

TEORIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O SEU RECONHECIMENTO NO BRASIL

THEORY OF DIRECT HORIZONTAL EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND THEIR RECOGNITION IN BRAZIL ANALYSIS

*Advogado, consultor jurídico e parecerista. 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. Professor convidado de Pós-Graduação (LFG, EBRADI, Projuris Estudos Jurídicos, Aprovação PGE, dentre outros), da Escola Superior de Advocacia e de Cursos preparatórios para concursos e Exame da Ordem dos Advogados do Brasil (LFG, G7, Vipjus, IED, Vocação Concursos, PCI Concursos, dentre outros). Professor dos Programas “Saber Direito” e “Academia”, na TV Justiça, em Brasília/DF. Membro da UJUCASP - União dos Juristas Católicos de São Paulo. Palestrante no Brasil e no exterior. Autor, organizador e participante de inúmeras obras jurídicas, no Brasil e no exterior.

**Advogada. Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Marília/SP - PPGD/UNIMAR. Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela Escola Paulista da Magistratura de Campinas/SP. E-mail: anaacpcadv@gmail.com

Rafael José Nadim de Lazari*
Ana Carolina Pazin Costa**

Como citar: LAZARI, Rafael José Nadim de; COSTA, Ana Carolina Pazin. Teoria da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais e o seu reconhecimento no Brasil. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 18, n. 3, p. 54-67, dez. 2023. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2023v18n3p.54-67. ISSN: 1980-511X

Resumo: O artigo tem o objetivo de analisar a eficácia dos direitos fundamentais, o seu reconhecimento e a sua aplicabilidade no Brasil, haja vista a previsão constitucional no sentido de que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Para isto, a primeira parte apresenta a eficácia dos direitos fundamentais, pontuando sobre o seu conceito e outras particularidades, além de elencar as espécies do gênero eficácia como a eficácia vertical e a eficácia horizontal - compreendendo, esta última, a eficácia diagonal. Posteriormente, discorre o estudo sobre as principais teorias existentes a justificar a (in)eficácia dos direitos fundamentais às relações privadas, que são a doutrina da *state action*, a eficácia horizontal indireta e a eficácia horizontal direta. Por último, trata sobre o reconhecimento e a aplicabilidade da teoria da eficácia horizontal direta no Brasil, identificando alguns exemplos significativos na jurisprudência brasileira e, por consequência, expõe as conclusões. Em relação à metodologia de pesquisa, optou-se pelo método dedutivo, através da leitura e análise documental, bibliográfica e jurisprudencial.

Palavras-chave: eficácia horizontal; direitos fundamentais; teorias.

Abstract: The article aims to analyze the effectiveness of fundamental rights, their recognition and their applicability in Brazil, given the constitutional provision in the sense that the rules defining fundamental rights and guarantees have immediate

application. For this, the first part presents the effectiveness of fundamental rights, pointing out their concept and other particularities, in addition to listing the species of the effectiveness genre such as vertical effectiveness and horizontal effectiveness - the latter comprising diagonal effectiveness. Later, it discusses the main existing theories to justify the (in)effectiveness of fundamental rights to private relations, which are the doctrine of state action, indirect horizontal effectiveness and direct horizontal effectiveness. Finally, it deals with the recognition and applicability of the theory of direct horizontal effectiveness in Brazil, identifying some significant examples in brazilian jurisprudence and, consequently, presenting the conclusions. Regarding the research methodology, we opted for the deductive method, through documental, bibliographical and jurisprudential reading and analysis.

Keywords: horizontal effectiveness; fundamental rights; theories.

INTRODUÇÃO

O artigo pretende examinar a questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais na relação entre particulares, o seu reconhecimento e a sua aplicabilidade no Brasil, haja vista a previsão constitucional no sentido de que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Para tanto, no que tange à metodologia, utiliza-se o método dedutivo, mediante a leitura e a análise documental, bibliográfica e jurisprudencial.

O objetivo do artigo é definir o que se entende por eficácia horizontal dos direitos fundamentais, discorrer sobre as suas principais teorias, bem como identificar - ou possivelmente exemplificar - qual(is) teoria(s) a jurisprudência brasileira tem reconhecido e aplicado em casos concretos nos últimos anos. Justifica-se porque a Constituição Federal, constituída em Estado Democrático de Direito, contém um pluralismo de valores fundamentais que devem ser observados para tutelar efetivamente o preceito máximo da dignidade da pessoa humana.

Na primeira parte, apresenta a eficácia dos direitos fundamentais, tratando da sua definição e de outras especificidades, além de pontuar sobre a eficácia vertical (Estado-cidadão) e a eficácia horizontal (cidadão-cidadão) que são espécies do gênero eficácia, englobando, esta última, a eficácia diagonal (cidadão-cidadão com diferentes níveis - exemplo: relação de consumo ou trabalhista) como subespécie.

Na segunda parte, discorre - sinteticamente - sobre as principais teorias existentes a justificar a (in)eficácia horizontal dos direitos fundamentais às relações privadas, sendo elas a doutrina da *state action* ou ineficácia horizontal, a eficácia horizontal indireta ou mediata e a eficácia horizontal direta ou imediata.

