

**A APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOB A ÓTICA HORIZONTAL:
UM SUPINO FRUTO DO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO
CONTEMPORÂNEO.**

**THE APPLICABILITY OF FUNDAMENTAL RIGHTS FROM A HORIZONTAL PERSPECTIVE: A
SUPINE FRUIT OF CONTEMPORARY DEMOCRATIC CONSTITUTIONALISM.**

**Clara Angélica Gonçalves Cavalcanti Dias¹
Raquel Torres de Brito Silva²**

RESUMO: O artigo em baila buscará explanar sobre a importância da aplicabilidade dos direitos fundamentais, sobretudo na ótica horizontal de análise, na medida em que tal temática destaque-se como um dos principais frutos, de supina relevância, no paradigma democrático hodierno e do fenômeno da Constitucionalização Civil-Constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Aplicabilidade dos direitos fundamentais. Estado Democrático de Direito. Teoria Horizontal.

ABSTRACT: In this sense, the article will seek to explain the importance of the applicability of fundamental rights, especially in the horizontal perspective of analysis, since this theme stands out as one of the main fruits, of supine relevance, in today's democratic paradigm and the phenomenon of Civil-Constitutional Law.

KEYWORDS: Applicability of fundamental rights. Democratic Rule of Law. Horizontal Theory.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Aplicabilidade dos direitos fundamentais: importante fruto do constitucionalismo contemporâneo. 2. A ótica horizontal de análise no acervo jurisprudencial

1 Graduação em Direito pela Universidade Tiradentes (2001), pós-graduação lato-sensu (especialização - presencial) em Direito pela Escola Paulista da Magistratura (2004), Mestrado (2006) e Doutorado (2010) em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogada no Escritório Laura Figueiredo Advogados & Consultores especializada nas Áreas de Direito Civil e Imobiliário. É membro Efetivo do Cadastro Basis do MEC/INEP, como avaliadora de Instituições de Ensino Superior do Brasil. Professora Efetiva Adjunto de Direito Civil da Universidade Federal de Sergipe, lotada no Departamento de Direito. Professora da Pós-Graduação Stricto-Sensu (Mestrado) em Direito da Universidade Federal de Sergipe. Professora Titular de Direito Civil da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (FANESE). Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica e membro do Núcleo Docente Estruturante da FANESE. Presidente do Núcleo Docente Estruturante do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe. Membro Associado e Avaliadora do CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa em Pós-Graduação). Membro do Conselho Editorial da Revista Diké da UFS. Membro do Conselho Editorial da Revista da UFMG / Direito. Membro do Conselho Editorial da Revista Jurídica da UNI7. Membro do Conselho Editorial da Revista Eletrônica de Pesquisa da Universidade Tiradentes. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil e Direito Social, atuando principalmente nos seguintes temas: Responsabilidade Civil, Teoria Geral do Direito Civil, Teoria das Obrigações, Direito Contratual, Direito Imobiliário, Responsabilidade Civil, Direitos Reais e Sucessórios e Direito da Seguridade Social. Tem a tese de doutorado com o tema voltado à área de Direito Privado e de Direito Social: A responsabilidade civil do empregador diante dos riscos sociais que afetam a saúde e a integridade física do empregado..

2 Advogada pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Aracaju-SE, Brasil. Membro da Comissão de Defesa dos Direitos dos Animais- CDDA da OAB/SE. Mestranda em Direito (Pós-Graduação Stricto-Sensu) pela Universidade Federal de Sergipe (UFS), São Cristóvão-SE, Brasil. Área de Concentração do Mestrado: Constitucionalização do Direito. Linha de Pesquisa: Eficácia dos direitos fundamentais e seus reflexos nas relações sociais e empresariais. Pós-graduada (lato sensu) em Advocacia Pública pela Universidade Cândido Mendes (UCAM), Rio de Janeiro-RJ, Brasil. Bacharel em Direito pela Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (FANESE), Aracaju-SE.

pátrio e estrangeiro. 3. A eficácia horizontal e os seus respectivos efeitos no cenário democrático hodierno. 4. Conclusão. Referências.

SUMMARY: Introduction. 1. Applicability of fundamental rights: important fruit of contemporary constitutionalism. 2. The horizontal view of analysis in the country's and foreign case law acquis. 3. Horizontal effectiveness and its respective effects on the democratic scenario today. 4. Conclusion. References.

Introdução

Mister se faz ressaltar a título preliminar que, em decorrência da sobrevivência do Constitucionalismo Democrático, a preocupação do ordenamento jurídico pátrio no que tange a defesa e garantia de mecanismos protetores aos direitos fundamentais é algo notório no contexto fático presenciado.

Todavia, em quais moldes a insofismável contribuição da doutrina contemporânea, no que tange a aplicabilidade dos direitos fundamentais, reverbera suas contribuições práticas na conjuntura observada?

