



Academia Brasileira de
Direito Constitucional

A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ COMO CLÁUSULA GERAL: LIMITES E POSSIBILIDADES DE APLICAÇÃO

The horizontal effectiveness of fundamental rights and the principle of good
faith as a general clause: limits and application possibilities

Alexandre Almeida Rocha¹

almeida.rocha@uol.com.br

Isadora Luiza Bérghamo Ortolan²

isalbortolan@gmail.com

Larrissa Gruhn Colussi³

larie_colussi@hotmail.com

Maria Luiza Cristani Bizetto⁴

malucristanibizetto@gmail.com

Sumário

Introdução. 1. Direitos fundamentais: aspectos históricos. 2. O duplo caráter dos direitos fundamentais. 2.1. A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais. 2.2. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais. 3. Direitos fundamentais e a ameaça dos poderes privados. 4. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. 4.1. As principais teorias acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. 4.1.1. A teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. 4.1.2. A teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. 4.1.3. A teoria dos deveres de proteção do Estado. 5. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e a boa-fé objetiva como cláusula geral: considerações a partir da Constituição de 1988. 5.1. Contornos dogmáticos da boa-fé objetiva à luz da Constituição de 1988. 5.2. A boa-fé objetiva como cláusula de entrada para a aplicação dos direitos fundamentais entre particulares. 6. Considerações finais. 7. Referências.

¹ Professor Assistente na UEPG, Doutorando em Ciências Sociais aplicadas na UEPG, mestre em instituições jurídico-políticas pela UFSC, graduado em Direito pela UEPG.

² Acadêmica de Direito na UEPG e pesquisadora.

³ Acadêmica de Direito na UEPG e pesquisadora.

⁴ Acadêmica de Direito na UEPG e pesquisadora.

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo analisar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, a partir do estudo das principais teorias que pretendem definir o modo pelo qual os direitos fundamentais devem incidir nas relações jurídico-privadas, destacando-se a teoria da eficácia indireta e sua correlação com o princípio da boa-fé, entendendo-se este como cláusula geral de entrada para aplicação da Constituição às relações privadas. Trata-se de pesquisa bibliográfica e documental, com técnica de revisão de literatura, em que se objetiva discutir as teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares e demonstrar que o princípio da boa-fé objetiva presentes no Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor se constituem em uma cláusula de abertura para a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas ante a violação destes direitos. Como resultado da presente investigação, se conclui que a temática da eficácia horizontal dos direitos fundamentais necessita ser aprofundada, sendo que a correlação com o princípio da boa-fé se constitui em um dos pontos mais importantes ante o reflexo no campo dos negócios jurídicos.

Palavras chave: Direitos Fundamentais. Eficácia Horizontal. Princípio da Boa-fé. Cláusulas Gerais. Aplicabilidade.

Abstract

The present study aims to analyze the effectiveness of fundamental rights in relations between individuals from the study of the main theories that intend to define the way which the fundamental rights must focus in private legal relations, highlighting the theory of indirect efficacy and its correlation with the principle of good faith, understanding this as a general opening clause for the application of the Constitution to private relations. It is a bibliographical and documental research, that uses a literature review technique, which aims to discuss theories about the effectiveness of fundamental rights between individuals and shows that the objective principle of good faith present in the Civil Code and Consumer Defense Code constitutes an opening clause for the application of fundamental rights in private relations faced with the violation of these rights. As a result of this research, the conclusion reached is that the theme of horizontal effectiveness of fundamental rights needs to be deepened, being that the correlation with the principle of good faith constitutes one of the most important with consequences in the legal business area.

Key-words: Fundamental rights. Horizontal effectiveness. Principle of good faith. General clauses. Applicability.

Introdução

A discussão acerca da efetividade dos direitos fundamentais é, sem qualquer dúvida, a temática mais importante nesta quadra da história. Nunca se discutiu tanto

as questões relacionadas à aplicação dos direitos fundamentais. Considerando este tema, o presente trabalho expõe sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, em especial, analisando o princípio da boa-fé como cláusula de entrada para a aplicação dos direitos fundamentais.

O artigo está estruturado basicamente em quatro tópicos: a questão histórica dos direitos fundamentais para justificar o surgimento da discussão da eficácia horizontal destes direitos, a análise da dimensão subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, para demonstrar que a discussão da eficácia horizontal decorre do reconhecimento da dimensão objetiva e do fato que esta dimensão surge como consequência da estruturação do Estado no seu formato de Estado Social, ou, como querem alguns, como Welfare State; a exposição das teorias acerca da eficácia horizontal, e, por fim, a discussão do princípio da boa-fé objetiva como cláusula de entrada para a aplicação dos direitos fundamentais.

A pesquisa fora baseada em bibliografias, com revisão de literatura sobre o tema a partir dos principais autores brasileiros, bem como a pesquisa documental, em especial, decisão do Supremo Tribunal Federal em que se aplicou a teoria da eficácia horizontal. Não se pretende, com o trabalho, o aprofundamento do tema, mas a exposição ordenada e sistematizada com o intuito de contribuir para a discussão da efetividade dos direitos fundamentais, convictos de que a teoria da eficácia horizontal encontra amplo campo de aplicação, em especial, pela abertura material dos direitos fundamentais, e das disposições do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor referenciados neste trabalho.

1. Direitos fundamentais: aspectos históricos

A partir de uma perspectiva histórica, pode-se afirmar que os direitos fundamentais, tal como se apresentam enunciados num texto constitucional, nem sempre usufruíram desta posição. A historicidade é considerada, pois, uma das características dos direitos fundamentais, dado que o reconhecimento e a incorporação destes direitos nas Constituições e nos documentos internacionais se deram ao longo do tempo. Parte-se deste pressuposto para se referir a um breve histórico desta trajetória dos direitos fundamentais.

No pensamento jusnaturalista, surge a concepção de que o ser humano é dotado de certos direitos naturais e inalienáveis, inerentes a sua própria existência. Tal concepção foi fortemente influenciada pela filosofia clássica greco-romana, estruturada na ideia do homem-livre e dotado de individualidade, e, também, pelo ideal cristão de que os seres humanos são criações divinas e iguais em dignidade perante Deus. Assim, na idade média se estabelecem as bases para a ideia de submissão do direito positivo ao direito natural fundado na dignidade humana (SARLET, 2012, pp. 45-46).

Idade Média, a doutrina aponta a Magna Carta, firmada na Inglaterra em 1215, entre o Rei João Sem-Terra e os Barões do reino, como o principal documento a apresentar as primeiras limitações dos poderes do soberano frente aos direitos dos indivíduos. Têm-se o nascimento do constitucionalismo de matriz historicista. Em que pese a Magna Carta representar o reconhecimento de direitos a classe aristocrática, há que se levar em conta que, pela primeira vez o poder do rei achava-se de alguma forma limitado, e vinculado às leis que ele próprio editava (COMPARATO, 2007, pp. 79-80)

No século XVII, ainda na Inglaterra, outros documentos constitucionais irão surgir e serão considerados importantes para o reconhecimento dos direitos fundamentais, como, por exemplo, o *Petition of Rights*, de 1628, assinada por Carlos I, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, subscrito por Carlos II e, ainda, o *Bill of Rights*, de 1689, de Guilherme d'Orange. Estes textos reconheciam direitos e liberdades aos cidadãos ingleses, conduzindo a uma gradativa limitação do poder real favoravelmente à liberdade individual (SARLET, 2012, p. 51).

