



HORIZONTALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS POR MEIO DA ADEQUADA *RATIO DECIDENDI* PELA ARGUMENTAÇÃO ALEXYANA

FUNDAMENTAL RIGHTS HORIZONTALIZATION THROUGH THE ADEQUATE *RATIO DECIDENDI* BY ALEXYANA ARGUMENTATION

Bárbara Martini Moretto¹
Michel Scotti²

RESUMO

O presente estudo parte do pressuposto de que as ciências jurídicas aplicadas devem sempre buscar a consagração e eficácia dos direitos humanos fundamentais, não só pela hierarquia legislativa da Carta Magna em prol da constitucionalização dos direitos privados, mas principalmente, pelo efeito de pacificação social e melhoria da vida dos cidadãos que a aplicação de tais direitos gera. Assim, já partido do pressuposto da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas por meio da denominada eficácia horizontal, portanto filiando-se de imediato a tal corrente, inicialmente o texto apresenta o tema, de forma conceitual, pautado pela rica doutrina nacional. Também, entende-se como necessário discorrer, mesmo que brevemente, sobre a construção dos direitos fundamentais, já que é este o objeto de destinação. Posteriormente, também através da metodologia de pesquisa bibliográfica e descritiva, o estudo sugere que a aplicabilidade de tais direitos na esfera privada, seja de forma mediata ou imediata, alcançam maior legitimidade em sua aplicação, quando devidamente fundamentados através de uma reconhecida teoria da argumentação jurídica. Para a realização da pesquisa e elaboração do presente artigo, foi utilizado o método de abordagem dedutivo, a partir de técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, com a consulta em doutrinas, legislação e jurisprudência acerca do tema, adotando-se o referencial teórico de Rober Alexy, como forma de melhor adequar a *ratio decidendi* que aplica o direito.

Palavras-Chave: Direitos fundamentais. Eficácia horizontal. Relações privadas. Direito constitucional. Direito Civil.

¹Acadêmica do curso de Graduação em Direito da Universidade do Contestado. Campus Concórdia, Concórdia. Santa Catarina. Brasil. E-mail: martinimoretto_barbara@gmail.com

²Professor do curso de Graduação em Direito da Universidade do Contestado – Campus Concórdia, membro da Ordem dos Advogados do Brasil seccionais de Santa Catarina e Rio Grande do Sul, militante da área cível. Especialista em Direito Privado pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Mestrando do Programa de Pós-graduação em Direito/UNOESC. Concórdia. Santa Catarina. Brasil. E-mail: professormichelscotti@gmail.com

ABSTRACT

The present study is based on the assumption that applied legal sciences must always seek the fundamental human rights consecration and effectiveness, not only by the Magna Carta's legislative hierarchy in favor of the constitutionalization of private rights, but mainly by the citizen's improvements effects of social pacification that this applications of such rights generates. Thus, the assumption of the fundamental rights applicability in private relations through the so-called horizontal effectiveness, therefore immediately joining this flow, initially the text presents the theme, in a conceptual way, guided by the rich national doctrine. Also, since this is the object of destination we understand that it is necessary to discuss, even briefly, about the construction of fundamental rights. Subsequently, also through the methodology of bibliographic and descriptive research, this study suggests that the applicability of such rights in the private sphere, either mediate or immediate, when properly grounded through a recognized theory of legal argumentation achieve greater legitimacy in their application. For the accomplishment of the research and elaboration of this article, the deductive approach method was used, based on bibliographic and documentary research techniques, with the consultation on doctrines, legislation and jurisprudence on the theme, adopting the theoretical framework of Rober Alexy was adopted as a way to better adapt the ratio decidendi that law applies.

Keywords: Fundamental rights. Horizontal effectiveness. Private relations. Constitutional Law. Civil Law.

1 INTRODUÇÃO

A concretização e efetividade dos direitos humanos deve ser um objetivo constante de toda sociedade que busca justiça e bem-estar, elencando-se como aqueles direitos inerentes às pessoas a fim de garantir a dignidade humana e um mínimo existencial. Nessa linha, os direitos fundamentais devem ser encarados como irreversíveis e indisponíveis, formando um verdadeiro núcleo pétreo da constituição de cada nação.

No direito pátrio, a Carta Magna de 1988 consagra em seu art. 5º, especialmente, uma série de direitos individuais com vistas a garantir a dignidade da pessoa humana, bem como proteger a ilegalidade e abusividade perpetrada pelo Estado contra os indivíduos.

Pode-se dizer que os direitos fundamentais se constituem em uma segurança que cada indivíduo possui como proteção aos seus direitos, como a vida, propriedade, segurança, intimidade, entre outros.

É cediço que os direitos fundamentais norteiam não só os valores constitucionais, como também, servem de base para a construção de todo ordenamento jurídico, inclusive para a resolução de conflitos internos e internacionais, sendo que seus efeitos irradiantes e universais servem como pilares para a estrutura de leis e ponderação em demandas jurídicas.

Dessa forma, tendo em vista que o Estado não é o único detentor de poder capaz de colocar em risco os direitos fundamentais dos cidadãos, nas hipóteses de conflito, as decisões judiciais devem ser proferidas de acordo com tais direitos, aplicando-os na esfera privada.