Pelo exposto, possível será, por intermédio da presente pesquisa, tecer apontamentos significativos no que tange ao incomensurável destaque quanto à temática referente à aplicabilidade dos direitos fundamentais, especialmente nas relações privadas, dentro dos parâmetros atinentes a constitucionalização do direito civil.

Sobretudo, convêm aqui explanar que uma das principais diretrizes provenientes do constitucionalismo foi precipuamente o fenômeno da irradiação de seus supinos valores, princípios e regras em todos os demais ramos jurídicos. Ademais, reforça-se aqui que a Constituição Suprema de 1988, dotada de supremacia e indubitável importância, deve ser observada por todo o ordenamento jurídico pátrio.³

Pelo exposto, analisando-se o paradigma societário hodierno, notar-se-á que o Direito Civil, ou mais precisamente “o direito Civil-Constitucional”, projeta-se como um dos principais ramos jurídicos que reverbera mudanças consideráveis e acréscimos positivos em termos de conquistas e de reconhecimentos históricos de direitos- em virtude da força irradiante do Constitucionalismo neste Estado Democrático de Direito.

³ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Nesse toar, é de suma importância destacar que uma dessas principais influências ao ramo civil se refere a aplicabilidade dos direitos fundamentais também nas relações entre os particulares, na medida em que tais direitos podem ser igualmente desrespeitados por outros indivíduos.

Nesses moldes, é notória que uma das maiores ameaças às prerrogativas dos cidadãos/particulares parte dos conglomerados privados e não apenas do Estado. Ambos mostram-se como igualmente violadores a tais direitos essenciais.

Por derradeiro, busca-se, especificamente, desenvolver a pesquisa tecendo apontamentos consideráveis no que se refere a essa aplicabilidade dos direitos fundamentais, sua eficácia horizontal na defesa desses direitos em face de outros particulares, os seus principais efeitos (mediato e imediato), trazendo, com isso, alguns exemplos jurisprudenciais pátrios e estrangeiros sobre a desenvoltura da temática em apreço.

Nessa linha intelectual em baila, o presente artigo possui como objetivo gênese: explicar acerca da importância da aplicabilidade dos direitos fundamentais, sobretudo na ótica horizontal de análise, na medida em que esse assunto destaca-se como um dos principais frutos, de supina relevância, do paradigma democrático hodierno e do fenômeno do direito Civil-Constitucional.

Na construção do trabalho, utilizamos o método dedutivo-qualitativo, com um acervo bibliográfico pautado em doutrinas nacionais e internacionais, partindo-se igualmente da análise de relevantes periódicos científicos e de alguns julgados pátrios.

1. Aplicabilidade dos direitos fundamentais: importante fruto do constitucionalismo contemporâneo.

Com a influência do Constitucionalismo hodierno, os direitos fundamentais ganham proporções incomensuráveis e de forte relevância no contexto pátrio, sobretudo buscando-se garantir a dignidade da pessoa humana.

Entretanto, com o advento da Modernidade e das complexidades dela decorrentes, são notórias algumas situações nas quais o Estado é falho na proteção desses direitos, bem como na efetivação de políticas públicas e, de modo geral, na concretização fática de suas previsões expressas na Constituição Federal de 1988.

Nesses moldes, reverbera-nos a seguinte indagação: “os direitos fundamentais têm uma incidência apenas na seara pública ou também atuam na esfera privada?” Em suma, as prerrogativas incidentes “na relação Estado-cidadão (relação vertical, devido ao *jus imperii* estatal) também passa a acontecer nas relações entre cidadão-cidadão (relação horizontal, em relação à simetria entre os cidadãos)?”⁴

Dessa forma, é possível reconhecer que, sob a influência da Constitucionalização do direito, da proteção em torno dos direitos fundamentais e do robustecimento da dignidade da pessoa humana, a conjuntura hodierna pátria constitui-se em importante campo fértil no que tange a previsão da “eficácia horizontal nas relações privadas”.

Ou seja: não é somente o Estado que pode violar e desrespeitar os direitos dos indivíduos. Tal ocorrência igualmente pode advir dos demais particulares nas suas mais plúrimas relações presenciadas rotineiramente.

Em um contexto fático marcado por fortes mazelas sociais, econômicas, ambientais e culturais, as desigualdades sociais, e a falibilidade nos cuidados em torno da dignidade da pessoa humana⁵, fomentam a base de atuação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Assim sendo, constantemente é possível presenciar o debate doutrinário e jurisprudencial em torno da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Seu reconhecimento se torna crescente no paradigma democrático de direito atual.

Em breve síntese, esse progresso constitucionalista permite o reconhecimento em torno da possibilidade de proteção das normas constitucionais e do conseqüente respeitar-se aos direitos fundamentais não somente nas relações verticais, mas de igual modo nas relações privadas⁶.

