

A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

THE HORIZONTAL EFFECTIVENESS OF BASIC RIGHTS

João Humberto Cesário¹

RESUMO

O artigo trata monograficamente da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Para tanto, aborda o desenvolvimento histórico do estado moderno e da ordem jurídica, conceitua e define os direitos fundamentais, falando, ademais, da sua força normativa e aplicação imediata, das suas dimensões objetiva e subjetiva, bem como da sua eficácia vertical. Por último, desenvolve em específico a temática da eficácia horizontal, conceituando-a e metrificando o seu alcance e intensidade nas relações privadas, além de apresentar as origens históricas do seu reconhecimento e, finalmente, um panorama do tratamento jurisprudencial que as cortes de vértice vêm emprestando ao assunto no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: *Direitos Fundamentais. Eficácia Vertical. Eficácia Horizontal.*

ABSTRACT

This article analyzes the horizontal effectiveness of basic rights. To do so, it first addresses the historic development of the modern state and the legal order. It then conceptualizes and defines basic rights, considering their normative strength and immediate application, their objective and subjective dimensions and their vertical effectiveness. It specifically develops the theme of horizontal effectiveness, conceptualizing

1 Doutorando em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo. Mestre em Direito Agroambiental pela Universidade Federal de Mato Grosso. Juiz do Trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região. Membro do Comitê Executivo do Fórum de Assuntos Fundiários do Conselho Nacional de Justiça de 2013 a 2014. Coordenador Acadêmico da Pós-graduação em Direito e Processo do Trabalho da Escola Superior da Magistratura Trabalhista de Mato Grosso nos biênios 2011 a 2013 e 2013 a 2015. Professor das disciplinas Teoria Geral do Processo, Direito Processual do Trabalho e Direito Ambiental do Trabalho. Tem atuado ultimamente como professor visitante na Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT) e nas Escolas Judiciais dos TRTs da 5ª, 6ª, 7ª, 9ª, 14ª, 15ª, 16ª, 18ª e 23ª Regiões.

it and gauging its scope and intensity in private relations, and presents the historic origins of its recognition. Finally, an overview is presented of the legal treatment that the high courts have given to the issue in Brazil.

KEYWORDS: *Basic Rights. Vertical Effectiveness. Horizontal Effectiveness.*

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui como escopo central o estudo da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Para o alcance do desiderato em questão, o dividiremos em três partes.

Abordaremos, na primeira delas, buscando uma compreensão introdutória da matéria, o desenvolvimento histórico do estado moderno. Para tanto discorreremos sobre os aspectos histórico-jurídicos dos seguintes modelos estatais: a) Estado Liberal; b) Estado Social; c) Estado Democrático de Direito.

Cumprida a primeira etapa, passaremos para a segunda parte do estudo, onde trataremos dos direitos fundamentais no contexto do Estado Democrático de Direito, com ênfase nos seguintes itens: a) conceito e conteúdo; b) força normativa e aplicação imediata; c) dimensão subjetiva e dimensão objetiva; d) eficácia vertical.

Na terceira e última parte, falaremos em apartado da eficácia horizontal dos direitos fundamentais propriamente dita, enfatizando os seguintes aspectos: a) significado e alcance; b) o precedente histórico que rendeu ensejo ao seu reconhecimento; c) a forma e a intensidade com que os direitos fundamentais incidem nas relações privadas; d) a eficácia horizontal dos direitos fundamentais na jurisprudência das cortes de vértice brasileiras.

Finalizando o estudo, elencaremos topicamente algumas sínteses conclusivas, que permitirão ao leitor a compreensão pontual dos principais elementos estudados.

2 O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO ESTADO MODERNO

2.1 O estado liberal

2.1.1 Notícia Histórica

Para nós que somos herdeiros da tradição romano-germânica do direito, o acontecimento histórico que mais marcadamente contribuiu para o

advento do Estado Liberal foi à chegada da burguesia ao poder na França revolucionária do final do século XVIII².

Não interessa ao presente trabalho, contudo, analisar os meandros da ruptura dos burgueses com o absolutismo do *ancien régime*³. Impõe-se, notadamente, a tarefa de perquirir as bases jurídicas que caracterizaram o Estado que emergiu da hegemonia burguesa.

Assim é que serão abordados, na estrita medida do necessário, os principais aspectos envolvidos no rompimento ocorrido, pois eles explicarão, satisfatoriamente, os fundamentos característicos do Estado Liberal.

Na França que antecedeu à revolução, os servos eram separados das pessoas livres. Já essa última faceta da população (a das pessoas livres) era basicamente dividida em três estamentos, conhecidas como clero (1º estado), nobreza (2º estado) e povo (3º estado), estando inserida, nessa última categoria (povo ou terceiro estado), a burguesia. Acima dos mencionados estados sobrepairava o poder absoluto e autoritário do rei.

Com o impulso do capitalismo, porém, principalmente a partir do século XVIII, a parcela do povo conhecida como burguesia ascende ao domínio econômico, mas, paradoxalmente, continua politicamente subjugada ao império absolutista do monarca. Embora parasitários, ademais, o clero e a nobreza gravitavam muito mais próximos ao centro do poder político do que a burguesia.

Estava montado, a partir de então, o cenário propício à ruptura institucional. Nesse contexto, a revolução burguesa significou, na sua essência, a reunião do domínio econômico com o poder político nas mãos de uma nova elite dirigente burguesa, que, assim, superou historicamente o absolutismo monarca.

Para que esta nova ordem pudesse se estabelecer, foi necessária a criação de um novo modelo de Estado, chamado liberal, que trouxe consigo todo um arcabouço de novos direitos, hoje conhecidos como direitos de liberdade ou de primeira dimensão, que, basicamente, reclamavam um comportamento abstencionista do Estado em relação à dinâmica da vida em sociedade.

2 Tal assertiva não significa menosprezo, evidentemente, a outros elementos que contribuíram, notadamente na Inglaterra, para o estabelecimento dos alicerces do Estado Liberal, como as proposições de John Locke, nas quais se enxergam, por exemplo, o embrião da teoria de separação dos poderes, melhor desenvolvida na França, ao depois, por Montesquieu. Vide, a propósito, BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 44.

3 Sugerimos, para aqueles que desejarem se aprofundar nos aspectos históricos da revolução burguesa, a leitura de TRINDADE, José Damião de Lima. *História social dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Livraria Peirópolis, 2002, p. 43.

2.1.2 A Ordem Jurídica Liberal-Burguesa

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão - aprovada pela Assembleia Nacional Constituinte francesa em 26 de agosto de 1789 – foi o documento histórico que inaugurou a ordem jurídica liberal. Bobbio, a propósito, esclarece que “os historiadores estão de acordo em considerar que esse ato representou um daqueles momentos decisivos, pelo menos simbolicamente, que assinalam o fim de uma época e o início de outra, e, portanto, indicam uma virada na história do gênero humano”⁴. No mesmo diapasão, José Damião de Lima Trindade aduz que a Carta em questão “é considerada o atestado de óbito do Antigo Regime”⁵.

Ocorre que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão consagrou no seu bojo os chamados direitos de liberdade. Não é por outro motivo, aliás, que o seu artigo 1º estabelece que os homens nascem e são livres e iguais em direitos, explicitando, no artigo 2º, que os direitos naturais e imprescindíveis do homem são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

Dito isso, podemos afirmar, sem maior temor de equívoco, que a opção da burguesia em aclamar como os seus postulados máximos o direito à liberdade, à propriedade e à segurança é autoexplicativa.

A liberdade, obviamente, fundamenta-se na afirmação do despreendimento burguês do jugo absolutista da monarquia. Se o rei controlava com mão de ferro a vida dos indivíduos, o novo centro do poder deveria adotar um comportamento passivo, não se imiscuindo no interior das relações contratuais protagonizadas por homens naturalmente iguais.

A propriedade, outrossim, não passa de uma reproclamação de que os meios de produção pertencem à nova elite dirigente, que deles podem se valer sem amarras ou quaisquer limitações, pois, afinal, do Estado se espera uma conduta abstencionista em face dos interesses de índole privada.

A segurança, enfim, é o elemento imprescindível para que a burguesia mantenha a hegemonia do pensamento liberal através dos tempos. A previsibilidade jurídica, com efeito, passa a ser um valor cultuado incessantemente e com férrea devoção.

Foi justamente por isso que, no dizer de Marinoni, “o Estado Liberal de Direito [...] erigiu o princípio da legalidade como fundamento para a

4 BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 85.

5 TRINDADE, José Damião de Lima. Op. Cit. p. 53.

sua imposição”⁶. É de se indagar nesta quadra do estudo, de tal arte, quais teriam sido as consequências concretas da assunção do legalismo como o principal vetor jurídico do liberalismo.

Como é de palmar inferência, a noção de legalidade reside na corriqueira formulação de que a lei é a fronteira da liberdade. Deste modo, ao mesmo passo que o cidadão pode fazer tudo o que não esteja expressamente proibido em lei, o administrador público somente pode atuar dentro daquilo que a lei explicitamente lhe permite. Resta claro, com efeito, que o princípio da legalidade, em última instância, visa proteger a burguesia, vista como classe dirigente, de todo e qualquer desmando estatal.

