

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

ERISTON DE ABRANTES PONTES

A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: UMA
ANÁLISE DE SUA APLICABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

SOUSA
2011

ERISTON DE ABRANTES PONTES

A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: UMA
ANÁLISE DE SUA APLICABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof^a. Msc. Jacyara Farias Souza.

ERISTON DE ABRANTES PONTES

A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE DE SUA APLICABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof^a. Msc. Jacyara Farias Souza.

Banca examinadora:

Data de aprovação: 01 Junho de 2011

Prof^a. Doutoranda Jacyara Farias Souza

Orientador(a) – UFCG

Prof^a. Marcia Glebyane Maciel Quirino

Examinador(a) interno - UFCG

Prof. Maria de Lourdes Mesquita

Examinador(a) externo – UFCG

À Deus.
À minha família.
Aos meus amigos.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por estar sempre presente em minha vida.

Aos meus pais, Ernande e Eleide, que não mediram esforços para me dar uma boa educação.

Aos meus entes queridos que já se foram, mas permanecem presentes em minha vida.

Aos meus verdadeiros amigos que dividiram comigo, momentos de alegria e dificuldades que a vida nos proporciona.

À professora Jacyara Farias Souza, minha orientadora, pela motivação e disposição de sempre, me auxiliando na confecção deste trabalho.

“Nada mais perigoso do que fazer-se
Constituição sem o propósito de cumpri-la”
(Pontes de Miranda).

RESUMO

A doutrina moderna confere aos direitos fundamentais um caráter irradiante, visto que tais direitos emanam valores para todo o ordenamento jurídico, não se restringindo às relações entre o Estado e os particulares. Diante desta justificativa emerge a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Devido à importância do tema no presente trabalho foi traçada uma evolução histórico-cultural dos direitos e garantias fundamentais, aprofundando-se na temática que envolve sua aplicação às relações privadas. Utilizando-se dos métodos: histórico-evolutivo, exegético, jurídico e técnica de pesquisa bibliográfica. Trazendo uma análise minuciosa das relações Estado-indivíduo (eficácia vertical), como também nas relações entre particulares (eficácia horizontal), o estudo em questão expõe as teorias existentes, e as já consolidadas, na ordem jurídica global. Quanto ao ordenamento jurídico brasileiro fundamenta-se o presente trabalho na doutrina pátria e alienígena destacando-se a alemã e a norte-americana, demonstrando sua origem e o atual estágio de evolução sobre o assunto; apontando para as novas tendências sobre a temática. Traçando também um panorama do posicionamento dos tribunais e da doutrina brasileira sobre eficácia horizontal dos direitos e garantias fundamentais. Demonstrando através de argumentos jurídicos convincentes qual teoria melhor se enquadra no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Direitos e garantias fundamentais. Eficácia horizontal. Relações privadas.

ABSTRACT

The modern doctrine of fundamental rights gives a radiant character, since these rights derive values for the entire legal system, not restricted to relations between the State and individuals. Given this rationale emerges horizontal effectiveness of fundamental rights. Given the key theme in this paper was drawn a historical-cultural evolution of the fundamental rights and guarantees, deepening the issue involving its application to private relations. Using methods: historical evolution, exegetical, legal and technical literature. Bringing a thorough analysis of individual-state relations (vertical efficiency) but also in relations between individuals (horizontal efficiency), the study in question exposes the existing theories, and the already consolidated in the global legal order. As the Brazilian legal system is based on this work in doctrine and alien country with emphasis on German and North-American, showing their origin and the current stage of evolution on the subject; pointing to new trends on the subject. Mapping also an overview of the position of courts and the Brazilian doctrine on horizontal effectiveness of fundamental rights and guarantees. Demonstrating through compelling legal arguments which theory best fits the Brazilian legal system.

Keywords: Fundamental rights and guarantees. Horizontal efficiency. Private relations.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

a.C – Antes de Cristo
Ag – Agravo
AgRG – Agravo Regimental
Art - Artigo
CF/88 – Constituição Federal de 1988
DL – Decreto Legislativo
DF – Distrito Federal
RTJ – Regimento do Tribunal de Justiça
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Supremo Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 AMPLITUDE CONCEITUAL DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	14
2.1 ORIGEM HISTÓRICA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	16
2.2 AS ERAS DOS DIREITOS	20
2.3 O NEOCONSTITUCIONALISMO E SEUS EFEITOS.....	24
3 A ORIGEM E INCIDÊNCIA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS	26
3.1 DISTINÇÕES ENTRE AS DEFINIÇÕES DE EFICÁCIA VERTICAL E HORIZONTAL	29
3.2 TEORIAS DA EFICÁCIA HORIZONTAL	33
4 ANÁLISE DAS RELAÇÕES JURÍDICAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	39
4.1 POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS QUANTO A APLICABILIDADE DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	41
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	45
REFERÊNCIAS	48

1 INTRODUÇÃO

A doutrina contemporânea reconhece dois tipos de eficácia dos direitos fundamentais. O presente trabalho faz um estudo sobre o tema, trazendo uma abordagem da problemática que envolve as duas perspectivas, a eficácia vertical, Estado-indivíduo e uma análise mais detalhada da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações jurídicas travadas entre o Estado os entes privados.

Traçando um panorama do desenvolvimento histórico-constitucional dos direitos e garantias fundamentais da CF/88 art. 5º como: “direito à vida, a liberdade, à igualdade, a segurança, à propriedade entre outros”. Demonstrando seu reflexo no Direito Privado. O trabalho em questão baseia-se em pesquisa doutrinária; jurisprudencial traçando uma visão sobre o atual estágio de evolução da eficácia dos direitos fundamentais e como estes incidem nas relações privadas, o seu grau de vinculação com os particulares, respeitando o princípio da autonomia privada. Por fim, analisa-se a aplicabilidade da Eficácia Horizontal dos Direitos e Garantias Fundamentais nas relações privadas, utilizando-se dos métodos: histórico-evolutivo, exegético, jurídico e técnica de pesquisa bibliográfica para explicar tal fenômeno.

A teoria da Eficácia Vertical dos Direitos Fundamentais aborda à aplicabilidade desses direitos como limites à atuação dos governados, em uma relação vertical entre Estado - indivíduo, como uma forma de proteger as liberdades individuais (direitos fundamentais de primeira geração) e de impedir interferência estatal na vida privada. Os direitos fundamentais destacavam-se como liberdades e garantias, ou seja, direitos de defesa do indivíduo perante o Estado.

No Estado Liberal, a Constituição regulava apenas as relações entre o Estado e os particulares, enquanto o Código Civil disciplinava as relações privadas. Os direitos fundamentais funcionavam assim, como limites à atuação dos governantes em favor dos governados, pois se tratava de direitos públicos subjetivos oponíveis em face do Estado. O princípio fundamental do Direito Privado era o da autonomia privada, ou seja, a liberdade de atuação dos particulares, que deveriam pautar suas condutas apenas nas leis civis.

Ocorre que a evolução e a complexidade das relações sociais demandaram uma nova forma de visualização do direito privado. Esta concepção primária dos direitos e garantias Fundamentais não resistiu às mudanças operadas na realidade política, social e econômica. Daí surge a necessidade de se manejar a eficácia horizontal dos direitos e garantias fundamentais. Por meio dela, os destinatários são os particulares (pessoas físicas ou jurídicas) onde se analisa a problemática dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, delimitando as fronteiras de interferência do Poder Público para nas relações *inter privatos*.

O presente trabalho tem por objetivo geral identificar a eficácia dos direitos e garantias fundamentais nas relações privadas, e sua aplicabilidade nos dias atuais.

Apresenta como objetivos específicos: estudar a origem histórica da eficácia horizontal dos direitos e garantias fundamentais; elencar conceitos e definições sobre o assunto, fazendo a distinção entre as teorias existentes sobre a eficácia dos direitos e garantias fundamentais; e identificar o posicionamento das doutrinas e dos tribunais quanto a sua aplicabilidade.

