



A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS HUMANOS EM FACE DA AUTONOMIA PRIVADA E UMA BREVE SÍNTESE SOBRE O CASO BRASILEIRO

THE HORIZONTAL EFFECTIVENESS OF HUMAN RIGHTS IN THE FACE OF PRIVATE AUTONOMY AND A BRIEF SYNTHESIS ABOUT THE BRAZILIAN CASE

<i>Recebido em:</i>	03/07/2020
<i>Aprovado em:</i>	27/04/2021

Rafael José Nadim de Lazari¹

Alencar Frederico Margraf²

Angela Aparecida Oliveira Sousa³

RESUMO

O presente artigo aborda as questões relativas aos direitos humanos e aos direitos fundamentais elencados no texto da Constituição da República Federativa do Brasil. Apresenta, inicialmente, a conceituação contemporânea de direitos humanos, trazendo, também, semelhanças e diferenças do termo com os direitos fundamentais. Após, faz-se

¹ Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pelo Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal; Estágio Pós-Doutoral pelo Centro Universitário “Eurípides Soares da Rocha”, de Marília/SP; Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica, de São Paulo/SP; Professor da Graduação, do Mestrado e do Doutorado em Direito da Universidade de Marília/SP – UNIMAR; Advogado. Endereço eletrônico: prof.rafaeldelazari@hotmail.com

² Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP; Professor na Universidade Estadual de Ponta Grossa/PR – UEPG; Advogado. E-mail: alencarmargraf@yahoo.com.br / Link para Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9021431738873608>. Endereço eletrônico: alencarmargraf@yahoo.com.br

³ Mestranda em Direito pela Universidade de Marília/SP – UNIMAR; Oficial de Registro de Imóveis. Endereço eletrônico: angelaoliveiraadv@uol.com.br



uma breve abordagem sobre os conceitos de eficácia vertical, horizontal e diagonal dos direitos humanos para, enfim, abordar o tema principal e apresentar conclusões finais. Ao final, toma-se posição no sentido de que a eficácia dos direitos humanos, independentemente de ser horizontal ou diagonal, deve ser de tal modo que as relações existentes entre particulares evitem injustiças sociais e situações desumanizadas que evidenciem grave afronta aos preceitos constitucionais e aos direitos humanos difundidos internacionalmente. Como fonte da presente pesquisa, baseada no método hipotético-dedutivo, utilizou-se a doutrina e a jurisprudência.

Palavras-chave: Eficácia horizontal. Direitos humanos. Autonomia privada.

ABSTRACT

This text addresses the issues related to human rights and fundamental rights listed in the text of the Constitution of the Federative Republic of Brazil. Initially, it presents the contemporary concept of human rights, bringing also similarities and differences of the term with fundamental rights. Afterwards, a brief approach is made about the concepts of vertical, horizontal and diagonal effectiveness of human rights to, finally, address the main theme and present final conclusions. In the end, a position is taken in the sense that the effectiveness of human rights, regardless of being horizontal or diagonal, must be such that the existing relationships between individuals avoid social injustices and dehumanized situations that show a serious affront to constitutional precepts and internationally disseminated human rights. As the source of this research, based in the hypothetical-deductive method, doctrine and jurisprudence were used.

Key words: Horizontal effectiveness. Human rights. Private autonomy.

Introdução



Nos últimos anos, infelizmente testemunhou-se no Brasil pessoas alegando que os direitos humanos são instrumentos utilizados por pessoas mal-intencionadas para se esquivarem dos deveres depositados sobre todos os cidadãos brasileiros. Estas pessoas alegam que estes direitos não têm utilidade para o povo, que somente servem para preencher livros e palestras extravagantes, para que sua verdadeira natureza seja disfarçada.

No entanto, os direitos humanos não são o meio pelo qual pessoas que praticam atividades inescusáveis de qualquer natureza possuem para fugir das responsabilidades de seus atos. Seu próprio conceito é difícil de ser compreendido, é verdade, sendo que um simples artigo científico não é capaz de esclarecer toda sua abrangência.

Os direitos humanos, na verdade, são fruto da própria evolução da humanidade. Foram originados pelos conceitos morais primordiais que possibilitaram a vida em sociedade. Mesmo em épocas marcadas pelo autoritarismo, sua natureza, ainda que reduzida, sempre esteve presente, objetivando, acima de tudo, o bem-estar social e a dignidade do ser humano. Aliás, ser humano é entender a importância destes direitos para o bem geral da humanidade, para seu progresso e para um futuro de tolerância, igualdade de oportunidades, segurança, liberdade, justiça e dignidade a todos.

Entretanto, ainda que reverenciados em todo o globo, os direitos humanos encontram-se longe de serem plenamente efetivados, uma vez que dificilmente podem ser aplicados em todas as nações do planeta, sendo que, muitas vezes, sofrem ataques oriundos justamente daquele que deveria proteger seus tutelados, que é o Estado soberano.