No entanto, é no constitucionalismo de matriz individualista, representado pelas revoluções americana e francesa que se terá o reconhecimento dos direitos fundamentais de forma ampliada, culminando com a inserção destes direitos em Constituições escritas. A Declaração de Direitos do Povo da Virgínia de 1776 e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão em 1789 na França, em que pese existirem distinções entre as declarações e também no processo político de construção do Estado ser bastante diferente.

Estes documentos, com forte inspiração jusnaturalista e iluminista reconheceram a todo homem direitos naturais de caráter universal, inviolável, inalienável e imprescritível; foram cruciais para a positivação e incorporação destes direitos nas Constituições (SARLET, 2012, pp. 52-53). Estes direitos fundamentais são reconhecidos como direitos de defesa do indivíduo frente ao poder do Estado, e implicam na abstenção deste de intervir na esfera da autonomia e liberdade individual, sendo esta a clássica concepção de direitos fundamentais (MENDES; BRANCO, 2011, p. 155).

A industrialização e o agravamento dos problemas sociais e econômicos, somados às críticas socialistas e a verificação de que o reconhecimento formal de liberdade e igualdade não implica necessariamente na sua efetivação surgiram outras concepções, segundo as quais, o Estado deveria desempenhar um papel ativo para garantir o bem estar dos indivíduos, aqui, reconhecem-se, então, os direitos de caráter social (MENDES; BRANCO, 2011, p. 155), a que a doutrina denominou de direitos de primeira geração.

A Constituição Mexicana de 1917 é o primeiro texto constitucional a sistematizar uma extensa lista de direitos sociais. Menciona-se, também, a Constituição de Weimar, promulgada na Alemanha em 1919, pós-primeira guerra mundial, que apresenta um

amplo rol de direitos fundamentais dividido em cinco títulos: “indivíduo”, “ordem social”, “religião e sociedades religiosas”, “educação e formação escolar”, “ordem econômica” (DIMOULIS; MARTINS, 2014, pp. 28-30).

Já no contexto histórico pós-segunda Guerra Mundial, evidenciou-se ainda mais a necessidade de instrumentos que garantissem a proteção dos direitos fundamentais, surgindo diversos documentos que contribuíram decisivamente para a universalização e afirmação de tais direitos, como a Carta das Nações Unidas de 1945 e a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Acrescentando-se, ainda, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 1950 e a Convenção Americana dos Direitos do Homem, de 1969 (BONAVIDES, 2006, p. 573).

Do campo filosófico ao campo jurídico, do direito natural ao direito positivo, das abstrações do contrato social aos códigos, às constituições e aos tratados, depois de cursar a via revolucionária, essas Declarações fizeram vingar um gênero de sociedade democrática e consensual, que reconhece a participação dos governados na formação da vontade geral e governante. Ergueram-se desse modo conceitos novos de legitimação da autoridade, dos quais o mais importante vem a ser aquele que engendrou a chamada teoria do poder constituinte. Mas poder constituinte cuja titularidade nos sistemas democráticos há de pertencer sempre à Nação e ao Povo, portanto, à soberania política do cidadão. Os direitos humanos, tomados pelas bases de sua existencialidade primária, são assim os aferidores da legitimação de todos os poderes sociais, políticos e individuais. Onde quer que eles padeçam lesão, a Sociedade se acha enferma. Uma crise desses direitos acaba sendo também uma crise do poder em toda sociedade democraticamente organizada. (BONAVIDES, 2006, p. 575)

Pode-se, após este breve histórico do reconhecimento dos direitos fundamentais, concluir que estes direitos foram concebidos como ferramentas para proteção da autonomia e da liberdade do indivíduo frente ao poder do Estado, em uma dimensão verticalizada, sendo que, será num momento posterior, considerando as transformações estruturais do Estado, que se imputará ao Estado uma tarefa ativa para garantir o direito dos indivíduos.

Daí em diante, o sistema de direitos fundamentais se apresenta cada vez “mais complexo e diferenciado”; as relações sociais evidenciam que tais direitos podem ser ameaçados por outros, e não só pelo Estado, e, é neste contexto que se cogita a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares (ANDRADE, 2008, p. 243). Antes, contudo de se analisar este tema, é necessário enfrentar a discussão na doutrina acerca da dimensão subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, já que é a partir daí que se falará da eficácia horizontal.

2. O duplo caráter dos direitos fundamentais.

No estudo dos direitos fundamentais a doutrina apresenta-os sob duas dimensões (DIMOULIS; MARTINS, 2014, pp. 116-120; MARMELSTEIN, 2013, pp. 327-346; SARMENTO, 2010, pp. 38-45), sendo considerados sob a perspectiva subjetiva, como direitos subjetivos individuais e, na dimensão objetiva, como elementos objetivos fundamentadores de uma sociedade. O reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, conforme será demonstrado, justificará o surgimento das discussões acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

2.1. A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais

O processo histórico de reconhecimento dos direitos fundamentais a partir do constitucionalismo moderno irá destacar a função clássica dos direitos fundamentais, qual seja, servirem como elementos de oposição ao Estado, em especial, para resguardar a esfera de proteção do indivíduo frente ao Estado que assume obrigações de não fazer. Esta leitura decorre da teoria liberal dos direitos fundamentais consolidada na matriz do constitucionalismo individualista – francês e americano –, contudo, aparecendo, também, nos direitos fundamentais sociais.

A dimensão subjetiva aparece também nos direitos fundamentais que fundamentam pretensões jurídicas próprias do *status positivus*. Quando o indivíduo adquire um *status* de liberdade positiva (liberdade *para* alguma coisa) que pressupõe a ação estatal, tem-se como efeito a proibição de omissão por parte do Estado. Trata-se aqui, principalmente, dos direitos fundamentais sociais. (DIMITRI; MARTINS, 2014, p. 117)

De fato, “(...) o direito à proteção jurídica **através do Estado** (=acesso ao direito e à via judiciária) constituiu sempre uma das linhas orientadoras fundamentais do *Rechtsstaat* e da compreensão liberal dos direitos fundamentais” (CANOTILHO, 2008, p. 50-51). Pode-se, afirmar, então que os direitos individuais (denominados como de primeira geração ou dimensão) também apresentam problemas em relação à posição jurídico-subjetiva do indivíduo perante o Estado, não sendo esta problemática restrita aos direitos sociais (ditos de segunda geração ou dimensão).

2.2. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais é extraída da positivação dos direitos fundamentais na Constituição e do duplo caráter destes direitos, a partir dos quais se criam os vínculos para o Estado. Não se trata de entrar na questão da geração ou dimensão dos direitos, ainda que esta teorização tenha contribuído em certa medida para a compreensão do surgimento histórico dos direitos fundamentais; na atual quadra da história não há que se prender a esta classificação, já que se tem como pressuposto para o raciocínio a interdependência entre os direitos fundamentais.

É exatamente em sua dimensão jurídico-objetiva que os direitos fundamentais pedem do legislador uma ação positiva, que o obriga proteção, defesa e

promoção desses direitos. A perspectiva objetiva retrata o conteúdo de um direito fundamental que assegura ao titular uma pretensão jurídica imediata contra o Estado. Como elementos da ordem jurídica objetiva, os direitos fundamentais integram um sistema valorativo que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico. Essa dimensão objetiva exprime, assim, o conteúdo fundamental da ordem jurídica total da coletividade, base da comunidade humana, ou seja, fala-se da fundamentação objetiva dos direitos fundamentais, quando se analisa o seu significado para a comunidade, em prol do interesse público e da vida comunitária. (DUQUE, 2014, pp. 123-124)

Reconhece-se a dimensão objetiva dos direitos fundamentais para se destacar outra função aos mesmos, além de representar o reconhecimento de um direito subjetivo que se pode opor ao Estado (direito de resistência)⁵. Esta dimensão objetiva surge justamente para reconhecer que os direitos fundamentais não se voltam apenas à tutela do indivíduo isoladamente, e sim aos que integram uma mesma comunidade. Esta dimensão privilegia o enfoque em toda à coletividade, já que faz nascer para o cidadão o direito de exigir do Estado o que é necessário para a concretização do direito.