Nesse toar, em consonância com o devido tratamento prático quanto a “eficácia” ou “aplicabilidade” dos direitos fundamentais, a nossa Constituição “procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social”⁷.

⁴ AGRA, Weber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 200.

⁵ BENHOSSI, Karina Pereira; FACHIN, Zulmar. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais face à globalização e seus impactos na sociedade contemporânea. *Revista CONPEDI* 2013. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=240497d1c93f3ea5>. Acesso em 31 mar. 2019.

⁶ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*, op. cit.

⁷ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4147570/mod_resource/content/0/A%20Forca%20Normativa%20da%20Constituicao%20-%20Hesse.pdf. Acesso em 13 abr. 2019, p. 6.

Nesse prisma, encontramos “crença nas virtudes da razão originadora de um processo de racionalização técnica, econômica e política; crença nas virtudes da *ciência*, conferindo ao homem um senhorio crescente sobre as forças da natureza;” bem como a “crença no *sentido da história*, acreditando que o sentido da história irá impondo progressivamente a sua lei”.⁸

De igual modo, tem-se ainda a crença no “*universalismo*” de um modelo político racional que servirá de referência para todos os povos de todas as épocas; e também as “crenças no *sujeito*, capaz de prever, calcular e dirigir a sua vida em termos de liberdade individual subjectivização/individualização”⁹.

Logo, “a organização racionalizada das relações sociais encontrou nos documentos constitucionais da modernidade expressões importantes”¹⁰.

Torna-se expressivo também reconhecer que em virtude das crises socioeconômicas persistentemente presentes na realidade fática, as normas constitucionais que são “assecuratórias de liberdades públicas”, produzem efeitos indubitavelmente na relação vertical (Estado-cidadão), sendo o Estado o principal ofensor das próprias garantias outrora previstas no texto legislativo.

Todavia, forçoso se torna considerar o aspecto da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas¹¹, na medida em que particulares podem transgredir direitos fundamentais uns dos outros.

Nesse intelecto, é viável, portanto, superar-se a outrora preocupação social que girava em torno do vislumbre de um “Estado-opressor, ou Estado-Leviatã”, dotado, por sua vez, “de grande poder, na sua relação com o indivíduo singularmente considerado, ficava nítida a verticalidade (relação de subordinação- superioridade, liberdade-autoridade, particular-Estado).¹²”

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno*. São Paulo: Editora Madeiros, 2001. Arquivo Pessoal, p. 110.

⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? Op. cit.*

¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? Op. cit.*

¹¹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 9 ed. Ver. e atual. De acordo com a Emenda Constitucional n. 83/2014, e os últimos julgados do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹² TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 384-385.

Na seara brasileira, com o advento de novos direitos e de premissas legislativas em torno dos aspectos de proteção aos seres humanos, à preocupação em torno da relação entre os particulares, supera a outrora concepção de que estes somente teriam seus direitos fundamentais desrespeitados pelo Estado, consoante a ótica vertical¹³.

Nessa esteira, no que tange mais precisamente ao objeto cerne dessa pesquisa, esta eficácia horizontal de igual modo é denominada pela vasta doutrina como: “efeito externo dos direitos fundamentais” (*horizontalwirkung*) e de “eficácia dos direitos fundamentais contra terceiros” (*drittwirkung*). Com efeito, por todo o exposto, “os direitos fundamentais se aplicam não só nas relações entre o Estado e o cidadão (eficácia vertical), mas também nas relações entre os particulares-cidadãos (eficácia horizontal)”¹⁴.

Entrementes, com o supra exposto reconhecimento, fruto do Constitucionalismo Contemporâneo, insurge no seio societário pátrio a real “necessidade de defender o próprio particular nas suas relações com outros particulares, formando-se aqui um quadro que permite-nos repensar toda a dinâmica posta para aplicação dos direitos fundamentais”¹⁵.

Esse progresso constitucional em defesa das relações entre particulares como igualmente propiciadoras de desrespeito, fomenta a relevância em torno da concretização dos ditames legais e axiológicos do ordenamento jurídico¹⁶.

A observância acerca da eficácia horizontal possui como marco de destaque as decisões provenientes do Tribunal Constitucional Federal Alemão, no ano de 1958, com alusão ao “caso Lüth”. Na medida em que os direitos fundamentais se constituem em uma “ordem objetiva de valores”, seus respectivos efeitos práticos nas relações entre os indivíduos seriam então defendidos com a devida intervenção do legislador¹⁷.

Em remate, é possível concluir que o ordenamento jurídico da Alemanha, de essência liberal, trouxe uma perspectiva inovadora e exemplar no que concerne aos aspectos de proteção dos direitos fundamentais nas relações privadas.

¹³ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*, Op. cit.