Porém, não se deve restringir a responsabilidade de respeitar os direitos humanos unicamente ao Poder Público, uma vez que as premissas decorrentes destes direitos devem ser observadas por todos os cidadãos. Assim, é preciso que a efetivação destes preceitos, que foram desenvolvidos de maneira árdua, seja objeto de constantes discussões no intuito



de encontrar medidas capazes de, ao menos, reduzir os impactos gerados por condutas que feriram tais direitos.

O contexto contemporâneo do mundo globalizado, no que diz respeito aos ordenamentos jurídicos de cada país, tem, na sua maioria, regras escritas sobre as normas gerais de conduta, individual e coletiva, que regem a vida comum das pessoas. Neste diapasão, uma Constituição, como a brasileira, poderá em seu conglomerado de disposições instituir direitos inerentes às pessoas individuais e ao coletivo, visando a garantir os direitos civis, políticos, de liberdade de expressão, da propriedade privada, e da igualdade entre as pessoas perante a lei, dentre outras. Tratam-se dos chamados direitos fundamentais, que, na realidade, são os direitos humanos positivados nas regras contidas no corpo da Carta Maior. Esta, inclusive, poderá apresentar quais instrumentos deverão ser instituídos para garantir a efetivação destes direitos, limitando assim o arbítrio desproporcional do poder estatal face ao particular.

Contudo, para que haja um verdadeiro respeito aos direitos humanos em uma sociedade, essa limitação não pode atingir somente as ações do Estado e dos órgãos diretamente ligados a ele. Nas relações praticadas entre pessoas também devem reinar os conceitos básicos dos direitos humanos que foram alcançados neste momento da história em que a sociedade se encontra inserida. Isto porque, a prática de atos injustos contra pessoas em situações desiguais não é exclusividade do Estado, existindo, também, nas relações privadas.

A efetivação dos direitos humanos nas relações entre particulares esbarra na chamada *autonomia da vontade*, que nada mais é do que uma relação jurídica estabelecida entre as partes, com força oponível até mesmo contra o Estado. Os defensores desta assertiva afirmam que a prevalência dos direitos humanos positivados nas relações privadas acabaria por findar os institutos do direito privado, livremente estabelecidos pelas partes sem a interferência estatal. A teoria da eficácia horizontal dos direitos humanos,



entretanto, trata justamente da aplicação dos direitos humanos nas relações realizadas entre particulares.

2 Conceito e evolução histórica dos direitos humanos

Ao abordar a temática dos direitos humanos, entra-se em um campo de vasto conteúdo e diversas nomenclaturas que, em síntese, tratam da mesma questão. É um tema complexo que evoluiu com a humanidade, até chegar aos conceitos utilizados contemporaneamente, mas que, mesmo assim, continuam a se desenvolver com base nos estudos acadêmicos e doutrinários pelo mundo.

De acordo com o Artigo 1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), *“todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”*. Conforme este texto normativo, tais direitos são próprios da condição humana, a qual deve ser pressuposta como uma condição igualitária entre seus componentes, isto desde o nascimento; além disso, em virtude da racionalidade da espécie, deve-se esperar um comportamento fraternal entre eles. Norberto Bobbio (1992, p. 34) diz que:

A declaração universal representa a consciência histórica que a humanidade tem dos próprios valores fundamentais na segunda metade do século XX. É uma síntese do passado e uma inspiração para o futuro: mas suas tábuas não foram gravadas de uma vez para sempre.

Logo, tem-se que os direitos humanos são aqueles essenciais a todos os homens e mulheres, crianças e idosos, ricos e pobres, dentre outras particularidades de cada um, que lhes são íntimos e originais.



No entanto, levando em consideração que o postulado acima é datado de 10 de dezembro de 1948, é preciso ponderar que, ainda que válida, a descrição exarada na DUDH sofreu diversas modificações com o desenvolvimento da sociedade moderna. Pode-se observar que a definição apresentada na DUDH se atrela aos ditames do direito natural, ou seja, o *jusnaturalismo*, teoria na qual é defendida a tese de que o direito é algo que existe antes do próprio ser humano, integrando sua natureza existencial, constituindo-se em um conjunto de valores que acompanham a humanidade e, por consequência, são imutáveis, universais, atemporais e invioláveis.

Contemporaneamente, conforme lecionam os professores Bruna Pinotti Garcia Oliveira e Rafael de Lazari (2018, p. 54), o conceito de direitos humanos deve ser compreendido da seguinte maneira:

Por seu turno, não se pode negar que a origem teórica do reconhecimento dos direitos humanos está na afirmação de que existem direitos inerentes ao homem e que devem ser a ele garantidos a qualquer tempo, independentemente de reconhecimento expresso: os direitos primeiro surgem e depois são afirmados, tendo tal afirmação o caráter meramente declaratório [...] Pode-se afirmar, assim, que um conceito de direitos humanos não pode ser fixado em termos rigorosos do jusnaturalismo ou do contratualismo: direitos humanos se fixam em duplo estandarte. A noção contemporânea de direitos humanos nos leva a primar pelo expresso reconhecimento em documentos internacionais, mas a origem teórica de formação exige que se considere a intensa relação entre os direitos humanos e o direito natural.



