

APLICABILIDADE DIRETA DAS NORMAS DE DIREITO FUNDAMENTAL ÀS RELAÇÕES PRIVADAS

Lucyellen Roberta Dias Garcia*

RESUMO

Este estudo promove reflexão crítica acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, analisando-os sob a ótica do Constitucionalismo moderno, da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e dos efeitos práticos que essa dimensão produz. Discute-se a necessidade de ponderação entre as normas de direito civil e direito constitucional, de modo a não excluir os princípios basilares do direito privado, mas adequá-los ao alcance axiológico que se quer atingir, para se obter a máxima efetividade dos direitos constitucionalmente garantidos. Confrontando-se os diferentes fundamentos teóricos, conclui-se que a constante na teoria da aplicação direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é o que melhor se coaduna com a realidade e o ordenamento jurídico brasileiro por não admitir o condicionamento da prestação dos direitos fundamentais ao exercício da atividade legislativa, mas sim a aplicação direta desses direitos de modo a salvaguardar a dignidade da pessoa humana e o exercício dos postulados da democracia constitucional.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Relações privadas. Eficácia horizontal. Dimensão objetiva.

*Advogada; pós-graduada em Direito Aplicado (Escola do Ministério Público do Estado do Paraná e Escola da Magistratura do Estado do Paraná) e em Direito Constitucional (Academia Brasileira de Direito Constitucional); professora de Direito Ambiental e Agrário na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e na Faculdade do Norte Pioneiro (FANORPI/UNIESP); mestranda em Ciências Jurídicas (UENP).

ABSTRACT

This study promotes critical reflection about the horizontal effect of fundamental rights, analyzing them from the perspective of modern constitutionalism, of the objective dimension of fundamental rights and of practical effects that size produces. It discusses the need for balance between the rules of civil and constitutional rights, so as not to exclude the basic principles of private law, but adjust them to reach axiological you want to achieve, to achieve the maximum effectiveness of the constitutional rights guaranteed. While comparing the different theoretical foundations, it is concluded that one constant in the theory of direct or immediate application of fundamental rights in relations between individuals is the one that best fits with the reality and the Brazilian legal system by not allowing conditioning the provision of fundamental rights to the exercise of the legislative activity, but to the direct application of these rights in order to safeguard the dignity of the human person and the exercise of the tenets of constitutional democracy.

Key words: Fundamental rights. Private relations. Horizontal effectiveness. Objective dimension.

APLICABILIDADE DIRETA DAS NORMAS DE DIREITO FUNDAMENTAL ÀS RELAÇÕES PRIVADAS

Lucyellen Roberta Dias Garcia

1 INTRODUÇÃO

Para o doutrinador Carlos Roberto Siqueira Castro (2008, p. 10),

[...] o sentimento constitucional contemporâneo passou a exigir que o princípio da dignidade do homem, que serve de estrutura ao edifício das Constituições da Era Moderna, venha fundamentar a extensão da eficácia dos direitos fundamentais às relações privadas, ou seja, a eficácia externa, também denominada direta ou imediata que, na prática, coincide com o chamado efeito horizontal do elenco de direitos, de liberdades e de garantias que através dos tempos granjearam assento nos estatutos supremos das nações.

O presente ensaio tem por escopo analisar a questão da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, resultado do rompimento do antigo pensamento liberal-burguês, para o qual a afirmação dos direitos e garantias fundamentais no plano constitucional se deu em razão dos abusos praticados pelo Estado Absolutista, e por essa justificativa deve permanecer atrelado, sem qualquer possibilidade de estender sua aplicação às relações travadas entre particulares.

Neste cenário histórico, não se pode olvidar que a decadência das ideias liberais e a conseqüente substituição do regime pelo Estado Social deram-se em razão da inexistência de uma atuação positiva do Estado, capaz de garantir aos cidadãos os direitos sociais mínimos para a implementação dos direitos de primeira dimensão; a tão almejada igualdade material de direitos pôde ser alcançada a partir do momento em que o Estado passou a intervir em todas as esferas da sociedade, garantindo aos seus povos condições mínimas para se viver com dignidade.

Não obstante as diversas vozes que ecoam dos estudiosos sobre o tema, não se pode negar que a supremacia da Constituição Federal responsável por alocar os direitos fundamentais num plano superior e irradiar valores morais e éticos, também vincula todos os demais ramos do direito, sejam em aspectos materiais ou formais.

No plano prático, porém, em muitas situações ainda se observa uma inatingível irradiação dos direitos fundamentais nos conflitos estabelecidos entre particulares, levando-se a crer que a sociedade neocapitalista esta sujeita a uma igualdade meramente formal, marcada pelo domínio dos poderosos grupos econômicos que atuam sob a égide de um direito privado, mas dissociado das garantias fundamentais elencadas pela Constituição de 1988.

Destarte, o que se almeja através do presente estudo é o convencimento acerca da aplicação harmônica dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, de modo que não se estabeleça qualquer exclusão das regras de direito civil, mas sim que se utilizem critérios de ponderação dos bens e valores confrontados na esfera privada, necessário para garantir a plena eficácia dos direitos e garantias fundamentais presentes na Constituição Federal.

2 O CAMINHAR HISTÓRICO-EVOLUTIVO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O surgimento da expressão “direitos fundamentais”, acompanhado de seu conteúdo normativo e axiológico, remonta de tempos antigos, então marcados por sangrentas e infundáveis batalhas entre classes, nas quais o objetivo comum era certamente o enfraquecimento do Estado soberano e opressor, violador das garantias humanas e de toda forma de dignidade que porventura restavam àqueles povos (SARMENTO, 2006, p. 4).

Sob uma perspectiva histórica, os direitos fundamentais adquiriram diferentes formatos até alcançar a personificação e o hodierno âmbito de aplicabilidade no Estado contemporâneo. A começar pela terminologia do instituto, o que é motivo de repúdio por grande parte dos constitucionalistas que rechaçam a utilização de expressões como “liberdades fundamentais”, “direitos individuais”, “liberdades públicas”, dentre outras derivações que não abarcam todo o conteúdo

dogmático-jurídico dos direitos fundamentais, por se tratarem de categorias específicas do gênero “direitos fundamentais”.