É certo que o leitor mais desavisado poderia redarguir a conclusão contida no final do parágrafo anterior, sob a alegação de que mais do que à burguesia, a legalidade almejaria tutelar todos os indivíduos do arbítrio do Estado. Nada mais equivocado. Ocorre que muito embora a questão da igualdade seja uma das preocupações do Estado Liberal, ela sempre foi encarada, nos estreitos limites do legalismo, por uma ótica meramente formal. Aos olhos do liberalismo, afinal de contas, todos os homens são naturalmente - e convenientemente - iguais.

Dito de outro modo, podemos afirmar que o liberalismo jamais se importou com as diferenças concretamente existentes entre as classes sociais. Ao desprezar a noção de hipossuficiência, o novo modelo estatal abortou todas as possibilidades de se mirar o tema da igualdade por um viés substancial, delegando essa tarefa histórica, como adiante demonstrar-se-á, ao Estado de raiz social. É lícito dizer, conclusivamente falando, que direito liberal sempre foi e sempre será um direito de classe, apto a satisfazer, juridicamente, os intentos da burguesia.

Da assunção do positivismo como aspecto particular da ideologia liberal, são passíveis de serem extraídas algumas conclusões que, muito embora se constituam em verdadeiras obviedades, não chegam a ser de domínio geral.

Ora, se a lei é o epicentro do universo jurídico liberal-burguês, é de se perceber que o Legislativo - com as suas cadeiras devidamente ocupadas pelos prepostos do grupo social hegemônico - será encarado pelo liberalismo como o mais estratégico dos Poderes, na medida em que ele sempre estará apto a subjugar, com o seu vigor desmesurado, o Executivo e o Judiciário. Não é por

6 MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 23.

outra razão que na célebre formulação de Montesquieu, ao juiz não seria destinado nada além do que o aviltante papel de mera *bouche de loi*⁷.

Em última instância, portanto, tudo o que importava ao Estado Liberal era que a lei, encarada como a máxima expressão do direito, fosse capaz de garantir a necessária segurança jurídica para que a classe dirigente pudesse exercer, sem freios, o seu sagrado direito de propriedade.

3 O ESTADO SOCIAL

3.1 Justificação histórica

“Um espectro ronda a Europa – o espectro do comunismo”⁸. Foi justamente com tais palavras que Friedrich Engels e Karl Marx iniciaram, em 1848, as primeiras linhas do preâmbulo do Manifesto do Partido Comunista. Na sequência acrescentaram: “todas as potências da velha Europa uniram-se numa santa caçada a esse espectro, o papa e o czar, Metternich e Guizot, radicais franceses e policiais alemães”⁹.

Há de se pontuar, antes de tudo, que Engels e Marx não renegaram, no mencionado documento, a relevância do processo histórico de tomada do poder pela burguesia. No entanto, é importante deixar claro que Marx e Engels, ao redigirem o Manifesto do Partido Comunista, estavam ditando – com o perdão da obviedade - as bases teóricas da substituição da burguesia pelo proletariado como classe dirigente.

Sintetizando as ideias veiculadas no instrumento em estudo, podemos afirmar que o objetivo estratégico dos comunistas, pensados como vanguarda do proletariado, era o de arrancar o poder político das mãos da burguesia, fazendo-o em nome da classe trabalhadora pela via da ruptura revolucionária, para, enfim, expungir o sacrossanto direito burguês à propriedade privada.

7 Acerca da desconfiança da ordem revolucionária francesa em relação aos magistrados, vide os apontamentos de MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 43-44: Antes da Revolução Francesa, os membros do Judiciário francês constituíam classe aristocrática não apenas sem qualquer compromisso com os valores da igualdade, da fraternidade e da liberdade – mantinham laços visíveis e espúrios com outras classes privilegiadas, especialmente com a aristocracia feudal, em cujo nome atuavam sob as togas. Nesta época, os cargos judiciais eram comprados e herdados, o que fazia supor que o cargo de magistrado deveria ser usufruído como uma propriedade particular, capaz de render frutos pessoais. [...] Montesquieu, ao elaborar a tese de que não poderia haver liberdade caso o ‘poder de julgar’ não estivesse separado dos poderes legislativo e executivo, partiu da sua própria experiência pessoal, pois conhecia muito bem os juizes da sua época. Montesquieu nasceu Charles-Louis de Secondat em uma família de magistrados, tendo herdado do seu tio não apenas o cargo de *President à mortier* no *Parlement de Bordeaux*, como o nome ‘Montesquieu’. O jovem Montesquieu, sem se deixar seduzir pelas facilidades de sua posição social, renunciou ao cargo de magistrado e teve a coragem de denunciar as relações espúrias dos juizes com o poder, idealizando a teoria da separação dos poderes.

8 ENGELS, Friedrich; MARX, Karl. Manifesto do partido comunista. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2006, p. 65.

9 ENGELS, Friedrich; MARX, Karl. Id.

Assim é que não custa reenfatar que Engels e Marx advertiram, já no primeiro parágrafo do preâmbulo do Manifesto, que todas as forças antagônicas aos comunistas, desde o Papa até os radicais franceses, passando pelo czar, se organizaram para combater o fantasma do comunismo.

Um dos efeitos desse agrupamento aparentemente contraditório de interesses, sem dúvida, foi estabelecimento das bases do chamado Estado Social, que dissimuladamente garantiu, por via de um processo de mimetização estatal, a permanência dos donos do capital no centro do poder político.

Calha iluminar, à guisa de exemplificação sobre o afirmado no parágrafo anterior, o lapidar raciocínio empreendido por José Damiano de Lima Trindade, ao aduzir que o Papa Leão XIII, em 1891, “preocupado em [...] assegurar a sobrevivência da igreja, publicou sua encíclica *Rerum Novarum* (‘Das coisas novas’), evidente esforço de réplica a *O capital*, de Karl Marx”¹⁰.

Importante recordar, na esteira dos fatos, que o ápice da luta política dos comunistas para chegar ao poder ocorreu na Rússia, em outubro de 1917, ocasião em que os bolcheviques - depois da derrubada do czar Nicolau II pelas massas populares em fevereiro daquele mesmo ano -, liderados por Lênin, tomaram o governo em suas mãos, passando a construir, a partir de então, os alicerces de uma sociedade que, almejando a abolição da propriedade privada, se reivindicava sem classes.

Intuitivamente, foi justamente em 1917 que uma Constituição, no caso a mexicana, inseriu pela primeira vez no seu corpo os chamados direitos sociais de índole trabalhista. Seguindo seus passos, também a Constituição alemã de Weimar, já em 1919, adotou idêntica conduta.

Tais cartas políticas, obviamente, não eram documentos propriamente generosos e impregnados de grandeza humana. Seus respectivos propósitos, às escâncaras, eram o de fazer algumas pequenas concessões às forças potencialmente revolucionárias, perseguindo o inescandível escopo de inviabilizar qualquer levante capaz de mudar o centro do poder político. É legítimo se pensar, assim, que os ideais socializantes não passaram de um engodo, que no afã de evitar os efeitos devastadores das insurreições populares em curso, trouxeram à ribalta um antídoto poderoso contra a insatisfação das camadas subalternas.

Percebe-se, pois, que tais soluções históricas sinalizam, insofismavelmente, para um rearranjo ideológico do poder hegemônico, que no in-

10 TRINDADE, José Damiano de Lima. Op. cit. p., 149.

tento de perpetuar inalterado o *status quo*, deliberou por fazer algumas concessões aos setores marginalizados da sociedade. Estavam plantadas as balizas, a partir de então, para o nascimento do Estado Social.

3.2 A Ordem jurídica no estado social

Muito embora seja possível elencar algumas lutas organizadas dos trabalhadores - tais como as reivindicações obreiras surgidas com as mazelas da Revolução Industrial - no processo de afirmação dos direitos sociais, o fato concreto, como já elucidado, é que os anteditos direitos foram muito mais uma concessão calculista dos burgueses para com os operários, do que propriamente uma conquista destes últimos em face daqueles primeiros.

Assentada essa primeira premissa, faz-se necessária, doravante, a demonstração das principais consequências políticas do reconhecimento dos direitos sociais na ordem jurídica emergida com o Estado Social, sendo de se afiançar, de antemão, que elas não foram demasiadamente drásticas.

Não há como negar, obviamente, que os chamados direitos sociais, ainda que paliativos, possuem extraordinária importância. Basta compreender que se de um lado os direitos de primeira dimensão são afinados com a liberdade, os de segunda dimensão são comprometidos com a igualdade, encarada, finalmente, em uma perspectiva substancial e não mais meramente formal.

Dito de outro modo, podemos afirmar que o Estado Social reconheceu aquilo que embora óbvio, não era admitido pelo seu antecessor: o fato de que os cidadãos não são iguais. Ao aceitar a diferença, o Estado necessariamente se desloca do abstencionismo ao proativismo, enaltecendo, com o *status* da fundamentalidade, os direitos prestacionais à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer e que tais, que devem, a partir de então, ser implementados pela atividade estatal.

No campo trabalhista, por exemplo, o Estado Social apreende a lancinante disparidade existente entre os sujeitos do contrato de trabalho, razão pela qual decide se imiscuir na contenda entre capital e labor, para, tuitivamente, equilibrar legislativamente uma relação naturalmente desequilibrada. Nesse momento, com efeito, o direito contratual deixa de ser o campo privilegiado da ilimitada autonomia privada.

Politicamente, contudo, o Estado Social não carrega consigo maiores diferenças do seu predecessor liberal. Ocorre que, na essência, o Estado nascente prosseguiu absolutamente comprometido com o princípio da le-

galidade, que sob a égide doutrinária do positivismo continuou a garantir aos detentores do capital a inviolabilidade da propriedade.