¹⁴ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. Disponível em: https://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade_teorias_gerais_dos_direitos_fundamentais.pdf. Acesso em: 30 mar. 2019, p. 9.

¹⁵ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 9ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 366.

¹⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. Traducción y prólogo de Miguel Carbonell. Editorial: Mínima Trotta, 2011.

¹⁷ AGRA, Weber de Moura. *Curso de direito constitucional*. Op. cit., p. 200.

Logo, quanto a supracitado contexto histórico, Erich Luth, crítico de cinema, conclamou os alemães a boicotarem um filme dirigido por Veit Harlam. Este era um conhecido diretor da época do nazismo (dirigira, por exemplo, *Jud Suß*, filme-ícone da discriminação contra os judeus).

Após esse episódio do boicote liderado por Luth, “Harlam e a distribuidora do filme ingressaram com ação cominatória contra Lüth, alegando que o boicote atentava contra a ordem pública, o que era vedado pelo Código Civil alemão.” Em decorrência de tal cenário, Luth teria sido então primeiramente condenado nas instâncias ordinárias, “mas recorreu à Corte Constitucional”.¹⁸

Em virtude dos argumentos trazidos e da derradeira mudança de concepção do tribunal quanto ao aspecto protetor também nas relações privadas, a queixa de Luth foi julgada procedente, “pois o Tribunal entendeu que o direito fundamental à liberdade de expressão deveria prevalecer sobre a regra geral do Código Civil que protegia a ordem pública”. Destarte, esse “foi o primeiro caso em que se decidiu pela aplicação dos direitos fundamentais também nas relações entre os particulares (*drittwirkung*, eficácia horizontal)”¹⁹.

Assim sendo, a teoria da eficácia horizontal dos direitos e das garantias fundamentais adveio da doutrina e do entendimento jurisprudencial da Alemanha “sob o rótulo *Drittwirkung*, desenvolvendo-se de 1995 a 1960, como um aprimoramento da *state action* da Suprema Corte norte-americana”²⁰.

Ademais, no que tange a estas rotulagens, “*Drittwirkung*” e “*State Action*”, esse tema que nos vai merecer atenção “é conhecido pelos juristas através de duas expressões estrangeiras - *Drittwirkung* e *State Action*”. Insere-se, assim, “na panóplia de *import/export*, como há pouco tempo anotou o professor Ingo von Münch”²¹.

Pelo exposto, “quer a *State Action* quer a *Drittwirkung der Grundrechte* procuram responder à questão de saber sob que pressupostos um comportamento lesivo” da esfera jurídica de uma alguém/particular “pode ser apreciado segundo os padrões normativos dos direitos fundamentais constitucionalmente positivados”²².

¹⁸ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, Op. cit., p. 9.

¹⁹ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, Op. cit., p. 9.

²⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*, Op. cit., p. 541.

²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil?* Op. cit., p. 109.

²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil?* Op. cit., p. 109.

Ligado, portanto, a um dever jurídico de proteção, respeito e garantia aos direitos fundamentais previstos pelo ordenamento jurídico brasileiro, a sobrevivência dessa perspectiva horizontal de análise constitui-se em uma forte realização na promoção desses direitos²³. Por tais razões, as normas fundamentais tecem influências consideráveis na relação entre cidadãos²⁴.

Interessante ressaltar que a temática referente à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, ou a incidência destes direitos nas relações privadas- ou seja, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais-, envolve indubitavelmente todas as pessoas indistintamente, bem como as próprias instituições privadas.

Logo, é possível inferir que “qualquer pessoa pode afrontar os direitos fundamentais de outrem, mesmo quando amparado em seu exercício de liberdade, assegurado pela autonomia privada, no texto constitucional”²⁵.

Ademais, para robustecer a relevância insofismável da temática em apreço, mister se faz pontuar a seguir sobre explicações consideráveis e sucintas no que tange ao acervo jurisprudencial brasileiro e estrangeiro na adoção dessa ótica horizontal de análise.

2. A ótica horizontal de análise no acervo jurisprudencial pátrio e estrangeiro.

No caso em tela, no que se refere à ótica horizontal dos direitos fundamentais, destaque-se que uma ordem jurídica só cumpre sua função antropológica “se garante de um mundo recém-chegado á terra, de um lado, a preexistência de um mundo já presente, que o assegure no longo termo de sua identidade”, bem como com “a possibilidade de transformar esse mundo e de imprimir sua marca própria. Não há sujeito livre senão submetido a uma lei que o fundamente”²⁶.

A seguir serão explanados alguns breves exemplos²⁷ sobre a perspectiva horizontal

²³ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 654.

²⁴ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 507.

²⁵ BENHOSSI, Karina Pereira; FACHIN, Zulmar. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais face à globalização e seus impactos na sociedade contemporânea. *Revista CONPEDI 2013*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=240497d1c93f3ea5>. Acesso em 31 mar. 2019, p. 13.