Outra questão terminológica tratada pela doutrina ao traçar a evolução histórica dos direitos fundamentais diz respeito à abrangência dos termos “direitos humanos” e “direitos fundamentais”. De fato, os primeiros remetem ao conteúdo de normas que centralizam a proteção do ser humano numa esfera universal, ou seja, de caráter supranacional, desconsiderando as regras específicas de um determinado ordenamento jurídico, ao passo que o segundo retrata um conjunto de regras positivadas no âmbito constitucional de um Estado, reunindo direitos e garantias que assegurem a liberdade e igualdade dos povos daquela nação.

Sob esse aspecto, seguro afirmar que as expressões em comento não se tratam de sinônimas, mas também não deixam de guardar uma íntima relação de cunho axiológico, já que o objetivo comum perseguido por ambos é a proteção do homem e a garantia de uma vida digna, sem interferência de quaisquer questões políticas, sociais e econômicas que possam suprimir o principal dos direitos que é a vida com dignidade.

A proximidade que une o conteúdo e a direção de tais expressões, acoplado à luta incessante dos Estados em afastar toda forma de atrocidade e violência contra os povos tem desencadeado um autêntico processo de aproximação e harmonização dos direitos elencados na esfera nacional e internacional, resultando na formulação de um direito constitucional internacional, cuja autonomia didática já lhe é ínsita (SARLET, 2005, p. 39).

José Afonso da Silva (1996, p. 176-7) insurge-se contra as expressões diferenciadas, salientando sua preferência por uma terceira categoria terminológica, qual seja “direitos fundamentais do homem”, sob a justificativa de que:

[...] além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna livre e igual de todas as pessoas.

Bobbio, por sua vez, estabelece uma distinção entre direito do

homem enquanto estritamente naturais e direito do homem enquanto direitos positivados, passando, pois, a equipará-los às expressões ora apontadas neste estudo. Para ele, os direitos naturais do homem equivalem aos direitos humanos, ao passo que os direitos positivados seriam os definidos como direitos fundamentais (BOBBIO, 1992, p. 31).

Seguindo o critério de diferenciação, Ingo Sarlet (2005, p. 37) defende a existência de três espécies de direitos, que se distinguem tomando por base um único elemento caracterizador, qual seja, a positividade ou não em suas diferentes esferas; para o autor, existem os chamados direitos naturais, os quais não se encontram ainda positivados; os direitos positivados na esfera supranacional, que seriam denominados de direitos humanos e, por fim, os famigerados direitos fundamentais, cuja classe se encontra reunida e positivada no sistema de garantias interna de um determinado ordenamento jurídico, sendo, portanto, mais restritos e específicos do que aqueles últimos.

Bruno Galindo apresenta uma veemente crítica ao posicionamento adotado por Ingo Sarlet, argumentando não ser possível enquadrar as três espécies de direitos em modalidades, como se coexistissem diferentes classes de ser humano. Segundo o seu parecer:

Os direitos positivados, tanto na esfera estatal, como na internacional, são direitos fundamentais, uns abrangendo apenas os cidadãos de um determinado Estado e outros de espectro mais amplo, alcançando a comunidade internacional, podendo então ser considerados, respectivamente, direitos fundamentais estatais e direitos fundamentais internacionais. Os direitos inerentes ao ser humano, positivados ou não, são direitos humanos ou direitos do homem. (GALINDO, 2003, p. 49)

Compreendidas algumas das mais importantes posições doutrinárias que permeiam o universo jurídico em torno da questão terminológica dos direitos fundamentais, cumpre proceder a uma análise histórica acerca dos caminhos percorridos ao longo do tempo para se alcançar a atual configuração e abrangência normativa dos chamados direitos fundamentais, os quais justificam, por si só, a instalação de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

A contribuição da doutrina jusnaturalista clássica como elemento propulsor do processo de afirmação dos direitos fundamentais é indiscutível. Muitos dos direitos hodiernamente positivados na or-

dem estatal, antigamente eram já considerados naturais pelos jusfilósofos, os quais concebiam o ser humano como detentor de garantias naturais, ínsitas a sua pessoa e, portanto, inalienáveis, imutáveis e inattingíveis pelo Poder Estatal, soberano à época.

Posteriormente, veementemente influenciado pelas ideias contratualistas e racionalistas de Hugo Grocio e Kant, inicia-se o processo de laicização do direito natural, o que inspirou a formulação do movimento iluminista, que apelava à razão como fundamento do direito.

Neste aspecto, necessário ressaltar a expressiva contribuição de John Locke como primeiro filósofo a reconhecer a eficácia oponível dos direitos naturais, notadamente em face dos detentores do poder, reconhecendo-se, pois, aos cidadãos, então titulares de direitos e não meros objetos do governo tal qual eram associados sob a égide de um contrato social, o direito de resistência e de organização frente a um Estado guiado pela sua razão e vontade (SARLET, 2005, p. 46-7).

Inspirado pelas ideias da razão humana inicia-se, neste período, o processo de universalização dos direitos naturais, dando ensejo a importantes documentos de concretização de garantias, como por exemplo, a Declaração dos Direitos do Homem (França, 1789) que posteriormente vieram a resultar na construção de uma teoria constitucional e o próprio movimento de codificação que marcou o século XIX (LAFER, 1998, p. 38).

Aparada nas ideias contratualistas e iluministas de que o homem é titular de direitos naturais que antecedem a própria instituição do Estado, criando-se, por conta disso, uma esfera inviolável de direitos e garantias, iniciou-se no século XVIII uma árdua batalha dos povos com aspirações liberais pela efetivação desses mesmos direitos, e notadamente sua extensão às camadas mais humildes da sociedade.

Surge a partir desse processo de luta pelo reconhecimento universal de direitos, então oprimidos pelo Estado Absolutista, a expressão “direitos humanos”, o qual serviu de fundamento para o início da era constitucionalista, e como pilar do Estado Liberal, então substituto do decadente Estado Absolutista.

2.1 As diferentes dimensões dos direitos fundamentais

No intuito de promover uma harmonização entre as três prin-

cipais correntes do pensamento jurídico, quais sejam positivista-normativista, positivista-sociológico e jusnaturalista, Alexy propõe um estudo dos direitos fundamentais abalizado em uma tríplice dimensão de direitos que se sucedem consoante à progressiva conquista e afirmação destes no cenário mundial (GUERRA FILHO, 1997, p. 11).

Sobre o tema, de início, necessário reportar-se às fundadas críticas operadas pela doutrina moderna concernente a adoção da terminologia “gerações”, ao invés de “dimensões” para se referir ao conjunto de direitos reconhecidos de forma gradativa, cada qual ao seu tempo e em momentos históricos marcantes, resultando numa autêntica mutação histórica dos direitos fundamentais.