Na terceira parte, ante a previsão constitucional no sentido de que as normas definidoras dos direitos e das garantias fundamentais têm aplicação imediata, trata sobre o reconhecimento e a aplicabilidade da teoria da eficácia horizontal direta no Brasil, elencando alguns exemplos significativos na jurisprudência brasileira. No final, expõe as conclusões da análise.

1 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Antes de examinar propriamente as teorias sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, é importante ter em mente que há diversas espécies do gênero “*direitos e garantias fundamentais*” na Constituição Federal de 1988 e que, em regra, as normas que consagram esses direitos fundamentais têm eficácia e aplicabilidade imediata, conforme o art. 5º, §1º, da CF (Brasil, 1988). Todavia, é oportuno dizer que os direitos fundamentais “[...] não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos [...]”, sob pena de violar o próprio Estado Democrático de Direito (Moraes, 2021, p. 61).

A propósito, nas palavras de Daniel Barile da Silveira (2007, p. 89), pelo fato de o Estado

democrático de Direito derivar de uma multiplicidade de valores (normas e princípios), quando ocorre um conflito aparente no âmbito judicial, não pode o Estado, por si só, impor a anulação de alguns e a exaltação excessiva de outros, pois, nesse caso, na ausência de análise do caso concreto mediante a ponderação de interesses, poderia sobrevir sérias desigualdades carimbadas pelos órgãos Estatais; isso porque, na “[...] colisão de princípios, como resultado, um deve prevalecer sobre o outro - através do balanceamento para se determinar aquele que possui maior peso”, na visão de Alexy (Silveira, 2006, p. 60).

Feita essa introdução, indaga-se: o que se entende por eficácia dos direitos fundamentais? Para isto, parte-se da proposição de que a Constituição possui várias funções e, entre elas, estão tanto a limitação do poder pelas autoridades, quanto um catálogo de direitos fundamentais mínimos que devem ser observados sob pena de violação à dignidade da pessoa humana. É neste aspecto que surge a eficácia¹ dos direitos fundamentais, a qual se divide em dois grandes grupos, a saber, a eficácia vertical e a eficácia horizontal (abarcando, esta última, a eficácia diagonal).

A eficácia vertical dos direitos fundamentais parte da relação entre a sociedade e o Estado e verifica-se quando há o dever de prestação positiva estatal, como no caso dos direitos sociais de moradia e educação (pois o Estado deve, além de proteger os direitos de liberdades individuais, realizar os direitos sociais). Segundo Angela Aparecida Oliveira Sousa e Rafael de Lazari (2021, p. 45), “[...] 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”. Além disso, entende-se que a eficácia vertical se refere à “[...] limitação imposta pelo ordenamento jurídico à atuação dos governantes em relação aos governados, na medida em que se reconhece que entre eles há uma relação vertical de poder, ou seja, de um lado o Estado (mais forte) e de outro lado o indivíduo (mais fraco)” (Leite, 2011, p. 36). Nesse aspecto, por fim, Robert Alexy (1993, p. 511) leciona que “[...] *la relación Estado/ciudadano es una relación entre un titular de derecho fundamental y un no titular de derecho fundamental*”².

Por outro lado, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais - também nomeada de *drittwirkung*, de eficácia privada dos direitos, efeito externo ou, ainda, efeito perante terceiros - consiste nos direitos que podem ser exigidos perante terceiros, como os direitos individuais de propriedade, honra e imagem (e outros), pois trata-se de relação entre cidadão e cidadão. Assim, “[...] 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” (Sousa; Lazari, 2021, p. 45-46). Ademais, “[...] pela ótica objetiva os direitos fundamentais são vistos não como pertencentes apenas ao indivíduo, mas a toda sociedade, já que cuida de valores e fins que toda a comunidade deve respeitar” (Pereira, 2009, p. 96-97); isso porque “[...] *la relación ciudadano/ciudadano es una relación entre titulares de derechos fundamentales*”³, segundo Robert Alexy (1993, p. 511).

1 “A eficácia jurídica consiste na aptidão da norma de produzir efeitos jurídicos quando invocada sua aplicação perante a autoridade competente. Por sua vez, a eficácia social diz respeito à espontaneidade dos indivíduos em agir conforme o disposto na norma” (Leite, 2020, p. 23).

2 Nossa tradução: “[...] a relação Estado/cidadão é uma relação entre um titular de um direito fundamental e um não titular de um direito fundamental”.

3 Nossa tradução: “[...] a relação cidadão/cidadão é uma relação entre titulares de direitos fundamentais”.

Nesse sentido, Wilson Steinmetz e Cristhian Magnus de Marco (2014, p. 510) sustentam que:

Os direitos fundamentais vinculam direta e imediatamente todos os Poderes Públicos. Da fundamentalidade formal e da fundamentalidade material dos direitos fundamentais, assim entendidas, resulta que as normas de direitos fundamentais projetam efeitos não só sobre as relações entre o Estado e os cidadãos (relações de direito público), mas também sobre as relações entre os cidadãos (relações de direito privado). Em suma, produzem efeitos sobre o sistema jurídico como um todo.