Recorrendo à doutrina pátria e alienígena com o objetivo de analisar de forma detalhada o problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, tanto numa perspectiva das relações Estado-indivíduo (eficácia vertical) quanto nas relações entre os particulares (eficácia horizontal). O problema aqui é tratado, sobretudo à luz dos princípios constitucionais, cujas características, não raro provocam problemas de conflitos entre normas de direito fundamental cabendo ao julgador, diante do caso concreto, definir qual medida se adotará para aplicar as normas a fim de solucionar os conflitos jurídicos.

Através da exposição de argumentos das teorias que tratam da Eficácia Horizontal dos Direitos e Garantias Fundamentais, pôde-se constatar que as doutrinas não são pacíficas quanto ao assunto. Assim esta pesquisa vem a contribuir no sentido de analisar a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações jurídicas privadas, na atualidade, e como a questão é tratada pelo ordenamento jurídico pátrio. Portanto, é de fundamental importância estabelecer critérios claros para que os cidadãos possam sentir-se suficientemente seguros ao terem seus litígios analisados e julgados sob o prisma jurídico-constitucional dos direitos fundamentais.

Destarte, a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações jurídicas privadas, especialmente nos procedimentos de exclusão de membro de entidades

privadas, suscita muitos questionamentos acerca do grau e da forma de incidência, o que pode gerar violações a estes direitos.

2 AMPLITUDE CONCEITUAL DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

No que se refere à delimitação do tema existe ainda uma ambiguidade ou até mesmo uma ausência de consenso, tanto na doutrina pátria como na alienígena, quanto a sua definição. Portanto faz-se necessário tecer breves comentários diferenciando os direitos das garantias fundamentais, ou até mesmo as expressões “direitos humanos, direitos fundamentais, direitos individuais, direitos da pessoa humana, direitos do homem” comumente utilizadas pelo direito nacional e internacional. Para fins didáticos, e até mesmo adotando a corrente majoritária, as expressões não serão tratadas como sinônimas.

Direitos fundamentais trata-se do gênero, ao passo que direitos humanos são a espécie, atentando-se sempre para um ponto em particular; o titular desses direitos como sendo sempre o homem. Os direitos humanos são aqueles inerentes à condição humana, enquanto que os direitos fundamentais são tais direitos concretizados, ou seja, positivados pela norma constitucional. Adotando tal entendimento, Sarlet (2010, p. 35) aduz que:

A utilização da expressão “direitos do homem”, de conotação marcadamente jusnaturalista, prende-se ao fato de que se torna necessária a demarcação precisa entre a fase que, inobstante sua relevância para a sua concepção contemporânea dos direitos fundamentais e humanos, precedeu a concepção contemporânea dos direitos fundamentais e humanos, precedeu o reconhecimento destes pelo direito positivo interno e internacional e que, por isso, também pode ser denominada de uma pré-história dos direitos fundamentais.

Portanto não há como desprezar todo processo histórico que deu origem a concretização de alguns direitos que antes eram considerados apenas como direitos humanos ou naturais. Reconhecer tal distinção entre as expressões, não significa desconsiderar a íntima relação que existe entre as mesmas. Segundo Sarlet (2010), “os direitos fundamentais nascem e desenvolvem com as Constituições nas quais foram reconhecidos e assegurados”.

Os direitos fundamentais possuem deste modo um caráter declaratório enquanto as garantias expressam um nítido sentido assecuratório. Corroborando esse entendimento, Rui Barbosa *apud* Lenza (2010, p.741) faz uma análise da

Constituição de 1891 trazendo perfeitamente essa distinção na qual foi feita com devida propriedade, segundo o autor:

As disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos, estas as garantias; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito.

No atual estágio em que se encontra o ordenamento jurídico brasileiro, onde as relações entre o Estado e indivíduo estreitam-se, o Estado Democrático de Direito reforça a existência dos direitos e garantias fundamentais com a positivação das normas inserindo nos textos constitucionais, normas que garantam a dignidade da pessoa humana, como os primeiros direitos, chamados por alguns **direitos de defesa**, sendo eles direitos a vida, a liberdade e a propriedade. Não obstante algumas dessas liberdades individuais podem assim ser chamadas, pois se direcionavam ao indivíduo, a existência humana. Seguindo esse entendimento afirma Canotilho (1998, p.259):

As expressões direitos do homem e direitos fundamentais são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos; direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancaríamos da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes na ordem jurídica concreta.

A CF/88 trata em seu título II: **Dos Direitos e Garantias Fundamentais**, composto de cinco capítulos, abordando: os direitos e deveres individuais e coletivos; direitos sociais; direitos de nacionalidade; direitos políticos e por fim partidos políticos. A posição geográfica desse título, logo no início do texto constitucional demonstra a relevância dos direitos e garantias fundamentais na ordem constitucional vigente.

Como bem preleciona Sarmiento (2006) “os direitos fundamentais, tais como conhecidos atualmente, são resultado de uma evolução histórica ocorrida por meio de lutas, batalhas revoluções e rupturas sociais que miravam a exaltação da

dignidade do homem”. Daí a importância de resguardar tais direitos previstos na nossa Carta Magna, impedindo os abusos de poder praticados pelo Estado.

2.1 ORIGEM HISTÓRICA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

O estudo minucioso da origem, da natureza e da evolução dos direitos fundamentais ao longo da história é relevante para propiciar uma adequada compreensão desses direitos e sua função nos dias atuais. Com a evolução dessa gama de direitos surge o Estado constitucional, que traz como base o reconhecimento e proteção da dignidade da pessoa humana.

A ciência jurídica, atrelada à condição humana em sociedade, também sofreu inúmeras modificações que oscilaram entre avanços e retrocessos. Destarte, a importância do estudo das civilizações e o contexto histórico que surgiram os direitos humanos. Como bem discorre sobre o tema, Moraes (2006, p.1):

Os direitos humanos fundamentais, e sua concepção atualmente surgiram como produto da fusão de várias fontes desde tradições arraigadas nas diversas civilizações, até a conjugação dos pensamentos filosófico-jurídicos, das ideias surgidas com o cristianismo e o direito natural.

Os direitos humanos surgem da necessidade de impor limites ao regime absolutista, à centralização do poder nas mãos do monarca, buscando o reconhecimento da liberdade e dignidade inerentes à condição humana. O ideal de liberdade é desfrutado a partir do momento em que o homem vivendo em sociedade, sob diferentes aspectos culturais, cerceia parcela do seu direito humano em interesse do próximo.

Neste diapasão, segue o entendimento de Bobbio (1992, p.5):

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

Ainda no que se refere à concepção desses direitos fundamentais posiciona-se a doutrina majoritária no sentido de que estes foram decorrentes do Constitucionalismo, ou seja, a consagração dos direitos fundamentais foram frutos das primeiras Constituições. No entanto, Moraes (2006, p.6-7) ensina que a origem dos direitos e garantias fundamentais antecede os movimentos constitucionalistas, assegurando que:

A origem dos direitos individuais do homem pode ser apontada no antigo Egito e Mesopotâmia, no terceiro milênio a.C., onde já eram previstos alguns mecanismos para proteção individual em relação ao Estado. O Código de Hamurabi (1690 A.C) talvez seja a primeira codificação a consagrar um rol de direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família, prevendo igualmente, a supremacia das leis em relação aos governantes.

Moraes (2006) defende que na Antiguidade já existiam direitos individuais. “Como na Grécia Antiga surgem vários estudos sobre a necessidade de igualdade e liberdade do homem destacando-se as previsões de participação política dos cidadãos fazendo referência a *Lei das Doze Tábuas* no Direito romano”.

Com o surgimento do cristianismo há o reconhecimento dos direitos humanos, contribuindo para a distinção entre o divino e o humano, ponto relevante para construção da história dos direitos humanos. Segundo Miranda (2000, p.17):

É com o cristianismo que todos os seres humanos, só por o serem sem aceção de condições, são considerados pessoas dotadas de um eminente valor. Criados a imagem e semelhança de Deus, todos os homens e mulheres são chamados à salvação através de Jesus, que por eles, verteu o seu Sangue. Criados à imagem e semelhança de Deus, todos tem uma liberdade irrenunciável que nenhuma sujeição política ou social pode destruir.