Com efeito, a ideia de dimensão, ao contrário do que se pretende afirmar ou que pelo menos transparecer com a utilização do termo “geração”, encontra-se intimamente relacionada com a noção de complementariedade, de soma gradativa de direitos, que longe está de indicar qualquer noção de substituição ou alternância de direito conforme se faz crer pela utilização da segunda terminologia ora apresentada (BREGA FILHO, 2002, p. 25-6).

De qualquer forma, certo é que a problemática *sob* enfoque reside essencialmente na esfera terminológica, não alcançando expressiva importância para o que se pretende inferir neste estudo, mesmo porque basta uma singela análise acerca do conteúdo semântico normativo da Constituição Federal de 1988 para se rechaçar por completo qualquer possibilidade de abolição de direitos ditados pelas dimensões anteriores, considerando que a Carta Magna reúne em sua esfera de proteção, todos os direitos conquistados gradativamente ao longo da história (DIMITRI; MARTINS, 2007, p. 32).

Os direitos fundamentais de primeira geração, fortemente influenciados pelas ideias jusnaturalistas, representam uma conquista da burguesia liberal frente ao poder do Estado Absoluto, sendo também denominados “direito de defesa” ou “direitos de resistência/oposição”, por rechaçar a intervenção do Estado na vida social, política e econômica do cidadão; dentre o rol dos direitos negativos, podem ser destacados o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à propriedade e ao voto.

Esses mesmos direitos dão início a uma nova fase do Constitucionalismo, sendo os primeiros a serem insertos nas Constituições

após as Revoluções Liberais. Apesar de prever um dos principais direitos do cidadão, qual seja a igualdade, a esta lhe era atribuído um sentido meramente formal, e não material que ensejou uma segunda dimensão de direitos. Tal fato, deve-se, certamente, à predominância dos interesses da burguesia sobre a classe proletária, o que faz caracterizar essa “geração” de direitos como de cunho altamente individualista.

Os fatos pretéritos que desencadearam a reação revolucionária da burguesia, influenciados pelos ideais liberais concentram-se na atuação ostensiva do Estado onipotente em não permitir o exercício das liberdades fundamentais, todavia, equivoca-se grande parte dos doutrinadores ao atribuir essa atuação abusiva contra os do cidadão tão somente ao Estado.

Citado por Galindo (2003, p. 60), Neumann afirma que a ideia segundo a qual o Estado é sempre considerado inimigo do cidadão e legítimo violador das garantias fundamentais deve ser rechaçada, podendo outros seguimentos da sociedade ou Instituições também o fazer, o que de fato ocorre às vistas do cidadão quando monopolizam ideias e produtos, notadamente no campo econômico onde tal prática se mostra mais patente.

Reiterando as ideias acima, Galindo (2003, p. 60-1) expõe:

O Estado não é o único violador de direitos fundamentais, mas também o são aqueles que detêm determinados poderes não estatais que, por vezes, têm muito mais força e efetividade do que os próprios poderes do Estado. Por isso, mesmo no conceito estrito dos direitos de primeira dimensão, não cabe ao Estado uma mera conduta omissiva, mas sim uma conduta necessariamente ativa em muitos casos para proceder a uma repressão às violações desses direitos, não só pelos próprios órgãos (a ideia de Montesquieu do poder se autolimitando), mas também pelos poderes não estatais em geral que, por ser uma esfera de poder com alcance efetivamente social, podem se tornar sérios violadores dos direitos fundamentais.

As ideias encontram correspondência com o atual sistema neoliberal que permeia as sociedades contemporâneas, marcadas pela dominação absoluta do mercado pelas multinacionais, o que de fato representa um sério quadro de violação dos direitos fundamentais entre particulares, sendo este o objeto de estudo no presente trabalho cientí-

fico.

Em suma, caracterizam-se os direitos de primeira dimensão pelo seu caráter individualista, pela conquista e afirmação das liberdades civis e políticas, e pelo início de uma nova era, o constitucionalismo ocidental (SARLET, 2005, p. 56).

Os direitos de segunda dimensão são chamados de direitos positivos e abrangem os direitos sociais, econômicos, culturais e as liberdades sociais justificam-se por não terem sido abrangidos totalmente no Estado Liberal, em razão da desigualdade entre as classes, que permitia somente aos nobres burgueses, detentores de recursos econômicos, a possibilidade de exercer as liberdades políticas e realizar os direitos econômicos e sociais.

A grave crise gerada pelo Estado Social, o qual se mostrou incapaz de solucionar as mais diversas demandas decorrentes da deficiente prestação dos direitos sociais e econômicos, aliado ao assustador impacto tecnológico e expansão dos grupos econômicos que passaram a promover a dominação dos mercados e, dessa forma, sobrepor o ideal capitalista a quaisquer valores de ordem constitucional, determinou o surgimento de uma dimensão de direitos, os de fraternidade (que compõe a terceira dimensão de direitos).

Essa inovadora e necessária reivindicação do ser humano que ultrapassa o caráter individual de suas relações e passa a enxergar o ser humano por meio dos problemas e anseios que atingem toda a coletividade compreendem, sob o manto da fundamentabilidade, os direitos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à paz, solidariedade universal, segurança.

Dirley da Cunha Junior (2007, p. 34) retrata com clareza a essência dos direitos de fraternidade:

[...] enquanto os direitos de primeira dimensão (direitos civis e políticos)- que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais- realçam o princípio da liberdade e os direitos da segunda dimensão (direitos sociais, econômicos e culturais)- que se identificam com as liberdades positivas, reais, materiais ou concretas- enfatizam o princípio da igualdade, os direitos fundamentais- que encerram poderes de titularidade coletiva ou difusa atribuídos genericamente a todas as formações sociais consagram o princípio da solidariedade ou fraternidade e correspondem a um momento de extrema

importância no processo do desenvolvimento e afirmação dos direitos fundamentais, notabilizados pelo estigma de sua irrecusável inexauribilidade.

Por fim, cabe esclarecer que a doutrina vem admitindo a existência de uma quarta, quinta e até sexta dimensões de direitos fundamentais.

A quarta geração de direitos humanos esta relacionada à questão do biodireito. A preocupação em proteger esses direitos e incluí-los no rol de direitos fundamentais ocorreu após as atrocidades da 2^a. Grande Guerra Mundial, quando foram realizados inúmeros experimentos genéticos nos campos de concentração nazistas.