Neste patamar, insere-se a eficácia diagonal dos direitos fundamentais, subtipo da espécie horizontal, uma vez que se aplica entre os cidadãos (particulares) em situação de subordinação e/ou em diferentes níveis, como ocorre nas relações de consumo e trabalhista - assim, dada a possibilidade de desequilíbrio, é necessária a proteção dos mais vulneráveis envolvidos nas relações (Sousa; Lazari, 2021, p. 45-46).

Percebe-se, pois, que no cenário contemporâneo a eficácia horizontal dos direitos fundamentais é derivada da evolução da hermenêutica constitucional, visto que proporciona a interpretação das relações entre particulares com observância do texto constitucional (quer dizer, a integração do direito privado aos direitos fundamentais, em especial a dignidade da pessoa humana, razão pela qual tal fenômeno pode ser denominado de “*constitucionalização do direito privado*”) (Carvalho; Lima, 2015, p. 12). Logo, “[...] a Constituição deixa de ser reputada simplesmente uma carta política, para assumir uma feição de elemento integrador de todo o ordenamento jurídico” (Ramos, 2016, p. 292), já que a eficácia horizontal viabiliza o “[...] reconhecimento da existência e aplicação dos direitos que protegem a pessoa nas relações entre particulares” (Tartuce, 2020, p. 53).

2 TEORIAS DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Há várias teorias que buscam explicar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, sendo as principais: a teoria da ineficácia horizontal ou doutrina da *state action*; a teoria da eficácia horizontal indireta ou mediata; e a teoria da eficácia horizontal direta ou imediata. Assim, faz-se oportuno discorrer, em síntese, sobre as teorias existentes, bem como, em sequência, pontuar sobre o seu reconhecimento e sua eventual (in)aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

A teoria da ineficácia horizontal ou da doutrina da *state action* (*the theory of inapplicability or the theory of State Action*⁴) tem origem nos Estados Unidos e está associada ao caso *Company*

4 “A constitucionalização é um processo pelo qual as normas constitucionais penetram nos demais ramos do ordenamento, já que trazem em seu bojo o norte essencial ao desenvolvimento de um ordenamento jurídico único e coeso. Assim, obedecendo aos parâmetros traçados constitucionalmente, as demais leis infraconstitucionais se embebedam nas proposições de justiça apostas pelo legislador constitucional, as quais nada mais são que a vontade do povo” (Albuquerque, 2011, p. 67).

5 “Being predominantly accepted in the United States, this thesis has its basis in liberal view. This theory denies

Town, sendo considerada fruto da tradição liberal, uma vez que nega a eficácia dos direitos fundamentais entre os particulares sob o fundamento de que tal mandamento decorre - única e exclusivamente - de ato governamental; no entanto, a teoria deve ser interpretada de forma relativizada, pois a Suprema Corte já se posicionou de forma contrária à negação, quer dizer, a depender do caso concreto a Corte entende ser cabível a proteção especial aos particulares - a chamada eficácia horizontal (Sousa; Lazari, 2021, p. 46). Nesse raciocínio, “[...] ao invés de negar a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas, a doutrina da *state action*⁶ tem como objetivo justamente definir em que situações uma conduta privada está vinculada às disposições de direitos fundamentais” (Viegas; Nascimento, 2017, p. 19).

Apesar de o entendimento de que os direitos fundamentais previstos no *Bill of Rights* da Carta estadunidense impõem limitações apenas para os Poderes Públicos, ficando a exceção por conta da 13ª emenda que proibiu a escravidão (Lazari, 2021, p. 374), a doutrina da *state action* conserva a autonomia dos Estados, sob o fundamento de que a competência para legislar sobre direito privado nos Estados Unidos cabe aos Estados e, não, à União (Carvalho; Lima, 2015, p. 14). Assim sendo, percebe-se que a justificativa da ineficácia horizontal está ligada à literalidade do texto constitucional e ao pacto federativo, pois encontra fundamento na preservação da autonomia dos Estados, com o fim de impedir que as cortes federais intervenham nas relações privadas, blindando os particulares contra os arbítrios estatais. Trata-se de uma teoria minoritária e restrita, em tese, aos EUA (Lazari, 2021, p. 374-375).

Em outro patamar, encontra-se a teoria da eficácia horizontal indireta ou mediata, também denominada de *la eficacia mediata* (*la teoría de la mittelbare Drittwirkung*⁷ ou *the theory of indirect*