Pode-se dizer, também, que se trata de uma definição em constante modificação, haja vista a natural evolução do entendimento humano a respeito da realidade que o cerca, gerada pelos acontecimentos que influenciam no cotidiano das sociedades modernas.

Historicamente falando, é preciso ponderar que o conceito aqui abordado remonta há vários séculos passados, muitas vezes fundado em preceitos culturais e religiosos atrelados aos valores morais. Um exemplo é um registro descoberto no século XIX em um cilindro de argila batizado de “Cilindro de Ciro”, referência ao rei da Pérsia Ciro, o Grande, no qual as transcrições contidas na peça de argila evidenciam a preocupação deste governante em aprimorar as condições de vida de seus súditos, inclusive aqueles que foram expurgados em reinados anteriores, inclusive no tocante à religião destes.

Impossível negar que, desde o término da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), considerada por muitos como o pior momento da humanidade, a importância dispensada ao estudo e aprimoramento dos direitos individuais cresceu de maneira significativa, haja vista as terríveis barbáries cometidas durante aquele período pelos regimes ditatoriais presentes na Alemanha, Itália e União Soviética. Neste sentido, João Baptista Herkenhoff (1994, p. 65):

Sem garantia legal, os direitos humanos padeciam de certa precariedade, na estrutura política. O respeito a eles ficava na dependência da virtude e da sabedoria dos governantes. Esta circunstância, porém, não exclui a importante contribuição de culturas antigas na criação da ideia de Direitos Humanos. Alguns autores pretendem afirmar que a história dos Direitos Humanos começou com o balizamento do poder do Estado pela lei. Creio que essa visão é errônea. Obscurece o legado de povos que não conheceram a técnica de limitação do poder mas privilegiaram



enormemente a pessoa humana nos seus costumes e instituições sociais. A simples técnica de estabelecer, em constituições e leis, a limitação do poder, embora importante, não assegura, por si só, o respeito aos do poder, embora importante, não assegura, por si só, o respeito aos Direitos Humanos. Assistimos em épocas passadas e estamos assistindo, nos dias de hoje, ao desrespeito dos Direitos Humanos em países onde eles são legal e constitucionalmente garantidos.

Pondera, também acerca da evolução dos direitos humanos, Fábio Konder Comparato (2003, p. 01):

É a parte mais bela e importante de toda a História: a revelação de que todos os seres humanos apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza. É o reconhecimento universal de que, em razão dessa radical igualdade, ninguém - nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação - pode afirmar-se superior aos demais.

Ainda neste sentido, Flávia Piovesan (1997, p. 129) afirma que:

Muitos dos direitos que hoje constam do direito internacional dos Direitos Humanos surgiram apenas em 1945, quando, com as implicações do holocausto e de outras violações de direitos humanos



cometidas pelo nazismo, as nações do mundo decidiram que a promoção de direitos humanos e liberdades fundamentais deve ser um dos principais propósitos da Organização das Nações Unidas.

Desse modo, os Estados modernos passaram a adotar a criação de mecanismos visando à garantia do bem-estar social, seja no âmbito coletivo ou no âmbito privado, baseados nas premissas desenvolvidas ao longo dos anos e que, paulatinamente, tentaram implementar em suas circunscrições. A partir deste ponto, deve-se abordar uma questão que gera controvérsias entre estudiosos do tema, que é a diferença da conceituação de direitos humanos e direitos fundamentais, algo imperioso para a continuidade do presente trabalho.

3 Os direitos humanos e os direitos fundamentais: semelhanças e diferenças

Ainda que ambos sejam medidas que visem à proteção da vida e da dignidade do ser humano, cada um dos termos possui suas próprias peculiaridades que devem ser abordadas para dirimir qualquer divergência que possa ser criada pela proximidade terminológica deles. Cumpre dizer, de início, que para realizar a diferenciação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, deve-se entender em qual plano eles estão inseridos. Isto porque o primeiro possui caráter internacional, enquanto o último insere-se no contexto do plano interno de cada nação soberana, adequando as premissas primordiais dos direitos humanos às necessidades de sua própria sociedade.

Em virtude disto tem-se que atentar para as diferenças de cada uma destas modalidades, de modo que sejam compreendidos para que sua utilização se dê adequadamente. Nas lições de Ingo Sarlet (2001, p. 33-34):



A exemplo do que ocorre em outros textos constitucionais, há que reconhecer que também a Constituição de 1988, em que pesem os avanços alcançados, continua a se caracterizar por uma diversidade semântica, utilizando termos diversos ao referir-se aos direitos fundamentais. A título ilustrativo, encontramos em nossa carta magna expressões como: a) direitos humanos (art. 4º, inc. II); b) direitos e garantias fundamentais (epígrafe do Título II, e art. 5º, parágrafo 1º); c) direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, inc. LXXI); e d) direitos e garantias individuais (art. 60, parágrafo 4º, inc. IV).