Outra relevante faceta da perspectiva jurídico-objetivo valorativa dos Direitos Fundamentais, é o que se pode chamar de eficácia dirigente que estes direitos desencadeiam sobre os órgãos governamentais, pois podem ser vistos como ordens dirigidas ao Estado para a concretização dos dispositivos contidos nas normas. (SARLET, 2012, p. 146)

Pode-se dizer que “[...] reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, como expressão de uma ordem de valores, aponta para a consolidação do princípio do Estado Social” (DUQUE, 2014, pp. 96-97). Há uma conexão entre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e o princípio do Estado Social (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 116; VALLE, 2009, pp. 103-104). Esta conexão pode ser inferida do disposto no artigo 3º da Constituição Federal⁶ e seus desdobramentos; assim como, por outros dispositivos da Constituição.

Sarlet (2012, pp. 141-151), após apresentar uma síntese das principais discussões acerca da dimensão objetiva, ou, como quer o autor, da perspectiva objetiva, destaca como importante desdobramento desta “[...] a função outorgada aos direitos fundamentais sob o aspecto de parâmetros para a criação e a constituição de organizações (ou instituições) estatais e para o procedimento”. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais é decorrente da dimensão objetiva destes direitos, já que é a partir daí que se pode falar de uma eficácia irradiante.

⁵ “A essência do direito está na proibição imediata de interferência imposta ao Estado. Trata-se de um direito negativo, pois gera a obrigação negativa endereçada ao Estado, a obrigação de deixar de fazer algo. Trata-se de uma obrigação de abster-se da intervenção na esfera da liberdade garantida pela Constituição (imperativo de omissão – *Unterlassungsgebot*)”. (DIMOULIS, 2014, p. 51)

⁶ O artigo 3º da Constituição da República Federativa do Brasil estabelece os objetivos fundamentais da República, quais sejam: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais, e, ainda, promover o bem de todos.

Como se sabe, os direitos fundamentais foram concebidos, originariamente, com instrumentos de proteção dos indivíduos contra a opressão estatal. O particular era, portanto, o titular dos direitos e nunca sujeito passivo. É o que se pode chamar de **eficácia vertical** dos direitos fundamentais, simbolizando uma relação (assimétrica) de poder em que o Estado se coloca em uma posição superior em relação ao indivíduo. No entanto, atualmente, onde cada vez mais é aceita a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, tem-se reconhecido que os valores contidos nesses direitos projetam-se também nas relações entre particulares, até porque os agentes privados – especialmente aqueles detentores de poder social e econômico – são potencialmente capazes de causar danos efetivos aos princípios constitucionais e podem oprimir tanto ou até mais do que o Estado. (MARMELSTEIN, 2013, p. 333)

É a partir da compreensão de que os direitos fundamentais constituem uma ordem de valores, que estes valores se irradiam por todo ordenamento jurídico, sujeitando não só o Estado, mas também os particulares ao estabelecido na ordem constitucional. O Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 201.819-8/RJ, em caso em que se discutia a aplicação do direito ao contraditório e à ampla defesa, ao adotar a tese da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares para decidir no caso, deixou assentado o seguinte entendimento:

“[...] 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”. (BRASIL, STF, 2005)

Assim, tendo em conta a possibilidade de violação dos direitos fundamentais pelos particulares, é que se sustenta a eficácia horizontal destes direitos. Admita-se, assim, que não só o Estado é violador de direitos. Os destinatários dos direitos fundamentais são também os particulares nas suas relações privadas. A eficácia horizontal é uma das facetas da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e, pode-se afirmar que, dada a eficácia irradiante dos direitos fundamentais, a legislação infraconstitucional deve, necessariamente, ser lida sob a luz dos direitos fundamentais.

3. Direitos fundamentais e a ameaça dos poderes privados

Sarlet (2007, p. 43), ao iniciar sua explanação sobre a perspectiva histórica dos direitos fundamentais, afirma dar razão aos que ponderam ser “(...) a história dos direitos fundamentais, de certa forma, também a história da limitação do poder”. Tal limitação, contudo, era dirigida exclusivamente ao Estado, com o fim de proteger a liberdade e a autonomia dos indivíduos frente às ingerências estatais (STEINMETZ, 2004, p. 84). As diversas matrizes do constitucionalismo⁷ atestam que o reconhecimento dos direitos tinha por finalidade a limitação do poder.

⁷ Para um estudo mais aprofundado do constitucionalismo, por todos, consultem-se: FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones**. 5. Ed. Madrid: Editorial Trotta, 2007 e MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno**. Madrid: Trotta, 2008.

O Estado, na sua versão moderna, era visto como o detentor do monopólio do poder. Portanto, o Estado colocava-se como o único que poderia ameaçar as liberdades individuais, daí o reconhecimento dos direitos fundamentais, num primeiro momento, como liberdades públicas, ou seja, direitos que poderiam ser opostos ao Estado, tendo este que se eximir de realizar qualquer interferência na esfera privada (STEINMETZ, 2004, p. 84). Esta primeira fase de reconhecimento dos direitos está associada à concepção liberal do Estado.

As mudanças estruturais do Estado, impulsionadas pelas transformações sociais, levaram ao reconhecimento de outros atores que à semelhança do Estado se constituíram em instâncias de poder; o que se convencionou chamar de “poderes privados”. Estas expressões de poder foram surgindo em grupos industriais, comerciais, políticos, financeiros, midiáticos, religiosos, associações, entidades, corporações, entre outros. (STEINMETZ, 2000, p. 118). O poder não está mais centralizado apenas no Estado; reconhecendo a outros atores a violação dos direitos fundamentais.

O poder já não está concentrado no aparato estatal, está disperso, disseminado na sociedade. Dessa forma, os poderes privados constituiriam hoje uma ameaça para o gozo dos direitos fundamentais não menos significativa do que aquela representada pelo poder público. Tais poderes seriam especialmente terríveis não somente pela capacidade de impor sua própria vontade em uma relação jurídica, mas, também, porque poderiam resultar mais perigosos que os poderes públicos. Isso em decorrência da dificuldade de se articular um sistema efetivo de controle, face ao seu estatuto privado e sua prerrogativa de auto-organização (GALIZA, 2011, p. 37).

Em face dos poderes privados constata-se que as relações entre os sujeitos particulares podem ocorrer num plano de acentuada assimetria entre as partes, o que poderia ensejar restrições ou violações de direitos fundamentais, evidenciando a necessidade de um alcance dos efeitos das normas garantidoras destes direitos, também nas relações entre particulares (STEINMETZ, 2004, pp. 88-89). Vale lembrar, contudo, que não se pode equiparar a relação entre particulares com a relação entre o indivíduo e o Estado (SARLET, 2012, p. 43).