Em razão do efeito constitucional irradiante, é correto que se exija o cumprimento de direitos fundamentais nas relações privadas, sendo que sua eficácia deve não apenas alcançar as relações Estatais, ou seja, efeito vertical, devendo também serem aplicados na resolução de conflitos antes solucionados somente pelo Direito Privado, de forma isolada.

Inicialmente cabe alertar que o presente estudo já parte do pressuposto afirmativo de aplicação, seja indireta ou direta, dos direitos fundamentais nas relações privadas, em contraponto as teorias que negam sua vinculação e conseqüentemente aplicação entre particulares.

Por óbvio, não se desconsideram as teorias negatórias, tão pouco a inexistência de texto expresso na constituição, porém, diante do referencial teórico que se apresentará, entre eles, a conceituação de Wilson Seinmetz e a teoria de eficácia horizontal de Robert Alexy, adota-se para esse artigo o entendimento em rumo da necessária auto aplicabilidade dos preceitos constitucionais nas relações privadas.

Mesmo reconhecendo as teorias divergentes, busca-se contribuir com a construção de um entendimento consolidado, o qual reconheça a possibilidade de os preceitos constitucionais operarem sua eficácia nas relações privadas, sendo este o principal ponto da chamada constitucionalização do Direito Civil.

Assim, o tema-problema do presente estudo deixa de ser o debate quanto a aplicabilidade ou não, de forma horizontal, ou seja, nas relações privadas, dos direitos fundamentais, mas sim a melhor forma de justificar sua aplicação de maneira racional nas decisões judiciais – *ratio decidendi* – que contemplam um direito constitucional de

forma direta nas demandas, que mesmo na esfera privada, ou seja, patrimonialista, podem conflitar direitos fundamentais em seu desfecho.

Portanto, admitida a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas, de forma horizontal, através do método de abordagem dedutivo, a partir de técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, com a consulta em doutrinas, legislação e jurisprudência acerca do tema, o presente artigo analisa alguns aspectos da aplicabilidade na forma mediata ou imediata.

Também, dentro do recorte da temática e suas delimitações, circula-se aqui o que Alexy define por fundamentalidade formal e material, restringindo tal aplicação apenas do grupo dos direitos fundamentais individuais, pois estes se demonstram com maior clareza quando analisados em sua problemática.

As posturas afirmativas dos direitos fundamentais nas relações privadas ainda é tema de controverso aspecto no que diz respeito a sua aplicação imediata pelos tribunais, com a devida motivação e fundamentação.

Perante a doutrina solidifica-se o entendimento pela aplicação e eficácia dos direitos fundamentais para além das relações entre particulares e Estado, porém, o ponto controvertido centra-se na intensidade e forma com a qual as normas constitucionais consagradoras desses direitos irão atuar na esfera particular.

A necessidade de levar em consideração tais direitos nos julgados entre particulares implica numa questão de padrões de equivalência de importância dos direitos fundamentais e a possibilidade de concorrência ou colisão, que não pode resultar na prevalência absoluta ou no sacrifício definitivo de algum deles, sendo assim, são resolvidos por meio do critério da proporcionalidade, com o mínimo prejuízo possível aos direitos fundamentais envolvidos.

É nesse ponto que surge a necessidade de apresentar um referencial teórico sólido, capaz de confirmar a ponderação como um critério de justiça com maior grau de assertividade, o que nos leva a adotar a argumentação jurídica de Robert Alexy como marco teórico para tal.

Assim, o presente trabalho foi construído e dividido em quatro capítulos. No primeiro e segundo capítulos abordou-se sumariamente a teoria geral dos direitos fundamentais, analisando brevemente sua historicidade, conceito e dimensões.

O terceiro capítulo traz uma breve exposição das principais teorias existentes quando se aborda a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, sendo que

nesse ponto será dada ênfase a corrente que prega a necessária eficácia – seja esta, dependendo o caso, indireta e mediada – dos direitos fundamentais.

O quarto capítulo tem por objetivo a análise e a interpretação de Robert Alexy das teorias sobre a eficácia horizontal, sob seu aspecto de eficácia direta e eficácia indireta, sendo assim uma tentativa de articular uma possível teoria que melhor justifique a aplicação dos direitos fundamentais entre particulares.

Por fim, conforme será visto, objetiva-se apenas debater o tema e trazer um posicionamento fundamentado, em meio às diversas orientações doutrinárias e jurisprudenciais existentes, na tentativa de criar um aporte teórico útil ao estudo e aplicabilidade racional dos direitos fundamentais por meio de uma teoria da argumentação jurídica.

2 BREVE APORTE HISTÓRICO E CONCEITUAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No que pese os estudos que afirmam o surgimento dos direitos fundamentais na antiguidade, bem como que a religião e principalmente filosofia grega nos deixou legados de ideologias que posteriormente vieram a influenciar o pensamento jusnaturalista, onde o ser humano, por sua simples existência, é titular de alguns direitos naturais e inalienáveis, ficamos com a construção histórica proposta por Stern (1984 apud SARLET, 2004, p. 43) que afirma que o processo de maturação dos direitos fundamentais é dividido em três etapas:

a) uma pré-histórica, que se estende até o século XVI; b) uma fase intermediária, que corresponde ao período de elaboração da doutrina jusnaturalista e da afirmação dos direitos naturais do homem; c) a fase da constitucionalização, iniciada em 1776, com as sucessivas declarações de direitos dos novos Estados Americanos.