A Constituição Brasileira, promulgada em 1988, denomina em seu Título II os chamados “*direitos e garantias fundamentais*”. Deve-se analisar o vocábulo empregado pelo legislador constitucional de forma abrangente, uma vez que compreende todas as espécies de direitos fundamentais, quais sejam, os direitos e deveres individuais e coletivos, os direitos sociais, as questões relacionadas à nacionalidade, os direitos políticos, e as regras aplicáveis aos partidos políticos brasileiros. Como isso, pode-se visualizar de maneira clara a mais básica diferença entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, pois, tendo como exemplar o Título II da Constituição Federal do Brasil, percebe-se que as normas ali positivadas são frutos da própria evolução dos direitos humanos acrescidas das questões concernentes à sociedade brasileira. Mais uma vez, Ingo Sarlet (2001, p. 34):

Cumprе salientar, ainda, que estas categorias igualmente englobam as diferentes funções exercidas pelos direitos fundamentais, de acordo com parâmetros desenvolvidos especialmente na doutrina luso-espanhol, tais como os direitos de defesa (liberdade e



igualdade), os direitos de cunho prestacional (incluindo os direitos sociais e políticos na sua dimensão positiva), bem como os direitos-garantia e as garantias institucionais, aspectos que ainda serão objeto de consideração.

Assim, pode-se definir os direitos fundamentais como sendo o conglomerado de direitos atrelados à dignidade da pessoa humana e inseridos de maneira expressa e clara em um texto constitucional, mediante aprovação legislativa fundamentada na soberania popular. Portanto, tem-se que ambos, axiologicamente, objetivam o mesmo fim, que é o resguardo e incentivo aos direitos inerentes à pessoa, especialmente no tocante a sua dignidade, enquanto diferem no contexto em que se inserem, ressaltando mais uma vez, no âmbito nacional ou internacional (sendo o primeiro a hipótese dos direitos fundamentais e o segundo a dos direitos humanos).

Neste ponto, também é necessário definir os direitos humanos fundamentais. Ainda que seja difícil aferir um conceito preciso para o termo, pode-se dizer que são aqueles de base moral ligados aos conceitos de justiça, igualdade e democracia, prevalecendo entre os membros da sociedade como indivíduos e o Estado que integram. São um conjunto de instituições que devem ser reconhecidas em nível nacional e internacional, a fim de se alcançar os anseios ligados à dignidade, à liberdade e à igualdade. Para finalizar este ponto, menciona-se Marcos de Azevedo (2006, p. 87), que ao abordar a questão conceitua direitos humanos fundamentais do seguinte modo:

Direitos humanos fundamentais constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informa 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 [...] Direitos humanos fundamentais significa direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos fundamentais.

Agora, antes de entrar no tópico derradeiro, que é a abordagem da eficácia horizontal dos direitos humanos, tratar-se-á dos conceitos de eficácia e suas modalidades, com ênfase na eficácia horizontal.

4 Da eficácia horizontal, vertical e diagonal: uma explicação sintética

Uma das características dos direitos humanos é a sua efetividade, no sentido de que o Poder Público deverá atuar para que os direitos e garantias previstos no ordenamento constitucional sejam garantidos a todos os cidadãos.

Mesmo que exista previsão expressa no conteúdo normativo da Constituição da República, não há como afirmar, de maneira indubitável, que o preceito contido na norma ali enunciada é aplicado aos casos concretos de maneira plenamente eficaz. Neste diapasão, no tocante à eficácia, deve-se considerar as relações existentes entre o Estado e os particulares, e as somente entre os particulares.

Denomina-se como sendo “*eficácia vertical dos direitos humanos fundamentais*” a relação estabelecida entre a sociedade e o Estado. Trata-se da relação mais antiga, visto que em épocas passadas, a aplicabilidade dos direitos fundamentais somente se dava nas relações entre o particular e o Estado a qual era subordinado. Ensinam Bruna Pinotti Garcia Oliveira e Rafael de Lazari (2018, p. 117-118):



Inicialmente, dada a relação de subordinação entre a sociedade e o Estado, e para proteger aquela de eventuais arbítrios deste, sempre tiveram os direitos humanos irradiação centrífuga, com emanção do poder de comando atingindo os comandados verticalmente, bem como limitando a atuação deste poder.

No entanto, com o desenvolver de novos conceitos e teorias sobre o tema, surgiu a conceituação de eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Esta ideia tem raízes no século XX, na Alemanha, a qual, em síntese, sustenta que tais garantias também devem se sustentar nas relações privadas. É chamada eficácia horizontal, ou efeito externo, dos direitos fundamentais (*horizontalwirkung*), que também é conhecida como eficácia dos direitos fundamentais contra terceiros (*drittwirkung*). Dessa maneira, tem-se que os direitos fundamentais não se aplicam somente ao elo estabelecido entre o Estado e o cidadão, mas também entre este e outro na mesma condição. Logo, tal teoria ficou denominada “*eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas*”.