Ainda que a análise dos poderes privados constitua apenas uma das facetas da problemática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, ela permite constatar a premente necessidade de se garantir a proteção destes direitos também na esfera privada. Assim, se a “história dos direitos fundamentais é também a história da limitação do poder” (SARLET, 2012, p. 43), tal limitação deve se dar onde quer que estes direitos se encontrem sob algum tipo de ameaça. Analisam-se, a seguir, as teorias que sustentam a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

4. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares

A discussão sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares tem origem em meados dos anos 50 do século passado, e foi desenvolvida principalmente pela jurisprudência e doutrina alemã (SARLET, 2012, p. 399). Diferentes denominações foram dadas ao estudo dos direitos fundamentais e suas implicações no âmbito das relações privadas, tais como, “eficácia privada”, “eficácia em relação a terceiros” e “eficácia horizontal” dos direitos fundamentais (SOMBRA, 2011, p. 57).

Sombra (2011, p. 57) analisando a questão terminológica, demonstra que a expressão “eficácia privada” é muito genérica e não abarca o “cerne da questão”, já ao termo “eficácia horizontal”, utilizado em oposição à ideia de eficácia vertical, recebe críticas na medida em que a ideia de horizontalidade pressupõe certa simetria entre as partes, porém os particulares, ao se relacionarem, não raramente, se encontram em situação de desigualdade fática, não se configurando, por vezes, tais relações em um plano horizontal (SOMBRA, 2011, p. 58). Utiliza-se na linha deste autor a expressão “eficácia entre particulares” pela sua precisão e fidedignidade ao problema.

A temática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares surge com uma das mais controvertidas questões no estudo dos direitos fundamentais, ensejando uma série de discussões e teorias, especialmente no que diz respeito ao alcance e aos efeitos dessa eficácia na ordem jurídica privada (SARLET, 2012, p. 400). Conforme demonstra Alexy (2008, p. 528) o “calcanhar de Aquiles” do problema reside em estabelecer “como” e “em que medida” os direitos fundamentais vinculam os particulares nas relações privadas.

Atualmente a ideia de que normas de direitos fundamentais produzem efeitos na relação cidadão/cidadão e, nesse sentido, têm um efeito perante terceiros, ou efeito horizontal, é amplamente aceita. O que é polêmico é como e em que extensão elas o fazem. A questão sobre como as normas de direitos fundamentais produzem efeitos na relação cidadão/cidadão é algo que diz respeito a um problema de construção. A questão sobre em que extensão elas o fazem é uma questão de colisão. Tanto o problema de construção quanto o de colisão resultam de uma diferença fundamental entre a relação Estado/cidadão e a relação cidadão/cidadão. A relação Estado/cidadão é uma relação entre um titular de direitos fundamentais e a um não titular. A relação cidadão é, ao contrário, uma relação entre titulares de direitos fundamentais (ALEXY, 2008, p. 528)

Conforme observa Sarlet (2000, p. 117), a natureza conflituosa dessa relação resulta justamente do fato de que os participantes de uma relação jurídica privada são, ao menos em tese, ambos titulares de direitos fundamentais, o que ensejaria a proteção dos respectivos direitos, e por outro lado, importaria também em “restrições recíprocas” aos dois polos da relação, diferentemente do que ocorre na esfera das relações entre entes estatais e particulares, uma vez que o Estado não poderia opor direitos fundamentais frente ao particular.

4.1. As principais teorias acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas

O objetivo do presente trabalho, obviamente, não é esgotar a abordagem acerca das teorias que surgiram para explicar as possibilidades de aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares. Nos estreitos limites deste trabalho abordam-se as três teorias que admitem a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, para que na parte final do trabalho seja possível analisar a questão relativa à boa-fé como cláusula de abertura para a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, em especial, as regidas pela boa-fé objetiva.

4.1.1. A teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares

A horizontalidade dos direitos fundamentais no direito privado se originou com as teses de relações de trabalho. Neste rumo, a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas teve repercussão inicial na Alemanha. A jurisprudência do BAG (*Basalt-Actien-Gesellschaft*) fora um desses pontos de início, defendendo que os direitos fundamentais não deveriam apenas garantir liberdade e oposição perante o poder do Estado.

Os direitos fundamentais são normas abstratas e carecem de concretização pela legislação ordinária, a fim de que se adequem à realidade e, assim, se harmonize o exercício desses direitos. Este posicionamento se mostrou favorável ao reconhecimento de uma eficácia direta das determinações de direitos fundamentais, visto que não só no âmbito público, mas também, no âmbito das relações privadas, há espaço para a aplicação dos direitos fundamentais.

No Brasil, o caso considerado paradigmático da aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas – RE 201.819 – acolheu-se este entendimento, em que pese existirem vozes contrárias a esta leitura. Em suma, a ideia é de que indivíduos podem recorrer aos direitos fundamentais diante de outros sujeitos de direitos fundamentais, e não somente perante o Estado. Certo é que esta afirmação por si só não elucida a problemática que, obviamente, requer uma análise dos casos concretos, averiguando as possibilidades para aplicar os direitos fundamentais, com a tensão entre os contornos materiais da dignidade da pessoa humana e livre desenvolvimento da personalidade.

O argumento é de que os direitos fundamentais vigem diretamente nas relações privadas, isto é, estes preceitos ordenados para a vida social pela Constituição também possuem significado para o andamento jurídico privado. Destaca-se nesta teoria a

regulamentação normativa do ordenamento jurídico como unidade⁸, existindo direitos fundamentais nas pretensões entre Estado-indivíduo, bem como nas pretensões entre sujeitos privados.

Neste diapasão de direitos privados subjetivos aplicáveis diretamente por particulares, há o reconhecimento deste direito que, agora, poderia ser oponível a outros sujeitos privados. A estrutura desta teoria usa como pretexto a dignidade da pessoa humana juntamente com uma multidireção dos direitos fundamentais diretos e imediatos, para que exista a proteção do titular contra questões de âmbito privado.

Com a prevalência da ideia de uma unidade do ordenamento jurídico, alguns argumentos foram criados para tentar fundamentar essa teoria do reconhecimento dos direitos fundamentais diretamente nas relações privadas, idealizada principalmente por Walter Leisner. O primeiro supõe que haveria possibilidade de renúncia de um direito fundamental em relações contratuais, porém esta renúncia seria limitada observando a essência do conteúdo analisando a situação de igualdade fática entre as partes.

O segundo argumento seria sobre atos reais e não contratuais, em que haveria uma hierarquia de direitos fundamentais específicos em relação aos gerais quando da colisão desses direitos entre indivíduos. Outros adeptos já sustentam que mesmo não usando leis infraconstitucionais as normas da Constituição poderiam disciplinar relações diversas como as de direito civil, por exemplo, graças aos valores que ela expressa (DUQUE, 2013, pp. 110-112).

Além dos argumentos apresentados, os defensores dessa teoria elucidam também que, grupos sociais detentores de maior poder podem ser uma ameaça à liberdade dos mais fracos, por isso, estes devem estar ligados diretamente aos direitos fundamentais, visto que somente diante dessa vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais é possível garantir uma proteção efetiva destes no direito privado (DUQUE, 2013, p. 114).

Sarlet (2012, pp. 260-274), um dos percutores na doutrina, se opõe a alguns argumentos do ponto de vista de que as normas fundamentais não são iguais, possuindo graus de eficácia, e que os princípios, como o da dignidade da pessoa humana, são essenciais, e, por isso, irrenunciáveis, mesmo não havendo igualdade entre os particulares. Contudo, defende e aceita a teoria, correspondendo com a ideia de que a Constituição ao dispor sobre o princípio da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais – artigo 5, inciso I – não especifica se seria dos poderes públicos ou se somente das relações privadas a função de tal aplicação, não podendo, então, presumir que apenas o poder público a abrangeria. Logo, se no vínculo com o poder público já há nexos de direitos fundamentais para os particulares, os gerando direitos subjetivos, seria de todo possível reconhecer uma eficácia direta nas relações privadas. (SARLET, 2012, pp. 260-274)

⁸ Quando aplicada uma lei, todo sistema legislativo é aplicado em conjunto.

