encontramos dispositivo expresso no tocante à vinculação e aplicabilidade dos direitos fundamentais aos particulares, tal como ocorre na Constituição Portuguesa. Por outro lado, inexistente argumento capaz de sustentar a negativa de uma eficácia horizontal, não sendo possível afirmar que a autonomia privada foi negada, mas sim reconhecida pelo Constituinte, como verdadeiro princípio constitucional, notadamente em seu art. 5º, inciso II, podendo também ser reconhecida na dignidade da pessoa humana, na liberdade, na livre iniciativa.

Desta forma, mostra-se plenamente possível no ordenamento brasileiro a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, sem a eliminação do princípio da autonomia da vontade.

Um entendimento segundo o qual os direitos fundamentais atuam de forma unilateral na relação entre Estado e cidadão acabaria por legitimar a idéia de que haveria para o cidadão sempre um espaço livre de qualquer ingerência estatal e isto suscitaria problemas de difícil solução tanto no campo teórico quanto no prático.

O direito civil nos dá muitos exemplos de que conflitos de interesses no âmbito dos direitos fundamentais. Havendo, numa relação contratual, conflito entre a autonomia da vontade e um direito fundamental, haverá, no caso, não uma colisão entre um direito privado e um direito fundamental, mas sim, entre dois direitos fundamentais, fato que deverá ser resolvido pela ponderação de valores. Assim, o reconhecimento do direito fundamental de alguém implica o sacrifício de um direito fundamental de outrem e a solução deve ser analisada à luz do caso concreto pela chamada ponderação de valores. E nesta ponderação, nos ensina Moncho i Pascual que a dignidade da pessoa humana exerce posição superior entre os demais valores, que dela são decorrentes²⁶.

Diante de tudo o que foi exposto neste modesto trabalho, percebemos que o exercício do direito fundamental entre pessoas iguais deve ser moral, sincero, de forma que ninguém seja violado em sua dignidade humana. Caso isso ocorra, o lesado deverá buscar remédios jurídicos que lhe socorram, pois os direitos fundamentais são oponíveis não só em relação ao Estado (eficácia vertical), mas perante os particulares (eficácia horizontal), até porque estamos em um Estado de Direito onde a lei vale para todos e por todos deve ser cumprida.

Sem a pretensão de haver aqui esgotado o tema, a única conclusão a que se pode chegar, semelhantemente ao que fizeram os autores consultados ao longo do trabalho, não poderia ser outra senão a de que o assunto precisa ser bastante investigado e debatido a fim de que surjam novas premissas e o direito possa evoluir para melhor atender aos anseios da sociedade.

Referências

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**. Rio de Janeiro: Globo, 1988.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. Coleção Saraiva de Legislação.

²⁶ MONCHO I PASCUAL, Josep Rafael. **Ética de los derechos humanos**. Madrid: Fernández Ciudad, 2000, p. 28-31.

- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1980.
- FELIX, Renan Paes. Direitos fundamentais e sua eficácia no âmbito das relações privadas. **Revista Juristas**, João Pessoa, a.III, n. 92, 19 set. 2006. Disponível em <http://www.juristas.com.br/mod_revistas.asp?ic=37>. Acesso em 18 abr. 2007.
- KRETZ, Andrietta. **Autonomia da vontade e eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. Florianópolis: Momento atual, 2005.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MONCHO I PASCUAL, Josep Rafael. **Ética de los derechos humanos**. Madrid: Fernández Ciudad, 2000.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales. Teoría general**. Madrid: Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, 1999.
- PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: <<http://dre.pt/comum/html/crp.html>>. Acesso em 29 abr. 2007.
- ROTHEMBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características. **Revista dos Tribunais**: cadernos de direito tributário e finanças públicas, n. 24, jul./set. 1998.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais: retórica e historicidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- _____. **A constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2003.