A quinta, por sua vez, relaciona-se com o direito à paz, sendo a sexta dimensão decorrente da globalização, que abarca o direito à democracia, à informação correta e ao pluralismo.

2.2 As dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais

O rompimento do pensamento liberal, segundo o qual os direitos fundamentais foram afirmados somente com a finalidade de evitar os abusos praticados pelo Estado Absolutista. Por essa razão, teria sua aplicabilidade adstrita às relações travadas entre Estado-particular foi determinante para se operar uma mudança de paradigma das sociedades modernas e o reconhecimento de uma Constituição que reúne em seu corpo, além de regras e princípios, uma ordem objetiva de valores válidos em todo o ordenamento jurídico, que vincula não só o Estado, mas também os particulares em suas relações privadas.

Neste contexto, um acontecimento histórico foi determinante para a sedimentação das bases necessárias para a construção da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, qual seja o caso Lüth julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão em 1958.

De acordo com o caso ora citado:

Um cidadão alemão chamado Erich Lüth, crítico de cinema e diretor do Clube de Imprensa da cidade de Hamburgo, na Alemanha, incitou, no início da década de 50, todos os distribuidores de filmes cinematográficos e ao público em geral, a boicotar o filme lançado por Veit Harlan. Harlan era um cineasta conhecido do regime nazista e acusado de ser

um dos principais responsáveis pela alienação ideológica a que foi submetido o povo alemão no III Reich. Harlan e seus parceiros comerciais ingressaram com ação cominatória, com base no art. 826 do Código Civil Alemão (BGB), na Justiça Estadual de Hamburgo, postulando que Lüth fosse impedido de continuar com o boicote. Isso porque o boicote estava causando dano a outrem por ação imoral. As instâncias ordinárias acataram o pedido de Harlan, o que motivou Lüth a propor reclamação constitucional, no Tribunal Constitucional Federal, alegando ofensa ao direito fundamental à liberdade de expressão garantida na Lei Fundamental de Bonn de 1949. O Tribunal julgou o pedido da reclamação procedente e revogou a decisão do Tribunal Estadual de Hamburgo. A decisão teve por base a prevalência do direito de liberdade de expressão em detrimento da liberdade de exercício da atividade empresarial de promover e divulgar filmes. (DETROZ, 2012)

Por meio da decisão proferida pela Corte Alemã, solucionou-se uma questão individual, fixando-se, ao mesmo tempo, novos contornos objetivos da Constituição Federal e dos direitos fundamentais, de efeitos irradiadores e vinculantes para os três poderes do Estado na tomada de suas decisões, bem como aos particulares, no trato dos próprios interesses e dos seus pares.

Como considerou Ingo Sarlet (2005, p. 167):

A descoberta (ou redescoberta) da perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais revela, acima de tudo, que estes - para além de sua condição de direitos subjetivos (e não apenas na qualidade de direitos de defesa) permitem o desenvolvimento de novos conteúdos que, independente de uma eventual possibilidade de subjetivação, assumem papel de alta relevância na construção de um sistema eficaz e racional para a sua (dos direitos fundamentais) efetivação.

Esse novo enfoque trazido pela dimensão objetiva dos direitos fundamentais, determinou o surgimento de um novo princípio, denominado de “princípio de proibição de déficit”, o qual compreende a impossibilidade do Estado imitir-se no seu dever de prestar uma assistência eficiente e mínima para a implementação dos direitos fundamentais, em todas as esferas relacionais, vale dizer, pública e privada (ANDRADE, 2004, p. 115).

Ao tratar do dever de proteção do Estado perante terceiros,

Canotilho esclarece que o Estado não só possui o dever de proteger o direito do cidadão contra eventuais agressões de outros indivíduos, como também de propiciar condições seguras para propiciar a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações travadas entre particulares. Veja-se:

Diferentemente do que acontece com a função de prestação, o esquema relacional não se estabelece aqui entre o titular do direito fundamental e o Estado (ou uma autoridade encarregada de desempenhar uma tarefa pública), mas entre indivíduo e outros indivíduos. Esta função de protecção de terceiros obrigará também o Estado a concretizar as normas reguladoras das relações jurídico-civis de forma a assegurar nestas relações a observância dos direitos fundamentais (ex.: regulação de casamento de forma a assegurar a igualdade entre cônjuges) (CANOTILHO, 2002, p. 407).

Em resumo, a construção de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais, retrata a ideia de que esses podem e devem ser considerados independentemente da perspectiva individualista contida na noção de sujeito de direito, presente na normativa civilista, os direitos fundamentais consagram os valores norteadores de toda a ordem jurídica e, que por representar interesses supraindividuais, acabam por vincular a atuação tanto do Estado quanto da sociedade civil.

Sob outro viés, a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais abarca a função tradicional desses direitos, aqui entendidos em sua completude, como os clássicos direitos de liberdade, direitos políticos e direitos sociais.

A clássica definição de direitos subjetivos indica que o titular de um direito fundamental detém legitimidade para postular em Juízo a reparação de lesão a qualquer dos interesses juridicamente tutelados em face de quem se obrigou a satisfazê-lo.

Destarte, denota-se que a clássica referência aos direitos fundamentais como direitos subjetivos atribui a esses a característica de serem exigíveis judicialmente em face do Estado. Tal perspectiva subjetiva com o passar dos anos, aliado à modernização das sociedades, permitiu que as Constituições passassem a adotar uma dimensão objetiva no sentido de vincular não só o Estado ao cumprimento dos direitos fundamentais, como também toda a coletividade, inclusive, nas relações regidas pelo Código Civil, cuja tendência contemporânea deno-

ta uma crescente constitucionalização do referido ramo de direito privado.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA APLICAÇÃO NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES PRIVADAS

Historicamente, os direitos fundamentais foram concebidos no sentido de proteger o indivíduo contra os abusos praticados pelo Estado, os quais diretamente afrontavam o exercício das liberdades públicas e a própria dignidade humana.

Essa nova submissão do Estado aos direitos fundamentais do cidadão, positivada pelas Constituições pós-liberalismo, impõe também, no sentido de resguardar a igualdade material, uma conduta ativa e prestacional a fim de garantir não só a consecução dos direitos individuais, mas também dos direitos sociais, os quais não possuem aplicabilidade sem o necessário aparato ofertado pelo Estado.