Em síntese, pode-se concluir pelas palavras de Duque que, a teoria da eficácia direta nas relações privadas:

Visa a conferir uma maior proteção aos particulares em face de agressões provenientes de sujeitos ou entidades privadas detentoras de expressivo poder social. Os seus pontos de apoio destacados são a garantia de proteção da dignidade humana e a natureza multidirecional dos direitos fundamentais, que os qualifica como preceitos ordenadores da vida social. (...) sensibilidade das relações marcadas por uma visível desigualdade, com base em uma tendência socializante (...) fundamento na necessidade de os poderes públicos assegurarem aos diversos níveis da sociedade a igualdade e a justiça social, mediante condutas organizatórias e disciplinadoras das relações privadas, ora marcadas por intervenções, ora por proibições. (DUQUE, 2013, p. 117)

As críticas contra a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas são diversas. Encontrando fundamento na história e evolução dos direitos, Albert Bleckmann como exemplo crítico, de antemão afirma não negar certa desenvoltura direta dos direitos fundamentais no ordenamento privado, existindo, porém, outros modos mais efetivos - analisados na sequência do capítulo.

Apartir disso, o que faz frente à teoria é a análise do momento em que a mesma surge: Pós II Guerra Mundial na Alemanha, momento oportuno para a existência de uma eficácia direta dos direitos fundamentais no âmbito privado, devido ao repúdio ao Socialismo e a necessidade de intensa afirmação desses direitos. Entretanto, nem mesmo o berço da criação dessa doutrina a admite mais, salvo casos esporádicos. Então, não se vê lógica para a eficácia direta persistir nas teses jurídicas brasileiras.

Além da panorâmica histórica, concentra-se aqui a crítica de que os direitos evoluem, e que as relações jurídicas privadas possuem conteúdo típico e já regulamentado, assim, não cabem na regulamentação constitucional, sendo o direito privado o mais adequado para tais questões entre particulares (DUQUE, 2013, pp. 118-121).

Usando como essência a história, verifica-se que a versão alemã, ao reconhecer a eficácia direta, específica que são dirigidas e possuem eficácia vinculante direta perante os poderes públicos em função de defesa. Sucedendo a versão alemã, a brasileira - mesmo que não explícita aos poderes públicos - deve direcionar essa aplicação exclusivamente a eles. Impossibilitando a recondução à clausula de aplicabilidade imediata aos particulares (DUQUE, pp. 135-149).

A crítica ligada à natureza e função dos direitos fundamentais, feita até mesmo pelos adeptos à eficácia direta, esclarece que a meta dos conteúdos usados na relação entre indivíduos e Estado não são passíveis de uso destes e, na mesma medida, no liame das relações privadas. Isso quer dizer: da mesma forma e natureza com que são desenvolvidos os direitos fundamentais em face do Estado, não seria pertinente adotá-los igualmente no âmbito privado. Até mesmo um juiz da BAG - *Nipperday* - rendeu-se a esta ideia posteriormente.

Assim, segundo a crítica, faltam, para a teoria da eficácia direta, formas legais que legitimem as normas de direito privado. Pois, se usada a corrente da eficácia direta, os direitos fundamentais, que seriam exigíveis a todos os particulares, transformariam as situações em restrições recíprocas de liberdade, gerando, por fim, prejuízo na execução das liberdades.

Ainda anexo à natureza e função dos direitos fundamentais, surge a crítica baseada no princípio da separação dos poderes, apontando que este princípio é violado quando do reconhecimento da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. Considerando que é preciso que a legislação e o Estado intercedam as relações para efetivar e oferecer segurança e proteção jurídica.

(...) um particular não é destinatário de direitos fundamentais, somente titular. Assim, o Estado intervém no âmbito de seu dever de proteção, pois ele é destinatário dos direitos fundamentais, sua função é proteger esses direitos, independentemente do lado de onde provém a agressão. O dever de cada particular de não ofender direito fundamental de outrem decorre, antes de tudo, da legislação ordinária (...) que, logicamente, tem que encontrar fundamento na constituição. O ponto de referência com a constituição, muito embora existente, é, pois, indireto. (DUQUE, 2013, p. 134)

Assim, a partir do momento em que se abre espaço para que o poder judiciário, ou até mesmo os próprios particulares apliquem diretamente os direitos fundamentais, acarreta-se em uma contradição à Constituição neste princípio, bem como na divisão de tarefas por competência de cada órgão, visto que em um Estado democrático de direito a obra do legislador deveria ser respeitada (DUQUE, pp. 121-135).

4.1.2. A teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares

A teoria da eficácia indireta ou mediata é considerada criação do jurista Günter Dürig, mas sabe-se que seus precursores, Herbert Krüger, Walter Jellinek e Alfred Hueck, foram imprescindíveis para tal teorização. No ano de 1954, Dürig defendeu, de forma mais minuciosa que os anteriores – o que justifica sua atribuição de criador do conceito – que os contratos privados não poderiam excluir a livre circulação de uma das partes.

Krüger afirmou que o Direito Constitucional é fonte para preencher as lacunas do Direito Civil; Jellinek defendeu que só cabia ao Estado restringir a liberdade contratual quando o contrato não respeitasse os bons costumes; e Hueck, por sua vez, declarou que o princípio de igualdade não tinha aplicação direta nos contratos particulares, uma vez que assim só seria com os órgãos estatais. Além disso, os dois últimos autores supracitados alegam que os bons costumes servem como limite para algumas convenções privadas, e que o alicerce para estes são os direitos fundamentais.

Dürig estabelece que os direitos fundamentais aplicam-se de forma indireta nas relações privadas, por meio da adaptação das normas Constitucionais, dirigidas ao Estado, às privadas. Para isso, é necessário um preenchimento valorativo do Direito Civil, por exemplo, por parte do legislador ordinário – por isso, indiretamente – usando como base os direitos fundamentais. Sendo assim, para o jurista, direitos fundamentais fazem parte de um sistema de valores, cujo principal é o respeito à dignidade da pessoa humana, do qual irradiam todos os outros.

Visto isso, faz-se necessário dizer que as cláusulas gerais do Direito Civil são a principal chave de entrada dos valores constitucionais, mas não são a única. Também o são os conceitos indeterminados, que carecem especificações, abrindo, assim, espaço para a integração do direito. Ou seja, o sistema normativo privado, no que couber, é considerado uma abertura à eficácia indireta. Portanto, percebe-se como imprescindível a atuação do legislador ordinário: as normas constitucionais são dirigidas diretamente ao Estado, exigindo normas infraconstitucionais para a sua aplicação – indireta – nas relações privadas. Logo, a tese visa o princípio da segurança jurídica, ao passo que se baseia não apenas em cláusulas gerais, mas numa teia de relações entre particulares.

Sendo assim, percebe-se com força a teoria da essencialidade, que afirma ser do legislador a responsabilidade de relacionar as duas searas do Direito, já que deve ser ele quem vai aplicar os direitos fundamentais ao criar leis privadas. Tal enunciado origina-se do princípio de Estado democrático de direito e da tripartição de poderes, e centra-se na ideia de que tais decisões, por serem políticas, não devem ser tomadas pelo Poder Executivo, a fim de não abrir espaço para discricionariedade, e sim pelo Legislativo.