Como consequência natural desta visão enviesada, o Código Civil persistiu sendo o centro do universo jurídico no Estado Social, ficando a Constituição, mais que nunca, relegada à condição de mera declaração de boas intenções, sem que o seu descumprimento importasse maiores implicações práticas.

4 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

4.1 Contexto histórico

Os Estados Liberal e Social, como visto, apostavam todas as suas fichas no legalismo em nome da segurança jurídica. Neles, o Direito, diminuído à esterilidade da lei, apartou-se completamente da moral. A ciência jurídica, em última instância, ansiava por mostrar-se neutra.

Apesar disso tudo, alguns eventos nefandos para a história da civilização humanase incumbiram de demonstrar aos povos o quanto a ideia do legalismo exacerbado se mostrava equivocada, já que foi justamente em nome da reverência aética à legalidade que se cometeram as maiores barbaridades de que se têm notícias na história recente da humanidade.

Para a adequada compreensão histórica do quanto antes dito, será necessário rememorarmos o contexto em que a Alemanha saiu da Primeira Guerra Mundial, terminada em 1918. Derrotada, a nação alemã deixou aquele evento histórico extremamente fragilizada do ponto de vista econômico e com seu orgulho nacional ferido. Nesse cenário, era necessário encontrar os responsáveis pela situação de penúria vivenciada pelos alemães, como se não fossem eles próprios os grandes culpados por tal situação.

Surge nesse momento a figura de Adolf Hitler, que após tentar chegar ao poder por via de um golpe de estado fracassado no ano de 1923, foi preso e escreveu no presídio o seu livro *MeinKampf* (Minha Luta), publicado em dois volumes nos anos de 1925 e 1926, no qual traçou as linhas gerais do seu pensamento político.

Calcado no mito da superioridade genética da raça ariana, Hitler, em síntese, defendia que o sangue ariano não poderia ser contaminado pelos sujeitos socialmente indesejáveis, como, entre outros, os judeus, os comunistas, os ciganos, os poloneses, os deficientes e os homossexuais. Dizia, além disso, que

os judeus, por deterem em suas mãos os grandes conglomerados econômicos, concentravam de tal modo a renda, a ponto de se tornarem os responsáveis pela situação de penúria econômica suportada pelo povo alemão.

Com o sensível agravamento da crise econômica alemã no ano de 1929, ocorrido em boa medida por reflexo do *crack* da Bolsa de Valores de Nova York, o discurso de Hitler (já livre da prisão), apesar de delirante (hoje, com o distanciamento histórico, é muito fácil constatar essa afirmação), encontrou máxima receptividade, a ponto de ele chegar ao poder, pela via democrática, no ano de 1933¹¹.

O fascínio de Hitler sobre a sociedade alemã era tão grande, que ainda no ano de 1933 o Parlamento alemão editou a Lei Habilitante (também conhecida como ‘Lei de Concessão de Plenos Poderes’ ou ‘Lei para Sanar a Aflição do Povo e da Nação’), que concedeu competência a Hitler para legislar. Com arrimo em tal permissão, foram publicadas, no ano de 1935, as conhecidas ‘Leis de Nuremberg’, que além de proibir alemães e judeus de contraírem matrimônio ou até mesmo manterem relações sexuais, permitia a esterilização dos sujeitos socialmente indesejáveis, a realização de experimentos genéticos com humanos, a tortura e o confisco de bens¹², criando as bases daquilo que a filósofa Hannah Arendt mais tarde denominaria como ‘banalidade do mal’.

Em virtude da progressão geométrica do poder de Hitler, foi deflagrada a Segunda Guerra Mundial, que durou de 1939 a 1945, na qual foram cometidas as maiores ferocidades contra a espécie humana que se têm notícias na história do século XX. Mais uma vez derrotada, a Alemanha se viu obrigada a arcar com as consequências dos seus atos. Com efeito, as nações vencedoras (EUA, Inglaterra, França e URSS) instalaram o Tribunal de Nuremberg, que entre os anos de 1945 e 1946 julgou os crimes de guerra cometidos pelos oficiais nazistas.

A par da sua duvidosa legitimidade jurídica (tínhamos, no caso, um órgão instituído por vencedores para julgar vencidos, que talvez maltratasse o princípio do juiz natural), o fato é que o Tribunal de Nuremberg acabou absolvido pela história e, mais que isso, formulou uma delicada equação para

11 Para o aprofundamento do contexto histórico-político da chegada de Hitler ao Poder, vide TRINDADE, José Damião de Lima. Op. Cit.p. 167-187.

12 Sugere-se, para uma visão mais encorpada do significado das Leis de Nuremberg, a leitura de MARMELSTEIN, George. Curso de direitos fundamentais. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 3-6.

ser resolvida pelo Direito. Ocorre que, invariavelmente, as defesas dos réus argumentavam que eles não haviam cometido crimes, vez que se limitaram a cumprir as leis válidas (as chamadas Leis de Nuremberg) da Alemanha nazista.

Ficou claro, nesse momento, que o projeto jurídico positivista estava falido. Não era mais possível, à toda evidência, que o fundamento de validade de uma lei fosse apenas a sua regular aprovação formal de acordo com um procedimento legislativo predeterminado. Além disso, era absolutamente necessário que as leis dialogassem com os fundamentos éticos orientadores do ordenamento jurídico.

Nasce a partir daí o chamado pós-positivismo, que melhor compreendido como positivismo ético, tem como principal característica o reconhecimento explícito da força normativa dos princípios que lastreiam os tratados internacionais de direitos humanos e o bloco interno de constitucionalidade das nações democráticas¹³.

4.2 A Ordem jurídica do estado democrático de direito

O centro da ordem jurídica, tanto no Estado Liberal quanto no Social, conforme vimos, era o direito de propriedade. Foi justamente para a sua honra e louvor que a legalidade sempre manejou as poderosas armas que detinha.

Consoante igualmente restou esclarecido, o Estado Democrático de Direito nasceu na quadra histórica da violação dos direitos da personalidade pelo nazismo. Ficou muito evidente para todos, politicamente falando, que em nome da legalidade foram cometidas inenarráveis atrocidades contra a espécie humana.

A irrefutável constatação da estreiteza do positivismo, abriu as portas para mais um salto qualitativo na evolução do Direito. Estava iniciada, a partir de então, a era do Estado Democrático de Direito, que, como já visto, apostando na força normativa dos princípios, viu-se compelido a transferir os valores constitucionais do patamar subalterno da coadjuvância para o andar elevado do protagonismo jurídico. Direito e moral, finalmente, se (re)amalgamavam.

13 Almejando o aprofundamento do tema relativo à decadência do positivismo jurídico e à ascensão do pós-positivismo, recomendamos a leitura de BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 324;345.

Como consequência natural de toda essa avassaladora transformação do fenômeno jurídico, o direito de propriedade, embora mantendo a nota da fundamentalidade, deixou de ser a referência gravitacional do ordenamento no Estado Democrático de Direito, que assim foi transferida para a dignidade da pessoa humana. A partir de então, passou-se a exigir da propriedade, para muito além de um mero discurso de boas intenções, o efetivo cumprimento de uma função social.

Ocorre, com a vinda a lume do Estado Democrático de Direito, via de consequência, uma amplíssima ressignificação do princípio da legalidade. A lei, muito embora conservando grande importância, deixa finalmente de ser a expressão máxima do Direito. Como não poderia deixar de ser, o papel do Estado-juiz também se transforma por completo, vez que o julgador, que até então era a mera boca da lei, passa a ser aquele sujeito que, interpretando o texto legal, dele extrai a norma encarada como ideal de justiça¹⁴.

Morre, com efeito, o juiz *bouche de laloi*, para nascer um magistrado menos passivo, não apenas comprometido com a descrição da lei (*jugeinanimé*), mas imbuído, por via da atribuição de sentido ético aos textos legais, da missão de contribuir, por via das suas decisões, para a criação de normas jurídicas que, além de serem utilizadas para a resolução de casos concretos (*resolutionof disputes*), sejam igualmente capazes de enriquecer o estoque jurídico-normativo (*enrichmentofthesupplyofthe legal rules*).

O ofício de julgar, dessarte, deixa de ser visto como uma simples operação silógica de subsunção do fato à lei, para, então, ser exercitado dentro de um paradigma essencialmente axiológico, cujo valor primordial é a exaltação constitucional das virtudes humanas em detrimento do puro e simples patrimonialismo.

14 Sobre a diferença entre texto legal e norma, vale reproduzir, aqui, a lição de GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo dos juizes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 6. ed. refundida. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 25-26: Os juizes completam o trabalho do autor do texto normativo. A finalidade desse trabalho é necessária em razão do próprio caráter da interpretação, que se expressa na produção de um novo texto (a norma) a partir de um primeiro texto (a Constituição, uma lei, um regulamento ou um regimento). Em outros termos: os juizes produzem direito em e como consequência do processo de interpretação. A interpretação é transformação de uma expressão (o texto) em outra (a norma). Nesse sentido, o juiz produz direito (isto é, a norma). [...] Em suma: a interpretação não é atividade de conhecimento, mas constitutiva; portanto, decisional, embora não discricionária. Dizendo-o de outro modo: a interpretação do direito envolve não apenas a declaração do sentido veiculado pelo texto normativo, mas a constituição da norma a partir do texto e da realidade. É atividade constitutiva, não meramente declaratória.