Ressalta-se, quanto a contribuição da filosofia acima narrada, como bem observa Canotilho (1998), que no mesmo período histórico filósofos expressivos como Platão e Aristóteles consideravam o estatuto da escravidão como algo natural, o que revela claramente a inexistência da universalidade destes postulados, que, posteriormente, viriam a integrar a categoria dos direitos fundamentais.

Portanto, dentro da abordagem tripartida de Stern (1984 *apud* SARLET, 2004), destaca-se documentos com valor histórico relevante que surgiram na divisão de períodos, destacando inicialmente, na fase pré-histórica, a criação da: *Magna Charta Libertatum*, manifesto firmado em 1215 pelo Rei João Sem-Terra com os bispos e barões ingleses. Sarlet (2004, p. 45) destaca que, apesar deste documento ter servido para garantir aos nobres ingleses alguns privilégios feudais, também serviu como marco para alguns direitos e liberdades civis clássicos, como o *habeas corpus*, devido processo legal e a garantia da propriedade.

Durante o período chamado de fase intermediária, tem destaque ao tema a o pensamento de Santo Tomás de Aquino, que pregou pela existência de duas ordens formadas respectivamente, pelo direito natural, concebido como a expressão da natureza racional do homem, e pelo direito positivo. No mesmo período surgiram outros acontecimentos de importante relevância na evolução dos direitos fundamentais, como a Reforma Protestante, a *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus Act* (1679) e o *Bill of Rights* de 1689 (SARLET, 2004, p. 45).

Entretanto, e aqui se filiando com segura convicção a descrição histórica traçada por Sarlet (2004), o principal documento histórico para à criação dos direitos fundamentais originou-se no ano de 1776, nos Estados Unidos da América, materializado na Declaração de Direitos do povo da Virgínia.

O autor aborda a divergência do elemento precursor derivar da referida constituição da Virgínia³ ou da declaração Francesa, assim se posicionando:

A despeito do dissídio doutrinário sobre a paternidade dos direitos fundamentais, disputada entre a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração Francesa, de 1789, é a primeira que marca a transição dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais (SARLET, 2004, p. 50).

³ Quanto a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia, o autor elenca sua importância afirmando que: “As declarações americanas incorporam virtualmente os direitos e liberdades já reconhecidos pelas suas antecessoras inglesas do século XVII, direitos estes que também tinham sido reconhecidos aos súditos das colônias americanas, com a nota distintiva de que, a despeito de virtual identidade de conteúdo, guardaram as características da universalidade e supremacia dos direitos naturais, sendo-lhes reconhecida eficácia inclusiva em relação à representação popular vinculando todos os poderes públicos. [...] pela primeira vez os direitos naturais do homem foram acolhidos e positivados como direitos fundamentais constitucionais, ainda que este status constitucional da fundamentalidade em sentido formal tenha sido definitivamente consagrado somente a partir da incorporação da declaração de direitos à Constituição em 1791, mais exatamente, a partir do momento em que foi afirmada na prática da Suprema Corte a sua supremacia normativa.” (SARLET, 2004, p. 51).

Os direitos fundamentais, em seus primórdios dentro das teorias liberais, exerciam uma força de equilíbrio entre o poder estatal e os particulares, delimitando as pretensões e esferas de proteção que o indivíduo poderia exigir do Estado, e até mesmo para que o próprio Estado não abusasse de seus poderes coercitivos em face de seus cidadãos. Essa é a característica subjetiva dos direitos fundamentais.

Por fim, comprovando a pretensão de exposição sumária do esboço histórico, certamente o evento que transformou a visão mais simplista da aplicação dos direitos fundamentais foram os documentos e atos institucionais que surgiram após o fim da segunda guerra mundial, consagrando a visão comunitária e objetiva dos direitos fundamentais irradiando os conteúdos e norteando a atuação dos poderes por todo o ordenamento jurídico.

Já diante da difícil tarefa de conceituar os direitos fundamentais, pois frequentemente são confundidos entre os doutrinadores, onde “direitos do homem” ou “direitos humanos”, aparecem como expressões sinônimas, nos socorremos na doutrina clássica:

[...] direitos do homem são direitos válidos para todos os povos em todos os tempos (dimensão jusnaturalistauniversalista), provenientes da natureza humana (daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal), enquanto os direitos fundamentais são direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente, ou seja, seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta (CANOTILHO, 1993, p. 517).

No direito pátrio a Constituição Federal de 1988 consagrou em seu art. 5º, especialmente, os direitos e garantias individuais. Contudo, ressalta-se que, conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal (ADI 939-7/DF), os direitos fundamentais não se restringem ao artigo 5º da Constituição de 1988, podendo ser encontrados ao longo de seu texto (LENZA, 2008, p. 587).

Assim, arriscando um possível entendimento conceitual do que se toma por Direitos Fundamentais, entendemos ser aqueles direitos inerentes à própria condição humana e, que estão previstos pelo ordenamento jurídico. Como alerta, com propriedade, Vírgilio Afonso da Silva, estabelecer um conceito para os direitos fundamentais não é tarefa simples (SILVA, 2005, p.128).

Assim, de forma objetiva quanto as dificuldades em obter um conceito de direitos fundamentais de consenso dogmático, ficamos com os dizeres de Sarlet (2004), que leciona:

Direitos fundamentais, são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (SARLET, 2004, p. 53).