Toda a construção jurídica realizada em torno da dicotomia público-privado se deu justamente por se atribuir ao Estado, nesse caminhar evolutivo dos direitos fundamentais, posições distintas em diferentes momentos históricos. De início, com o intuito de enfraquecer o Estado Absolutista, aliada as ideias liberais, insurgiu-se a burguesia contra os abusos do Poder Soberano, exigindo desse uma abstenção da vida privada dos cidadãos. Posteriormente, em razão da impossibilidade dos direitos de liberdade alcançar as classes menos favorecidas economicamente, passou o Estado a assumir uma posição de garantidor dos direitos sociais, essenciais para a própria dignidade humana.

Essa noção de verticalidade de direitos, que se instalou após o advento do Estado Liberal e Estado Social, torna ainda mais dificultoso o desafio de se compreender a possibilidade da aplicação dos direitos fundamentais às relações particulares. Necessário entender, nesse contexto, a posição do Estado opressor que motivou lutas, revoluções e guerras sangrentas no sentido de se afirmar os direitos fundamentais na ordem constitucional.

Naquele momento histórico, certamente era a figura do Estado quem mais representava uma ameaça institucionalizada ao homem, o que deve ser repensado no atual contexto, marcado pela dominação

dos mercados, em que a lei do mais forte travada entre particulares acaba por suprimir uma série de direitos fundamentais, violação esta que as disposições contidas no Código Civil não estão legitimadas a solucionar.

A ordem constitucional vigente, ao estabelecer o sistema de garantias fundamentais a que faz jus todos os cidadãos, não determina necessariamente as figuras do ofensor e ofendido, de modo a deslegitimar qualquer outra ofensa a direitos que não se enquadre nos moldes estabelecidos na Constituição. Quaisquer pessoas ou entidades capazes de realizar condutas contrárias às garantias ali fixadas, sejam elas públicas ou privadas, encontram-se no mesmo patamar de responsabilidade, sendo ao ofensor indiferente a fonte de onde emanam as agressões.

O problema em torno da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas surge a partir do momento em que se concebe a autonomia privada dos particulares, devidamente codificada em regras específicas que, para os críticos da ideia ora proposta, vai de encontro a essa limitação que se pretende impor, mitigando o poder de autodeterminação das pessoas.

Não obstante as digressões doutrinárias que almejam refutar a possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais ao âmbito dos particulares, certo é que não se podem empregar os mesmos critérios sistêmicos eleitos para tratar da relação Estado-particulares para solucionar outro problema que de igual forma representa uma lesão aos direitos fundamentais da pessoa humana, mesmo porque a lei que regula ambas as relações são distintas e disciplinadas em ramos autênticos do direito.

Para tanto, busca-se fundamento nos conceitos trazidos pela dimensão objetiva dos direitos fundamentais para acatar-se a ideia de vinculação dos direitos fundamentais nas relações privadas, não se olvidando a necessidade de adoção de critérios de ponderação, vinculados à aferição da intensidade e extensão da vinculação na relação sob enfoque, eis que ambas as partes comungam o mesmo plano de legitimação dos direitos fundamentais.

Não parece crível estabelecer uma ordem constitucional em que somente o Estado tenha obrigações éticas e morais para com os direitos fundamentais e mínimos do cidadão, olvidando-se que essa le-

são de direitos também pode se suceder nas relações travadas entre particulares. Por outro lado, não se pode desconsiderar a inevitável diferença do modo de atuar das entidades públicas e privadas, consequência do regime jurídico diferenciado aplicado em ambas as situações, o que exige uma análise interdisciplinar e uma cautelar especial no sentido de não suprimir o princípio da autonomia privada dos particulares, que pela sua natureza, por si só, condiciona a aplicação de direitos, liberdades e garantias fundamentais (MIRANDA, 1998, p. 287-8).

Essa análise interdisciplinar e ponderação de valores e princípios podem ser facilmente aferidas em normativas diversas presentes no ordenamento jurídico vigente cujo destinatário exclusivo é o Poder Público, não podendo se opor, portanto, aos particulares, a saber: direitos de personalidade, direito políticos, etc. (SARLET, 2000, p. 115-6).

Em suma, a Constituição Federal de 1988, além de não elencar expressamente qualquer possibilidade de aplicação horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas, tampouco apresenta um critério para solucionar esse difícil problema trazido a lume. Cabe, pois, ao exegeta, guiado pelas teorias formuladas em torno da questão, bem como os princípios constitucionais que norteiam as relações humanas, solucionar, de forma harmônica e ponderada, eventuais lesões ocorridas em face de particulares, sejam elas originadas do Poder Público, seja advindas de particulares.

3.1 Teoria dos deveres estatais de proteção

Por essa teoria entende-se que o Estado, na qualidade de garantidor dos direitos fundamentais de todo cidadão, tem o dever não só de abster-se de violar esses mesmos direitos, como também de adotar uma postura ativa em defesa de seus titulares, evitando lesões e ameaças advindas de terceiros.

Para que possa exercer tal mister a contento, detêm o Estado mecanismos específicos de proteção, tal como poderes de polícia, de fiscalizar, de legislar, dentre outros, todos determinados a limitar a atuação do particular que porventura possa lesionar as garantias fundamentais de seus pares que se encontrem em par de igualdades.

Adepto das ideias vinculadas à teoria do dever de proteção estatal, Daniel Sarmento (2006, p. 24) salienta que os direitos e garantias fundamentais arrolados pela Constituição Federal abarcam uma qualificação muito superior à de mera condição de direitos de defesa, sendo, pois, sucedâneo para uma atuação ostensiva do Estado em face das ameaças perpetradas pelos particulares.

A principal crítica levantada a essa teoria diz respeito ao condicionamento irrestrito da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas a vontade do legislador, o qual deve traçar os parâmetros e intensidade de tais normas fundamentais nos conflitos instalados entre particulares, situação essa que não se coaduna com o atual estágio das sociedades modernas, sujeitas a constantes mutações que claramente o Legislativo não tem conseguido acompanhar, o que acaba por ensejar a figura do ativismo judicial.

Daniel Sarmento (2006, p. 24) explica:

Neste quadro, ele nega qualquer relevância à distinção entre Direito Público e Privado para fins de submissão aos direitos fundamentais. Portanto, segundo Schwabe, quando um ator privado viola um direito fundamental, o ato poderá ser imputado também ao Estado, seja porque não proibiu, através do legislador, aquele comportamento individual lesivo a direitos alheios, seja porque não impediu o ato, através [sic] da atividade administrativa ou da prestação jurisdicional.