5 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONTEXTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

5.1 Conceito, conteúdo e objetivos dos direitos fundamentais

A conceituação e a metrificação dos direitos fundamentais é tarefa das mais ambiciosas. Para demonstrarmos a complexidade do problema em questão, valemo-nos das palavras de Wolfgang Sarlet, que, com os olhos pousados no sistema constitucional brasileiro, constata “a existência de uma autêntica lacuna, no sentido de uma ausência de propostas com relação à definição do conteúdo de um conceito substancial de direitos fundamentais”¹⁵.

Ainda assim, tendo em conta o escopo didático e sintético do presente trabalho, parece-nos apropriado trabalhar com o conceito de direitos fundamentais desenvolvido por Marmelstein, segundo quem eles são

Normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica fundamentam e legitimam todo ordenamento jurídico¹⁶.

Percebemos, pois, que a ideia de direitos fundamentais¹⁷ contém em si, ao mesmo tempo, um aspecto ético (material) e um outro normativo

15 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 84.

16 MARMELSTEIN, George. Op. cit. p. 20.

17 Para que sejam evitados equívocos terminológicos, parece-nos importante sublinhar, ainda que brevemente, a diferenciação entre “direitos do homem”, “direitos humanos” e “direitos fundamentais”. Valemo-nos, para tanto, do escólio de SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 29;30: Em que pese sejam ambos (‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é que o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). A consideração de que o termo ‘direitos humanos’ pode ser equiparado ao de ‘direitos naturais’ não nos parece correta, uma vez que a própria posituação em normas de direito internacional, de acordo com a lúcida lição de Bobbio, já revelou, de forma incontestável, a dimensão histórica e relativa dos direitos humanos, que assim se desprenderam – ao menos em parte (mesmo para os defensores do jusnaturalismo) – da ideia de um direito natural. Todavia, não devemos esquecer que, na sua vertente histórica, os direitos humanos (internacionais) e fundamentais (constitucionais) radicam no reconhecimento, pelo direito positivo, de uma série de direitos naturais do homem, que, neste sentido, assumam uma dimensão pré-estatal e, para alguns, até mesmo supra-estatal. Cuida-se, sem dúvida, igualmente de direitos humanos – considerados como tais aqueles outorgados a todos os homens pela sua mera condição humana – mas, neste caso, de direitos não-positivados. Assim, com base no exposto, cumpre traçar uma distinção, ainda que de cunho predominantemente didático, entre as expressões ‘direitos do homem’ (no sentido de direitos naturais não, ou ainda não positivados), ‘direitos humanos’ (positivados na esfera do direito internacional) e ‘direitos fundamentais’ (direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado).

(formal). Relativamente ao primeiro (ético ou material), eles são dotados de uma intensa carga axiológica, sendo, com efeito, considerados como valores essenciais para uma existência digna, que perpassam, necessariamente, pela limitação do poder estatal, para que não haja arbítrio na vida em sociedade. Quanto ao segundo (normativo ou formal), somente podem ser considerados direitos fundamentais aqueles que estejam catalogados, explícita ou pelo menos implicitamente, no bloco de constitucionalidade de um determinado Estado Democrático de Direito. Segundo Armelstein, assim, “a fonte primária dos direitos fundamentais é a Constituição. A lei, quando muito, irá densificar, ou seja, disciplinar o exercício do direito fundamental, nunca criá-lo diretamente”¹⁸.

Percebemos, pelo que tudo o quanto antes foi dito, que os objetivos específicos dos direitos fundamentais são os de garantir uma vida livre e digna. Tal constatação, embora importantíssima, não chega propriamente a ser revolucionária, pois, como visto anteriormente, ao mesmo tempo em que o Estado Liberal intentava tutelar o valor liberdade – na perspectiva de um ideário burguês, é bem verdade -, o Estado Social, pelo menos no discurso, almejava garantir a todos um padrão existencial mínimo.

O que haveria, então, de verdadeiramente novo na concepção de direitos fundamentais arquitetada sob a égide do Estado Democrático de Direito? A construção da resposta à pergunta formulada, além de multifacetada, é das mais estimulantes, não sendo possível construí-la em minúcias no curto espaço do presente trabalho. Sinteticamente, todavia, podemos dizer que o Estado Democrático de Direito assume, abertamente, a ideia de ruptura com o matiz individualista que até então impregnava a ciência jurídica. Nesta novel etapa histórica, os juristas não têm mais como fugir da óbvia constatação de que na sociedade de massas e de riscos, os interesses juridicamente tuteláveis tendem à transindividualização.

Surgem, pois, para além dos direitos de liberdade e de igualdade, os direitos de solidariedade, inaugurando-se, via de consequência, uma terceira dimensão de interesses, cujo exemplo mais emblemático seria o direito das presentes e futuras gerações a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, capaz de garantir a vida com qualidade e em abundância.

18 MARMELSTEIN, George. Op. cit. p. 20.

5.2 Força normativa e aplicação imediata dos direitos fundamentais

Com o advento do Estado Democrático de Direito, os princípios ético-normativos das Constituições deixam de ser vistos como meras pautas programáticas ou declarações de boas intenções que podem ou não ser implementadas no decorrer do tempo sem maiores consequências práticas. A partir de então, tais princípios, por mais abstratos que sejam, exigem densificação, sendo-lhes reconhecida inequívoca força normativa e, via de consequência, aplicação imediata.

Relativamente a esta última faceta dos direitos fundamentais (a da aplicação imediata), esclarece Marinoni, se “as normas constitucionais têm força vinculante, não há razão para o juiz se curvar à ausência de lei, permitindo que os direitos fundamentais se tornem letra morta”¹⁹. Não é por outra razão, aliás, que no caso brasileiro, por exemplo, o § 1º do artigo 5º da Constituição assevera, com tintas fortes, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Na prática, entretanto, a questão posta não é tão singela quanto parece ser à primeira vista. Ocorre que se por um lado é certo que os direitos de liberdade (primeira dimensão dos direitos fundamentais) são de observância relativamente simples por parte do Estado, na medida em que clamam meramente por um comportamento abstencionista para serem respeitados, por outro não é menos verdade que os direitos prestacionais (segunda dimensão dos direitos fundamentais), por reclamarem uma conduta ativa, não raramente encontram barreiras concretizadoras na ausência de lei que os regule e, ainda, em limites orçamentários.

No positivismo clássico seria impensável que o Estado-juiz pudesse suprir a ausência de lei que estivesse a impedir a concretização de um direito fundamental. Já na perspectiva pós-positivista (ético-positivista), tal possibilidade não se revela tão surpreendente, muito embora, naturalmente, deva ser executada com parcimônia. Eis aí uma comprovação da prefalada modificação das atribuições dos órgãos julgadores, da qual ainda agora falávamos, no Estado Democrático de Direito. A propósito, mostra-se apropriada a transcrição, mais uma vez, das palavras de Marinoni:

19 MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 77.

Frise-se que a decisão a respeito de como um dever de tutela deve ser cumprido é, antes de tudo, questão afeta ao parlamento. Quando o legislador viola um direito fundamental na função de mandamento de tutela, cabe ao juiz atuar apenas para garantir que o dever de proteção satisfaça as exigências mínimas na sua eficiência. Perceba-se que, mais do que responder a um dever de tutela, o Judiciário garante o controle da sua insuficiência da tutela devida pelo legislador. Na verdade, o controle da insuficiência tem, no raciocínio argumentativo judicial, o dever de proteção como antecedente lógico, no exato sentido de que o juiz, para controlar a insuficiência, deve verificar se há dever de proteção e analisar como a legislação deve se manifestar para não descer abaixo do mínimo de proteção jurídico-constitucional exigido. Só depois o juiz vai definir o meio que, tutelando o direito fundamental, não excede o mínimo necessário.²⁰

Ao decidir tais matérias, com efeito, o Estado-juiz deve buscar as balizas da sua atuação na chamada ‘teoria do mínimo existencial’, pela qual, em resumo, o chamado núcleo duro do direito fundamental deve ser atendido em qualquer circunstância, ainda que na pendência de lei que o regulamente, ficando a plenitude da sua densificação condicionada à edição de legislação que defina com exatidão os seus contornos práticos.

Demais disso, o juiz, ao decidir, deve se atentar para aquilo que em termos orçamentários chamamos de ‘reserva do possível’²¹. Ocorre que o custeio dos direitos prestacionais (educação, saúde, moradia, transporte, lazer, etc.) demanda a afetação de recursos públicos, jamais existentes nos cofres estatais de modo ilimitado. É tarefa do Poder Judiciário ao decidir sobre a implementação deles, se ater à pelo menos dois cuidados básicos, quais sejam, o de agir na estrita medida do necessário para que não haja uma desmedida judicialização da política, bem como o de não comprometer o custeio de outros direitos igualmente reclamados pela sociedade, atuando, assim, com os olhos pousados no postulado da proporcionalidade. Nesta medida, a ‘reservado possível’ deve ser compreendida, em termos didáticos, como aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da coletividade.

20 MARINONI, Luiz Guilherme. A ética dos precedentes (justificativa do novo CPC). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 103.

21 Segundo, MARMELSTEIN, George. Op. cit. p. 354, “o postulado da reserva do possível é fruto de uma construção jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal, na Alemanha. No conhecido Caso Numerus Clausus das Vagas em Universidades, o TCF entendeu que o direito à educação não implicaria o dever do Estado de custear os serviços educacionais para todos os cidadãos, mas tão somente que estaria dando a maior efetividade possível ao direito social, em face dos recursos financeiros disponíveis”.