Superada a introdução histórica e conceitual dos direitos fundamentais, mesmo que de forma sumária, passamos ao estudo acerca da necessidade de horizontalizar a eficácia de tais direitos.

3 DEFINIÇÃO DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Entre as várias nomenclaturas existentes para o tema, como “eficácia em relação a terceiros”, “eficácia privada” ou “eficácia externa”, aqui adota-se a expressão “eficácia horizontal”.

A doutrina traz como marco teórico de criação desta teoria de aplicabilidade indireta dos direitos fundamentais na esfera privada, a formulação de Günter Dürig em 1953 e adotada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão a partir do caso Lüth, em 1958 (SARMENTO, 2006, p. 202).

Em relação a teoria dos efeitos diretos dos direitos fundamentais perante terceiros, registra-se como marco histórico a tese desenvolvida por Hans C. Nipperdey e adotada pela 1ª Turma do Tribunal Federal do Trabalho, autor citado na Teoria dos direitos fundamentais de Alexy (2008).

Cumprido frisar que a chamada eficácia vertical dos direitos fundamentais – a relação que se dá entre Estado e Particular – continua a existir, porém, além dessa perspectiva, conforme bem observado por Alexy (2008), surge a necessidade de se repensar a dinâmica posta para aplicação dos direitos fundamentais, de modo a se defender o particular nas suas relações com outros particulares. A partir dessa

necessidade, surgem as teses da eficácia horizontal ou de direitos fundamentais nas relações privadas.

A evolução do pensamento doutrinário intensifica-se na medida em que se percebe que o Estado não é o único sujeito detentor de poder. No mundo contemporâneo, a capacidade de condicionar, restringir ou eliminar a liberdade das pessoas (indivíduos ou grupos) não pertence apenas ao Estado. Alguns sujeitos possuem tal capacidade mesmo no âmbito das relações horizontais (STEINMETZ, 2004, p. 87).

O autor observa que:

[...] no contexto das sociedades contemporâneas, é um equívoco elementar, próprio do liberalismo míope e dogmático, associar o poder exclusivamente ao Estado, como se o Estado tivesse o monopólio do poder ou fosse a única expressão material e espiritual do poder. Há muito o Estado não é o único detentor de poder – talvez nunca tenha sido o único (STEINMETZ, 2004, p. 85).

Seguindo a lição de Steinmetz (2004), entende-se que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares possui como principais alicerces o princípio da supremacia da Constituição, o postulado da unidade material do ordenamento jurídico, os direitos fundamentais como princípios objetivos e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Em menor grau, referida eficácia tem como fundamentos adicionais o princípio constitucional da solidariedade e o princípio da aplicação imediata dos direitos fundamentais (STEINMETZ, 2004, p. 101-123).

4 TEORIAS DE APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES

Como já anteriormente afirmado, sendo um aspecto próprio dos direitos fundamentais a sua imediata aplicação, conforme disposto no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988, que dispõe: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, decorre o dever do Estado de protegê-los, “não só contra ingerências indevidas dos poderes públicos, mas também

contra agressões providas de particulares [...] com vista a garantir de forma efetiva a fruição dos direitos fundamentais” (SARLET, 2015, p. 197).

Ainda:

Apesar do silêncio contido no art. 5.º, § 1.º, da CF/1988 a respeito da vinculação dos direitos fundamentais, uma vez que apenas limitou-se a proclamar sua imediata aplicabilidade, isto não significa, todavia, que os poderes públicos (além dos particulares) não estejam vinculados pelos direitos fundamentais, uma vez que são compreendidos como verdadeiros mandados de otimização de sua eficácia, atuando, por exemplo, sobre o legislador que deve se atentar na edição de normas que não atentem contra o sentido e a finalidade da norma de direito fundamental (SARLET, 2001, p. 326-327).

Cediço que na aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre indivíduo e Estado (forma vertical) a titularidade daquele é da pessoa, devendo sempre o Estado obrigar-se a respeitá-los, exercendo “funções simultâneas de garantidor, não violador e de mantenedor dos pressupostos essenciais para a vigência de direitos fundamentais” (DUQUE, 2014, p. 66). Porém, quando a relação se dá entre indivíduos, necessário considerar que a eficácia parte do princípio de que ambos os sujeitos são detentores desses direitos.

Nesse sentido, complementa-se:

Na verdade, não seria correto simplesmente transplantar o particular para a posição de sujeito passivo do direito fundamental, equiparando seu regime jurídico ao dos Poderes Públicos, pois o indivíduo, diversamente do Estado, é titular de direitos fundamentais, e está investido pela própria Constituição em um poder de autodeterminação dos seus interesses. Uma equiparação do particular ao Estado, para fins de sujeição aos direitos fundamentais, tenderia a revelar-se autoritária, ao restringir em demasia a sua liberdade de fazer escolhas e agir de acordo com elas (SARMENTO, 2011, p. 286).

Embora se reconheça a existência de outras teorias, como da imputação ao Estado e a teoria integradora, opta-se por tratar apenas as duas formas reconhecidas pela doutrina de atuação da eficácia horizontal: a indireta (ou mediata) e a direta (imediata).