Sem embargo, a concepção jusnaturalista influenciada pela religião e filosofia da época remonta à Antiguidade clássica mitigando a concepção de direitos naturais e inalienáveis ao homem, portanto o simples fato de existir como ser humano o torna possuidor de tais direitos, já que estes são inerentes à condição humana.

De irrefutável importância foi o pensamento de Santo Tomás de Aquino, refutando a ideia da igualdade dos homens perante Deus, como preleciona Sarlet (2001, p.41):

Santo Tomás de Aquino advogou o ponto de vista de que a personalidade humana se caracteriza por ter um valor próprio, inato, expresso, justamente na ideia de sua dignidade ser humano, que nasce na qualidade de ser humano, que nasce na qualidade de valor natural, inalienável e incondicionado, como cerne da personalidade do homem.

Os direitos fundamentais funcionavam como instrumentos de limitação do poder estatal através da eficácia vertical, impedindo que o Estado cometa abusos e arbitrariedades contra os cidadãos. Dois grandes filósofos tiveram papel importante na história das batalhas travadas entre o poder estatal e a liberdade humana. Foram eles Hobbes e Maquiavel, e em síntese suas obras defendiam segundo, Marmelstein (2008) “a vontade do soberano estaria acima de qualquer concepção jurídica. Não haveria limites para o poder estatal”. Enfrentado o pensamento dominante da época, onde o poder soberano prevalecia sobre a liberdade humana, sobreveio as ideias de grande contribuição doutrinária de Locke (1690) influenciando o pensamento da época, inspirado nos ideais iluministas da tríade: vida, liberdade e propriedade. Sobre este aspecto destaca Locke *apud* Marmelstein (2008, p.37):

Os homens são por sua natureza livres, iguais e independentes, e por isso ninguém pode ser expulso de sua propriedade e submetido ao poder político de outrem sem dar seu consentimento. O único modo legítimo pelo qual alguém abra mão de sua liberdade natural e assume laços da sociedade civil consiste no acordo com outras pessoas para se juntar e unir-se em comunidade, para viverem com segurança, conforto e paz umas com as outras, com a garantia de gozar de suas posses, e de maior proteção contra quem não faça parte dela.

A partir desse momento histórico já se pode vislumbrar em um Estado Democrático de Direito, nesse contexto histórico, no âmbito do Iluminismo, popularizou-se os direitos do homem. De acordo com os ensinamentos de Bobbio é com pensamento Kantiano (1724 -1804) que se dá o marco conclusivo dos direitos

humanos, pois Kant definiu “a liberdade jurídica do ser humano como a faculdade de obedecer somente às leis às quais deu seu livre consentimento”.

No entanto, o momento em que esses direitos foram positivados coincidiu com as revoluções liberais do século XVIII. Dentre os documentos o mais importante é: a *Magna Charta libertatum*, pacto firmado na Inglaterra em 1215, pelo Rei João Sem-Terra e a nobreza inglesa. Esse documento serviu para garantir o direito à propriedade; previsão do devido processo legal. Todavia, a Magna Carta, não foi nem o primeiro nem o único, pois já existiam cartas de declaração como a *Petition of Rights*, de 1628, firmada por Carlos I, e o *Bill of Rights*, de 1689 e em seguida a Revolução Gloriosa, de 1688. A Reforma Protestante foi também de suma importância para o nascimento dos direitos fundamentais, através dela houve a reivindicação da liberdade de culto e opção religiosa, os valores cristãos continuaram a permear a realidade da época.

A Declaração de Independência dos Estados Unidos da América (1776)¹ foi um diploma de inigualável valor histórico, que teve como autor, Thomas Jefferson, que trouxe consigo a mesma causa, a limitação do poder estatal. Já a Declaração Francesa (1789), é o diploma que marca a transição de liberdades legais para concretização dos direitos e garantias fundamentais, como bem aponta o autor Sarlet (2001, p.47):

[...] sobre a transcendental importância de outro documento: a Declaração do Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, fruto da revolução que provocou a derrocada do antigo regime. Tanto a declaração francesa quanto as americanas tinham como característica comum sua profunda inspiração jusnaturalista, reconhecendo ao ser humano direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis. De mesma forma, incontestável a influência da doutrina iluminista francesa, de modo especial a de Rousseau e Montesquieu, levando à Consagração, na Constituição Americana de 1787, do princípio democrático e da teoria da separação dos poderes.

Sem sombras de dúvidas todas as declarações contribuíram para a positivação dos direitos fundamentais, propiciando a transição do Estado

¹ A Declaração de Independência dos EUA foi o primeiro movimento de emancipação que obteve êxito. A partir de então, os ideais de igualdade e liberdade, foram concretizados. Servindo de base para combater a tirania e opressão dos governantes.

Absolutista, para o Estado de Direito, caracterizando desta forma a primeira dimensão destes direitos.

2.2 AS ERAS DOS DIREITOS

Com o surgimento do Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais ganharam status de normas constitucionais, viabilizando a participação popular nas tomadas de decisões políticas. Valendo-se das liberdades individuais concretizadas agora em normas jurídicas, a sociedade pôde coibir o abuso de poder, limitando o poder estatal.

A evolução histórica de tais direitos e liberdades individuais que outrora não existiam foi objeto de estudos de diversos doutrinadores. Apesar de não existir um consenso acerca da questão terminológica, sendo classificados tais direitos, em “gerações ou dimensões”². Portanto, é de suma importância que esse dissídio seja esclarecido. A corrente moderna e majoritária elege, o último, como a expressão mais adequada, pois afirma que o termo “geração” traz ideia de alternância, e como a história traz, não é o que acontece, afinal há de se falar em maturação de direitos, ou seja, os que existiam não deixaram de existir, apenas sofreram mutações e foram complementados com outros direitos. Trata-se de um processo cumulativo, e não excludente, como o termo geração, dá a falsa impressão. Enfim, olvidando-se um pouco da questão de terminologia, como bem esclarece Sarlet (2001) “assim, independente de classificação, há de se ter uma visão panorâmica analisando-se as características de cada dimensão dos direitos fundamentais e sua função na atualidade”.

Entre as teorias existentes sobre a ordem cronológica do surgimento desses direitos vale-se ressaltar, **Karel Vasak** (1979) *apud* Marmelstein (2008, p.40), desenvolveu “**a teoria das gerações dos direitos**”. Inspirado na tríade da Revolução Francesa expôs que a primeira geração seria a dos direitos civis e políticos, abalizados na liberdade; por sua vez a segunda geração, seria a dos

² O termo gerações fornece uma ideia de construção compartimentada e em momentos históricos independentes. Já o termo dimensões fornece a ideia de construção histórica ininterrupta.

direitos econômicos, sociais e culturais fundamentados na igualdade; e por fim a terceira e última geração que trazia os direitos de: solidariedade, direito ao desenvolvimento, a paz e ao meio ambiente, rematando o lema do período (liberdade, igualdade e fraternidade).

Assim, os denominados, direitos de primeira dimensão, compreendem os direitos civis e políticos, denotando a autonomia individual em face supremacia estatal. No rol desses direitos estão: o direito à vida, à liberdade, à propriedade. O movimento Iluminista, como expressão intelectual, como também o pensamento jusnaturalista, desenvolvido por diversos pensadores, entre eles: Hobbes, Locke, Rousseau, Kant influenciaram essa construção. Vê-se, portanto que as ideias trazidas pelas revoluções liberais impondo a não ingerência do Estado na esfera privada que consolidam os direitos de primeira geração, também chamados, direitos de defesa.

Por sua vez, os direitos de segunda dimensão, correspondem os direitos econômicos, sociais e culturais abrangendo os direitos de igualdade, ou seja, direitos a prestações sociais estatais “liberdades sociais” como: saúde, assistência social, salário mínimo, férias, direito de greve, repouso semanal remunerado, limitação da jornada de trabalho, direito de sindicalização.