²⁶ SUPIOT, Alain. *Homo Juridicus*: ensaio sobre a função antropológica do direito. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 46.

²⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito*: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores: 2014.

de análise em alguns casos concretos na seara brasileira e internacional.

A priori, tem-se o RE 158.215²⁸. Nesse julgado podemos observar que o Supremo Tribunal Federal se deparou com uma situação envolvente.

A Cooperativa Mista São Luiz, do Rio Grande do Sul, a qual havia expulsado alguns dos seus associados sem, todavia, observar as regras estatutárias e o direito de defesa deles.

Sendo assim, nessa relação entre particulares, o caso foi avaliado pelo relator Marco Aurélio, decidindo este pela reintegração dos empregados outrora expulsos em prol de serem julgados com a observância dos direitos fundamentais antes desrespeitados.

Em sentido semelhante de interpretação, temos também o RE 161.243²⁹, que aborda sobre o princípio da igualdade nas relações de trabalho. Nesse exemplo, um funcionário de nacionalidade brasileira, da empresa Air France, foi desprovido de alguns importantes benefícios que eram previstos pelo seu plano de carreira.

Contudo a empresa contratante não o concedia tais benefícios em virtude de fazer distinção entre a nacionalidade dos seus contratados. Tais vantagens seriam exclusivas dos franceses.

Ao contemplarmos o Caso Shelley vs. Kraemer, dos Estados Unidos, em 1948, é notória a forte violação aos direitos fundamentais entre os próprios particulares.

Nesse episódio, um loteamento na cidade de Saint Louis proibia expressamente, por intermédio de uma norma contratual, que os compradores de seus terrenos não alienassem, em nenhuma hipótese, tais lotes.

Todavia, essa cláusula contratual proibitiva se restringia tão somente aos negros como os compradores. Ademais, os “indivíduos não brancos” foram veementemente discriminados com a determinação presente.

Não conformado com esse ditame, um dos proprietários decidiu então efetuar a venda de seu terreno para um casal de negros.

Embora tal iniciativa tenha sido louvável sob o ponto de vista ético e moral, a alienação foi contestada judicialmente pelo loteamento. A alegação se baseou no fato de que a

²⁸ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. STF- RE: 158215 RS, Relator: Marco Aurélio. Data de Julgamento: 30/04/1996, Segunda Turma, Data de publicação: DJ 07-06-1996 POP-19830. EMENT VOL-01831-02 PP-00307 RTJ VOL-00164-02 PP-00757. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/744133/recurso-extraordinario-re-158215-rs>. Acesso em: mar. 2020.

²⁹ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. STF- RE: 161243 DF, Relator: Carlos Velloso. Data de Julgamento: 29/10/1996, Segunda Turma. Data de Publicação: DJ 19-12-1997 PP-00057 EMENT VOL- 01896-04 PP-00756. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=213655>. Acesso em: mar. 2020.

outrora cláusula restritiva teria sido injustamente violada.

Em apreço do caso, a Suprema Corte Americana reconheceu, felizmente, que essa previsão contrariava uma cláusula maior: a da igualdade- nos moldes da Emenda XIV da Constituição Americana.

Logo, com a presente decisão, a venda foi validada como fruto da proteção dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares.

Em apreço ao caso *Bosman vs. UEFA*, nota-se um cenário de cerceamento da liberdade de profissão de um jogador de futebol profissional, de nacionalidade belga.

Essa limitação teria sido decorrente das próprias normas internas que foram impostas pelo estatuto da UEFA, a exemplo de regras que limitavam a livre circulação dos jogadores nos clubes que fossem de outros países.

Houve também a cobrança de uma taxa de transferência caso um dos seus jogadores decidisse jogar em outro clube, mesmo com o contrato encerrado com a UEFA; a imposição de um limite de contratações de jogadores estrangeiros (até três); dentre outros pontos.

Logo, a Corte Europeia de Justiça reconheceu o direito subjetivo dos jogadores submetidos a tais restrições, principalmente em virtude do artigo 48 do Tratado de Roma.

Em virtude de todo o exposto, é possível então observar o quanto o acervo jurisprudencial pátrio e alienígena se comportam perante a aplicação da Teoria Horizontal dos direitos fundamentais, de modo à igualmente valorizar os direitos de particulares que foram violados por outros indivíduos.