Logo, a conexão entre as teorias da eficácia indireta e da essencialidade é que, sendo o legislador obrigado pela Constituição a tomar as decisões em âmbito normativo relacionadas aos direitos fundamentais, retiram-se todas as possibilidades de eficácia direta em tais casos. Entretanto, “a vinculação indireta dos particulares aos direitos fundamentais é, portanto, em última análise, consequência da vinculação direta dos órgãos estatais aos direitos fundamentais” (DUQUE, 2013, pág. 201).

Um aspecto importante a ser levantado é o papel subsidiário do Poder Judiciário na aplicação indireta dos direitos fundamentais. Por meio da sentença, o juiz, quando baseado nessas normas devido à falta de normas direcionadas especificamente ao caso em questão, aplica direitos fundamentais aos casos concretos, assim como o legislador ordinário ao criar normas específicas (privadas) a partir de normas gerais (direitos fundamentais).

Para tomarem as decisões, cabe tanto ao Poder Legislativo quanto ao Judiciário ponderarem os direitos em questão, já que sempre que um direito ganha prioridade, outro é restringido, estabelecendo, assim, os limites necessários de acordo com as circunstâncias. Dessa forma, para que não haja discricionariedade, deve-se levar em conta a ideia de convergência na interpretação do direito privado para a

Constituição, ou seja: o legislador, assim como o juiz em suas decisões – que sempre devem ser muito bem fundamentadas (*ratio decidendi*) –, deve levar em conta os valores constitucionais para criar novas leis. Esse cenário reforça a tese de Kelsen, que afirma terem esses dois poderes funções semelhantes: o Poder Legislativo aplica normas específicas para criar normas gerais; já o Judiciário aplica normas gerais para criar normas específicas no caso concreto. (KELSEN, 2005, p. 364-369)⁹

Após isso, cabe ressaltar que há um limite mínimo de liberdade nos contratos, e o Estado, seja pelas leis ou pelas decisões dos tribunais, não deve atingi-lo por suas intervenções. Devendo fazer, para isso, uma interpretação conforme a Constituição, chamada, também, de interpretação conforme. Ademais, o Supremo Tribunal Federal (STF), guardião da Constituição e conhecido por dar a última palavra, não deve apresentar muito ativismo. Ou seja, os tribunais, em qualquer instância, com finalidade de preservar o pluralismo político, não podem tentar substituir o papel do legislador. A politização das decisões legislatórias cabe ao segundo ante citado, não ao primeiro¹⁰. (DUQUE, 2013, p. 201-220)

Vale lembrar que a sentença de Lüth foi a primeira a reconhecer a teoria da eficácia indireta, já que, além de reconhecer que os direitos fundamentais poderiam viger no âmbito privado – o que a Constituição de Weimar já suportava – a decisão defendeu a dupla dimensão dos direitos fundamentais. Ou seja, tais direitos possuem uma natureza subjetiva (todas as pessoas são titulares desses direitos) e uma subjetiva (esses direitos expressam valores ou fins a serem seguidos, possuem uma carga axiológica). Portanto, a dimensão objetiva da Constituição é irradiada para todo o ordenamento jurídico, desenvolvendo-se indiretamente por meio do direito privado. (DUQUE, 2013, pp.231-234; VALE, 2008, pp.1-5)

4.1.3. A teoria dos deveres de proteção do Estado

A teoria dos deveres de proteção cria para o Estado a responsabilidade de proteger os possuidores dos direitos fundamentais de lesões, e também de violações, que podem ocorrer tanto por partes dos particulares quanto pelo próprio Estado. Ilustre-se, aqui, a explicação desta teoria a partir das questões relativas ao consumidor, já que será trabalhada a questão referente à boa-fé objetiva, presente, tanto no Código Civil, quanto no Código do Consumidor.

⁹ Para tanto, faz-se necessário o estudo da densidade de exame do tribunal constitucional frente às controvérsias privadas, a fim de garantir que ele não adentre muito na seara do Legislativo. Tal tese tem finalidade de garantir os princípios da segurança jurídica e do Estado democrático de Direito, já que é do Poder Legislativo a competência de decidir cautelosamente a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, visto que devem ser escolhas meticulosamente calculadas, visando à “equalização de interesses em conformidade com a Constituição”. (DUQUE, 2013, pp. 236-246)

¹⁰ Cabe aqui a ideia do efeito vinculante das decisões preteridas pelo Tribunal Superior, baseadas nas ideias Constitucionais, que visam a diminuir as contradições das mesmas nos tribunais inferiores. “A eficácia contra todos (força de lei) abrange exclusivamente a parte dispositiva da sentença, enquanto que o efeito vinculante decorre dos fundamentos sustentadores da decisão.” (DUQUE, 2013, p. 223)

Notabilizou-se que tal teoria contempla um exemplar de eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações consumeristas, onde estes direitos constituem juntamente com o dever de defesa, um conjunto de valores objetivos que incide sobre todos os campos do direito, conduzindo os poderes públicos. Isto é, as relações privadas, com destaque aos contratos de consumo, têm intensa incidência dos direitos fundamentais, onde a proteção do consumidor torna-se um dever fundamental do Estado.

Inicialmente, a função de proteger os direitos fundamentais é atribuída ao legislador, que deve elaborar normas efetivas na proteção do titular deles. Aos tribunais confere-se a interpretação e aplicação de tais normas. Dessa forma, há um espaço de manobra aberto, concedido pela Constituição, para o legislador configurar medidas protetivas aos consumidores, que se encontram no Código de Defesa do Consumidor e demais disposições legislativas.

As relações de consumo são importantes objetos de estudo da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, pois grande parte dos dispositivos de proteção ao consumidor tem como propósito restringir a liberdade contratual para que a prática de abuso seja refreada em prejuízo do consumidor.

Aligação entre direitos fundamentais, relações de consumo e dever de proteção evidencia-se na condição de que a proteção do consumidor abrange a proteção à vida, saúde e segurança nos produtos e serviços fornecidos, bem como o direito à informação dos mesmos; igualdade nos contratos e liberdade de escolha, além de reparação de danos morais e patrimoniais derivados das relações consumeristas.

O reconhecimento de direitos fundamentais compondo uma ordem objetiva e os deveres de proteção do Estado daí derivados, manifestam a interdependência do direito privado e da Constituição. É necessário que o ordenamento jurídico na sua totalidade tenha um direito privado consistente que possa garantir e efetivar os valores constitucionais.

Essa correspondência entre os dois âmbitos do direito deve ser analisada por um diálogo das fontes normativas. Considerada a supremacia da Constituição e tendo em vista o fato desta reconhecer a dignidade da pessoa humana como valor fundamental, o diálogo objetiva uma maior proteção e desenvolvimento da personalidade da pessoa diante da sociedade, além de promover um equilíbrio da ordem normativa e coerência nas decisões com a coexistência das diversas fontes normativas.

A justificativa deste mecanismo encontra-se no fato de que a falta de intercomunicação da pluralidade de fontes do direito pode resultar em efeitos não desejados, como desacordos, isolamento e, conseqüentemente, a perda da produção dos efeitos objetivados pela norma.

Em vista de ampliar a proteção dos titulares de direitos fundamentais é que a teoria da Constituição tenta incorporar o diálogo das fontes. Nas relações de consumo, marcadas por desigualdade de forças e subordinação, o Código de Defesa do Consumidor, assim como o Código Civil e demais dispositivos legais, buscam garantir a proteção do consumidor como um princípio constitucional.

A maneira pela qual a teoria do diálogo das fontes pode associar-se com a teoria da Constituição se realiza através da ideia de **convergência**, onde a interpretação do Direito Civil converge para a Constituição.