Foi no século XIX, com a Revolução Industrial, que se evidencia o reconhecimento destes direitos. Esses direitos surgiram numa época onde a classe minoritária detentora do poder usufruía de suas regalias, esta a minoria rica vivia a prosperidade trazida pelos grandes avanços no campo da ciência e tecnologia. Em contrapartida, a classe mesmo favorecida, conhecida histórica e sociologicamente como proletariado arcava com as consequências devastadoras da Revolução Industrial. Não havia como atender a demanda para tamanho crescimento econômico. O resultado de tudo isso, foi uma população totalmente insatisfeita, pelos baixos salários, falta de segurança, desemprego, até mesmo a fome afligiam essas pessoas. Nesse cenário nasce o Estado bem-estar social (*Welfare State*), comprometendo-se a promover maior igualdade social e garantir condições fundamentais para uma vida digna. Sarlet (2001, p.52) pondera sobre o assunto:

Os direitos da segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem a reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema

desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracterizava) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico.

Dado o exposto, os direitos de segunda dimensão, harmonizaram o ser humano com a realidade da época, propiciando o seu desenvolvimento. O nascimento dessa modalidade veio atender os anseios da sociedade.

Os direitos de terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade ou solidariedade, destinam-se à proteção do ser humano como um todo, desprendendo-se de valores individuais, são os direitos de titularidade coletiva ou difusa. São eles, segundo Sarlet (2001): “direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como direito à conservação, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e direito de comunicação”. Trata-se da internacionalização de valores, no seu sentido literal, onde toda a humanidade passa a ser titular dos direitos.

Argumentando sobre o tema Sarlet (2001, p.53) expõe:

Os direitos fundamentais de terceira dimensão, de acordo com a lição de Pérez Luño, podem ser considerados uma resposta ao fenômeno denominado “poluição das liberdades”, que caracterizava o processo de erosão e degradação sofrido pelos direitos e liberdades fundamentais, principalmente em face do uso de novas tecnologias, assumindo especial relevância o direito ao meio ambiente e à qualidade de vida.

Do mesmo modo, a CF/88, sustentou uma sintonia com o espírito humanitário, trazendo em seu texto um capítulo específico sobre a proteção ao meio ambiente, dispondo seu art. 225 que:

Art. 225 Todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Portanto, a legislação brasileira no que se refere a direitos difusos relacionados ao trabalho, meio ambiente traz explicitamente em seu texto diversas garantias.

Entretanto, a evolução dos direitos fundamentais não parou, pois a luta por uma vida digna é uma busca infundável do ser humano, as descobertas no campo da biotecnologia, as medidas de segurança em relação às ameaças terroristas, os diversos tratados sobre direitos humanos traz à tona discussões sobre questões éticas limitando atuação humana nas pesquisas com células-tronco. Nesse contexto há quem defenda a existência de outras “dimensões ou gerações de direitos”, valendo-se desse entendimento Bobbio (1992) “afirma que a quarta geração decorreria de avanços no campo da engenharia genética, ao colocarem em risco a própria existência humana, através da manipulação do patrimônio genético”.

Corroborando com entendimento da doutrina moderna, de que existe uma quarta dimensão de direitos, mas sob uma ótica diferente e peculiar Bonavides (1996) expõe que: “a globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social”. Bonavides (1999, p.225) elucida com propriedade as dúvidas existentes sobre o tema afirmando que:

Força é dirimir, a esta altura, um eventual equívoco de linguagem: o vocábulo ‘dimensão’ substitui, com vantagem lógica e quantitativa, o termo ‘geração’, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade. Ao contrário, os direitos de primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia, coroamento daquela globalização política para a qual, como no provérbio chinês da grande muralha, a humanidade parece caminhar a todo vapor, depois de haver dado o seu primeiro e largo passo. Os direitos de quarta geração não somente culminam a objetividade dos direitos das duas gerações antecedentes como absorvem – sem, todavia, removê-la – a subjetividade dos direitos individuais, a saber, os direitos de primeira geração (...) tais direitos sobrevivem, e não apenas sobrevivem, senão que ficam opulentados em sua dimensão principal, objetiva e axiológica, podendo, doravante, irradiar-se a todos os direitos da sociedade e do ordenamento jurídico.

Em vista dos argumentos apresentados, percebe-se que os direitos fundamentais, nascem de reivindicações concretas, geradas por situações de injustiça e afronta a tais direitos conquistados e positivados com o decorrer das

conquistas e valoração dos direitos fundamentais no seu processo histórico-evolutivo ainda não parou. Diuturnamente novas realidades jurídicas surgem e condicionam o nascimento de novos direitos.

2.3 O NEOCONSTITUCIONALISMO E SEUS EFEITOS

É importante que se conceitue inicialmente o termo Constitucionalismo, analisando sua evolução histórica até os dias atuais, com o surgimento do Neoconstitucionalismo³. Dessa forma, Loewenstein *apud* Carvalho (2009, p.245-246) elucida sobre o tema:

[...] a história do Constitucionalismo revela a busca do homem político das limitações ao poder absoluto exercido pelos detentores do poder, assim como o esforço de estabelecer uma justificação espiritual, moral e ética da autoridade, no lugar da submissão cega à facilidade da autoridade existente. Estas aspirações se concretizam na necessária aprovação, por parte dos destinatários do poder, dos controles sociais exercidos pelos dominadores e, conseqüentemente, na participação ativa dos dominados no processo político.

Na mesma obra Carvalho ensina que “Constitucionalismo é ideologia que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”. Dado o exposto o objetivo principal desse movimento era conseguir a tão almejada eficácia dos direitos já consagrados nas cartas constitucionais, ou mesmo através dos costumes os hábitos reiterados e respeitados incorporados pelas sociedades onde não existe constituição escrita.

Esse movimento que surgiu em meados do século XVIII traz no seu bojo a premente necessidade de uma Constituição escrita a fim de limitar o poder assegurando os direitos e garantias fundamentais conquistadas ao longo da história assim, “o constitucionalismo pode ser entendido como sendo o movimento que

³ Trata-se de um movimento teórico-cultural que surgiu em meados do séc. XX aprofunda-se no desenvolvimento dos direitos fundamentais, principalmente na dignidade da pessoa humana. Enaltecendo a força normativa da Constituição buscando desta forma a máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais.

consiste na divisão do poder, para que se evite o arbítrio e a prepotência, e representa o governo das leis e não dos homens, da racionalidade do direito e não do poder” (Carvalho, 2009).

Desde a antiguidade já existiam ideias que antecederiam o constitucionalismo já apontavam neste sentido, agregando elementos que contribuiriam para propagação e irradiação das ideias estão os vários diplomas, e pactos firmados durante as revoluções liberais do século XVIII.

Já o constitucionalismo pós-moderno ou neoconstitucionalismo demonstra segundo Carvalho (2009, p.251):

A supremacia da Constituição, força normativa dos princípios, a ênfase nos direitos humanos fundamentais, em especial, na dignidade da pessoa humana, dentro de um contexto pós-positivista, levaram ao surgimento, a partir de meados do século XX, do neoconstitucionalismo, na busca da construção de um modelo constitucional democrático, com mudança da natureza do direito positivo, e de todo um instrumental teórico positivista.

A Constituição do futuro identifica-se com a verdade abdicando as normas programáticas, sem valer-se de promessas inalcançáveis. Há o comprometimento do legislador para com os anseios da sociedade. Apresenta também como característica a solidariedade, eliminando desta forma as desigualdade; continuidade, ou seja, os serviços essenciais de uma vida digna estão acima de qualquer divergência político-partidária fazendo prevalecer: o bem-comum; a participação: o povo conduzira de forma ativa todo o processo político; universalização: os direitos e garantias fundamentais são direitos de todos, ultrapassando fronteiras, mas respeitando a soberania de cada Estado. Trata-se de um constitucionalismo aperfeiçoado.