Na Constituição Cidadã, é possível visualizar a exigência normativa de uma postura ativa por parte do Estado, em situações que coloquem em risco a integridade de direitos fundamentais, como, por exemplo, no dever de proteger o meio ambiente (artigo 225 da CF/88), de propiciar segurança aos cidadãos (artigo 6º da CF/88), dentre outros.

3.2 Teoria da aplicabilidade direta ou imediata

Segundo a teoria da aplicabilidade direta ou imediata, os efeitos decorrentes dos direitos fundamentais nas relações privadas não deixam de se perpetuar em razão de eventual ausência de previsão normativa no plano infraconstitucional, sendo estes direitos válidos e de aplicação imediata em todo o ordenamento jurídico.

Os direitos fundamentais, sejam eles observados nas relações travadas entre Poder Público e particulares, ou tão somente entre esses últimos, irradiam de forma incondicionada por todo o território em face de sua previsão Constitucional, não encontrando qualquer limitação advinda de outras espécies normativas, notadamente do Código Civil (GORZONI, 2007, p. 17).

Afirmar a aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas não significa defender a aplicação irrestrita de tal preceito, sem o apoio das técnicas de ponderação e o respeito aos demais princípios que norteiam o ordenamento jurídico, tal como o da autonomia individual, o que determinaria, indubitavelmente, um verdadeiro desarranjo social.

Exemplo prático da aplicação da técnica de ponderação em situações que exigem a afirmação dos direitos fundamentais nas relações privadas é a própria atividade jurisdicional. Estando o magistrado no cotejo dos conflitos trazidos a lide em que visualiza evidente situação de desrespeito a direitos fundamentais entre particulares, autorizado a decidir, consoante os ditames normativos da Constituição Federal, independente da existência ou não de legislação correlata.

Nesse viés, importante ressaltar que a atuação do Estado-Juiz, baseada em técnicas de ponderação, para solucionar um conflito estabelecido entre particulares, em que presente uma situação de lesão a direitos fundamentais, não tem o condão de afastar o princípio da supremacia do legislador na concretização dos valores constitucionais. O que se busca é evitar uma lesão ainda maior, nas hipóteses em que o legislador não previu uma solução em norma específica (DETROZ, 2012).

3.3 Teoria da aplicabilidade indireta ou mediata

Diferentemente das ideias defendidas pela teoria da aplicabilidade direta ou imediata dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas, essa teoria perfilha do entendimento de que tal prática é possível, desde que não realizada de forma irrestrita, desvinculado de critérios estabelecidos diametralmente em cláusulas gerais do Código Civil, ou seja, desde que se estabeleça um ponto de conexão entre as normas constitucionais definidoras de direitos e garantias fundamentais e o Código Civil, o que se perpetuaria por meio de cláusulas gerais

contidas nesse último Códex, não haveria oposição pela aplicação indireta dos direitos fundamentais nas relações envolvendo particulares.

Daniel Sarmento (2006, p. 198) busca um entendimento para as ideias acima expostas, explicando que:

[...] para a teoria da eficácia mediata, os direitos fundamentais não ingressam no cenário privado como direitos subjetivos, que possam ser invocados a partir da Constituição. Segundo Dürig, a proteção constitucional da autonomia privada pressupõe a possibilidade de os indivíduos renunciarem a direitos fundamentais no âmbito das relações privadas que mantêm, o que seria inadmissível nas relações travadas com o Poder Público.

Defensor veemente desta teoria, Konrad Hesse defende a necessária atuação do legislador infraconstitucional em transformar o conteúdo dos direitos fundamentais em normas específicas de eficácia vinculante. Para o doutrinador, a aplicabilidade dos direitos fundamentais no âmbito de atuação dos particulares somente se mostra legítima, quando o legislador estabelece, caso a caso, ou seja, em um estado de exceção, situações em que se permite uma limitação aos princípios da autodeterminação e responsabilidade individual (HESSE, 1998, p. 149-50).

Canotilho apresenta duras críticas ao pensamento de Hesse, que busca condicionar a eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas a uma mera mediação estatal. Para o doutrinador:

Dizer, como faz Dürig e, na sua senda, os defensores da eficácia mediata, que as posições jurídico-subjetivas reconhecidas pelos direitos fundamentais e dirigidas contra o Estado não podem transferir-se, através de uma eficácia externa, de modo imediato e absoluto, para as relações cidadão-cidadão (melhor: particular-particular), embora se reconheça terem os direitos fundamentais força conformadora quer através [sic] da legislação civil susceptíveis ou carecidas de preenchimento valorativo (*wertausfüllungsfähige und wertausfüllungsbedürftige Generalklauseln*), parece-nos uma conclusão quase evidente que não responde, como demonstrou Leisner, ao verdadeiro problema da eficácia dos direitos fundamentais em relação a entidades privadas.

Também não resolve o problema a ideia que, partindo do caráter jurídico-objetivo das garantias dos direitos funda-

mentais, prefere situar a questão não no plano de uma eficácia directa dos direitos nas relações cidadão-cidadão, mas no plano da congruência ou conformidade normativa jurídico-objetiva entre as normas consagradoras dos direitos fundamentais e as normas de direito civil. Isto supõe a existência de dois ordenamentos autônomos e horizontais, quando a ordem jurídica civil não pode deixar de compreender-se dentro da ordem constitucional: o direito civil não é matéria extraconstitucional, é matéria constitucional. (CANOTILHO, 2002, p. 1207)

Reforçando a crítica exposta por Canotilho, Marinoni (2008, p. 79) expõe:

Quando se pensa em eficácia mediata, afirma-se que a força jurídica dos preceitos constitucionais somente se afirmaria, em relação aos particulares, por meio das normas e dos princípios de direito privado. Além disso, as normas constitucionais poderiam servir para a concretização de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, porém sempre dentro das linhas básicas do direito privado.