Nesse sentido, expõe-se uma breve exposição acerca das duas principais teorias:

Segundo a teoria da eficácia imediata, os direitos fundamentais vinculam imediata e diretamente os particulares. Assim, a incidência dos direitos

fundamentais nas relações entre particulares independe da mediação das normas do direito privado. A inexistência de normas de direito ordinário concretizadoras de direitos fundamentais não afasta a eficácia jurídica desses direitos nas relações de sujeitos de direito privado sob as modalidades deônticas da obrigação, proibição e permissão de condutas ou comportamentos. Inversa é a posição da teoria da eficácia mediata, segundo a qual os direitos fundamentais não são imediata e diretamente aplicáveis às relações interprivadas. A eficácia é mediata e indireta, porque é tarefa (dever-competência), em primeira linha, do Poder Legislativo ao criar normas de direito privado, e, na omissão ou insuficiência legislativa, do Poder Judiciário, ao aplicar e desenvolver o direito privado, sobretudo pelo recurso ao ‘preenchimento’ das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados com conteúdo axiológicos que subjazem (aos) ou informam os direitos fundamentais (STEINMETZ, 2015).

Alexy ensina que a teoria mediata consiste em “Os direitos fundamentais, enquanto ‘decisões axiológicas’, ‘normas objetivas’ ou ‘valores constitucionais’”, ou seja, como princípios objetivos no sentido apresentado acima, influenciam a interpretação do direito privado [...]. Assim, mesmo que haja a influência dos direitos fundamentais nas diretrizes do direito privado, estas continuariam pertencentes ao direito privado, bem como os direitos e deveres desse âmbito (ALEXY, 2014, p. 529).

Ainda sobre a teoria mediata, em que pese os direitos fundamentais compreenderem um sistema de valores objetivos, refletindo em todo o ordenamento, não denotam eficácia imediata (aplicação subjetiva direta) nas relações privadas. Conforme a teoria defende, “o reconhecimento de uma eficácia direta no âmbito das relações entre particulares acabaria por gerar uma estatização do Direito Privado e um virtual esvaziamento da autonomia privada” (SARLET, 2000, p. 123).

Conforme a referida, “os direitos fundamentais não ingressam no cenário privado como direitos subjetivos, que possam ser invocados a partir da Constituição” (SARMENTO, 2006, p. 198). Sendo assim, não se deve aplicar diretamente os preceitos fundamentais nos vínculos privados. Defende-se que a visão constitucional ingressa no campo privado através da interpretação das chamadas cláusulas gerais inseridas na própria legislação civil que permitem a extensão da sua interpretação, neste caso, conforme os preceitos constitucionais. “Conceitos como boa-fé, ordem pública, abuso de direito, bons costumes, dentre tantos outros, abrem-se, pela sua plasticidade, a uma verdadeira reconstrução à luz dos direitos fundamentais” (SARMENTO, 2003 p. 284).

Para a teoria mediatista, os direitos fundamentais apenas são um parâmetro de interpretação no julgamento de possíveis conflitos, o que, porém, não significa que as

relações privadas devem ser compatíveis com os valores constitucionais. Sarmento explica que nas hipóteses de lacunas e divergências, cabe ao Judiciário a função de interpretar as cláusulas indeterminadas criadas pelo legislador, levando em consideração os direitos fundamentais, (SARMENTO, 2006, p. 241) bem como, a função de rejeitar, caso estejam evadas de inconstitucionalidade, a aplicação das normas privadas incompatíveis com tais direitos (FREITAS; CLEMENTE, 2011, p. 159).

Para essa concepção, os direitos fundamentais não são oponíveis de forma direta nas relações particulares (como direitos subjetivos), sendo necessária assim, uma intermediação do legislador, e, na ausência de normas legais, pelo judiciário, por meio de interpretação conforme aos direitos fundamentais (SARLET, 2000, p. 123), “[...] e, eventualmente, por meio de uma integração jurisprudencial de eventuais lacunas, cuidando-se, na verdade, de uma espécie de recepção dos direitos fundamentais pelo Direito Privado” (SARLET, 2000, p. 124).

Pontando, de forma oportuna e didática, traz-se, sucintamente, as conclusões de Steinmetz acerca da teoria: inicialmente, as normas de direitos fundamentais possuem eficácia nas relações particulares mediante as normas e os parâmetros dogmáticos, interpretativos e aplicativos, próprios do direito privado (direito civil, direito do trabalho, direito comercial) [...] ainda, a eficácia nessas hipóteses está condicionada à mediação concretizadora do legislador de direito privado, em primeiro plano, e do juiz e dos tribunais, em segundo plano. Não obstante, cabe ao legislador o desenvolvimento “concretizante” dos direitos fundamentais por meio da criação de regulações normativas específicas que delimitem o conteúdo, as condições de exercício e o alcance desses direitos nas relações entre particulares. Finalmente, “ao juiz e aos tribunais, ante o caso concreto e na ausência de desenvolvimento legislativo específico, compete dar eficácia às normas de direitos fundamentais por meio da interpretação e aplicação dos textos de normas imperativas de direito privado (interpretação conforme os direitos fundamentais) [...]” (STEINMETZ, 2004, p. 136 - 138).