3 A ORIGEM E INCIDÊNCIA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Após a 2ª Guerra Mundial houve uma mudança significativa na concepção dos direitos fundamentais. A partir desta nova perspectiva, o indivíduo começa a exigir do Estado os direitos que foram conquistados, essas pretensões do indivíduo para com Estado denomina-se dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Portanto, a doutrina contemporânea reconhece a dupla dimensão dos direitos fundamentais, são elas: a subjetiva que impõe limites ao poder estatal, evitando arbitrariedades por parte dos governantes, gerando uma obrigação negativa, de não-fazer, ou seja, o dever jurídico de abstenção, e a dimensão objetiva, na qual os direitos fundamentais incidem positivamente nas relações privadas exigindo do aparelho estatal prestações positivas, obrigações de fazer intervenientes, de acordo com esta nova visão não basta que o Estado se abstenha de violar direitos, cria-se uma necessidade de proteção contra ataques e ameaças provindas de terceiros. Nesse diapasão Sarmiento (2006, p.106), afirma que:

Com efeito, na medida e que os direitos fundamentais exprimem os valores nucleares de uma ordem jurídica democrática, seus efeitos não podem se resumir à limitação jurídica dos poder estatal. Os valores que tais direitos encarnam devem se irradiar para todos os campos do ordenamento jurídico, impulsionando e orientando a atuação do legislativo, executivo e judiciário. Os direitos fundamentais, mesmo aqueles de matriz liberal, deixam de ser apenas limites para o Estado, convertendo-se em norte de sua atuação.

Nasce assim, como essa nova realidade, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, permitindo que estes ultrapassem o domínio das relações entre indivíduo e Estado. Deste modo direitos passam a ter um efeito irradiante refletindo-se sobre todos os ramos do Direito, sobretudo no Direito Privado. Os valores contidos nos direitos fundamentais projetados nas relações entre particulares pode lesionar uma das partes envolvidas no litígio, afinal a sociedade atual é totalmente desigual em termos sócio-econômicos, isso gera uma hipossuficiência de uma parte em relação à outra. Encontrando-se essas partes no mesmo plano jurídico. Ademais, a relação estabelecida entre os particulares torna-se horizontal,

diferentemente da eficácia vertical onde uma há uma posição de superioridade do Estado em relação ao particular. Sobre o tema Queiroz *apud* Marmelstein (2008, p.335) pondera que:

os direitos fundamentais são *direitos constitucionais*, que não devem em primeira linha ser compreendidos numa dimensão 'técnica' de limitação do poder do Estado. Devem antes ser compreendidos e inteligidos como elementos definidores e limitadores de toda ordem jurídica positiva.

De acordo com Sarmiento (2010) “a teoria da eficácia horizontal nasce em solo alemão, tendo como marco inicial o julgamento do caso Lüth, pela Corte Constitucional germânica no ano de 1958”. No caso em tela discutia-se a legitimidade uma ação ajuizada contra o cineasta Veit Harlan produtor do filme “Amada Imortal” trazendo acusação à propagação de ideias nazistas, isso ocorreu já que o produtor do filme era adepto do movimento nazista, tendo inclusive feito apologia ao movimento através da influência que exercia pelo meio de comunicação. Na instância ordinária Harlan saiu vencedor, quando a produtora ajuizou a ação com base no art. 826 do Código Civil alemão segundo o qual “quem causar danos internacionais a outrem, e de maneira ofensiva aos bons costumes, fica obrigado a compensar o dano”. Então o boicote organizado por Erich Lüth junto aos donos de cinema fora cessado. Inconformado com a decisão Lüth interpôs recurso junto ao Tribunal Constitucional Federal, este acolheu o pedido, dando por legítimo o boicote, fundamentando sua decisão de acordo com os direitos fundamentais, nesse caso em específico a liberdade de expressão. Vale mencionar a decisão transcrita por Sarmiento (2010, p.112), lavrada pelo Tribunal:

A finalidade primária dos direitos fundamentais é a de salvaguardar as liberdades individuais contra interferências das autoridades públicas. Eles são direitos defensivos do indivíduo contra o Estado. Esta é uma decorrência do desenvolvimento histórico dos direitos fundamentais nas constituições de vários países [...] sua seção de direitos fundamentais estabelece uma ordem de valores, e esta ordem reforça o poder efetivo destes direitos fundamentais. Este sistema de valores, que se centra na dignidade da pessoa humana, em livre desenvolvimento dentro da comunidade social, deve ser considerado como uma decisão constitucional fundamental, que afeta a todas as esferas do direito público ou privado. Ele serve de metro para a aferição e controle de todas as ações estatais nas

áreas da legislação, administração e jurisdição. Assim é evidente que os direitos fundamentais também influenciam o desenvolvimento do direito privado.

Diante do caso em questão a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais ganhou força e respaldo por todo o ordenamento jurídico. A interpretação legislativa de acordo com a Constituição deu impulso à concretização desses direitos desenvolvendo-se dois novos conceitos, segundo Sarmiento (2010) a chamada “eficácia irradiante” dos direitos fundamentais e a “teoria dos deveres de proteção”. A eficácia irradiante é um desdobramento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a carga valorativa concentrada nestes direitos torna sólida a aplicação e efetividade destes. A CF/88 traz em seu texto esse efeito irradiante quando traz expresso em art. 5º, § 1º quando dispõe: as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata⁴.

Caso polêmico, citado por Sarmiento (2010), “talvez o mais conhecido, foi o lançamento de anões, que aconteceu numa boate francesa”. Esse evento tratava-se de um concurso onde sairia vencedor quem conseguisse arremessar o anão mais longe possível. O Estado entendendo que tal conduta feria totalmente o princípio da dignidade da pessoa humana, usou do poder de polícia que lhe é conferido e interditou o espetáculo. Tanto o anão como o dono da boate inconformados com a situação, impugnou o ato administrativo, pois, aquele perdera o emprego e este deixou de auferir lucros com o fim do espetáculo. A decisão foi mantida por parte do Conselho de Estado Francês, entendendo que a proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana condicionada ao conceito jurídico de ordem pública não poderiam ser violados.

Este em caso em tela encontra respaldo na Teoria dos deveres de proteção. A teoria contemporânea dos direitos fundamentais traz a ideia de que o Estado não deve apenas abster-se de violar tais direitos, mas também de impedir que sejam violados pelos particulares. Trata-se de um desdobramento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Segundo Sarmiento (2010, p.129):

⁴ Normas de aplicação imediata, são aquelas normas da Constituição que, no momento em que esta entra em vigor, estão aptas a produzir todos os seus efeitos, independentemente de norma integrativa infraconstitucional.

Tal aspecto constitui um dos mais importantes desdobramentos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, e está associado à ótica emergente do *Welfare State*, que enxerga no Estado não apenas um “inimigo” dos direitos do Homem, que por isso deve ter suas atividades limitadas ao mínimo possível (Estado mínimo), mas uma instituição necessária para a própria garantia destes direitos na sociedade civil.

Dado exposto percebe-se que os direitos fundamentais como ordem suprema de valores da pessoa humana são norteadores de todo o sistema jurídico, fazendo valer o bem-estar social e não podendo ser limitados à incidência nas relações entre a sociedade e Estado, aplicando-se também nas relações entre particulares. Consubstanciando o entendimento, aduz Sarlet (2010, p.140):

A afirmação da dimensão objetiva constitui um reforço aos direitos fundamentais, que amplia o seu raio de atuação, permitindo que eles transcendam o domínio das relações entre indivíduo e Estado ao qual estavam confinados pela interpretação liberal e positivista.

Destarte, diante dos paradigmas dessa nova teoria, caso um litígio lese um direito fundamental e o particular fique inerte cabe ao Estado através do seu poder de polícia, ou como se refere Andrade (1976) através do “dever de vigilância” intervir nas relações privadas a fim de coibir essa afronta aos princípios constitucionais. De acordo com esta teoria do dever de proteção, o Estado deve interferir na esfera particular, limitando a autonomia privada, fazendo uma ponderação de interesses, protegendo desta forma os direitos fundamentais que são o norte de todo o ordenamento jurídico. Com o objetivo de que estes não sejam lesionados por parte de terceiros, cabe ao Poder Público velar tais interesses e buscar a tão almejada justiça social.

3.1 DISTINÇÕES ENTRE AS DEFINIÇÕES DE EFICÁCIA VERTICAL E HORIZONTAL

De acordo com Barroso (1996) “a efetividade significa a realização do Direito, o desempenho concreto sua função social, representando a materialização, no

mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação entre o dever se normativo e o ser da realidade social”. Já quanto à eficácia e sua amplitude, pondera Sarlet (2001, p.229):

Em todas as classificações se destacam dois grupos de normas quais sejam, aquelas que dependem, para a geração de seus efeitos principais, da intervenção do legislador infraconstitucional e aquelas que, desde logo, por apresentarem suficiente normatividade, estão aptas a gerar seus efeitos e, portanto, dispensam uma *interpositivo legislatoris*.