Apenas a título de complemento (visto que isso não é objeto do presente estudo), considerando que nem sempre as relações entre terceiros podem ser classificadas como igualitárias, haja vista que pode existir relação de subordinação entre um particular e outro (estando eles em níveis distintos), criou-se o conceito de “*eficácia diagonal dos direitos humanos*” para estas situações de desequilíbrio, visando à proteção dos mais vulneráveis nas relações estabelecidas entre as partes envolvidas.

Voltando à teoria da eficácia horizontal, dela decorrem outras teorias, que abordar-se-á sucintamente a seguir. Em primeiro lugar, a “*teoria da ineficácia horizontal*”, originária dos Estados Unidos da América, cujo conteúdo nega a existência da eficácia entre particulares a partir do argumento de que um preceito fundamental somente decorre de um ato governamental. Está relacionada à doutrina “*State Action*” e ao caso “*Company Town*”, e



revela-se como uma consequência da tradição liberal que impera naquele país desde sua fundação. No entanto, cumpre destacar que a Suprema Corte norte-americana adota, em determinados casos, entendimento diverso.

Portanto, ainda que os Estados Unidos não sejam adeptos da eficácia horizontal dos direitos humanos/fundamentais, não se deve afirmar que inexistente proteção estatal para a proteção destas garantias, uma vez que, conforme evidenciado pelo caso acima relatado, a Suprema Corte, mesmo que em desacordo com seu entendimento preponderante, poderá dar proteção especial a depender da situação fática.

Além da teoria da ineficácia, tem-se a chamada “*teoria da eficácia horizontal indireta*”, tendo como expoente Günther Dürig, na qual a eficácia horizontal é admitida, contudo somente de maneira reflexa/oblíqua. Ou seja, para que um direito fundamental possa ser aplicado nas relações privadas, necessariamente deverá existir um mediador, no caso a lei. Bruna Pinotti Garcia Oliveira e Rafael de Lazari (2018, p. 120) esclarecem que:

Pela teoria da eficácia indireta a produção de efeitos entre particulares das normas de direitos fundamentais não pode ser fundar exclusivamente na Constituição, precisando ser modulada pelas normas e parâmetros do direito privado. Sendo assim, a atividade do legislador de direito privado é necessária e, no máximo, cabe ao juiz efetuar a interpretação conforme os direitos fundamentais das normas de direito privado. O importante é que, desde esta teoria, os direitos fundamentais nas relações privadas não são mais direitos subjetivos constitucionais, e sim normas objetivas de princípio.



Ou seja, os direitos humanos fundamentais terão seus efeitos aplicados sobre as relações privadas de maneira indireta, de modo que os primeiros não terão efeito absoluto sobre o direito privado.

Por fim, tem-se a “*teoria da eficácia horizontal direta*”, cujo defensor é Hans Carl Nipperdey. É a tendência que o Brasil tem seguido, ainda que não consolidada. Humberto Ávila (2016, p. 122), por sua vez, aborda a questão da seguinte forma:

A eficácia direta traduz-se na atuação sem intermediação ou interposição de um outro (sub-) princípio ou regra. Dentro do âmbito da aptidão das normas para produzir efeitos, as normas exercem diferentes funções, dentre as quais algumas se destacam e merecem ser analisadas separadamente.

Assim, segundo esta teoria, haveria a aplicação imediata do direito humano fundamental na relação entre particulares, de modo que seriam dispensados os mecanismos intermediários de efetivação. Logo, a solução para um eventual conflito entre particulares (cuja questão combatida seja algum preceito dos direitos humanos fundamentais) segue a mesma lógica caso fosse uma contenda entre o Estado e o indivíduo.

5 A eficácia horizontal dos direitos humanos, com ênfase nas relações privadas e a situação brasileira

Inegável é que a sociedade brasileira possui muitas máculas que afligem sua população, dentre as quais destaca-se a desigualdade social em seu contexto amplo. Dessa forma, não pareceria adequado ao quadro brasileiro a aplicação da teoria da eficácia



horizontal indireta dos direitos humanos, uma vez que a supremacia do direito privado agravaria ainda mais as injustiças sociais já existentes.

Com todos os elementos até aqui abordados, ainda que de maneira sucinta em alguns pontos, e lastreados nos conhecimentos da Constituição da República de 1988, pode-se afirmar que o ordenamento constitucional, mesmo que não expressamente exarado em seu corpo, é voltado para a defesa dos direitos humanos fundamentais e das garantias mínimas para uma vida digna dos cidadãos brasileiros.