Do outro lado, a teoria da eficácia imediata, possui uma perspectiva diversa, conforme aponta Ingo Sarlet:

[...] os deveres de proteção decorrentes de normas definidoras de direitos fundamentais impõe aos órgãos estatais (e é o Estado o destinatário precípua desta obrigação) um dever de proteção dos particulares contra agressões aos seus bens jurídicos fundamentais constitucionalmente assegurados, inclusive quando estas agressões forem oriundas de outros particulares, proteção esta que assume feições absolutas, já que abrange todos os bens fundamentais (SARLET, 2000, p. 126).

Nesse âmbito, como bem esclarecem Freitas e Clemente:

Com esta teoria não falamos mais de critérios hermenêuticos na aplicação dos direitos fundamentais, mas sim de verdadeiros direitos que podem ser invocados pelos particulares, frisa-se, na relação com outro particular. A teoria propõe a imediata aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, sem a necessidade de pontes ou portas de entradas oriundas do Direito Privado (FREITAS; CLEMENTE, 2011, p. 172).

Para os defensores da teoria imediatista, a Constituição está acima de qualquer outra legislação infraconstitucional, e, portanto, seus preceitos podem e devem ser aplicados diretamente nas relações privadas. Ainda, reconhecem haver peculiaridades nas relações privadas, não ignorando a necessidade de “ponderar o direito fundamental em jogo com a autonomia privada dos particulares envolvidos no caso” (SARMENTO, 2004, p. 246).

Dessa maneira, os direitos fundamentais seriam “normas de valor válidas para toda a ordem jurídica (princípio da unidade da ordem jurídica)”, motivo pelo qual incidem diretamente nas relações privadas (SARLET, 2001, p. 340).

Porém, cabe ressaltar as ponderações de Steinmetz sobre a eficácia horizontal indireta e mediata, que nos parece de igual modo positivas, principalmente quando sintetiza de forma didática a teoria, com o seguinte conteúdo:

(i) as normas de direitos fundamentais produzem efeitos (eficácia) nas relações entre particulares por meio das normas e dos parâmetros dogmáticos, interpretativos e aplicativos, próprios do direito privado (direito civil, direito do trabalho, direito comercial), isto é, no caso concreto, a interpretação-aplicação de normas de direitos fundamentais não se processa *ex constitutione*, mas é operada e modulada *mediatamente* pelas (através de) normas e pelos parâmetros dogmáticos hermenêutico-aplicativos do direito privado; (ii) a eficácia de direitos fundamentais nas relações entre particulares está condicionada à mediação concretizadora do legislador de direito privado, em primeiro plano, e do juiz e dos tribunais, em segundo plano; (iii) ao legislador cabe o desenvolvimento “concretizante” dos direitos fundamentais por meio da criação de regulações normativas específicas que delimitem o conteúdo, as condições de exercício e o alcance desses direitos nas relações entre particulares; (iv) ao juiz e aos tribunais, ante o caso concreto e na ausência de desenvolvimento legislativo específico, compete dar eficácia às

normas de direitos fundamentais por meio da interpretação e aplicação dos textos de normas imperativas de direito privado (interpretação conforme aos direitos fundamentais), sobretudo daqueles textos que contêm cláusulas gerais (e.g., ordem pública, bons costumes, boa-fé, moral, abuso de direito, finalidade social do direito), isto é, devem fazer uso das cláusulas gerais, interpretando-as e aplicando-as em conformidade (STEINMETZ, 2004, p. 136-138).

No que talvez possa ser interpretado como sua preferência frente às demais teorias de aplicabilidade, Steinmetz (2004) destaca os pontos positivos da eficácia horizontal indireta e mediata, quando afirma que:

(i) considera e preserva a autonomia privada como princípio fundamental do direito privado e como princípio que deflui do direito geral de liberdade; (ii) assegura a identidade, autonomia e função do direito privado como um todo, sobretudo do direito civil; (iii) responde melhor ao postulado da certeza jurídica, porque as normas de direito privado apresentam um grau de maior especificidade e de detalhamento do que o das normas de direitos fundamentais (estas últimas são veiculadas por textos fragmentados, ambíguos e, sobretudo, vagos); (iv) evita a 'panconstitucionalização' do ordenamento jurídico, fenômeno que não seria bom para o direito privado nem para o direito constitucional, porque (a) implicaria trivialização da Constituição e dos direitos fundamentais, (b) converteria, em grande escala, casos jurídico-privados em casos de jurídicoconstitucionais e, por consequência, (c) sobrecarregaria a jurisdição constitucional (STEINMETZ 2004, p. 139-140).

De fato, é prudente ao bom direito não engessar a autonomia privada, em prol de uma evolução que independa da extrema intervenção estatal nas relações entre particulares.

5 A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA TEORIA DE ROBERT ALEXY

Analisando o tema do efeito perante terceiros da constitucionalização do Direito Civil, que aqui intitulamos de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, Alexy contextualiza o significado que as normas de direitos fundamentais devem ter em um estado Democrático.

Tal significado, segundo o autor, depende de uma classificação formal e material dos direitos fundamentais. A fundamentalidade, ou seja, a importância hierárquica do direito a ser prestado e respeitado, depende de um ordenamento jurídico concebido como uma estrutura escalonada de normas, onde em seu topo,

devem estar os direitos fundamentais, que sujeitam a todos o seu cumprimento, seja Estado, seja particulares (ALEXY, 2008, p. 520).