As ideias reunidas nessa teoria ganharam força por meio da célebre decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Alemão, no julgamento do afamado caso Luth, a seguir descrito:

Em 1950, Erich Lüth, presidente de uma associação de imprensa em Hamburgo, na Alemanha, em uma conferência na presença de diversos produtores e distribuidores de filmes para cinema, defendeu um boicote ao filme *Unsterbliche Geliebte* (Amantes imortais), do diretor Veit Harlan, que, na época do regime nazista, havia dirigido filmes antisemitas e de cunho propagandístico para o regime em vigor. Diante disso, o produtor do filme ajuizou ação, considerada procedente pelas instâncias inferiores, contra Lüth, com o intuito de exigir indenização e proibi-lo de continuar defendendo tal boicote com base no § 826 do Código Civil alemão, segundo o qual “aquele que, de forma contrária aos bons costumes, causa prejuízo a outrem fica obrigado a indenizá-lo”. Em face do resultado, Lüth recorreu ao Tribunal Constitucional, que anulou as decisões inferiores, sustentando que elas feriam a livre manifestação do pensamento de Lüth. Mas a decisão não se fundou em uma aplicabilidade direta do direito à manifestação do pensamento ao caso concreto, mas em uma exigência de interpretação do próprio § 826 do Código Civil alemão, especialmente do conceito de bons costumes, pois, segundo o Tribunal, “toda

[disposição de direito privado] deve ser interpretada sob a luz dos direitos fundamentais”. (SILVA, 2004, p. 80)

Malgrado existam vozes contrárias a este entendimento, no sentido de afastar qualquer contribuição do mencionado julgamento para a consolidação da teoria *sob* enfoque, certo é que a grande maioria dos defensores da teoria da aplicabilidade mediata comunga do entendimento de que a solução dada pelo Tribunal ao caso Luth contribuiu de forma veemente para reforçar a tese de que os direitos fundamentais podem ser aplicados nas relações estabelecidas entre particulares, desde que exista uma conformação dessas regras pelo legislador ou o magistrado.

3.4 Teoria da *State Action*

Opondo-se aos posicionamentos ditados pelos defensores das teorias da aplicabilidade direta e indireta dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas, a presente teoria, também conhecida como teoria da ineficácia horizontal, afasta por completo a vinculação das condutas perpetradas pelos particulares aos direitos fundamentais, o que restaria adstrito tão somente ao Estado, por meio de suas ações.

Para os defensores dessa teoria norte-americana, não há que se atribuir qualquer hierarquia entre as normas de direito privado e o sistema normativo constitucional, mesmo porque os idealizadores de tal ideia se valem do sistema jurídico a que estão vinculados para justificar a autonomia dos Estados para solucionar embates estabelecidos entre particulares; nos Estados Unidos, a União não detém competência para legislar sobre regras de direito privado, função essa atribuída diretamente aos Estados, afastando as Cortes Federais de proceder a eventuais ingerências em assuntos que permeiam as relações privadas.

3.5 Teoria da inaplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas

Para aqueles que defendem a inaplicabilidade absoluta dos direitos fundamentais aos conflitos estabelecidos entre pessoas do direito privado, basta, ao seu entender, perquirir acerca da essência dos direitos fundamentais, ou seja, a motivação histórica que os levaram a ser reconhecidos na ordem constitucional na condição de cláusulas pé-

treas, para entender que qualquer tentativa voltada à vinculação dos direitos fundamentais aos particulares promoveria uma desnaturação da tradicional concepção liberal de sistema de direitos voltados à proteção do indivíduo.

Outro argumento utilizado é que equiparar um dos particulares à figura do Estado opressor representaria uma agressão declarada ao princípio da autonomia individual, não sendo justo atribuir ao magistrado tamanhos poderes para decidir conflitos estabelecidos entre particulares, valendo-se da ponderação de direitos cuja abstração lhe é ínsita (SARMENTO, 2006, p. 198-9).

O que se pretende, pois, por meio da presente teoria, é negar a vinculação dos particulares, justificada, unicamente, na origem histórica dos direitos fundamentais, o que se apresenta razoável, considerando que naquele momento histórico quem se apresentava como o maior opressor dos direitos e garantias fundamentais do cidadão era o Estado, mas também o poderia ser a Igreja ou a burguesia, o que relegaria ao insucesso os argumentos ora abarcados nessa teoria.

Atualmente, com a evolução das sociedades modernas, notadamente com a forte influência que a corrente neoliberal exerce sobre todas as esferas da vida humana, outros perigos maiores existem que não a atuação do Estado na vida privada, sendo, pois, fundamental que se proteja o ser humano contra todas as ameaças que porventura possam suprimir os direitos que lhe garantam viver de forma adequada e digna, provenham elas de qualquer fonte que seja. A mera igualdade fática entre os particulares não é suficiente para afastar as possíveis ameaças e lesões que um particular possa provocar em outro, mormente quando interesses mesquinhos tornam-se o objeto central de desejo.

Outrossim, os poderes conferidos aos magistrados para decidir determinada lide levada ao seu conhecimento não o são exercidos de forma indiscriminada, estando, pois adstritos aos princípios constitucionais que guiam o seu ofício. Esse poder lhe conferido de decidir conforme a ponderação de valores morais e éticos que permeiam o objeto de disputa justifica-se em razão da evidente abstração das normas de direitos fundamentais e a própria utilização, pelo legislador, de cláusulas gerais, abertas e abstratas, rompendo-se com aquela ideia segundo a qual todas as situações deveriam receber previsão expressa.

Andrey Borges de Mendonça e Olavo Augusto V. A. Ferreira (2010, p. 299-301) apresentam como justificativa para afastar quaisquer ingerências contrárias à eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas no direito brasileiro, o fato de que a própria:

[...] Constituição direciona-se, para além de regular o poder político, também para reger a conduta do povo que integra o território submetido à Constituição. Assim, se o Poder Constituinte estabeleceu que é fundamento do nosso ordenamento jurídico a proteção aos direitos fundamentais, isto significa que todos aqueles que estiverem sob o império do ordenamento jurídico brasileiro estão submetidos aos fundamentos dele, dentre os quais se encontra o respeito aos direitos fundamentais.

Não obstante a tentativa engendrada pelos defensores da teoria *sob* comento, restou a mesma fadada ao insucesso, notadamente após a decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Alemão no caso Luth, que definiu a possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, considerando a dimensão objetiva destes, responsável por irradiar valores vinculativos a toda a sociedade, independente do regime jurídico adotado (público ou privado).

4 O USO DA PONDERAÇÃO PARA SE ALCANÇAR UMA TEORIA APLICÁVEL AO ESTADO CONTEMPORÂNEO

Objetivando destacar somente os aspectos positivos das teorias que procuram explicar a aplicabilidade (ou não) dos direitos fundamentais às relações privadas, Robert Alexy propôs uma harmonização das teorias da eficácia direta ou imediata; eficácia indireta ou mediata e a teoria dos deveres de proteção estatais acima relacionadas.