Desta maneira, o Estado brasileiro, em tese, é voltado ao combate das injustiças sociais, com a prevalência da dignidade humana como sustentação da ordem constitucional e, por consequência e hierarquia das normas, de todo o ordenamento *infraconstitucional* vigente no país. Isto não quer dizer que existirá absoluta submissão do direito privado ao direito constitucional, como bem expõe Daniel Sarmento (2006, p. 244):

[...] O fenômeno deve ser louvado e não lamentado, sobretudo, no caso brasileiro, diante das bases democráticas, humanitárias e solidaristas do nosso texto magno. No Brasil, aliás, a constitucionalização do Direito Privado não é sequer uma escolha do intérprete.

Isto porque é necessária uma análise do caso concreto para que as regras do direito privado sejam afetadas pelos direitos humanos/fundamentais, já que a estes não é aplicada a mesma rigidez que ao Estado. Porém, deve-se ponderar determinadas situações em manifesto desequilíbrio nas relações entre particulares, em que uma das partes está evidentemente em prejuízo, como nos casos de contratos abusivos ou os denominados potestativos, em que a vontade de uma das partes pode apresentar vícios que, inclusive,



violam sua dignidade como ser humano e, logicamente, os direitos humanos, uma vez que a vontade não fora expressada de maneira livre.

Desse modo, não é possível afirmar que um Juiz, ao decidir de forma favorável a esta pessoa prejudicada, estará agredido a autonomia da vontade pressuposta do direito privado, pelo simples fato de que o magistrado tão somente está atuando de forma a preservar os preceitos constitucionais conquistados. Situações como estas não são raras no sistema judiciário brasileiro, e, levando-se em consideração o fato de que o Juiz decide não como pessoa, mas sim como um agente investido de poder estatal, tem-se que a autonomia do Poder Público intervém para trazer igualdade nas relações privadas.

A discricionariedade do magistrado, mesmo nas hipóteses em que vai de encontro a algum comando do direito privado, não pode ser tida como afronta às normas jurídicas, pois são estas que deveriam garantir a efetiva aplicação dos preceitos constitucionais. Caso por omissão de atuação legislativa o direito privado demonstrar-se extremamente oneroso a somente uma das partes envolvidas na relação entre particulares, terá o magistrado, então, o poder/dever de sanar a injustiça, que se não solucionada poderá acarretar em grave injustiça àquele vitimado pela desigualdade decorrente da relação. Neste sentido, o ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Brito (2006, p. 198), pondera:

A Constituição é norma em sentido material, tem força normativa própria (KONRAD HESSE) e deve ser interpretada de acordo com a sua mais alta hierarquia; ou seja, à lei maior deve corresponder uma maior eficácia. Exceto se a própria norma constitucional, inequivocamente, pedir o adjutório de regra intercalar para a plenificação dos seus efeitos. Noutros termos, no ápice do dilema entre reconhecer a pleno-operância de uma norma constitucional e sua dependência de regração de menor estirpe, a opção do exegeta só



pode ser pela operância plena da regra maior. Nessa recomendação de imprimir às normas constitucionais originárias o máximo de eficácia que os métodos acima indicados permitirem, a hermenêutica busca impedir que os espaços de normatividade constitucional sejam indevidamente ocupados pela legislação inferior. Isto porque é da natureza da Constituição passar adiante a conformação jurídica da matéria que deixar de regular por conta própria.

Se manifestamente inconstitucional, o Juiz, no uso de suas atribuições legais (que, inclusive, estão presentes na Constituição da República), fundamentará sua decisão com base especificamente nos conceitos de direitos humanos e nas garantias fundamentais.

A garantia da aplicação dos direitos humanos, portanto, não pode recair tão somente sobre o Estado, ou seja, ter apenas eficácia vertical. Uma vez que os direitos humanos constituem o produto de uma evolução histórica contra abusos e arbitrariedades cometidas pelo Poder Público, não parece ser cabível que sua aplicação fique estrita exclusivamente ao Estado, pois, como já exposto, nem sempre os particulares encontram-se na mesma condição de igualdade quando das relações instituídas entre eles.

Os efeitos práticos são a proteção de pessoas com menor poder econômico contra aqueles que detêm uma situação absurdamente desigual com aquele, de modo que qualquer relação seria, na verdade, uma imposição sem qualquer resguardo à parte mais fraca. Celso Lafer (2015, p. 06) brilhantemente assevera que os direitos humanos constituem “[...] *um freio democrático à discricionariedade e ao arbítrio dos governantes e dos poderosos*”.

Bruna Pinotti Garcia Oliveira e Rafael de Lazari (2018, p. 121), como já citados anteriormente, afirmam que a eficácia horizontal direta dos direitos humanos é a *tendência que o Brasil começa a seguir*, mesmo que timidamente. Citam, como paradigma, o Recurso Extraordinário nº 201.819, originário do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, julgado pela



Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal em 11 de novembro de 2005, e cuja ementa transcreve-se parcialmente:

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 privada 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 de 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. [...]. IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.