primarily linking the special relationship to fundamental rights. However, a closer study of the concepts and application of this theory reveals a contradiction between the theoretical and the practical. It is an apparent denial of the link, but that case law, is revealed as effectiveness of Fundamental Rights in interpersonal relations, [...]. Because of this apparent denial of the binding, the Theory of State Action found a loophole to apply the fundamental rights in relations between individuals. This device is to give the state responsibility for acts of private order, or even make the assimilation of these through acts public policy. Through this legal fiction, the scholars of the Theory of State Action can solve, albeit unsystematic way, equating the dilemma of knowing when a private action has possibility to compare or even be transformed into public action” (Siqueira; Wenczenovicz, 2016, p. 56-57). Nossa tradução: “Sendo predominantemente aceita nos Estados Unidos, esta tese tem sua base na visão liberal. Essa teoria nega principalmente vincular a relação especial aos direitos fundamentais. No entanto, um estudo mais aprofundado dos conceitos e aplicação desta teoria revela uma contradição entre o teórico e o prático. É uma aparente negação do vínculo, mas essa jurisprudência, revela-se como efetividade dos Direitos Fundamentais nas relações interpessoais, [...]. Por causa dessa aparente negação da vinculação, a Teoria da Ação do Estado encontrou uma brecha para aplicar os direitos fundamentais nas relações entre os indivíduos. Esse dispositivo consiste em atribuir ao Estado a responsabilidade por atos de ordem privada, ou mesmo fazer a assimilação destes por meio de atos de ordem pública. Por meio dessa ficção jurídica, os estudiosos da Teoria da Ação Estatal podem resolver, ainda que de forma assistemática, equacionar o dilema de saber quando uma ação privada tem possibilidade de se comparar ou mesmo se transformar em ação pública”.

6 “[...] o ‘*state action*’, define que qualquer ação privada que cause lesão em direitos fundamentais, será instrumento de controle judicial” (Viegas; Nascimento, 2017, p. 18).

7 “*La mittelbare Drittwirkung es producto de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales: el Estado tiene la obligación ya no sólo de abstenerse en la intromisión de la esfera jurídica de los particulares, sino también de garantizar su efectividad en las relaciones privadas, en tanto que los derechos fundamentales son ahora valores objetivos del ordenamiento jurídico. La forma en que el Estado concretizará este deber de hacer efectivos los derechos fundamentales (como valores objetivos) en las relaciones privadas, será mediante sus órganos. En primer lugar a través del legislador y de manera subsidiaria con la intervención del juez*” (ANZURES GURRÍA, 2010, p. 06). Nossa tradução: “A *mittelbare Drittwirkung* é um produto da dimensão objetiva dos direitos fundamentais: o Estado tem a obrigação não apenas de se abster de interferir na esfera jurídica dos indivíduos, mas também de garantir sua efetividade nas relações privadas, enquanto os direitos fundamentais passam a ser valores objetivos do sistema jurídico. A forma pela qual o Estado concretizará esse dever de efetivação dos direitos fundamentais (como valores objetivos) nas relações privadas, será por meio de seus órgãos. Em primeiro lugar através do legislador e de forma subsidiária com a intervenção do juiz”.

*applicability of mediate effectiveness*⁸), que advém da teoria adotada pelos alemães - *Mittelbare Drittwirkung* -, tendo Günter Dürig como o principal defensor em 1956 (Lazari, 2021, p. 375). Tanto o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha quanto grande parte da doutrina adotam a referida teoria (Novelino, 2019, p. 321), sob o fundamento de que:

[...] aplicar os direitos fundamentais de forma direta levaria a uma desfiguração da base do direito privado pelo extermínio da autonomia privada da vontade, gerando uma hipertrofia normativa constitucional e, conseqüentemente, um poder incomensurável aos magistrados, em vista do grau de indeterminação das normas definidoras dos direitos constitucionais. Pelo exposto, a teoria da aplicação indireta negaria uma força normativa vinculante da Constituição, tendo o condão, simplesmente, de irradiar suas limitações e ditames à legislação civil, a qual regularia diretamente as relações privadas (Carvalho; Lima, 2015, p. 14).

Para esta segunda teoria, cabe ao legislador aplicar os direitos fundamentais às relações privadas, pressupondo que tais direitos não são diretamente oponíveis, como direitos subjetivos, às relações interprivadas. Isto é, é necessário que haja uma intermediação por meio das cláusulas gerais e/ou dos conceitos jurídicos indeterminados; frisa-se, entretanto, que a intermediação⁹ através do Poder Legislativo é pressuposto relativo e, não, absoluto, haja vista a possibilidade de ponderação direta na via judicial (Ramos, 2016, p. 294). Flávio Tartuce (2020, p. 54) denomina as cláusulas gerais de “[...] ponte infraconstitucional para as normas constitucionais”. Nesse raciocínio, José Juan Anzures Gurría (2010, p. 6) sintetiza que:

[...] lo que propone la Drittwirkung mediata, es que el legislador, con base en el principio de proporcionalidad, regule el alcance de los derechos fundamentales en las relaciones particulares, y en caso de ausencia legislativa, el juez resuelva el caso concreto teniendo en cuenta la influencia de los derechos fundamentales entendidos como valores sobre las normas de derecho privado¹⁰.