5.3 Dimensão subjetiva e dimensão objetiva dos direitos fundamentais

Relativamente às dimensões subjetiva e objetiva, insta enfatizar que se por um lado os direitos fundamentais geram interesses juridicamente tuteláveis para os cidadãos, por outro eles se espraiam ao mesmo tempo pelo interior de todo o ordenamento jurídico, servindo, assim, de vetores interpretativos para uma boa subministração da justiça.

Pode-se assentar, dito de outro modo, que a face subjetiva dos direitos fundamentais se revela na normatividade que os caracteriza no Estado Democrático de Direito (pois, insista-se, eles não são meras pautas programáticas), ao passo que o seu aspecto objetivo se materializa na tarefa que a comunidade jurídica desenvolve ao interpretar, seja abstrata ou concretamente, o fenômeno jurídico.

Contemporaneamente, em síntese, os interesses fundamentais ao mesmo tempo em que são direitos (dimensão subjetiva), são igualmente princípios que ofertam legitimidade axiológica a todo o ordenamento jurídico (dimensão objetiva). Como direitos eles originam benefícios para os seus sujeitos ativos e obrigações para os seus sujeitos passivos. Como princípios eles são valores éticos que fundamentam e disciplinam a interpretação de toda a legislação infraconstitucional.

5.4 Eficácia vertical

Como asseverado no curso do presente trabalho, na ocasião em que tratamos da conceituação dos direitos fundamentais, eles além de estarem atados à promoção da dignidade da pessoa humana, cumprem a importante missão de limitar o poder estatal, sendo considerados, em essência, como autêntica salvaguarda do cidadão contra o arbítrio público. Podemos dizer, deste modo, que os direitos fundamentais são as mais robustas pilstras de sustentação da democracia, que, acaso derruídas, abrirão margem ao ressurgimento do autoritarismo.

Percebe-se, dito isto, que o poder público, antes de qualquer outro, é obrigado a respeitar as garantias democráticas da sociedade, abstenendo-se de qualquer conduta abusiva que viole a liberdade ou a propriedade privada cumpridora da sua função social, ou que ainda deixe de implementar satisfatoriamente os direitos sociais prestacionais como a educação, a saúde, a alimentação, o

trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, etc.

Ocorre que entre o poder público e o cidadão existe uma relação assimétrica, desequilibrada por excelência, que, imageticamente falando, podemos ilustrar como sendo um elevador em queda livre, pronto para esmagar aqueles que de maneira incauta estejam situados na sua rota de descida descontrolada. Quando reconhecemos o poder público como sujeito obrigado a respeitar os direitos fundamentais das pessoas, estamos justamente falando da sua eficácia vertical, de modo que a fundamentalidade dos ditos interesses vincula o legislativo, o executivo e o judiciário.

Em sendo assim, o Poder Legislativo está obrigado a editar leis que estejam em conformidade com a Constituição. O Poder Executivo deve respeitar as aludidas leis e, ainda, implementar políticas públicas capazes de promover o bem comum. Finalmente, o Poder Judiciário atuará, uma vez provocado, de modo a garantir a todos a observância do devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, com os meios recursos que lhes são inerentes, promovendo, sempre que necessário, o controle, tanto difuso quanto concentrado, da constitucionalidade das leis que estejam a macular a mensagem da Lei Fundamental da Nação.

5.5 A eficácia horizontal dos direitos fundamentais

5.5.1 O significado e o alcance da eficácia horizontal dos direitos fundamentais

Na perspectiva clássica, como visto, os direitos fundamentais sempre se dirigiram contra o Estado, que, assim, estava obrigado a adotar um comportamento omissivo, sem gerar entraves ao pleno exercício da liberdade burguesa, ou a tomar um procedimento comissivo, capaz de prover ao cidadão o direito ao trabalho, ao lazer, à previdência social e outros de semelhante jaez.

Já no desenho contemporâneo, não só o Estado, mas também os particulares ficam obrigados a respeitar os direitos fundamentais dos indivíduos. Um excelente exemplo desta nova visão transparece, manifestamente, na seara ambiental, quando o artigo 225, *caput*, da Constituição brasileira vaticina ser não apenas da atribuição do Poder Público, mas igualmente da coletividade, o dever de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

Podemos afirmar, nessa última perspectiva, que o Estado de Direito contemporaneamente vai muito além do liberalismo ao arrimar-se na ideia de que o Estado não pode ser abstencionista, impondo-lhe, pois, o dever de garantir um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Do mesmo modo, supera a social democracia, vez que ao exigir o envolvimento da sociedade na afirmação dos seus direitos, rompe abertamente com a ideia de um Estado provedor, paternalista por excelência, que muito quis garantir, mas pouco ofertou ao cidadão.

É fato que, ainda hoje, a ideia de que os particulares também estejam obrigados a respeitar e até mesmo a fomentar os direitos fundamentais dos seus próximos ressoa um tanto estranha para alguns. Tal representação jurídica, porém, não deveria causar espanto, na medida em que consabidamente existem em todo o mundo alguns enormes conglomerados econômicos e midiáticos muito mais poderosos que a maioria das nações existentes, os quais possuem um potencial opressor muito superior ao das mais sangrentas tiranias. Revela-se relevante, sobre o tema, reprodução do escólio do professor Sarmento:

No bojo da redefinição das fronteiras entre o público e o privado no estado social, pode se situar a questão da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. Como se viu acima, o liberalismo, renegando suas origens filosóficas do jusnaturalismo racionalista, confinara os direitos fundamentais às relações entre indivíduo e estado. Entretanto, esta visão simplificadora e esquemática dos direitos fundamentais não tinha como sobreviver ao advento da sociedade técnica de massas, na sua enorme complexidade. No contexto da economia capitalista, o poder crescente de instâncias não-estatais como as grandes empresas e associações, tornara-se uma ameaça para os direitos do homem, que não poderia ser negligenciada, exigindo que a artilharia destes direitos se voltasse também para os atores privados. Estes, que até então eram apenas titulares de direitos humanos oponíveis em face do estado, assumem agora, em determinados contextos, a condição de sujeitos passivos de tais direitos. Se a opressão e a injustiça não provêm apenas dos poderes públicos, surgindo também nas relações privadas travadas no mercado, nas relações laborais, na sociedade civil, na família, e em tantos outros espaços, nada mais lógico do que estender a estes domínios o raio de incidência dos direitos fundamentais, sob pena de frustração dos ideais morais e humanitários em que eles se lastreiam. Diante da brutal desigualdade material que se verifica na sociedade, torna-se imperativo condicionar os atores privados – sobretudo os investidos de maior poder social – ao respeito dos direitos

fundamentais. A ficção da igualdade jurídica entre os indivíduos, num contexto de gritantes desigualdades sociais, não se presta mais para justificar a imunidade dos particulares aos direitos fundamentais, a partir do dogma da autonomia privada.²²

Pela importância do tema para o desenvolvimento do presente trabalho, parece-nos imprescindível, ainda, o socorro da doutrina estrangeira, por via das palavras de Alexy:

Se sua influência se limitasse à relação Estado/cidadão, haveria uma resposta simples à questão acerca de como as normas de direitos fundamentais influenciam o sistema jurídico. Essa resposta poderia, em grande parte, resumir-se à constatação de que as normas de direitos fundamentais influenciam o sistema jurídico na medida em que afetam a relação jurídica entre o Estado e os cidadãos, sob a forma de direitos subjetivos em face do legislador, do Poder Executivo e do Judiciário. Mas é fácil perceber que essa resposta é incompleta. Como já foi demonstrado anteriormente, fazem parte dos direitos dos indivíduos em face do legislador, dentre outros, os direitos a proteção contra outros cidadãos e a determinados conteúdos da ordem jurídico-civil. Isso demonstra que as normas de direitos fundamentais também têm influência na relação cidadão/cidadão. Essa influência é especialmente clara no caso dos direitos em face da Justiça Civil. Dentre esses direitos estão os direitos a que o conteúdo de uma decisão judicial não viole direitos fundamentais. Isso implica algum tipo de efeito das normas fundamentais nas normas do direito civil e, com isso, na relação cidadão/cidadão.²³

À guisa de conclusão, neste presente tópico, podemos dizer que ao contrário do que preconizava o liberalismo jurídico, não é apenas o Estado que atualmente está obrigado a dar resposta aos direitos fundamentais das pessoas, devendo ficar claro que também os particulares devem respeitar as garantias essenciais dos seus semelhantes, principalmente naquelas relações que, ainda que regidas pelo direito privado, são caracterizadas pelo desequilíbrio contratual, como, entre outras, as trabalhistas e as consumeristas.

5.5.2 O precedente histórico que rendeu ensejo ao reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais

O precedente judicial que historicamente mais contribuiu para o reconhecimento jurisprudencial da eficácia horizontal dos direitos funda-

22 SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 25.

23 ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 523-524.

mentais foi o notável caso Lüth, julgado definitivamente pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha no ano de 1958. Para melhor compreendermos a contenda em questão, faz-se necessário ilustrar, ainda que brevemente, quem foram os seus protagonistas e qual o objeto do dissenso ocorrido entre eles.

Harlan, um conhecido cineasta ligado ao regime Nacional-Socialista alemão, produziu, no auge do período nazista, alguns filmes de divulgação do ideário do Terceiro Reich. Entre eles, aquele que obteve maior repercussão foi *JudSüß* (1941), no qual Harlan, a par de alimentar o mito da supremacia da raça ariana, representou os judeus como cidadãos de segunda classe, indesejáveis por assim dizer, preparando o espírito da sociedade alemã para a chamada ‘solução final’, caracterizada pela matança massiva da população judia.