A decisão acima refere-se a um caso envolvendo sociedade civil sem fins lucrativos que realizou a exclusão de um de seus sócios sem que tenham sido observadas as garantias da ampla defesa e do contraditório, preceitos consagrados na Constituição Federal.

Observa-se que a Corte Suprema manifestou entendimento conforme ao preconizado pela teoria de eficácia imediata dos direitos humanos fundamentais, uma vez que, como brilhantemente ressaltado no acórdão, violações às garantias constitucionais não derivam somente de atos entre o Estado e os indivíduos, mas também das relações privadas quando estas não observam os ditames constitucionais.

Desse modo, o Supremo Tribunal Federal interferiu em uma questão manifestamente de direito privado a fim de fazer valer o que está previsto no ordenamento jurídico-constitucional, anulando, portanto, o ato lesivo praticado por particular contra seu congênere. Como ressalta Marcela Giorgi Barroso, na obra “Estado de Direito e Ativismo Judicial”, de coordenação de José Levi Mello do Amaral Júnior (2010, p. 209-210):

Se entendermos os Direitos Humanos como parte da Constituição, seja em razão das garantias fundamentais asseguradas no corpo da



constituição, seja por causa dos tratados em Direitos Humanos incorporados pela Constituição, e, sendo o STF guardião da CF, é também a instituição nacional jurídica máxima incumbida da defesa dos direitos humanos.

Observa-se, também, que no exemplo do acórdão acima apresentado, é citada a autonomia privada no sentido das limitações que esta *pode* e, em eventuais violações aos direitos humanos, *deve* sofrer. Fica demonstrado que a autonomia privada não se reveste de caráter quando seus efeitos estiverem em desacordo com as regras fundamentais da Constituição. Sendo os direitos fundamentais considerados como os direitos humanos positivados, a vontade exclusiva das partes envolvidas não configura conduta oponível contra tudo e todos, como salienta Ana Prata (1982, p. 13):

Por um lado, autonomia privada não designa toda a liberdade, nem toda a liberdade privada, nem sequer toda a liberdade jurídica, mas apenas um aspecto desta última: a liberdade negocial. Por outro lado, o conceito só por extensão é adequado a subsumir todas as situações de poder “contratual” dos sujeitos, pois nuclearmente, ele apenas abrange aquelas em que se exprima um conteúdo diretamente patrimonial. Finalmente, a autonomia privada não respeita, nem exclusiva, nem sequer preferentemente à atividade do homem: enquanto conceito jurídico, ela diz do mesmo modo respeito à atividade de todas as pessoas jurídicas, quer singulares, quer coletivas.

A doutrinadora continua (1982, p. 13):



Autonomia privada e negócio jurídico são hoje, como sempre, meio e instrumento de composição jurídica de interesses de natureza essencialmente privada, mas, diferentemente do que antes acontecia, não são um meio e um instrumento deixados na exclusiva disponibilidade das partes. Ao Estado incumbem deveres que ele há de prosseguir (também) através deste meio e deste instrumento.

Nesta esteira também deve-se mencionar as relações entre particulares em que uma das partes está vinculada a outra em desigualdade de condições, notadamente nos casos de nexos trabalhistas. Mesmo que no contrato de trabalho estejam presentes cláusulas que, em tese, foram aceitas pelo subordinado quando apresentadas a ele, não há que se falar em que as disposições ali contidas são absolutas, pois, da mesma maneira que a autonomia privada pactuada entre particulares em mesmas condições, a transgressão de qualquer mandamento constitucional poderá invalidar a disposição contratual agressora. Na realidade, se trataria de uma aplicação da teoria da eficácia diagonal dos direitos fundamentais que, apesar de guardar semelhanças com a aplicação imediata, é destinada justamente a estes casos.

Por esta razão, a eficácia dos direitos humanos, independentemente de ser horizontal ou diagonal, deve ser de tal modo que as relações existentes entre particulares evitem injustiças sociais e situações desumanizadas, que evidenciem grave afronta aos preceitos constitucionais e aos direitos humanos difundidos internacionalmente. É indubitável que a autonomia da vontade é um preceito de grande importância no ordenamento pátrio. Não é possível imaginar, na atualidade, que todas as relações firmadas entre as pessoas dependessem da anuência e intervenção do Poder Público para se concretizar. Eventuais contradições encontradas no negócio jurídico pactuado podem ser



dirimidas em sede judicial ou, até mesmo, extrajudicial, sem que isto signifique intervenção estatal na essência pura de sua natureza.

Deve-se ponderar que isto não representa o nascimento de uma incerteza jurídica, pois, caso haja várias decisões judiciais, de mesmo conteúdo, motivadas pela eficácia horizontal (ou, inclusive, a diagonal, dos direitos humanos), onde exista um conflito entre um direito fundamento e outro decorrente do direito privado, haverá a pacificação da questão, consolidando o entendimento, criando um caminho a ser seguido em situações futuras que versarem sobre a mesma matéria. Nisto, se for o caso de uma omissão estatal ou então de uma adequação ao que já está vigente, o Estado, querendo, terá o lastro necessário para a aplicação das medidas cabíveis para sanar questões problemáticas.