Segundo o autor, a classificação formal, isoladamente, não é capaz de definir por completo que tipo de modelo constitucional foi concebido, ou seja, as regras puramente procedimentais, de organização do estado, divisão de poderes e processos legislativos, analisadas isoladamente, não informam que direitos fundamentais estão no topo hierárquico, sendo necessário agregar a classificação formal para chegar a definição do que está no “topo”.

Em análise de sistemas constitucionais puramente formais ou puramente materiais, o primeiro modelo apenas define regras procedimentais, ou seja, padroniza os processos a serem seguidos em sua formalidade concatenada, sendo apenas normas de organização. Assim, desde que respeitado o processo de criação, qualquer conteúdo pode ser colocado como prioritário, ou seja, o regramento infraconstitucional pode eleger seus valores livremente desde que siga a formalidade do processo legislativo (ALEXY, 2008, p. 520-523).

Assim, identificamos aqui, o que também parece ser uma ponderação do autor, o perigo que uma constituição puramente formal pode representar para uma nação que leva ao poder legislativo, através do voto direto, parlamentares duvidosos.

Tais parlamentares, apenas vinculados a uma formalidade procedimental – e não a uma materialidade principiológica – poderiam elencar como fundamental qualquer direito, inclusive os anseios de seus redutos eleitorais, sejam eles verdadeiramente fundamentais ou não, diante do conteúdo.

Já, no modelo de conteúdo puramente material a criação de legislação infraconstitucional é determinada pelos princípios elencados no texto da Carta Magna. Nesse caso, é o legislador, ou seja, parlamentares e chefe do executivo, bem como todos os legitimados ao processo legislativo, apenas declara ou explicita aquilo que já está contido na constituição, diminuindo a margem de hierarquização de qualquer direito como fundamental.

Entretanto a proposta de Alexy (2008) é que as concepções de uma constituição formal devem se somar à estrutura da constituição material, formulando uma teoria integradora e unitária que tem por pretensão dar elementos para a solução de cada caso concreto, contribuindo para uma definição mais precisa dos efeitos dos direitos fundamentais no sistema jurídico.

O resultado da alocação dos direitos fundamentais em sua formalidade e sua materialidade podem projetar efeitos não só entre as relações jurídicas praticadas entre Estado e cidadão, mas também entre cidadão e cidadão, nesta segunda relação, percebendo-se uma verdadeira aplicabilidade horizontal dos direitos fundamentais.

Ainda no ano de 1980, Alexy já mantinha a tese na qual os direitos fundamentais devem produzir efeitos nas relações entre cidadãos, o problema central era, e continua sendo, a forma e intensidade que esse efeito entre privados deve ser praticado nos tribunais (ALEXY, 2008, p. 528).

Assim, diante da dificuldade de mensurar a intensidade de aplicação, surgem as teorias dos efeitos imediatos ou mediatos, ou seja, da aplicação direta e indireta de direitos fundamentais nas relações privadas, que depende ou não de legislação infraconstitucional para efetividade.

Conforme a teoria dos efeitos indiretos perante terceiros, os direitos fundamentais devem ser entendidos como “valores” constitucionais, ou seja, conceitos jurídicos indeterminados de forma específica, mas que devem ser buscados como orientação no caso de existência de lacunas no conflito entre direitos (DUQUE, 2013, p. 322).

Segundo Alexy, a teoria dos efeitos indiretos tem como destinatário mais usual, o julgador, pois é o juiz que nos casos concretos deve suprir as lacunas deixadas pela lei infraconstitucional, usando os princípios constitucionais como mandamentos de otimização e melhor motivação da sentença (ALEXY, 2008, p. 532).

Já diante da teoria dos efeitos diretos dos direitos fundamentais entre particulares, prega-se que o efeito jurídico do texto constitucional deve ser muito mais efetivo, no sentido de ter força normativa direta. Tal tese implica em modificação das normas de direito privado, que devem se adequar as cláusulas gerais da Constituição, ou criar novas leis com novas diretrizes de direitos subjetivos que não conflitem com a ampla aplicação dos direitos fundamentais, nem os restringem por qualquer motivo. Alguns doutrinadores entendem que essa teoria também poderia atingir os direitos subjetivo privados extrajudiciais, como por exemplo o direito contratual, porém o destinatário direto aqui continua sendo o juiz (SARMENTO, 2006).

Segundo Nipperdey, (*apud*, ALEXY, 2008, p. 530), o efeito jurídico dessa teoria é direto, no sentido de 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 [...].

Analisando as duas teorias, do ponto de vista da utilização de ambas nas motivações judiciais, Alexy entende que ambas podem surtir em efeitos equivalentes existindo traços em comum entre as duas teorias (ALEXY, 2008, p. 531).

Outro ponto em comum é que nas duas teorias está absorvido o entendimento de que a relação cidadão X cidadão é diferente que a relação cidadão X Estado, pois o direito privado deve ter em seu conteúdo uma carga intervencionista estatal mínima. Assim, os efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre cidadãos devem ser modulados, para melhor adequar as características de liberalidade contratual inerentes ao direito privado.