Entende-se, então, que os direitos fundamentais são normas objetivas de princípios (Lazari, 2021, p. 376), uma vez que tais direitos não podem ser aplicados imediatamente a partir

8 “[...], this thesis draw up na effect model of fundamental rights in private relations which allows the binding occurs through the intermediation of norms and principles peculiar to private law in the form of general provisions and indeterminate concepts. That is, so there is linkage of fundamental rights in private relationships, the theory effectiveness mediately, demand the existence of ‘bridges’ between the public law and private in the form of the general clauses or indeterminate concepts” (Siqueira; Wenczenovicz, 2016, p. 56-57). Nossa tradução: “[...], esta tese elabora um modelo de efetivação de direitos fundamentais nas relações privadas que permite que a vinculação ocorra por intermédio de normas e princípios próprios do direito privado na forma de disposições gerais e conceitos indeterminados. Ou seja, para que haja vinculação dos direitos fundamentais nas relações privadas, a teoria efetiva mediata, demanda a existência de ‘pontes’ entre o direito público e o privado na forma de cláusulas gerais ou conceitos indeterminados”.

9 José Juan Anzures Gurría (2010, p. 01) sustenta que “[...] la forma en que los derechos fundamentales despliegan sus efectos en las relaciones privadas será mediante la intervención de un órgano del Estado, concibiendo a los derechos como valores objetivos”. Nossa tradução: “[...] a forma como os direitos fundamentais desdobram seus efeitos nas relações privadas será por meio da intervenção de um órgão do Estado, concebendo os direitos como valores objetivos”.

10 Nossa tradução: “[...] o que propõe a Drittwirkung mediata é que o legislador, com base no princípio da proporcionalidade, regule o alcance dos direitos fundamentais nas relações particulares, e em caso de ausência legislativa, o juiz resolva o caso concreto tendo em conta a influência dos direitos fundamentais entendidos como valores sobre as regras do direito privado”.

da Constituição por não ingressarem no âmbito privado como direitos subjetivos constitucionais (Novelino, 2019, p. 321); caso contrário, poder-se-ia aniquilar por completo a autonomia da vontade e extinguir o direito privado. Isso significa que os direitos fundamentais são aplicados de forma reflexa, seja no âmbito da dimensão proibitiva (onde o legislador não pode editar leis que violem os direitos fundamentais) ou no âmbito da positiva (onde o legislador implementa e/ou concretiza tais direitos, especificando quais se aplicam às relações particulares) (Lenza, 2015, p. 1.151). Portanto, infere-se da teoria da eficácia indireta que os direitos fundamentais não são aplicados diretamente às relações interprivadas, sob o risco de gerar supressão da autonomia privada; todavia, cabe ao direito privado, através das cláusulas gerais e/ou conceitos jurídicos indeterminados, efetivar os direitos fundamentais (Bello Filho, 2014, n. p).

Em compensação, a teoria da eficácia horizontal direta ou imediata - ou, também, denominada de *la eficacia inmediata (la teoría de la unmittelbare Drittwirkung*¹¹ ou *the theory of direct application or immediate effect*¹²) -, desenvolvida na Alemanha por Hans Carl Nipperdey¹³ na década de 1950, mas adotada em Portugal, na Espanha e na Itália (Lazari, 2021, p. 376), opta por ressignificar a dicotomia público-privado no que tange à aplicação direta dos direitos fundamentais às relações particulares (Carvalho; Lima, 2015, p. 18). Isso porque a teoria da eficácia direta “[...] *entiende que los derechos fundamentales son verdaderos derechos subjetivos y por ello no hace falta la intervención de ningún órgano estatal*”¹⁴ (Anzures Gurría, 2010, p. 1).

A teoria da eficácia imediata tem como fundamento a supremacia da Constituição voltada à dignidade da pessoa humana, haja vista a prescindível intermediação legislativa. Entretanto, há críticas doutrinárias nos sentidos de que: tal teoria deve ser aplicada com parâmetros/ponderação, sob pena de ocasionar a desfiguração e a perda de clareza conceitual do direito privado; ameaça à sobrevivência da autonomia privada (conceito essencial para o direito civil); e a incompatibilidade com os princípios democrático, da separação dos Poderes e da segurança jurídica (Novelino, 2019, p. 321). Logo, constata-se que a teoria direta ou imediata consiste na aplicação expressa e direta dos direitos fundamentais às relações privadas, independente de existência de cláusulas gerais e/ou de intervenção do Poder Legislativo, haja vista o comando constitucional.

Por certo, todas as teorias mencionadas (doutrina da *state action*, mediata e imediata) devem ser analisadas de forma relativa - e, não, absoluta -, uma vez que são capazes de produzir resultados

11 “*La unmitelbare Drittwirkung defiende que los derechos fundamentales no son valores sino verdaderos derechos subjetivos contenidos en la Constitución y, como tales, exigibles directamente por el individuo que los ostenta frente a sus semejantes, sin que sea necesaria la mediación de un órgano estatal*” (ANZURES GURRIÁ, 2010, p. 08). Nossa tradução: “A unmitelbare Drittwirkung defende que os direitos fundamentais não são valores, mas verdadeiros direitos subjetivos contidos na Constituição e, como tal, diretamente exigíveis pelo indivíduo que os detém contra seus pares, sem que seja necessária a mediação de um órgão estatal”.