Diante da precípua missão Estado Democrático de Direito, que através de suas previsões constitucionais deve promover e dar efetividade ao texto constitucional é de notável importância distinguir e delimitar as fronteiras nas relações jurídicas público-privadas.

Os direitos fundamentais, como direitos de defesa, têm eficácia vertical⁵ perante o Estado, impedindo os arbítrios do poder. Portanto evidencia-se a eficácia vertical nas relações jurídicas desenvolvidas entre os particulares e o poder público. Segundo ensinamentos de Novellino (2008, p.224):

Para verificar a eficácia de um direito fundamental cumpre distingui-los entre direitos de defesa e direitos a prestações. Aqueles se consubstanciam, normalmente, em normas auto-executáveis, dispensando assim, legislação complementar. Em contrapartida estes não produzem todos os seus efeitos sem uma legislação que complemente o seu conteúdo. Assim os direitos de defesa possuem eficácia direta e imediata, enquanto os direitos e prestações, em regra, não terão aplicabilidade imediata até que o legislador infraconstitucional complemente o seu objeto e conteúdo.

A eficácia vertical dos direitos fundamentais vincula o Estado ao cidadão, numa relação jurídica-social mútua onde o poder público nas suas três esferas Executivo, Legislativo e Judiciário vincula-se aos particulares. Trata-se de uma relação assimétrica, onde o Estado ocupa uma posição superior ao do indivíduo.

⁵ Os direitos fundamentais funcionam como instrumentos de proteção dos indivíduos contra a opressão estatal. Sendo o particular o titular dos direitos e nunca o 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.

Desta forma além de não agredir os direitos fundamentais o Estado tem a obrigação de fazer com que os particulares os respeitem, daí surge à necessidade de proteger com todo o aparato legal disponível os direitos e garantias fundamentais.

É de salutar importância fazer referência ao entendimento de Marinoni (2004, p.168):

A norma de direito fundamental independentemente da possibilidade de sua subjetivação sempre contém valoração. O valor nela contido, revelado de modo objetivo, espalha-se necessariamente sobre a compreensão e atuação do ordenamento jurídico. Atribui-se aos direitos fundamentais, assim uma eficácia irradiante.

Outro desdobramento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é a sua eficácia irradiante, significa que os direitos fundamentais irradiam-se por todo o ordenamento jurídico, nas suas diversas esferas. De acordo com esta tese esclarece Sarmiento (2010) “caso haja ambiguidade de determinada disposição legal, opte pela exegese que torne esta norma compatível com a Constituição, mesmo que não seja resultante da exegese, mas óbvia do preceito”. Ainda dispondo sobre o assunto, Schier *apud* Sarmiento (2010, p.125):

Trata-se do fenômeno da *filtragem constitucional*, que exige do aplicador do direito uma nova postura, voltada para a promoção dos valores constitucionais em todos os quadrantes do direito positivo. Este processo, como assinalou Luís Roberto Barroso, “(...) não identifica apenas a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação dos seus institutos sob uma ótica constitucional”.

Diante dos aspectos analisados, a missão do Estado é clara, além de não agredir os direitos fundamentais através de normas proibitivas, este deve atuar de modo a protegê-los e difundi-los sobre todo o ordenamento jurídico.

Por outro lado existe a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, também, chamada **eficácia privada**⁶; “eficácia em relação a terceiros” onde analisa a problemática da incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares que se encontram num mesmo plano jurídico, inexistindo hierarquia como se

⁶ É aquela estabelecida numa relação jurídica simétrica, ou seja, as partes encontram-se no mesmo plano jurídico, existindo uma igualdade formal, ou hipotética.

percebe na eficácia vertical. A também denominada eficácia externa encontra sua ampliação maior no âmbito da doutrina e jurisprudência alemã. Atualmente os debates acerca da aplicabilidade dos direitos fundamentais na esfera privada permeiam potencialmente os mais diversos sistemas jurídicos, sob forte influência da doutrina europeia em geral. O maior óbice, no entanto, está em definir o seu grau de vinculação com os particulares.

Os litígios jurídicos existentes na esfera privada apresentam-se sobre diversas formas, desde simples lesões a direitos até graves problemas gerados no ordenamento jurídico. A incessante necessidade humana pela logicidade nas respostas, no campo das ciências exatas e humanas, geram grandes celeumas em torno das dúvidas suscitadas no decorrer do desenvolvimento jurídico-social. A partir daí surge a premente necessidade dos direitos fundamentais consagrados ao longo da história ganhar uma dimensão objetiva desconsiderando-os como simples direitos subjetivos do indivíduo perante o Estado.

Nesse diapasão vale destacar o entendimento de Pereira (2006, p.447) sobre o tema:

Nesse contexto, e para ressaltar a densidade do problema, é possível cogitar de uma série de hipóteses envolvendo potenciais lesões a direitos fundamentais na esfera privada, cabendo questionar: se ou até que ponto as liberdades (religiosas, de residência, de associação, por exemplo) ou bens pessoais (integridade física e moral, intimidade, imagem) podem ser limitadas por contrato, com o acordo ou o consentimento do titular; se uma empresa pode celebrar contratos de trabalho com cláusulas pelas quais os trabalhadores renunciem a exercer atividade partidária ou a sindicalizar-se; se um partido político pode impedir que participem das convenções destinadas a escolher seus candidatos nas eleições, indivíduos de raça negra; se é legítimo que um clube social recuse o ingresso de novo sócio sem declinar a motivação, ou proíba o aceso de pessoas determinada raça ou sexo; se uma empresa pode celebrar contrato de trabalho em que conste cláusula de celibato de empregado, ou ainda, que o obrigue a não ter filhos durante o período de vigência do contrato; se uma escola particular pode recusar-se a matricular alunos de determinada raça; até que ponto é admissível a liberdade de expressão (e de outras liberdades) dos jogadores de um clube desportivo, dos membro de um partido político ou ordem religiosa; quais os poderes de sancionamento que os pais podem exercer sobre os menores; se o senhorio pode despejar o inquilino pelo não pagamento da renda quando tolera o não pagamento de outro que também não paga; se é legítima cláusula testamentária que estabeleça que o direito de herança não poderá ser exercido caso o herdeiro se case com uma israelita; se

pode uma associação expulsar sócio sem observar as regras estatutárias, ou ainda, se pode o condômino se sancionado sem que antes lhe seja dada a oportunidade de defender-se, etc.

As querelas são diversas e surgem em diferentes contextos. A intensidade da incidência muda de acordo com o caso concreto, afinal as lesões a direitos fundamentais na esfera privada, surgem sobre diferentes aspectos.

Em virtude do que foi mencionado torna-se clara a diferença entre as duas teorias. Na primeira, eficácia vertical, existe hierarquia, ou seja, o Estado sobrepõe-se indivíduo dando uma conotação de verticalidade. Já na eficácia horizontal, os particulares, envolvidos encontram-se no mesmo plano, inexistindo relação de subordinação, existindo assim uma igualdade formal.

3.2 TEORIAS DA EFICÁCIA HORIZONTAL

Atualmente é consensual no Direito pátrio e internacional a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, persistindo apenas a dúvida em relação à forma e o alcance de tais direitos nas relações entre particulares. Portanto, existem três teorias que tratam da eficácia horizontal dos direitos e garantias fundamentais. São elas: a teoria da ineficácia, a teoria da eficácia indireta e a teoria da eficácia direta.