O aludido filme, à época, foi um verdadeiro êxito de público e crítica. Terminada a Segunda Guerra Mundial, com a derrota da Alemanha, inúmeros representantes do regime nazista foram a julgamento pelos crimes de guerra cometidos. Dos cineastas, o único julgado foi justamente Harlan, que, contudo, foi absolvido por insuficiência probatória, retomando, via de consequência, a sua carreira de cineasta no período pós-guerra.

Livre de acusações, pelo menos do ponto de vista formal, o cineasta em questão produziu um filme chamado *Amada Imortal* (*Unsterbliche Geliebte*), que, relativamente ao seu conteúdo, nada possuía de especial, nem de longe tocando nas temáticas caras ao nazismo. Na realidade, a mencionada película não passava de um filme romântico, que como tal contava despretensiosamente uma estória edulcorada.

Ainda assim, a reação da comunidade judia ao filme foi das mais contundentes. Liderando o movimento, tínhamos à frente o presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, chamado Erich Lüth, que redigiu um enfático manifesto, no qual conclamava os ‘alemães decentes’ a não assistirem o filme, como forma de retaliação a um profissional que decisivamente dedicara suas energias à produção dos horrores nazistas.

Como consequência da campanha capitaneada por Erich Lüth, o filme *Amada Imortal* se transformou em um retumbante fracasso de bilheteria, fato que conduziu os seus produtores ao ajuizamento de uma ação judicial em face do Sr. Lüth, na qual, em síntese, com base no artigo 826 do Código Civil alemão (cuja inteligência apregoa que aquele que, de forma contrária

aos bons costumes, causa prejuízo a outrem, fica obrigado a indenizá-lo) ventilava dois pedidos básicos, quais sejam: a) a obtenção de uma tutela inibitória de cessação do evento danoso; b) a condenação em uma indenização pelos prejuízos causados.

A ação, para os menos atentos, poderia parecer apenas mais uma demanda civil sem maior relevância, dessas que rotineiramente se repetem na dinâmica forense. Revela-se relevante realçar, aliás, que como tal ela foi tratada nas instâncias ordinárias, que deram ganho de causa aos produtores do filme, aplicando sem maiores indagações o artigo 826 do Código Civil alemão para resolver o problema.

Nela, entretanto, estava inserido um tema que contribuiu decisivamente para o desenvolvimento do Direito Constitucional. Percebendo tal fato, Erich Lüth recorreu ao Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, alegando, em resumo, que o seu direito à livre manifestação do pensamento, inequivocamente dotado de força normativa, não poderia ser pura e simplesmente afastado pela literalidade do artigo 826 do Código Civil, sem uma leitura que conformasse tal preceito à inteligência da Lei Fundamental alemã, principalmente em um caso que estava em discussão, no mínimo por vias transversas, os males que o regime Nacional-Socialista havia causado à humanidade.

Ainda que em tom crítico, mas bem explicando o que de fato estava em jogo no caso Lüth a partir da sua análise pela instância ordinária, assim escreve Alexy:

O Tribunal Estadual de Hamburgo havia proibido Lüth de fazer determinadas declarações. Essa proibição jurídica concreta eliminava uma parte da liberdade jurídica da manifestação do pensamento de Lüth, que consiste exatamente no fato de que manifestações do pensamento não sejam nem proibidas nem obrigatórias. O fato de essa proibição ter concretizado uma norma abstrata-geral (§ 826 do Código Civil alemão) e de que essa norma é uma norma de direito privado em nada altera a constatação de que a proibição judicial, enquanto tal, é um ato do poder público que intervém na liberdade de opinião. Por isso, o que se deve indagar é se a intervenção está protegida pela cláusula de restrição do art. 5º, § 2º, da Constituição, ou seja, pelo § 826 do Código Civil, enquanto uma lei geral nos termos desse dispositivo constitucional.²⁴

24 ALEXY, Robert. *Ibid.* p. 535.

Ao decidir o recurso, o Tribunal Constitucional se manifestou da seguinte forma em alguns excertos que destacamos do julgado, que, embora um tanto longos, merecem transcrição pela importância jurídico-histórica que possuem:

Sem dúvida, os direitos fundamentais existem, em primeira linha, para assegurar a esfera de liberdade privada de cada um contra intervenções do poder público; eles são direitos de resistência do cidadão contra o Estado. Isso é o que se deduz da evolução histórica da ideia do direito fundamental, assim como de acontecimentos históricos que levaram os direitos fundamentais às constituições dos vários Estados. [...]

Da mesma forma é correto, entretanto, que a Grundgesetz, que não pretende ser um ordenamento neutro do ponto de vista axiológico, estabeleceu também, em seu capítulo dos direitos fundamentais, um ordenamento axiológico objetivo, e que, justamente em função deste, ocorre um aumento da força jurídica dos direitos fundamentais. [...]

Esse sistema de valores, que tem como ponto central a personalidade humana e sua dignidade, que se desenvolve livremente dentro da comunidade social, precisa valer enquanto decisão constitucional fundamental para todas as áreas do direito; Legislativo, Administração Pública e Judiciário recebem dele diretrizes e impulsos. Dessa forma, ele influencia obviamente o direito civil. Nenhuma norma do direito civil pode contradizer esse sistema de valores, cada norma precisa ser interpretada segundo o seu espírito. O conteúdo normativo dos direitos fundamentais como normas objetivas desenvolve-se no direito privado por intermédio do veículo (Medium) das normas que dominem imediatamente aquela área jurídica. Assim como o novo direito precisa estar em conformidade com o sistema axiológico dos direitos fundamentais, será, no que tange ao seu conteúdo, o direito preexistente direcionado a esse sistema de valores; dele flui para esse direito preexistente um conteúdo constitucional específico, que a partir de então fixará a sua interpretação. Uma lide entre particulares sobre direitos e obrigações decorrentes dessas normas comportamentais do direito civil influenciadas pelo direito fundamental permanece, no direito material e processual, uma lide cível. Interpretado e aplicado deve ser o direito civil, ainda que sua interpretação tenha que seguir o direito público, a Constituição. [...] O Tribunal Constitucional Federal chegou, pelo exposto, à convicção de que o Tribunal Estadual desconheceu, no julgamento do comportamento do reclamante, o significado especial do direito fundamental à livre expressão do pensamento, que também alcança o caso em que ele entra em conflito com interesses privados. A decisão do Tribunal Estadual fundamenta-se nessa falha de aferição e uso dos critérios próprios do direito fundamental e, destarte, viola o direito fundamental do reclamante do art. 5, I, 1, GG. Portanto, deve ser revogada.²⁵

25 Excertos obtidos em DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 264-272. PDF

Na decisão em questão, estão inseridos alguns importantes elementos que balizaram decisivamente o desenvolvimento do Direito Constitucional na última metade do século XX, demonstrando, com tintas fortes, o quão paradigmático foi o caso Lüth; são eles: a) a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, tendo sido apontado que eles se irradiam por todo o ordenamento jurídico como cânones interpretativos de todos demais ramos do direito; b) que os direitos fundamentais não possuem como sujeito passivo apenas o poder estatal, mas, também, o setor privado, haja vista que esse último é capaz de malferir devastadoramente os interesses dos cidadãos, não raro com intensidade igual ou superior às mais sangrentas tiranias (eficácia horizontal dos direitos fundamentais); c) a necessidade de se ponderar direitos que eventualmente estejam em rota de colisão (técnicas de concordância prática e ponderação propriamente dita).

5.5.3 A forma e a intensidade com que os direitos fundamentais incidem nas relações privadas

Nem todas as Constituições estabelecem com a necessária clareza que os direitos fundamentais são dotados de eficácia horizontal. Algumas, de outro tanto, como a Portuguesa, que no seu artigo 18º, item 1, dita que “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são *directamente* aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”, o dizem, como visto, explicitamente, mas, ainda assim, deixam margem de dúvida sobre o quanto tal fenômeno interfere no âmbito particular. Existem, sobre a forma e a intensidade com que os direitos fundamentais incidem nas relações privadas, três teorias básicas, a saber: a) a doutrina da *stateaction* ou da negação; b) a tese da eficácia indireta; c) a tese da eficácia direta.

Pela primeira delas (*stateaction* ou negação), não existe margem para a aplicação dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas. Podemos dizer, com efeito, que tal teoria reconhece apenas a eficácia vertical e renega a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Vale ressaltar, a propósito, que no conhecido Caso *Ingraham versus Wright*, a Corte Suprema Estadunidense (*United States Supreme Court*) compreendeu, pelo placar de cinco a quatro votos, que a oitava emenda da Constituição Americana (que proíbe penas atroz), se restringe ao campo processual penal (ficando limitada, pois, à relação pública existente entre o *jus puniendi* estatal e os réus), razão pela qual os castigos disciplinares, eventualmente insertos em regulamentos

escolares, não podem ser tomados como penalidades cruéis. Tal decisão, portanto, tolerou imposição de corretivos físicos no âmbito escolar.