A consideração da pessoa como princípio centralizador da ordem constitucional, juntamente com o pensamento de convergência, transforma a Constituição num elemento unificador que, além de promover a interpretação e aplicação do direito, exclui o isolamento de alguns âmbitos do ordenamento, como, por exemplo, o direito constitucional e o direito privado. Desse modo, faz-se mister que os demais âmbitos do direito convirjam para a Constituição e para os direitos fundamentais. Consoante tal afirmação, Duque esclarece que:

O resultado dessa concepção é que os direitos fundamentais irradiam efeitos no tráfego jurídico privado; essa irradiação (ou eficácia) deve ser indireta, ou seja, intermediada por uma ação legislativa ou, supletivamente, judicial, servindo os dispositivos infraconstitucionais e, sobretudo, as cláusulas gerais de direito civil passíveis de preenchimento valorativo como porta de entrada (*Einbruchstelle*) dessa irradiação, circunstância que fundamenta um dever de proteção do Estado a fim de que intervenha, seja de forma repressiva ou preventiva, na hipótese de agressão a direitos fundamentais provenientes da esfera privada. Os direitos fundamentais legitimam, assim, restrições no exercício da liberdade individual para, com isso, proporcionar uma delimitação no exercício do poder em intensidade proporcional à desigualdade da relação, a fim de que a realização da liberdade, particularmente dos mais fracos, não seja impedida ou restringida de modo inexigível. (DUQUE, 2013, p. 393)

Assim sendo, o diálogo entre as fontes, tracejado por valores constitucionais e reconhecendo a primazia de conhecimento de cada esfera particular, possibilita a aplicação conjunta das diversas fontes legislativas conexas, objetivando a proteção eficaz dos indivíduos que firmam contratos de consumo.

Além disso, inspirado na concepção de diálogo das fontes e de convergência, o princípio da unidade do ordenamento jurídico se apresenta como alicerce nas relações da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Tal princípio baseia-se na ideia de que o ordenamento jurídico é uma unidade que não possui lacunas e antinomias.

De fato, essa visão foi muito criticada, pois a unidade do ordenamento jurídico não pressupõem um sistema fechado ou a ausência de lacunas, que são preenchidas pela dogmática e prática jurídicas. Esta unidade remete ao direcionamento que as

diversas esferas jurídicas tomam diante de um princípio fundamental comum que, nessa circunstância, é o valor da dignidade da pessoa humana assegurado na Constituição que, ao reconhecer essa realidade, faz com que todos os âmbitos do direito, e em especial o direito privado, convirjam para ela.

Frequentemente, os vocábulos **convergência** e **constitucionalização** são empregados erroneamente como sinônimos. A constitucionalização refere-se tanto a questões pertinentes à fundamentação, legitimidade e domínio do poder público, quanto a aspectos que representam a atuação dos direitos fundamentais no direito privado, conceito que será utilizado no atual contexto.

Com efeito, a noção de constitucionalização do direito privado expressa os valores da constituição transferidos para tal âmbito jurídico, que aplicará estes valores na área dos contratos, dando ênfase à irradiação dos direitos fundamentais sobre o domínio privado. No entanto, essa constitucionalização destina-se a aplicar diretamente as normas constitucionais nas relações privadas e que, por consequência, pode extinguir alguns institutos tradicionais deste campo. Destarte, fica evidente que a ideia de constitucionalização deve pautar-se somente no primeiro viés.

Diante disso, pode-se afirmar que a ideia de convergência logra êxito ao dar importância ao princípio da primazia de conhecimento do direito privado, afirmando ter uma congruência entre os direitos fundamentais e a ordem jurídico-privada. Já a constitucionalização, pelo viés negativo, pressupõe a aplicação da Constituição a qualquer custo, desconsiderando a relevância do direito ordinário, o que pode provocar resultados fáticos. Ao fazer referência a este ponto, Duque explica:

Importa que o direito privado esteja integrado à vida estatal, assumindo, assim, a condição de ordenamento vinculado à constituição, de modo que ao se realizar o direito privado, realiza-se, paralelamente, também a constituição. A ideia de convergência expressa, portanto, com maior exatidão em relação ao pensamento de constitucionalização, que toda ordem jurídica tem que ser adaptada aos direitos fundamentais: convergência no sentido de concordância, inclusive como mecanismo de solução de conflitos entre a jurisdição constitucional e ordinária, aspecto essencial para a implementação, do ponto de vista prático, de um modelo racionalmente fundamentado de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. (DUQUE, 2013, p. 402)

Indispensável é a configuração do ordenamento jurídico para a proteção dos direitos fundamentais, com ênfase nas relações privadas, que pode ser obtida pelo ideal de convergência. Ao passo que as disposições do Direito Civil, em geral, tenham sua essência nos direitos fundamentais, opera-se uma orientação do Direito Civil à Constituição, que manifesta a convergência.

5. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e a boa-fé objetiva¹¹ como cláusula geral: considerações a partir da Constituição de 1988

5.1. Contornos dogmáticos da boa-fé objetiva à luz da Constituição de 1988

Neste tópico, sem qualquer pretensão de esgotar o tema, procura-se demonstrar a possibilidade de aplicação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares a partir do princípio da boa-fé. A previsão da boa-fé no campo da legislação infraconstitucional, em verdade, é uma consequência do processo histórico, e da consideração de que as leis, normas, códigos, e outros instrumentos normativos, não são autossuficientes, ou seja, as questões práticas não encontram resposta nos textos infraconstitucionais, devendo-se buscar a leitura destes dispositivos, até para que se dê conta da complexidade das questões, na Constituição.

A boa-fé objetiva como cláusula geral, está contida expressamente na legislação ordinária, mas, necessariamente, dada a eficácia irradiante dos direitos fundamentais, está adstrita aos valores fundamentais que estão contidos na Constituição, atendendo-se, aqui, a prevalência do propósito da unidade do ordenamento jurídico, evitando-se assim a existência de conflitos valorativos (SLAWINSKI, 2002, pp. 100-104).

Fragmentos desta cláusula geral podem ser encontrados no art. 4, inciso III do Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, e o fundamento baseia-se no ponto em que a boa-fé no Código de Defesa do Consumidor é de ordem econômico-social. Assim, relacionados e conforme os princípios Constitucionais de justiça social, liberdade de iniciativa, livre concorrência, solidariedade, entre outros, a boa-fé acarreta positivamente, também, no sentido de equilíbrio e harmonia entre as partes (AGUIAR JUNIOR, 1995, pp. 33-53).

De uma maneira interpretativa, porém não somente, a Constituição do Brasil de 1988 pôde intervir nas relações privadas, devido ao fato do reconhecimento de princípios e valores cruciais do direito privado pela mesma. Com isso, a cláusula da boa-fé objetiva pode estabelecer um padrão de conduta ético, bem como servir de fundamento de soluções disciplinadoras (SLAWINSKI, 2002, pp. 116-121).

¹¹ Não é objetivo deste artigo realizar uma discussão do instituto da boa-fé objetiva, em que pese a importância desta discussão não só para o direito privado e o direito na medida em que estes se influenciam reciprocamente. O que se busca é estabelecer a leitura da boa-fé objetiva como cláusula de entrada para a interpretação/aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares. Para um estudo mais aprofundado do princípio da boa-fé objetiva, consulte-se, dentre outros, SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. **Contornos Dogmáticos e Eficácia da Boa-Fé Objetiva**: o princípio da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

Esta cláusula geral também está enunciada no Código Civil brasileiro, legitimando a boa-fé como pilar para as relações jurídicas e principalmente as contratuais - art. 113, 187 e 422 do Código Civil. Ou seja, uma interpretação dos negócios jurídicos e das disposições contratuais baseada no princípio da boa-fé objetiva, se constituindo esta como cláusula de entrada para a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas.