Sobretudo, o que se vislumbra com o que foi debatido, é a aplicação da Justiça, ainda que esta esteja em desacordo com as normas do Direito, pois este, se não resultar naquela, torna-se inútil. Por esta razão, o Supremo Tribunal Federal, cada vez mais, tem se baseado na teoria horizontal dos direitos humanos positivados para fundamentar suas decisões, de modo que, por se tratar da Corte Suprema do país, acaba por criar uma linha de pensamento a ser seguida pelos demais magistrados de primeira e segunda instância.

Considerações finais

Conforme o exposto neste artigo, os direitos humanos constituem um conceito complexo, tratando de algo que se desenvolveu com a própria humanidade e com as mudanças sofridas por ela. A efetivação dos direitos humanos, quando das relações entre particulares, não constitui um atentado à autonomia da vontade das partes, mas sim uma proteção a eventuais abusos que venham a ocorrer a partir destes vínculos. Existindo um texto constitucional com diversas normas de direitos humanos positivadas, é de se esperar que se busque sua efetivação a fim de resguardar o que está previsto.



A omissão do Poder Público em determinadas matérias, pela não elaboração de normas protetivas em face de abusos que possam ser praticados entre terceiros, não poderá jamais ser acolhida como argumento daqueles que defendem que a eficácia horizontal dos direitos humanos representa um risco ao direito privado.

Ademais, a liberdade de acordos entre particulares não deve ser entendida como absoluta. Mesmo que aparentemente seja uma afronta à autonomia da vontade, a aplicação imediata dos direitos humanos fundamentais em negócios jurídicos pautados pela vontade trata-se de mais um meio pelo qual se busca o pleno cumprimento dos dispositivos da Constituição.

Os Estados modernos (em especial o Brasil, lugar onde ainda existe uma grande desigualdade social) devem identificar seus problemas e criar mecanismos capazes de, se impossíveis de serem extintos, ao menos diminuir a ineficácia de suas normas contidas no texto constitucional, sob o risco de serem praticadas injustiças e lesões nos direitos humanos que estão positivados, evitando, portanto, que tais preceitos figurem apenas como palavras vazias na Constituição.

Enquanto nos Estados Unidos a aplicação da teoria da ineficácia horizontal dos direitos humanos positivados possa parecer adequada em razão de se tratar de um país com melhores índices de desenvolvimento econômico e social do que o Brasil, pode-se perceber que mesmo com a tradição liberal daquele país a Suprema Corte norte-americana pode fazer exceções ao seu posicionamento doutrinário dominante em caso de uma manifesta injustiça que venha a ser praticada em razão do negócio firmado entre os particulares. A realidade brasileira pede outra abordagem, nos parecendo que a mais adequada seja a tendência da teoria da eficácia horizontal direta, a fim de que os negócios jurídicos firmados entre particulares sejam subordinados à primazia da Constituição, sem que isto configure afronta ao direito privado. Assim, a mesma aplicação das normas constitucionais também deve abarcar aquelas relações entre particulares em que está



presente a subordinação de um indivíduo para com o outro, como é o caso das relações de trabalho. Isto porque, ainda que o Brasil possua expressamente em sua Constituição tanto os direitos humanos positivados quanto as garantias constitucionais do trabalho, bem como uma lei específica voltada exclusivamente para o tema, tais relações muitas vezes resultam em ofensas aos direitos inerentes das pessoas, principalmente os subordinados.

Por evidente, o caminho que o Brasil tem que percorrer para superar as inúmeras transgressões praticadas é longo e árduo. Como dito no início deste trabalho, os últimos anos foram assustadores para aqueles que entendem a importância que se deve ter no empenho pela eficaz aplicação dos direitos humanos no país. Imaginar um retrocesso na luta pela efetivação destes direitos significaria um retorno as épocas em que o autoritarismo era o aceitável e comum, sem qualquer instituição revestida de caráter democrático capaz de lutar pelas garantias individuais presentes na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Referências

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Estado de direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

AZEVEDO, Marcos de. *Direitos humanos fundamentais: sua efetivação por intermédio das tutelas jurisdicionais*. São José do Rio Preto/SP: Meio Jurídico, 2006.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.



BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

HERKENHOFF, João Baptista. *Gênese dos direitos humanos*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

LAFER, Celso. *Direitos humanos e justiça internacional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LAZARI, Rafael de; OLIVEIRA, Bruna Pinotti Garcia. *Manual de direitos humanos*. 4. ed. Salvador: JusPODVM, 2018.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.

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

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

STF. *Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ*. Relatora Ellen Gracie, Data de Julgamento: 11/10/2005, Segunda Turma, Jusbrasil. Disponível em:

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/762997/recurso-extraordinario-re-201819-rj>.

Acesso em: 06 de jul. 2019.