Já pela segunda tese, a da eficácia indireta, os direitos fundamentais possuiriam uma incidência meramente reflexa nas relações estabelecidas entre os particulares, servindo, quando muito, como indicativos de como a legislação infraconstitucional deve ser interpretada para estar em conformidade com a Constituição vigente em determinado Estado Democrático de Direito. Deste modo, a Lei Fundamental de um país cumpriria um papel indireto, supletivo por assim dizer, sendo muito mais reconhecida a dimensão objetiva do que propriamente a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. A tese da eficácia indireta, a bem da verdade, foi o pano de fundo da decisão proferida no CasoLüth, ainda agora estudado.

Finalmente, a tese da eficácia direta se encontra a dizer que os direitos fundamentais incidem sem mediações nas relações privadas, tal e qual deitam efeitos nos relacionamentos entre o Estado e os cidadãos. A matéria, todavia, não é tão singela quanto possa ser imaginada à primeira vista. Ocorre que em face do Estado, os indivíduos possuem garantias fortes, que só podem ser afastadas em hipóteses especialíssimas. De outro lado, quando um particular invoca um direito fundamental em oposição a outro particular, não raramente nos defrontamos com uma situação em que dois interesses entram em rota de abalroamento, devendo o conflito, naturalmente, ser resolvido por via das técnicas de ponderação, muito mais difíceis de serem aplicadas.

Como sabemos, os direitos fundamentais tendem à colisão, sem que entre eles exista uma gradação hierárquica ou uma relação de anterioridade temporal, capaz de dizer com clareza qual deles prevalecerá sobre o outro. No Direito do Trabalho, por exemplo, tal situação é das mais comuns quando o direito de propriedade vai de encontro ao direito à intimidade do trabalhador²⁶. Quanto adentrarmos nesse terreno, lidamos com os chamados *hard cases*, a que o positivismo jurídico não consegue dar resposta satisfatória. Ao fim e ao cabo, o que precisa ficar claro, é que no mundo pós-moderno as antinomias não mais são resolvidas esquematicamente, como sugeriam os vetustos critérios da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (vide, no específico, o conteúdo do seu artigo 2º).

26 Para a ilustração prática de ponderações trabalhistas, vide CESÁRIO, João Humberto. Provas no processo do trabalho: de acordo com o novo código de processo civil. Cuiabá: JHC, 2015, p. 77 et seq.

Atento a tal realidade, o § 2º do artigo 489 do Código de Processo Civil brasileiro, por exemplo, diz que no caso de colisão entre ‘normas’, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. Aqui, antes de tudo, parece-nos que o preceito, embora louvável, esteja a merecer censura quanto à sua técnica redacional. Ocorre que as ‘normas’, como sabemos, envolvem ‘princípios’ e ‘regras’. Assim, teria sido melhor que a disposição em tela tivesse falado em colisão de ‘princípios’ e não propriamente em colisão de ‘normas’²⁷. Críticas à parte, o fato é que o preceito é dos mais importantes, merecendo, por isso, estudo atento.

O que o juiz deverá fazer, então, quando estiver diante da colisão de direitos fundamentais, para justificar a sua decisão? No caso, como já entrevisto, ele terá que ponderar os princípios colidentes. Aqui, antes de tudo, é necessário deixar claro que a ponderação está longe de ser uma técnica decisória perfeita. Entretanto, desde que realizada eticamente e com argumentação sólida, ela indiscutivelmente é, no atual estado da arte, o modelo decisório que melhor satisfaz o direito na quadra histórica pós-positivista.

Na ponderação, primeiramente, o Estado-juiz deverá se pautar pelo critério da ‘concordância prática’, tentando harmonizar os valores em conflito, de modo que, uma vez balanceados os direitos digladiantes, nenhum deles anule o outro. Isso significa dizer, na prática, que a solução jurisdicional deverá buscar a compensação recíproca para cada uma das teses opostas, preservando, ao máximo, o núcleo essencial de cada um dos direitos fundamentais contrapostos.

Haverá hipóteses concretas, entretanto, em que a solução conciliatória não se revelará viável. Em situações que tais, o sopesamento ou a ponderação serão inevitáveis. Para que ela seja séria e capaz de evitar os voluntarismos judiciais, deverá respeitar alguns critérios argumentativos sólidos, muito bem demonstrados por Ávila, cuja lição adiante reproduzimos:

27 Por dever de honestidade intelectual, faz-se necessário registrar que há doutrinadores do mais alto calibre que defendem que colisão de regras pode ser resolvida por ponderação. Citamos, por todos, ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 150: “A esse respeito, convém recordar a tese sustentada nesta obra, para novamente contrapô-la às teorias hoje predominantes, especialmente de Dworkin e Alexy. Essas teorias diferenciam os princípios das regras com base no modo de aplicação e no modo de colisão. Assim, enquanto as regras seriam aplicadas mediante ‘subsunção’, os princípios seriam aplicados mediante ‘ponderação’. A ponderação pode ter um sentido amplo, de sopesamento de razões, internas ou externas, presentes na interpretação de qualquer tipo de norma, quer regra, quer princípio. Esse é o conceito adotado neste trabalho [...]”

O essencial é que, mesmo havendo ponderação, ela deverá indicar os princípios objeto de ponderação (pré-ponderação), efetuar a ponderação (ponderação) e fundamentar a ponderação feita. E, nessa fundamentação, deverão ser justificados, dentre outros, os seguintes elementos: (i) a razão da utilização de determinados princípios em detrimento de outros; (ii) os critérios empregados para definir o peso e a prevalência de um princípio sobre outro e a relação existente entre esses critérios; (iii) o procedimento e o método que serviram de avaliação e comprovação do grau de promoção de um princípio e o grau de restrição de outro; (iv) a comensurabilidade dos princípios cotejados e o método utilizado para fundamentar essa comparabilidade; (v) quais os fatos do caso que foram considerados relevantes para a ponderação e com base em que critérios eles foram juridicamente avaliados. Sem a observância desses requisitos ou fases, a ponderação não passa de uma técnica, não jurídica, que explica tudo, mas não orienta nada. E, nessa acepção, ela não representa nada mais do que uma ‘caixa preta’ legitimadora de um ‘decisionismo’ e formalizadora e um ‘intuicionismo moral’. Esclareça-se que defender a ponderação sem, ao mesmo tempo e de saída, apresentar os critérios intersubjetivamente controláveis para a sua aplicação, é legitimar doutrinariamente a sua utilização excessiva e arbitrária, de nada valendo a constatação tardia do seu desvirtuamento.²⁸

O essencial, nessa área, é que a ponderação não abra margem para devaneios autoritários. Será a observância metódica de certos requisitos, com efeito, que inviabilizará o decisionismo voluntarista do juiz. Em última instância, será imprescindível que o magistrado justifique a eventual limitação de um direito fundamental, demonstrando, cabalmente, que: a) o meio escolhido era o mais adequado para se atingir a finalidade eleita (ideia de adequação); b) que tal meio era o mais ténue entre os vários possíveis (ideia de necessidade); c) que dentro de uma equação cujas variáveis são o peso e a importância dos valores colidentes, a solução eleita é capaz de trazer mais benefícios que prejuízos (ideia de proporcionalidade em sentido estrito)²⁹.

5.5.4 A eficácia horizontal dos direitos fundamentais na jurisprudência das cortes de vértice brasileiras

Há bom tempo que a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais vem influenciando as decisões do Poder Judiciário brasileiro, es-

28 ÁVILA, Humberto. *Ibid.* p. 148-149.

29 Vide, a propósito, o lapidar escólio de MARMELSTEIN, George. *Op. cit.* p. 410.

pecialmente nas chamadas Cortes de Vértice. Para ilustrarmos o afirmado, transcrevemos, adiante, quatro ementas de decisões dos mais importantes tribunais do país, a saber: a) duas do Supremo Tribunal Federal; b) uma do Tribunal Superior do Trabalho; c) uma do Superior Tribunal de Justiça:

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. 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, mantendo seus associados em relações de dependência econômica 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 do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de 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 dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.³⁰

CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput. I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput). II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846(AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. - R.E. conhecido e provido.³¹ RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI Nº 11.496/2007. REVISTA ÍNTIMA. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. 1.1. A CLT consagra o poder diretivo do empregador (art. 2º), que se manifesta por meio do controle, vigilância e fiscalização dos seus empregados. Tal poder encontra limites também legalmente traçados. Ninguém pode tudo. Os poderes de qualquer indivíduo, de qualquer instituição, para além do que trace o ordenamento, estão limitados não só pelo que podem os outros indivíduos e instituições, mas, ainda, pelo que, legitimamente,

30 STF, RE 201.819-8 RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 11.10.2005. Disponível em: <<http://migre.me/vOxtN>> (Sítio Eletrônico do Supremo Tribunal Federal). Acesso em: 03 jan. 2017.