12 “*In direct application of fundamental rights, the particular conflict can evoke such rights without the need to find any ‘bridges’ or ‘gateway’ originated in Private Law, since to his theory Fundamental Rights are considered as subjective rights of individuals in the development of their relations. This means affirming the real possibility for individuals to assert fundamental rights against other individuals*” (Siqueira; Wenczenovicz, 2016, p. 55). Nossa tradução: “Na aplicação direta de direitos fundamentais, o conflito particular pode evocar tais direitos sem a necessidade de encontrar quaisquer ‘pontes’ ou ‘portais’ originadas no Direito Privado, pois para sua teoria os Direitos Fundamentais são considerados direitos subjetivos dos indivíduos no desenvolvimento de suas relações. Isso significa afirmar a possibilidade real de os indivíduos fazerem valer direitos fundamentais contra outros indivíduos”.

13 Presidente do Tribunal Federal do Trabalho alemão.

14 Nossa tradução: “[...] entende que os direitos fundamentais são verdadeiros direitos subjetivos e, portanto, não há necessidade da intervenção de qualquer órgão estatal”.

práticos semelhantes, pois, apesar de suas particularidades, partem do pressuposto genérico de que a (in)eficácia da aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares não pode aniquilar a autonomia privada, sob pena de infringir outros direitos e valores constitucionais e legais. Dessa forma, é possível afirmar que as teorias não se excluem, pelo contrário, se complementam a depender da análise no caso concreto.

3 RECONHECIMENTO E APLICABILIDADE DA TEORIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DIRETA NO BRASIL

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (art. 5º, §1º), o que permite o reconhecimento e a aplicabilidade do gênero eficácia horizontal dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, porquanto trata-se de filtragem constitucional que concebe a constitucionalização do direito *infraconstitucional*. Não obstante, há quem diga que apesar de a Constituição tutelar os direitos e garantias fundamentais, não é expressa no sentido de que tais institutos estão vinculados - direta ou indiretamente - às relações privadas (Viegas; Nascimento, 2017, p. 23).

De passagem, Stephen Holmes e Cass R. Sunstein (2019, p. 149), em uma análise dos custos dos direitos, ministram que toda liberdade privada tem um custo público, pontuando que isso não vale somente para os direitos sociais como direito à aposentadoria, à assistência médica e à alimentação, mas para os direitos individuais como o direito à liberdade contratual, à liberdade de expressão e à propriedade privada. Ademais, ante os efeitos jurídicos (des)conhecidos, o custo dos direitos visa tanto proteger as questões de equidade e justiça distributiva quanto de transparência democrática e prestação de contas no processo de destinação de recursos (Holmes; Sunstein, 2019, p. 149).

Pois bem. De acordo com a maioria da doutrina (como Flávio Tartuce, Rafael de Lazari e outros), o ordenamento jurídico brasileiro reconhece e aplica a teoria da eficácia horizontal direta ou imediata dos direitos fundamentais, ainda que de forma “tácita”, com alicerce no §1º, do art. 5º, da Constituição Federal. De certo, reconhecer e aplicar o instituto da eficácia horizontal direta (dimensão objetiva) dos direitos fundamentais às relações particulares advém do caráter normativo da Constituição (Pereira, 2009, p. 99). Nesse raciocínio:

Tomados os direitos fundamentais como princípios, ou como *standarts* jurídicos, ou seja, como cláusulas que, além de eficácia objetiva e subjetiva, trazem valores constitucionais a vigerem sobre todas as relações jurídicas da sociedade, não há como afastá-los da incidência sobre relações entre particulares. Ao admitir-se a eficácia horizontal do direito fundamental ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado e, portanto, a sua *drittwirkung*, o que se está permitindo é a equiparação de valores como a liberdade, a autonomia privada, o desenvolvimento, o livre desenvolvimento da personalidade à preservação ambiental. Aplicar

horizontalmente o direito ao ambiente nada mais é do que definir em que medida o direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado pode limitar a aplicação de outros direitos que lhes são incompatíveis (Bello Filho, 2014, n. p).

Sob outra perspectiva, há quem entenda que o ordenamento jurídico brasileiro é nitidamente incompatível com a doutrina da *state action* - que ignora, em tese, a aplicação dos direitos fundamentais individuais às relações particulares. Porém, aqui, ousa-se discordar desse pensamento porque: (I) o ordenamento jurídico brasileiro, apesar de assegurar a aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais, não exclui qualquer outra forma de aplicação, ainda que subsidiária ou excepcional; (II) a depender do caso concreto e da ponderação de interesses, há direitos fundamentais que podem ser relativizados em função de outros - por exemplo, no cenário pandêmico é possível constatar a evidência do direito e interesse coletivo acima do direito individual em diversos aspectos, como em relação ao direito de liberdade (restrições de locomoção e de profissão em razão de adoção de medidas para a contenção do vírus, bem como contratos de viagens com empresas áreas e hoteleiras foram relativizados), livre exercício dos cultos religiosos (temporariamente suspensos) e reuniões/eventos (contratos de consumo com empresas de formatura, casamento, aniversário foram flexibilizados) etc.¹⁵; e (III) a doutrina da *state action* deve ser interpretada de forma relativa, podendo ser identificada, assim, ainda que superficialmente, a título de exemplo, na Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019¹⁶) (Brasil, 2019).