A teoria da ineficácia dos direitos fundamentais ou doutrina do *State action* consolidou-se nos Estados Unidos da América, onde se firmara o entendimento que não existe vinculação alguma dos particulares com os direitos fundamentais. Isso quer dizer que na esfera privada não cabe por parte do Estado interferência alguma. Corroborando esse juízo Sarmento (2010, p.189) expõe:

É no direito norte-americano que a tese da não-vinculação dos particulares direitos fundamentais estabelecidos em sede constitucional teve maior difusão. É praticamente um axioma do Direito Constitucional norte-americano, quase universalmente aceito pela doutrina como pela jurisprudência, a ideia de que os direitos fundamentais, previstos no *Bill of Rights* da Carta estadunidense, impõem limitações apenas para os Poderes Públicos e não atribuem aos particulares direitos frente a outros particulares com exceção

apenas da 13ª Emenda, que proibiu a escravidão. Para justificar esta posição, a doutrina apoia-se na literalidade do texto constitucional, que se refere apenas aos Poderes Públicos na maioria das suas cláusulas consagradoras de direitos fundamentais.

Dando aplicabilidade e eficácia a essas normas, a Corte americana, através de uma interpretação constitucional julgou diversos casos negando a incidência dos direitos fundamentais entre particulares. Essa trajetória inicia-se de acordo com Sarmiento (2010) “com os julgados envolvendo questões de racismo, *Civil right Cases*, onde algumas pessoas foram proibidas de entrar em locais públicos por serem negras”. A Corte fundamentou sua decisão em duas premissas. A primeira, de que os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição norte-americana vinculam apenas os poderes públicos e não os particulares; a segunda exclui a possibilidade de o Congresso editar normas que protejam os direitos fundamentais nas relações privadas, sendo competência exclusiva do legislador estadual.

Com o decorrer dos anos e o surgimento de outros casos envolvendo entes particulares, outras correntes foram ganhando força, abalando a doutrina do *state action*, Sarmiento (2010, p.190) destaca esse fenômeno:

A partir da década de 40 do século passado, A suprema Corte americana, sem renegar a doutrina do *state action*, começa a esboçar alguns temperamentos a ela. Com efeito, passou a Suprema Corte a adotar a chamada *public function theory*, segundo a qual quando os particulares agirem no exercício de atividades de natureza tipicamente estatal, estarão sujeitos às limitações constitucionais. Esta teoria impede, em primeiro lugar, que o Estado se livre da sua vinculação aos direitos constitucionais pela constituição de empresas privadas, ou pela delegação das suas funções típicas para particulares, pois estes, quando assumem funções de caráter essencialmente público, passam a sujeitar-se aos mesmos condicionamentos constitucionais impostos aos Poderes Públicos.

Vê-se que, portanto, de acordo com essa doutrina, só haverá incidência de direitos fundamentais nas relações entre particulares, se existir no ordenamento jurídico, lei expressa, ou quando o particular esteja exercendo uma função estatal.

O extremismo da doutrina do *state action* perde forças com o decorrer dos anos cedendo espaço para outras vertentes ideológicas. Surgindo a teoria da

eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais⁷ desenvolvida na Alemanha e tendo como principal defensor, Günter Düring, em obra publicada em 1956, sendo inclusive hoje corrente predominante na Corte Constitucional Germânica.

A referida doutrina parte do pressuposto da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, justificando a eficácia destes nas relações privadas, nesse sentido preleciona Mendes (2004, p.117):

O reconhecimento de que os direitos fundamentais têm um significado especial para a ordem jurídica objetiva – direito fundamental enquanto elemento de ordem jurídica objetiva – obriga o legislador a atuar no sentido de concretizá-los também nas relações privadas, evitando que os valores básicos protegidos por esses direitos possam de alguma forma ser afetados por entidades que não estejam submetidas diretamente ao regime dos direitos fundamentais. Daí falar-se em um dever de proteção (*Schutzpflicht*) que decorreria exatamente do especial significado objetivo dos direitos fundamentais para a ordem jurídica objetiva.

De acordo com os ensinamentos do autor tais direitos seriam irradiados ao direito privado, caso não houvesse, normas jurídico-privadas sobre o fato. A solução de conflitos dessa natureza se daria através das cláusulas gerais do direito privado em consonância com os direitos fundamentais. Tendo em vista os aspectos observados, Silva *apud* Carvalho (2009, p.722) corrobora esse juízo:

Para conciliar direitos fundamentais e direito privado sem que haja um domínio de um pelo outro, a solução proposta é a *influência* dos direitos fundamentais nas relações privadas *por intermédio* do material normativo do próprio direito privado. Essa é base dos *efeitos indiretos*. Essa conciliação entre direitos fundamentais e direito privado, por meio da produção indireta de efeitos dos primeiros no segundo, pressupõe a ligação de uma concepção de direitos fundamentais como um *sistema de valores* com a existência de portas de entrada desses valores no próprio direito privado, que seriam as *cláusulas gerais*.

Seguindo esse entendimento, os direitos fundamentais exercem influência sobre as normas de direito privado, não adentrando diretamente nessas relações. Cabendo ao legislador interpretar as normas e estabelecer o seu grau de extensão e

⁷ Trata-se de teoria intermediária, amenizando a negação da aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas permitindo ao legislador infraconstitucional em caso de omissão expressa da lei intervir na relação guiando-se pelas diretrizes constitucionais.

as hipóteses em que essas podem ser aplicadas. Segundo a doutrina da ineficácia, caso não houvesse delimitação dessa aplicação haveria uma fusão entre o direito o Direito privado e o Direito Constitucional. Neste sentido destaca Sarmiento (2010) ao afirmar que “cabe antes de tudo ao legislador privado a tarefa de mediar à aplicação dos direitos fundamentais sobre os particulares, estabelecendo uma disciplina das relações privadas que se revele compatível com os valores constitucionais”.

Esta corrente entende que a incidência direta dos direitos fundamentais nas relações privadas acabaria por ferir o princípio da autonomia da vontade, repercutindo em diversos ramos do direito. Como: Direito Civil, Direito do Trabalho, Direito Empresarial, Direito do Consumidor, entre outros.

A presente doutrina é, em demasia, criticada pelos estudiosos do tema. Por ocupar essa posição intermediária, entre a teoria da *state action*, que nega totalmente da incidência dos direitos fundamentais entre os particulares e a teoria da eficácia direta que defende a irradiação destes direitos a todas as relações jurídicas. As críticas apontam no sentido desta doutrina não proporcionar uma tutela integral dos direitos fundamentais nas relações privadas ficando condicionada a vontade do legislador. Outros criticam afirmando, que se trata de teoria superficial, já que pressupõe uma interpretação das normas conforme a Constituição.

Por sua vez, a teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais, de acordo com Sarmiento (2010), “foi defendida inicialmente na Alemanha por Hans Carl Nipperdey, a partir do início da década de 50”. De acordo com ele os direitos fundamentais podem ser invocados diretamente pelo particular sem a necessidade de mediação legislativa produzindo eficácia *erga omnes*⁸. Neste ponto vale ressaltar o posicionamento de Mendes (2006, p.123):

Em verdade, nem todos, mas uma série de direitos fundamentais destinam-se não apenas a garantir os direitos de liberdade em face do Estado, mas também a estabelecer as bases essenciais da vida social. Isso significa que disposições relacionadas com os direitos fundamentais devem ter aplicação direta nas relações privadas entre os indivíduos. Assim, os acordos de direito privado, os negócios e atos jurídicos não podem contrariar aquilo que se convencionou chamar ordem básica ou ordem pública.

⁸ A eficácia *erga omnes* significa que os direitos e garantias fundamentais aplicam-se a todos envolvidos na relação jurídica, sejam elas pessoas jurídicas ou físicas.

Os seus seguidores justificam sua aplicação direta alegando que possíveis lesões a direitos não partem unicamente do Estado, mas também de terceiros envolvidos nas relações que se encontram no mesmo plano jurídico. O Estado Social⁹ evidencia os conflitos jurídico-sociais e as disparidades econômicas, sociais e culturais da sociedade.

É esta sociedade contemporânea estratificada em várias camadas sociais na qual se faz necessário a vinculação direta dos direitos fundamentais; visto o abismo que existe entre o hipossuficiente e o privilegiado cabe ao Estado proteger os direitos daqueles respeitando a todos fazendo valer a justiça e o princípio da dignidade da pessoa humana. Neste sentido Garcia *apud* Sarmiento (2010, p.206) considera que:

A eficácia horizontal direta funciona como um mecanismo essencial de correção de desigualdades sociais. Para ele, o grande equívoco da teoria da eficácia mediata consiste em confundir a liberdade constitucional com a autonomia privada contratual, já que, sob a ótica constitucional, não existe efetiva liberdade numa situação de flagrante desigualdade entre as partes.