31 STF, RE 161243 DF, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 19.12.1997. Disponível em: <<http://migre.me/vOxnX>> (Sítio Eletrônico do Supremo Tribunal Federal). Acesso em: 03 jan. 2017.

podem exigir na defesa de seus patrimônios jurídicos. 1.2. A Constituição da República (arts. 1º, inciso III, e 5º, “caput” e incisos III e X) tutela a privacidade e a honra, coibindo práticas que ofendam a dignidade da pessoa humana e constituam tratamento degradante. O art. 373-A, inciso VI, da CLT, por seu turno, traz vedação expressa à revista íntima - embora dirigido às mulheres empregadas, é passível de aplicação aos empregados em geral, em face do princípio da igualdade também assegurado pelo Texto Maior. 1.3. Ao assumir os riscos de seu empreendimento (CLT, art. 2º), o empregador toma a si a obrigação de adotar providências que garantam a segurança de seu patrimônio, iniciativa que encontrará larga resposta por parte da tecnologia moderna. 1.4. Não há nada e nenhuma norma que autorize o empregador ou seus prepostos a obrigar empregados ao desnudamento para revistas. 1.5. Não há revista íntima razoável. O ato em si constitui abuso de direito e, diante do regramento constitucional, é ilícito. O direito de propriedade não se estende a ponto de permitir ao empregador dispor da intimidade de seus empregados, submetendo-os, cruelmente, a humilhações, às quais se curvam pela necessidade de conservação do emprego. Não é razoável tolerar-se a recusa a valor tão básico, cuja reiteração, por certo, redundaria em rigorosa modificação do espírito e em irrecusável sofrimento para o trabalhador. 1.6. Pergunta-se como reagiriam empregador, seus prepostos e, ainda, aqueles que sustentam tal comportamento, acaso submetidos a diárias revistas íntimas. Não se crê que, então, sustentassem-nas com tal vigor. 1.7. São inapreensíveis por outrem os direitos pessoais à preservação da dignidade, intimidade, privacidade e honra. 1.8. Infringindo dano moral, obriga-se o empregador à indenização correspondente (CF, art. 5º, V). Recurso de embargos conhecido e desprovido.³²

DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. EQUIPARAÇÃO DE COMPANHEIRO A CÔNJUGE PARA FINS DE COBERTURA DE CLÁUSULA DE REMISSÃO DE PLANO DE SAÚDE. O companheiro faz jus à cobertura de cláusula de remissão por morte de titular de plano de saúde na hipótese em que a referida disposição contratual faça referência a cônjuge, sendo omissa quanto a companheiro. De início, impende asseverar que a cláusula de remissão, pactuada em alguns planos de saúde, consiste em uma garantia de continuidade da prestação dos serviços de saúde suplementar aos dependentes inscritos após a morte do titular, por lapso que varia de 1 a 5 anos, sem a cobrança de mensalidades. Objetiva, portanto, a proteção do núcleo familiar do titular falecido, que dele dependia economicamente, ao ser assegurada, por certo período, a assistência médica e hospitalar, a evitar o desamparo abrupto. Diante disso, embora a cláusula de remissão de plano de saúde se refira a cônjuge como dependente, sendo omissa quanto à figura do companheiro,

32 TST – SDI-I – E-ED-RR 90340-49.2007.5.05.0464 – Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira – DEJT 01/3/2013. Disponível em: <<http://migre.me/vOxiM>> (Sítio eletrônico do Tribunal Superior do Trabalho). Acesso em: 03 jan. 2017.

não deve haver distinção sobre esse direito, diante da semelhança de papéis e do reconhecimento da união estável como entidade familiar, promovido pela própria CF (art. 226, § 3º). Nesse sentido, o STJ já reconheceu a possibilidade de inclusão de companheiro como dependente em plano de assistência médica, mesmo em hipóteses mais singulares, como a união entre dois homens ou duas mulheres (AgRg no Ag 971.466-SP, Terceira Turma, DJe 5/11/2008). Desse modo, havendo a equiparação de companheiro e de cônjuge para fins de qualificação como dependente em plano de saúde, deve ser estendido ao companheiro o direito à cobertura adicional de remissão por morte.³³

Na primeira das decisões, oriunda do Supremo Tribunal Federal, o que restou consagrado é que mesmo no âmbito de uma associação privada um sócio somente poderá ser excluído dos seus quadros se lhe for garantido, previamente, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos que lhes são inerentes, principalmente naqueles casos em que o associado dependa de tal condição para exercer a sua profissão e prover a sua subsistência pessoal e familiar.

Já na segunda, cuja origem repousa igualmente no Supremo Tribunal Federal, a Corte afirmou de modo claro, que mesmo no âmbito das relações privadas, não podemos conviver com a diferença de salário, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de nacionalidade, sexo, idade, cor ou estado civil (inteligência do artigo 7º, XXX, da Constituição brasileira).

De outra via, na terceira das decisões, prolatada pelo Tribunal Superior do Trabalho, ficou assentado que não apenas no âmbito público, mas também no privado, não são toleráveis práticas que importem em discriminação injustificada entre mulheres e homens, sendo certo, pois, que a regra que carrega consigo a vedação à revista íntima em mulheres, igualmente aplica-se a trabalhadores do sexo masculino, em face do princípio da igualdade previsto no artigo 5º, I, da Constituição brasileira.

Finalmente, na quarta e última das decisões, o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu o entendimento conforme o artigo 226, § 3º da Constituição brasileira, de que existe a possibilidade de inclusão de companheiro como dependente em plano privado de assistência médica, mesmo na hipótese de união entre dois homens ou duas mulheres.

33 REsp 1.457.254-SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 12/4/2016, DJe 18/4/2016. Disponível em: <<http://migre.me/vOxhh>> (Sítio Eletrônico do Superior Tribunal de Justiça). Acesso em: 03 jan. 2017.

6 SÍNTESES CONCLUSIVAS

Uma vez apresentado um trabalho, é sempre saudável veicularmos em tópicos algumas sínteses conclusivas:

Os Estados Liberal e Socialapostavam todas as suas fichas no legalismo em nome da segurança jurídica. Neles, o Direito, diminuído à esterilidade da lei, apartou-se completamente da moral. A ciência jurídica, em última instância, ansiava por mostrar-se neutra;

O Estado Democrático de Direito nasceu na quadra histórica da violação dos direitos da personalidade pelo nazismo. Ficou muito evidente para todos, politicamente falando, que em nome da legalidade foram cometidas inenarráveis atrocidades contra a espécie humana;

A irrefutável constatação da estreiteza do positivismo, abriu as portas para mais um salto qualitativo na evolução do Direito. Estava iniciada, a partir de então, a era do Estado Democrático de Direito, no qual os direitos fundamentais, ainda que abstratos, exigem densificação, sendo-lhes reconhecida inequívoca força normativa e, via de consequência, aplicação imediata;

Além disso, os direitos fundamentais têm uma dimensão subjetiva e outra objetiva. A face subjetiva dos direitos fundamentais se revela na normatividade que os caracteriza no Estado Democrático de Direito, ao passo que o seu aspecto objetivo se materializa na tarefa que a comunidade jurídica desenvolve ao interpretar a legislação infraconstitucional em conformidade com a Constituição;

Contemporaneamente, os interesses fundamentais ao mesmo tempo em que são direitos (dimensão subjetiva), são igualmente princípios que ofertam legitimidade axiológica a todo o ordenamento jurídico (dimensão objetiva). Como direitos eles originam benefícios para os seus sujeitos ativos e obrigações para os seus sujeitos passivos. Como princípios eles são valores éticos que fundamentam e disciplinam a interpretação de toda a legislação infraconstitucional;

Pela ótica da eficácia vertical dos direitos fundamentais, o Poder Público é obrigado a respeitar as garantias democráticas da sociedade, abstenendo-se de qualquer conduta abusiva que viole a liberdade ou a propriedade privada cumpridora da sua função social, ou que ainda deixe de implementar satisfatoriamente os direitos sociais prestacionais;

A partir do julgamento do Caso Lüth na Alemanha, ficou reconhecida a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, restando claro que não é

apenas o Estado que atualmente está obrigado a dar resposta aos direitos fundamentais das pessoas, na medida em que também os particulares devem respeitar as garantias essenciais dos seus semelhantes, principalmente naquelas relações que, ainda que regidas pelo direito privado, são caracterizadas pelo desequilíbrio contratual;

Existem, sobre a forma e a intensidade com que os direitos fundamentais incidem nas relações privadas, três teorias básicas, a saber: a) a doutrina da *stateaction* ou da negação; b) a tese da eficácia indireta; c) a tese da eficácia direta;

Pela primeira delas, não existe margem para a aplicação dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas. Pela segunda, os direitos fundamentais possuiriam incidência meramente reflexa nas relações estabelecidas entre os particulares, servindo, quando muito, como indicativos de como a legislação infraconstitucional deve ser interpretada para estar em conformidade com a Constituição. Para a terceira, os direitos fundamentais incidem sem mediações nas relações privadas, tal e qual deitam efeitos nos relacionamentos entre o Estado e os cidadãos;

A tese da eficácia direta não é tão singela quanto possa ser imaginada à primeira vista, haja vista que quando um particular invoca um direito fundamental em oposição a outro particular, não raramente nos defrontamos com uma situação em que dois interesses entram em rota de abalroamento, devendo o conflito ser resolvido por via das técnicas de ponderação, que não são simples de serem aplicadas;

Há bom tempo a eficácia horizontal dos direitos fundamentais vem influenciando as decisões do Poder Judiciário brasileiro, existindo julgamentos emblemáticos a respeito do tema nas três principais cortes brasileiras, quais sejam, o Supremo Tribunal Federal, o Tribunal Superior do Trabalho e o Superior Tribunal de Justiça.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008

- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://migre.me/vOxtN>>. Acesso em: 20 nov. 2016.
- CESÁRIO, João Humberto. **Provas no processo do trabalho: de acordo com o novo código de processo civil**. Cuiabá: JHC, 2015.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. PDF.
- ENGELS, Friedrich; MARX, Karl. **Manifesto do partido comunista**. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2006.
- GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 6. ed. refundida. São Paulo: Malheiros, 2014.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes (justificativa do novo CPC)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- _____. **Precedentes obrigatórios**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- _____. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- TRINDADE, José Damião de Lima. **História social dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Livraria Peirópolis, 2002.