Esta cláusula geral aberta, considerada como uma porta de entrada para o a aplicação dos direitos fundamentais a partir da sua eficácia horizontal, contempla não só os interesses sociais que permeiam as relações privadas, mas também, se constitui num caminho para a efetivação e concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Sendo assim, além da esfera interpretativa analisada acima, o princípio da boa-fé serve para outras duas funções: integração e controle.

Em síntese, esta complementa e explicita deveres, isto é, supre o que por omissão das partes não consta expresso no contrato e é relevante para a efetividade de tal. Aquela diz respeito a cláusulas contratuais que se opõe ao princípio da boa-fé objetiva ou são abusivas, e com isso delimita materialmente os direitos, controlando direitos subjetivos, para que, ao fim, se adeque às normas e princípios exigidos harmoniosamente. (SLAWINSKI, 2002, pp. 150-157)

5.2. A boa-fé objetiva como cláusula de entrada para a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares

O princípio de boa-fé, segundo a teoria de Richard Thoma, significa interpretar um direito fundamental da forma que lhe garanta os resultados mais efetivos possíveis (DUQUE, 2013, p. 286). Essa ideia pode e deve ser aberta e esmiuçada. Primeiramente é importante ressaltar a boa-fé como um elemento de conexão entre os direitos fundamentais e a sua aplicação no caso concreto. Ou seja, as cláusulas gerais podem ser vistas como “normas concretizadoras e conformadoras da diretriz de solidariedade social” (DUQUE, 2013, p.273), que estão estabelecidas nos direitos fundamentais.

Outro ponto é a percepção da técnica legislativa de **convergência**: o direito privado se curva ao direito constitucional e, mais especificamente, aos seus princípios – que possuem efeito irradiador para todo o ordenamento jurídico. Desse modo, não se pode negar que os direitos fundamentais são a base axiológica e, portanto, preenchem o conteúdo das cláusulas gerais do direito privado e conceitos jurídicos indeterminados.

Deve-se ter especial cautela ao fazer uso desses instrumentos, já que as cláusulas gerais do Direito Civil são uma restrição à autonomia privada, uma vez que abrem espaço para discussão acerca dos direitos fundamentais envolvidos, com o

intuito de que haja equilíbrio nas relações, não só pessoais como também sociais, em prol da segurança jurídica. Por isso, tais disposições são definidas como um “filtro de característica reguladora elástica para uma eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas” (DUQUE, 2013, p. 274).

Sendo assim, sempre que a lei não for específica o suficiente para garantir tal equilíbrio entre as partes, num contrato, por exemplo, o magistrado deve aplicar subsidiariamente uma cláusula geral do direito privado, atentando ao princípio da proporcionalidade. Preservando, por conseguinte, a autonomia privada e a liberdade contratual, evitando abusos. Essa ideia abre espaço para a aplicação ou interpretação jurídica criadora.

Tal interpretação consiste no reconhecimento de capacidade dos tribunais ordinários, por parte do tribunal constitucional, para que aqueles preencham axiologicamente as cláusulas gerais, adequando-as ao caso concreto. Dessa forma, a função do juiz, ao utilizar o princípio da criação para preencher lacunas, é de buscar a vontade objetiva do legislador. Ele deve interpretar o sistema dado e criar, a partir dos valores e princípios apontados pelo ordenamento jurídico como um todo, uma norma para o caso (DUQUE, 2013, p. 286-287).

Com isso, verifica-se que a boa-fé objetiva deve ser aplicada para levar justiça ao caso concreto. Havendo uma “lacuna” na lei privada – seja uma cláusula geral, um conceito indeterminado ou qualquer outra espécie de vagueza – o magistrado deve, baseado no princípio da unidade do ordenamento jurídico, buscar integrar o direito baseando-se no próprio sistema, em especial na Constituição e, mais especificamente, nos direitos fundamentais. O conceito de boa-fé, como cláusula geral, decorre desse entendimento e tem o papel de válvula de segurança para a entrada dos direitos fundamentais no direito privado.

6. Considerações Finais

Historicamente os direitos fundamentais desenvolveram-se tendo como função primordial a defesa da liberdade e da autonomia dos indivíduos frente ao poder do Estado. Porém com as transformações sociais e as diferentes necessidades surgidas ao longo da história, esta função vai sendo acrescida de outras.

A abordagem dos direitos fundamentais a partir da ótica de sua dimensão objetiva, ou seja, como elementos objetivos que constituem o fundamento de uma ordem constitucional, propicia o desenvolvimento da noção de que ao Estado cabe um dever de proteção dos direitos fundamentais em face de qualquer violação. E possibilita que se formule a ideia de irradiação dos efeitos dos direitos fundamentais sobre todo o ordenamento jurídico e uma conseqüente incidência destes direitos nas relações entre particulares.

Da mesma forma, a constatação de que não somente o Estado, mas também os chamados “poderes privados” podem impor restrições ao pleno exercício dos direitos fundamentais dos indivíduos, permite reconhecer a necessidade da aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas.

A partir da constatação de que os direitos fundamentais devem ser aplicados também nas relações privadas, surge o problema de como deveria ocorrer esta aplicação, agravado pelo fato de que ambas as partes são titulares de direitos fundamentais.

Diante deste problema, desenvolvem-se, as teorias que se propõe a definir o modo pelo qual os direitos fundamentais devem incidir nas relações entre particulares, com posicionamentos que basicamente defendem uma eficácia direta destes direitos ou sustentam uma eficácia indireta dos direitos fundamentais.

Partindo do estudo das teorias no direito comparado, alguns autores brasileiros têm discutido o tema, evidenciando-se nas suas reflexões o compromisso com o desenvolvimento de uma perspectiva da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, adequada às demandas da realidade nacional e fundamentada na ordem constitucional vigente.

Neste estudo não se pretendeu, de maneira alguma, esgotar o tema, que contém inúmeras implicações e ensejaria uma série de outras discussões e aprofundamentos. Fez-se ressaltar a relevância deste debate no cenário jurídico nacional, em especial, quanto à possibilidade de discussão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais a partir da cláusula de entrada da boa-fé objetiva.

7. Referências

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 84, v. 178, p. 33-53, ago. 1995.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, et. al.. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ. Recorrente: União Brasileira de Compositores – UBC. Recorrido: Arthur Rodrigues Villarinho. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 11 de outubro de 2005, **Diário da Justiça**, 27 out. 2006. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 28 mar. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. 168 p.

BRASIL. Código civil (2002). **Código civil**. 53 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei 8.078 de 11/09/90. Brasília, Diário Oficial da União, 1990.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2014. 331 p.

DO VALE, A. R. **50 anos do caso Lüth**. Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP).

Jun. 2008. < <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cienciajuridica/article/viewFile/724/505>> Acesso em: 14 mar. 2016.7

DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição, Drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo**. São Paulo: RT, 2013.

_____. **Curso de Direitos Fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. 494 p.

GALIZA, André Karla Amaral de. **Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares: teoria e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 364-369.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2013. 532 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais, uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11 ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2012.

_____. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A constituição concretizada: construindo ponte com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. P. 107-163.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. **Contornos Dogmáticos e Eficácia da Boa-Fé Objetiva: o princípio da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SILVA, Vírgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2011. 191 p.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.