De acordo com o pensamento do autor, o ponto de partida para se alcançar elementos eficazes que autorizem a aplicação dos direitos fundamentais nas relações estabelecidas no âmbito privado, sem, contudo, esvaziar a autonomia dos particulares, nada mais é do que a aplicação do critério da ponderação.

Essa ponderação é realizada na aplicação das três teorias conjuntamente, as quais acabariam por conduzir a resultados equivalentes. Assim, em um primeiro momento, impõe-se ao Estado o dever de legislar e julgar conforme o alcance estabelecido pelos valores contidos

na dimensão objetiva dos direitos fundamentais (teoria da aplicação indireta ou mediata). Na sequência, caberia ao Estado tutelar esses direitos fundamentais, assegurando a aplicação prática desses por meio de mecanismos específicos (teoria da proteção estatal). Por fim, reunindo todos os elementos necessários para a efetivação dos direitos fundamentais, não haveria óbice algum para se proceder a vinculação dos particulares ao referidos direitos (RABELO NETO, 2012).

A teoria própria e diferenciada proposta por Alexy é vista por muitos doutrinadores como equivalente a própria teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais, a qual é adotada pela Espanha, Itália, Argentina e em Portugal.

No Brasil, apesar de manifestos contrários, tem se observado uma forte tendência em adotá-la, haja vista o fato de a referida teoria se adequar à realidade e ao ordenamento jurídico brasileiro.

Neste diapasão, seguem os ensinamentos Luís Roberto Barroso (2007, p. 17):

O ponto de vista da aplicabilidade direta e imediata afigura-se mais adequado para a realidade brasileira e tem prevalecido na doutrina. Na ponderação a ser empreendida, como na ponderação em geral, deverão ser levados em conta os elementos do caso concreto. Para esta específica ponderação entre autonomia da vontade versus outro direito fundamental em questão, merecem relevo os seguintes fatores: a) a igualdade ou desigualdade material entre as partes (e.g., se uma multinacional renuncia contratualmente a um direito, tal situação é diversa daquela em que um trabalhador humilde faça o mesmo); b) a manifesta injustiça ou falta de razoabilidade do critério (e.g., escola que não admite filhos de pais divorciados); c) preferência para valores existenciais sobre os patrimoniais; d) risco para a dignidade da pessoa humana (e.g., ninguém pode se sujeitar a sanções corporais).

O Supremo Tribunal Federal adotou a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares no julgamento do RE 201.819/RJ, 2ª turma, relator para o acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 11 de outubro de 2005, entendendo aplicável o direito fundamental ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa em favor do sócio que se pretendia ver-se excluído pela associação:

SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO.

I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS.

As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.

II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES.

A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privado garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações na ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO.

As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não estatal. A União Brasileira de Compositores- UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura da ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a exten-

são do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão do sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88).

IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. (BRASIL, 2006)

O que se conclui da análise das diversas teorias que buscam encontrar critérios de interferência ou não do Estado na vida privada e a possibilidade de aplicação direta ou indireta dos direitos fundamentais às relações entre particulares é que o ordenamento jurídico é uno e complexo, sendo, pois, ilógico conceber uma fórmula simples e acabada para solucionar questões cuja resposta encontra-se na ponderação dos valores e bens determinados no caso concreto, em consonância com os princípios que regem o ordenamento jurídico, irradiando sua eficácia sobre todas as pessoas que se encontram sob sua tutela.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pela análise do conteúdo exposto, notadamente dos fundamentos utilizados por doutrinadores nas construções teóricas que ora defendem, ora negam a eficácia horizontal dos direitos fundamentais na seara privada, denota-se que em nenhum momento, a busca por argumentos justos e democráticos encontra-se presente no embasamento proposto.

As digressões em torno da aplicabilidade dos direitos fundamentais para a solução de conflitos estabelecidos entre particulares não se devem concentrar na mera formalidade de serem direta ou indiretamente aplicáveis, mas sim na compreensão de que o particular, esteja ele em que posição se encontre, é destinatário dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos.

Essa irradiação de valores que deve nortear todo o atuar dos

Poderes Estatais, na solução de conflitos levados a sua análise, foi determinante para a construção do atual cenário neoconstitucional em que a sociedade moderna encontra-se inserida. Nesse contexto, a aplicação direta dos direitos fundamentais, sem qualquer intermediação legislativa como condição *a quo*, é a solução que melhor se coaduna com o sistema de proteção e princípios adotados pela Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, J. C. V. de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almeida, 2004
- BARROSO, L. R. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BOBBIO, N. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 201.819, relatora Ministra Ellen Gracie, relator do acórdão Ministro Gilmar Mendes. **Diário da Justiça**, 27 out. 2006.
- BREGA FILHO, V. **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988** - Conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CASTRO, C. R. S. Extensão dos direitos e deveres fundamentais às relações privadas. **Escola Nacional da Magistratura**, Brasília, v. 2, n. 5, p. 39-54, abr. 2008.
- CUNHA JÚNIOR, D. da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2007.
- DETROZ, Derlayne. **A incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares**. Disponível em: <<http://apps.unibrasil.com.br/revista/index.php/direito/article/viewFile/418/34>>. Acesso em: 20 dez. 2012.
- DIMOULIS, D.; MARTINS, L. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GALINDO, B. **Direitos fundamentais**: análise de sua concretização constitucional. Curitiba: Juruá, 2003.

GORZONI, P. F. A. da C. **Supremo Tribunal Federal e a vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo, 2007. 81 f. Monografia (TCC) - Escola de Formação, Sociedade Brasileira de Direito Público.

GUERRA FILHO, W. S. **Direitos Fundamentais, Processo e Princípio da Proporcionalidade**: dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HESSE, K. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1998.

LAFER, C. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

MARINONI, L. G. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MENDONÇA, A. B. de; FERREIRA, O. A. V. A. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. In: CAMARGO, M. N. (Org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2010.

MIRANDA, J. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1998. Tomo IV.

RABELO NETO, L. O. **A dimensão objetiva dos direitos fundamentais como fundamento para vinculação dos particulares**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20376/a-dimensao-objetiva-dos-direitos-fundamentais-como-fundamento-para-vinculacao-dos-particulares>>. Acessado em 20 dez. 2012.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. In: _____. (Org.) **A Constituição concretizada**: construindo

pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

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

SILVA, J. A. da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

SILVA, V. A. da. A Constitucionalização do Direito – Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2004.