Nos dizeres expressivos do relator Min. Ruy Rosado do STJ, no HC 12.547/DF, ele se posiciona quanto à importância da presença da eficácia horizontal no direito privado. Nas suas palavras:

[...] 3. *Surge então a questão relacionada com a eficácia horizontal, ou em relação a terceiros, da norma constitucional sobre a relação de direito privado.* Luis Afonso Heck expõe as duas correntes da experiência alemã, uma que admite a eficácia direta, não de todos, mas pelo menos de uma série de direitos fundamentais diante de terceiros, como acontece com a norma de igualdade salarial entre homens e mulheres, e outra, que tá predomina e ele aplaude, de eficácia apenas indireta, pela qual "os tribunais cíveis estão obrigados, em virtude da constituição, a considerar, na interpretação e emprego das cláusulas gerais, os direitos fundamentais como 'linhas diretivas'. Se eles desconhecem isso e decidem, por conseguinte, em prejuízo de uma parte processual, então eles a violam em seus direitos fundamentais" (Direitos

Fundamentais e sua Influência no Direito Civil, Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, 1999, n° 16, p. 111). Essa também a lição de Konrad Hesse: "A interposição do legislador aparece como o caminho adequado para a tutela dos direitos fundamentais frente a lesões e perigos procedentes do âmbito não estatal" (Derecho Constitucional y Derecho Privado, Civitas, p. 66). A relação continuaria sendo de direito ordinário, a ser resolvida de acordo com as normas infraconstitucionais que permitem a incidência dos princípios e normas constitucionais, com a precisão dos conceitos indeterminados e principalmente pelo uso das cláusulas gerais. *Não me parece que a eficácia na relação de direito privado seja somente indireta, pois bem pode acontecer que o caso concreto exija a aplicação imediata do preceito constitucional, quando inexistir norma intraconstitucional que admita interpretação de acordo com a diretiva constitucional, ou faltar cláusula geral aplicável naquela situação, muito embora esteja patente a violação ao direito fundamental.* Cumpre atentar para a advertência de Robert Alexy: "Se algumas normas da Constituição não devem ser tomadas a sério, afigura-se difícil fundamentar, porque outras devem ser consideradas quando surgir alguma dificuldade. Há uma ameaça de dissolução da Constituição. Assim, a decisão fundamental sobre os direitos fundamentais há de ser em favor de uma completa vinculação jurídica no contexto da possibilidade de sua judicialização" (Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais, in: Recht. Vernunft. Diskurs, tradução de Gilmar Ferreira Mendes). *Ingo Wolfgang Sarlet observa, acredito, com absoluto acerto, que há possibilidade de se transpor diretamente o princípio vinculante dos direitos fundamentais para a esfera privada quando se cuida de relações desiguais de poder (op. cit, p. 338) entre as grandes corporações empresariais e o particular, porque similar à desigualdade que se estabelece entre o indivíduo e o Estado. É a situação dos autos. No caso dos autos, porém, a distinção entre eficácia direta e indireta frente a terceiros é irrelevante. Tanto seria possível aplicar diretamente o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, como a cláusula geral do art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil, sobre ordem pública e bons costumes, cuja similar alemã é usada em casos tais, além do emprego da norma de hermenêutica que condiciona a aplicação da lei aos fins sociais a que ela se dirige (art. 5ª da LICC).*³⁰

Em prol de uma melhor compreensão sobre o assunto abordado, e tendo em vista o

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ- HC: 12547 DF 2000/0022278-0, Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Data de Julgamento: 01/06/2000, T4- Quarta Turma. Data de Publicação: DJ 12.02.2001 p. 115 RSTJ vol. 148 p. 387. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/100810/Julgado_2.pdf. Acesso em: mar. 2020.

aspecto axiológico da ótica horizontal, fruto do Constitucionalismo Contemporâneo, convém a seguir tecer breves considerações sobre os seus efeitos consoante a análise do caso concreto.

3. A eficácia horizontal e os seus respectivos efeitos no cenário democrático hodierno.

A doutrina ainda é consideravelmente divergente no que tange aos efeitos ou as formas de eficácia dos direitos fundamentais, tanto no aspecto vertical quanto horizontal de análise.

Em suma, as teorias predominantes projetam os efeitos diretos ou indiretos desses direitos fundamentais.

Por “Eficácia indireta ou mediata”, entende-se quando necessária à mediação e interpretação do próprio legislador. Este pode se valer de leis infraconstitucionais devidamente consagradas para tal relação.

Já a “Eficácia direta e imediata” salienta que os direitos fundamentais, consubstanciados por sua vez, gozam de plena possibilidade de aplicabilidade nas relações observadas entre os particulares. Ademais, aqui a mediação do legislador pode ser dispensada³¹.

Podemos ainda observar as denominadas “Teorias Alternativas”. Preliminarmente tem-se a Teoria de Alexy: trazendo uma sistemática de complementaridade entre as chamadas eficácias direta e indireta. Este modelo, ou teoria dos três níveis de efeitos, se referem aos deveres do Estado; aos direitos frente ao Estado; e as relações entre sujeitos privados³².

Por secundário, há a concepção do State Action (norte-americana): aborda sobre a não possibilidade dos direitos fundamentais serem aplicados nas relações privadas, principalmente por considerar de sobremaneira a dita autonomia dos Estados³³.