Isso significa que em determinadas situações de relação jurídica gerida pela lei infraconstitucional privada, como no Código Civil, por exemplo, o sopesamento e ponderação deve ser aplicado afastando ou aumentando o grau de aplicabilidade de um direito fundamental em questão, não ferindo a liberdade privada, modulando os efeitos em cada caso, como por exemplo, a liberdade de testamento, que está desvinculada do direito fundamental de igualdade entre os filhos (ALEXY, 2008, p. 532).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Estudando e entendendo a importância dos direitos fundamentais, dentro de sua construção histórica, que se confunde com a própria evolução e conquista de civilidade do mundo Ocidental, percebemos que já é o momento de superarmos o entendimento de que apenas na relação entre Estado e cidadão é que o mínimo existencial e garantias de dignidade devem ser observados.

Atualmente conglomerados econômicos privados exercem a mesma, ou até maior, influência na organização social que o próprio Estado. É comum nos depararmos com a hipossuficiência do cidadão diante de grandes empresas dos mais variados ramos. É justo, portanto, que estejam também tais organizações, compelidas a respeitar preceitos de dignidade fundamentais em suas relações de direito privado.

É comum, e vê-se diariamente, as lesões de direito praticadas por empresas como operadoras de telefonia móvel, bancos, mídia e principalmente as empresas de tecnologia, que criam sistemas operacionais de computador, navegadores de internet, e redes sociais e exercem um imenso poder econômico e controle social.

Quanto as redes sociais, que tem lucros extraordinários, mas são de ingresso e uso gratuito pelos usuários, fica claro que o que está sendo “comercializado”, são as próprias pessoas, ou seja, os usuários estão sendo literalmente expostos, com seus dados, preferências e particularidades, a uma grande “oferta” induzida de produtos e conteúdo, que por muitas vezes são altamente lesivos, sobretudo quando expostos à crianças e adolescentes.

Na história recente de países ocidentais, percebe-se que a atuação das citadas entidades privadas, mesmo que sem intenções dolosas, mas por visível falta de zelo em nome do lucro, não tem suas atividades limitadas à exposição de seus usuários apenas a oferta induzida de produtos e serviços, mas também concorrem com disseminação de informações e conteúdos falsos, que podem influenciar em eventos relevantes, como eleições e opinião pública para grandes temas.

Em razão de tal cenário, nos parece sensato que, os direitos fundamentais, inerentes à dignidade da pessoa humana, positivados na Carta Magna de 1988, possam ser amplamente feridos na esfera das relações privadas. E, portanto, em razão de seus efeitos irradiantes, esses direitos são limites objetivos para à ordem infraconstitucional. Dessa forma, conclui-se que todo o regulamento jurídico decorre desses princípios, sendo assim, devem ser observados e respeitados em todas as esferas.

Acerca disso, conforme exposto, a doutrina é majoritária no sentido de que esses direitos positivados devem ser oponíveis não apenas contra o Estado, na chamada eficácia vertical, devendo ser aplicados nas relações entre particulares também, na chamada eficácia horizontal.

Superada a divergência entre a aplicabilidade ou não, resta como controvertido apenas a forma como se dará, neste ponto divergindo a doutrina entre as duas principais teorias, a direta/imediata, e a indireta/mediata.

Sucintamente, os defensores da teoria direta defendem que os direitos fundamentais integram uma ordem de valores objetiva, que se reflete em todo o

ordenamento jurídico, no entanto, não apresentam eficácia imediata (aplicação subjetiva direta) nas relações entre particulares.

Por sua vez, os defensores da teoria indireta, entendem que, tendo em vista que os direitos fundamentais constituem-se em normas que expressam os valores aplicáveis para toda a ordem jurídica, bem como em razão do princípio da unidade da ordem jurídica e do postulado da força normativa da Constituição, não seria aceitável o direito privado eximir-se da consonância com o texto constitucional, não havendo, portanto, como se admitir uma vinculação exclusivamente do poder público aos direitos fundamentais.

Ao fim, com a exposição dos pontos relevantes de ambas as teorias, soma-se a discussão das teses, a necessidade de passarem por uma justificativa interna e externa nos moldes da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, bem como, nos parâmetros de ponderação do direito, quando ocorre um dos maiores dilemas dos sistemas jurídicos, a colisão ente direitos fundamentais.

Só através de uma boa construção da motivação exposta na razão pela qual assim se decidiu, é que a possível superação de um direito em prol do que mais é relevante à vida humana, pode ser melhor aceito na dinâmica de conflitos da esfera privada.

REFERÊNCIAS

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

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. António de Castro Caeiro. 4.ed. Lisboa: Quetzal Editores, 2012.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional**. 17. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição: drittwirkung** dos direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FREITAS, Riva Sobrado de; CLEMENTE, Alexandre Shimizu. A incidência dos direitos fundamentais nas relações privada. **Direitos Fundamentais e Justiça:** Revista do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS, Porto Alegre, a. 5. n. 15. p. 159-185, abr.-jun. 2011.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **A constituição concretizada: construindo as pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 107-163.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio (org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

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

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

STEINMETZ, Wilson; STEINMETZ, Wilson. Anotações sobre a teoria dos imperativos de tutela. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 6, n. 23, p. 291-303, 2005.

STEINMETZ, Wilson; STEINMETZ, Wilson. **Direitos fundamentais e relações entre particulares**: anotações sobre a teoria dos imperativos de tutela. 2015. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, vol. 8/2015.

Artigo recebido em: 24/11/2020

Artigo aceito em: 21/12/2021

Artigo publicado em: 23/02/2022