Dito isso, é apropriado citar alguns exemplos práticos de eficácia horizontal dos direitos fundamentais às relações privadas no Brasil. Vejamos, pois, algumas abordagens jurisprudenciais referentes à temática:

Segundo Pedro Lenza (2015, p. 1151-1152), o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que: “constitui constrangimento ilegal a revista íntima em mulheres em fábrica de lingerie” - Recurso Extraordinário nº 160.222-8¹⁷; a “exclusão de associado de cooperativa sem direito a defesa viola o devido processo legal e a ampla defesa” - Recurso Extraordinário nº 158.215-4; a “exclusão de membro de sociedade sem a possibilidade de sua defesa viola o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa” - Recurso Extraordinário nº 201.819¹⁸. Já o Superior Tribunal de Justiça se posicionou no sentido de que: a “prisão civil

15 Logo, a eficácia horizontal dos direitos pode incidir de forma tanto imediata quanto mediata, sem aniquilar o princípio fundamental máximo da dignidade da pessoa humana.

16 Art. 1º Fica instituída a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, nos termos do inciso IV do caput do art. 1º, do parágrafo único do art. 170 e do caput do art. 174 da Constituição Federal.

17 “No recurso extraordinário (RE n. 160222/RJ) - julgado no ano de 1995, demonstra o caso em que uma fábrica de lingerie (De Millus S.A.), todos os dias, ao término do expediente laboral, obrigavam vários trabalhadores, especificamente as mulheres, no final de cada expediente, se submeterem a uma revista íntima (constrangimento), para verificar se elas (funcionárias) estavam furtando os produtos fabricados (lingerie). Deste modo, o caso em tela, demonstra o constrangimento ilegal, resultando em uma colisão da dignidade da pessoa humana versus a autonomia privada” (Viegas; Nascimento, 2017, p. 24).

18 “O caso aborda a impetração de um recurso pela União Brasileira de Compositores, denominada UBC, a fim de ratificar a sentença que determinou a restituição de um dos sócios que foi excluído sem atentar aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Deste modo, foi identificada uma sedimentação da teoria da eficácia horizontal e o reconhecimento dela. Este caso está diante de uma colisão da autonomia de vontade própria e a máxima efetividade, fere devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. A relatora foi a Ministra Ellen Gracie, no qual acompanhou o voto do Ministro Carlos Velloso, não reconhecendo a aplicação da eficácia horizontal. Ao contrário,

em contrato de alienação fiduciária viola o princípio da dignidade da pessoa humana” (Súmula Vinculante 25¹⁹) - Habeas Corpus nº 12.547; a “indenização tarifada em caso de responsabilidade civil do transportador aéreo, viola o princípio da dignidade da pessoa humana” - Recurso Especial nº 249.321.

Na mesma linha, o STF, utilizando-se da teoria da eficácia horizontal direta, aplicou o princípio da igualdade em relação trabalhista, em que empresa francesa, no Brasil, estabelecia vantagens apenas aos empregados de nacionalidade francesa (Recurso Extraordinário nº 161.243 - DJ 19.12.97, rel. min. Carlos Velloso) (Nakahira, 2007, p. 103); ainda, o Informativo nº 405, do STF, assegura o direito à ampla defesa ao associado excluído do quadro da pessoa jurídica - de outro modo, nota-se a teoria da eficácia horizontal indireta ou mediata no que corresponde à razoável duração do processo prevista expressamente no art. 4º do Código de Processo Civil, em sintonia com art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal (Tartuce, 2020, p. 54-55).

Conclui-se, por fim, que o ordenamento jurídico brasileiro tem preferência pela teoria da eficácia horizontal direta ou imediata dos direitos fundamentais; porém, tal conduta não anula ou elide a incidência direta ou subsidiária das outras teorias, como a teoria da eficácia horizontal indireta ou mediata e a doutrina da *state action* ou ineficácia horizontal, visto que todas as concepções expostas não devem ser tidas como opostas nem absolutas (porque, além de todas produzirem resultados equivalentes, todas têm algo em comum: o Poder Judiciário como destinatário da ponderação de interesses). Portanto, ainda que a maioria da jurisprudência se incline pelo reconhecimento e pela aplicação da eficácia horizontal direta, fato é que o ordenamento jurídico brasileiro não impõe e nem proíbe expressamente o uso de qualquer das teorias, outorgando espaço para harmonia na interpretação das teorias - e não fragmentação.

CONCLUSÃO

O artigo propôs examinar a questão da aplicabilidade e do reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais (e de suas teorias) às relações privadas no Brasil, uma vez que a Constituição Federal assegura que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (fomentando a Constitucionalização ou Humanização do Direito Privado).

Em síntese, constatou-se que a jurisprudência brasileira reconhece e aplica, majoritariamente, a teoria da eficácia horizontal direta ou imediata dos direitos fundamentais, não significando, portanto, a exclusão ou o impedimento das outras teorias no ordenamento jurídico brasileiro - como a teoria da eficácia horizontal indireta ou mediata ou a doutrina da *state action* ou ineficácia horizontal (respeitadas as opiniões em contrário) -, visto que as teorias se complementam e, não, se excluem (além do fato de que nenhuma pode ser vista como absolutamente correta ou errada no Brasil).