Outrossim, forçoso se faz, mais uma vez, reconhecer que o cenário atual traz inúmeras inovações e previsões de direitos. Estes foram resultantes de árduas lutas sociais até alcançar o patamar que se insere hoje.

Todavia, tais direitos não são desrespeitados apenas pelo Estado Maior, mas de igual modo pelos próprios indivíduos entre si, nas constantes relações que possuem. Ressalte-

³¹ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*, Op. cit.

³² FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, Op. cit.

³³ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, Op. cit.

se, com isso, a insofismável importância da “*eficácia horizontal* (ou *privada*, ou *externa* ou em *relação a terceiros*) dos direitos fundamentais”³⁴.

Afinal, ao contrário do que ocorrera no Brasil, “as Constituições da Federação Russa de 1993 (art. 17.3); da Suíça de 1998 (art. 35); e Portuguesa (art. 18.1) dispuseram, expressamente, sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”³⁵.

Mister se faz ainda explicar que parte da doutrina tem tecido breves considerações quanto a *eficácia diagonal dos direitos fundamentais*. Desse modo, considera-se “a aplicação dos direitos fundamentais àquelas relações contratuais entre particulares nas quais há um desequilíbrio fático e/ou jurídico entre as partes envolvidas, tais como as relações trabalhistas e as consumeristas”³⁶.

Apesar de tais tendências constitucionalistas terem aprimorado os aspectos de proteção, valorização, respeito e garantia aos direitos fundamentais e a própria dignidade da pessoa humana, existem algumas concepções críticas³⁷ que não concordam com a ótica horizontal de análise.

Logo, a não admissão da produção de efeitos pelos direitos fundamentais, na medida em que a relação entre os particulares pertenceria aqui ao direito privado, é robustecida pela defesa em face da autonomia privada.

Para os críticos, o fenômeno da “constitucionalização de todo o direito privado”, relegando-se a autonomia do cidadão, seria o resultado do reconhecimento dessa aplicabilidade direta dos direitos fundamentais, por exemplo.

Nos moldes do princípio da unidade sistêmica da Constituição e da força normativa da *Lex Mater*, uma segunda interpretação doutrinária compreende que os direitos fundamentais gozam sim de efeitos diretos, sobretudo nos moldes do artigo 5º, §1º da CF/88. Assim sendo, não precisaria de nenhuma regulamentação pelo legislador.

Uma terceira corrente, considerada como “intermediária”, considera, por sua vez, que esses direitos fundamentais devem ser regulamentados por parte do legislador, tendo em vista “que os princípios inerentes à autonomia privada são intocáveis, podendo apenas ser mitigados pela vontade do próprio povo por intermédio da soberania popular”³⁸.

³⁴ NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 275.

³⁵ BONA, Marianne da Silveira. *Eficácia horizontal dos direitos fundamentais: vinculação dos particulares ao princípio do devido processo legal*. Teresina, PI: UFPI, 2014, p. 44.

³⁶ NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*, Op. cit., p. 275.

³⁷ AGRA, Weber de Moura. *Curso de direito constitucional*. Op. cit.

³⁸ AGRA, Weber de Moura. *Curso de direito constitucional*, Op. cit., p. 200-201.

Em virtude dessas considerações acima, visualiza-se que o efeito dos direitos e das regras fundamentais no ordenamento jurídico³⁹ é ponto de fortes debates em sede doutrinária.

Em suma, podemos contemplar a formação de três modelos teóricos: “um que nega os efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e dois que admitem a produção de efeitos, um de forma *direta* e outro apenas *indiretamente*”⁴⁰.

Apesar de ainda existir adeptos no que tange a Teoria da ineficácia horizontal (doutrina da *state action*), negando, portanto, a possibilidade dos direitos fundamentais proporcionarem seus devidos efeitos nas relações entre os indivíduos, tal posicionamento goza de um menor prestígio.

Depreende-se aqui que “a doutrina da *state action* parte da premissa de que os direitos fundamentais protegem os indivíduos em face do Estado”⁴¹.

Por derradeiro, necessário se faz agora pontuar breves considerações no que tange a eficácia mediata e imediata dos direitos fundamentais e suas nuances mais relevantes.

4. Conclusão.

Por todo o exposto, mister se faz concluir que, em decorrência do insofismável fenômeno da Constitucionalização do direito, o hodierno paradigma democrático demonstra evoluir consideravelmente quanto a previsão, proteção, respeito e garantia dos direitos fundamentais.

Em decorrência disso, a dignidade da pessoa humana, centro axiológico e norteador de toda a esfera nacional, é respeitada.

Como um dos mais notórios frutos desse constitucionalismo contemporâneo, irradiando normas, princípios e regras para todos os demais ramos jurídicos do ordenamento pátrio, ressalta-se aqui a preocupação em torno da eficácia dos direitos fundamentais.

No que tange especificamente ao direito civil, a atual conjuntura ligada a “Constitucionalização do direito civil” mostra a importância quanto à temática da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas.

³⁹ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, Op. cit., p. 507.

⁴⁰ NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*, Op. cit., p. 275.

⁴¹ NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*, Op. cit., p. 276.

O teor essencial de tal ótica já vem sendo adotado em alguns julgados no ordenamento jurídico pátrio Brasileiro e de igual modo na jurisprudência internacional.

Nesses moldes, observa-se que tais direitos, de suma relevância, podem ser violados pelo Estado, dentro de uma perspectiva vertical de análise, mas de igual modo por parte de particulares- consoante à ótica horizontal defendida pela atual doutrina.

Pelo exposto, podemos extrair também algumas lições críticas da doutrina quanto à eficácia horizontal dos direitos fundamentais, sobretudo considerando a relevância dos modelos direto e indireto referentes aos seus respectivos efeitos.

Em decorrências das nuances observadas no contexto societário, há reflexos incomensuráveis de tais efeitos nos litígios entre os indivíduos, inclusive nos casos de colisões entre os direitos fundamentais, que devem ser analisados pelo intérprete da lei e, decerto, levados em consideração⁴² perante cada caso concreto apreciado.

Destarte, pela linha intelectual ora defendida no presente artigo, devemos observar que a teoria horizontal, precipuamente no prisma de seu efeito direto/imediato, demonstra um insofismável avanço doutrinário e jurisprudencial na seara brasileira.

Todavia, embora a concepção supracitada seja, hodiernamente, ainda minoritária, seu valor reverbera-se em repercussões amplamente consideráveis, sobretudo considerando-se seu aspecto protetor em face das persistentes violações observadas aos direitos fundamentais por parte de outros particulares e não apenas pelo Estado.

Amplia-se, com isso, a proteção aos direitos fundamentais e conseqüentemente o patamar de valorização a dignidade da pessoa humana.

Referências.

AGRA, Weber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁴² SILVA, Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*, Op. cit.

BENHOSSI, Karina Pereira; FACHIN, Zulmar. *A eficácia horizontal dos direitos fundamentais face à globalização e seus impactos na sociedade contemporânea*. Revista CONPEDI 2013. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=240497d1c93f3ea5>. Acesso em 31 mar. 2019.

BENHOSSI, Karina Pereira; FACHIN, Zulmar. *A importância da eficácia horizontal como garantia da preservação dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana*. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI 2012, Niterói. Anais... Niterói, RJ: UFF, 2012, p. 378-404. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=70162fe655ec381a>. Acesso em: 31 mar. 2019.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. STF- RE: 158215 RS, Relator: Marco Aurélio. Data de Julgamento: 30/04/1996, Segunda Turma, Data de publicação: DJ 07-06-1996 POP-19830. EMENT VOL-01831-02 PP-00307 RTJ VOL-00164-02 PP-00757. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/744133/recurso-extraordinario-re-158215-rs>. Acesso em: mar. 2020.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. STF- RE: 161243 DF, Relator: Carlos Velloso. Data de Julgamento: 29/10/1996, Segunda Turma. Data de Publicação: DJ 19-12-1997 PP-00057 EMENT VOL- 01896-04 PP-00756. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=213655>. Acesso em: mar. 2020.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. STJ- HC: 12547 DF 2000/0022278-0, Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Data de Julgamento: 01/06/2000, T4- Quarta Turma. Data de Publicação: DJ 12.02.2001 p. 115 RSTJ vol. 148 p. 387. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/100810/Julgado_2.pdf. Acesso em: mar. 2020.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. Disponível em: https://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade_teorias_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf. Acesso em: 30 mar. 2019.

BONA, Marianne da Silveira. *Eficácia horizontal dos direitos fundamentais: vinculação dos particulares ao princípio do devido processo legal*. Teresina, PI: UFPI, 2014.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 17 mar. 2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 9 ed. Ver. e atual. De acordo com a Emenda Constitucional n. 83/2014, e os últimos julgados do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Saraiva, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno*. São Paulo: Editora Madeiros, 2001. Arquivo Pessoal.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 9ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4147570/mod_resource/content/0/A%20Forca%20Normativa%20da%20Constituicao%20-%20Hesse.pdf. Acesso em 13 abr. 2019.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de direito do Estado* 4 (2006), p. 23-51. Arquivo Pessoal.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros Meditadores: 2014.

SUPIOT, Alain. *Homo Juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito*. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. Traducción y prólogo de Miguel Carbonell. Editorial: Minima Trotta, 2011.

Recebido em:24/10/2019
1º Parecer em:09/11/2019
2º Parecer em: 29/02/2020