¹⁹ o Ministro Gilmar Mendes demonstrou total discordância e proferiu o seu voto reconhecendo a vinculação dos direitos fundamentais nas relações privadas, seja por pessoas físicas ou privadas” (Viegas; Nascimento, 2017, p. 25).
19 É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito.

Assim, é possível concluir que apesar de o ordenamento jurídico preferir, em tese, a teoria da eficácia horizontal direta (haja vista a previsão constitucional), este não proíbe expressamente o uso de qualquer outra teoria, outorgando espaço para a ponderação de interesses à luz do caso concreto no que se refere à hermenêutica e aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Fabíola. Propriedade e autonomia privada: uma análise da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 60-76, set. 2011. DOI: <https://doi.org/10.12957/dep.2011.1273>

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

ANZURES GURRÍA, José Juan. La eficacia horizontal de los derechos fundamentales. **Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, Cidade do México, n. 22, p. 1-24, jan./jun. 2010. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932010000100001. Acesso em: 26 maio 2021.

BELLO FILHO, Ney de Barros. A eficácia horizontal do direito fundamental ao ambiente. **Cadernos UNDB**, São Luís, v. 4, jan./dez. 2014. Disponível em: http://sou.undb.edu.br/public/publicacoes/16_-_a_eficacia_horizontal_do_direito_fundamental_ao_ambiente.pdf. Acesso em: 29 ago. 2021.

BRASIL. **Constituição Federativa da República do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 maio 2021.

BRASIL. **Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Institui a declaração de direitos de liberdade econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (código civil), [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113874.htm. Acesso em: 26 maio 2021.

CARVALHO, Alexander Perazo Nunes de; LIMA, Renata Albuquerque. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 13, n. 17, p. 11-23, jan./dez. 2015. DOI: <https://doi.org/10.12662/2447-6641oj.v13i17.p11-23.2015>

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

LAZARI, Rafael de. **Manual de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: D'Plácido, 2021.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais na relação de emprego. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 17, p. 33-45, jan./jun. 2011. Disponível em: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-033-Artigo_Carlos_Henrique_Bezerra_Leite_\(Eficacia_Horizontal_dos_Direitos_Fundamentais_na_Relacao_de_Emprego\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-033-Artigo_Carlos_Henrique_Bezerra_Leite_(Eficacia_Horizontal_dos_Direitos_Fundamentais_na_Relacao_de_Emprego).pdf). Acesso em: 7 ago. 2021.

LEITE, George Salomão. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais**. Brasília, DF: Senado Federal, 2020. v. 275, 160 p.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

NAKAHIRA, Ricardo. **Eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/7752/1/Ricardo%20Nakahira.pdf>. Acesso em: 7 ago. 2021.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019.

PEREIRA, Cynthia Nóbrega. A eficácia horizontal das garantias fundamentais. **Themis**, Fortaleza, v. 7, n. 1, p. 85-106, jan./jul. 2009. DOI: <https://doi.org/10.56256/themis.v7i1.149>

RAMOS, André Luiz Arnt. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas. O estado da questão. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 53, n. 210, p. 291-314, abr./jun. 2016. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/522910>. Acesso em: 7 ago. 2021.

SILVEIRA, Daniel Barile. Hermenêutica constitucional como instrumento de justificação do direito: lições para o entendimento da complexidade social moderna. **Revista Jurídica**, Brasília, DF, v. 9, n. 85, p. 83-91, jun./jul. 2007. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/307>. Acesso em: 14 ago. 2021.

SILVEIRA, Daniel Barile. Paradigmas de interpretação constitucional: desafios ao entendimento das sociedades modernas. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Campo Grande, v. 1, p. 51-63, mar. 2006. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79069679.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2021.

SIQUEIRA, Rodrigo Espiúca dos Anjos; WENCZENOVICZ, Thaís Janaina. The constitutional principles of human dignity, freedom and equality as fundaments of horizontal efficacy oh the fundamental rights. **PPSM**, Warszawa, n. 6, p. 47-69, 2016. DOI: <https://doi.org/10.21697/ppsm.2016.6.04>

SOUSA, Angela Aparecida Oliveira; LAZARI, Rafael de. A eficácia horizontal dos direitos humanos em face da autonomia privada e uma breve síntese sobre o caso brasileiro. **Cognitio Juris**, Bebedouro, ano 11, n. 33, p. 35-57, fev. 2021. DOI: <https://doi.org/10.25245/rdsp.v9i3.849>

STEINMETZ, Wilson; MARCO, Cristhian Magnus de. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais na teoria de Robert Alexy. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 41, n. 134, p. 509-518, jun. 2014. Disponível em: <http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/212/148>. Acesso em: 7 ago. 2021.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 10. ed. São Paulo: Método, 2020.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; NASCIMENTO, Uelton David do. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais às relações privadas. **Revista Síntese de direito civil e processual civil**, Brasília, DF, v. 18, n. 335, p. 57-82, jan./fev. 2017. Disponível em: http://uniesp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20170728105436.pdf. Acesso em: 14 ago. 2021.

Recebido em: 07/07/2021

Aceito em: 10/11/2022