Seguindo essa vertente doutrinária, há de se fazer uma mensuração da desigualdade fática entre os particulares, afinal, por mais que estejam no mesmo plano jurídico essa igualdade é apenas hipotética. Cabendo ao legislador tentar equilibrar essa desigualdade através da aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas. Neste sentido vale mencionar os ensinamentos de Andrade *apud* Sarmiento (2010, p.213):

Quando as normas do Direito Privado e as cláusulas gerais forem insuficientes para a proteção destes direitos nas relações particulares, o juiz pode resolver o caso lançando mão dos preceitos constitucionais, mas deverá fazê-lo sempre de forma moderada, buscando uma harmonização entre o direito fundamental e o princípio da autonomia privada.

⁹ O Estado social, ou também chamado *Welfare State*, surgiu após a 2ª Guerra Mundial tendo seu maior desenvolvimento na Europa. Neste modelo político-econômico o estado age na promoção e defesa dos interesses sociais. Garantindo à população os serviços públicos essenciais para uma vida digna.

Destarte, os adeptos desta corrente defendem que é perfeitamente possível a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares sem a lesão do princípio da autonomia da vontade. Diante dos fatos expostos pacificando as controvérsias Sarmento ratifica (2010) “que a presente teoria apesar de não ter prevalecido na Alemanha, onde foi inicialmente concebida, tornou-se dominante em vários outros Estados como Espanha, Portugal, Itália, Argentina e Brasil”.

4 ANÁLISE DAS RELAÇÕES JURÍDICAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No que pese as controvérsias existentes sob qual teoria predomina no ordenamento jurídico brasileiro, quanto à eficácia das relações jurídicas há de prevalecer o entendimento da maioria dos autores estudiosos do tema, Sarmiento (2010) “aduz que no Brasil, a teoria predominante é a da eficácia direta nas relações privadas, que não depende de intermediação do legislador ordinário nem se esgota na interpretação das cláusulas gerais do Direito Privado”.

Apesar de não está inserida na Carta Magna brasileira, esta traz em seu cerne direitos individuais que dão estrutura ao Estado social permitindo a interação entre a sociedade civil e o Estado propiciando a vinculação dos direitos fundamentais entre os particulares e o Poder público de forma direta e imediata amenizando as desigualdades sociais refletidas nas relações jurídicas no mundo contemporâneo. Neste sentido afirma Sarlet (2000) que “o maior grau de desigualdade social no país constitui argumento relevante para adoção, entre nós, da tese da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas”. A aplicação dos direitos fundamentais segundo Sarmiento (2006, p.329) envolve uma ponderação de interesses como aduz o autor:

Um dos parâmetros importantes nesta questão liga-se ao grau de desigualdade fática entre as partes da relação jurídica. A assimetria de poder numa determinada relação tende a comprometer o exercício da autonomia privada da parte mais fraca, expondo a um risco maior seus direitos fundamentais. Por isso, quanto mais à relação for assimétrica, maior será a vinculação da parte mais forte ao direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada. Sem embargo, mesmo nas relações tendencialmente iguais, os direitos fundamentais incidem, para impor um mínimo de respeito à dignidade da pessoa humana, que é irrenunciável. Nestas ponderações, outro fator relevante é a natureza da questão sobre a qual gravita a controvérsia. Nas questões ligadas às opções existenciais da pessoa, a proteção à autonomia privada é maior. Já nos casos em que a autonomia do sujeito de direito ligar-se a alguma decisão de cunho puramente econômico ou patrimonial, tenderá a ser mais intensa a tutela do direito fundamental contraposto. Nestas relações patrimoniais, por sua vez a proteção da autonomia privada será maior, quando estiverem em jogo bens considerados supérfluos para a vida humana, e menor quando o caso envolver bens essenciais para a dignidade humana.

O Brasil é um país onde as desigualdades sociais são enormes e isso ocorre devido à má distribuição de renda, tornando as relações jurídicas injustas e assimétricas, por isso o direito brasileiro acolheu dentre as teorias a da eficácia direta, pois esta é mais compatível com a CF/88, que traz como princípio matriz a dignidade da pessoa humana, os direitos sociais, econômicos e culturais também vinculam os particulares através de sua eficácia irradiante, ou seja, sua dimensão objetiva. Nesse aspecto assevera Sarmento (2010) “que no Brasil a escolha foi do próprio constituinte que se dedicou a disciplinar em linhas gerais e proteger diversos institutos do Direito Privado, como a família e a propriedade”. Quis o legislador através destas normas expressas na Constituição buscar uma solução para as desigualdades sociais, econômicas com intuito de diminuir a superioridade de uma parte em relação à outra nas relações jurídicas.

É este o atual cenário no qual vive a sociedade brasileira, que acata em perfeita sintonia a aplicação dos direitos e garantias fundamentais de forma direta e imediata.

Apesar de já existirem estudos e debates sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais na ordem jurídica internacional, esse tema ganhou destaque na ordem jurídica nacional nos últimos anos e de acordo com Sarmento (2010) “se tem percebido uma nítida preferência pela tese da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais no campo privado”. Grandes estudiosos do tema a exemplo de Sarlet (2001) adotou a mesma posição de Sarmento, afastando as objeções existentes acerca da aplicabilidade desta teoria no ordenamento jurídico brasileiro. Neste mesmo sentido posiciona-se Steinmetz (2005) onde defende na sua tese de doutorado a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais. Pereira *apud* Sarmento (2010, p.247) sustenta a mesma posição sugerindo importantes pautas argumentativas nesta questão:

- 1) Se a ação violadora do direito puder ser indiretamente imputada ao Estado, os direitos fundamentais, em tese, devem ser aplicados;
- 2) (Quanto mais poderosa for a pessoa ou instituição privada maior deve ser seu grau de vinculação aos direitos fundamentais;
- 3) Quanto maior a proximidade da relação jurídica à esfera pública, maior deve ser a proteção do direito fundamental em jogo, e menor a proteção à autonomia privada, e vice-versa;
- 4) A aplicação dos direitos fundamentais no campo privado não pode conduzir a uma homogeneização da comunidade, ou seja, é

preciso preservar a identidade e as peculiaridades dos diversos agentes sociais.

Castro (1995) “posiciona-se neste mesmo segmento argumentado que a eficácia direta e imediata fundamenta-se no princípio da dignidade da pessoa humana”. Embasando-se na jurisprudência e doutrina germânica Mendes *apud* Sarmiento (2010, p.248):

não se confirmou seu posicionamento sobre qual teoria ele adota, mas em recente decisão no STF onde foi relator, apresentou voto vencedor sobre a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas no devido processo legal neste julgado em específico.

Corroborando o entendimento Barroso (2005) destacando ser a doutrina mais apropriada ao ordenamento jurídico brasileiro, põe em foco a questão da ponderação de interesses versus o princípio da autonomia privada, portanto destaca alguns fatores neste processo Barroso *apud* Sarmiento (2010) aduz que: “a igualdade ou desigualdade material entre as partes [...]; b) a manifesta injustiça ou falta de razoabilidade de critério [...]; c) preferência para valores existenciais sobre os patrimoniais; d) risco para a dignidade da pessoa humana.”.

Em vista dos argumentos apresentados pelos autores aqui referidos que estudam o tema da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais é evidente que a teoria predominante no ordenamento jurídico pátrio é a tese da eficácia direta nas relações privadas.

4.1 POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS QUANTO A APLICABILIDADE DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Quanto à jurisprudência brasileira não existe ainda decisões que apontem num mesmo sentido valendo-se diretamente dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Vale mencionar que a incidência da eficácia horizontal já é percebida, ou seja, os direitos consagrados na CF/88 incidem Direito Privado, mas a forma com esta irradiação se dá ainda não é unânime nos Tribunais superiores.

Nos mais recentes julgados observa-se a tendência para aplicação da teoria eficácia direta nas relações privadas, no entanto, é ausente um posicionamento expresso por parte da dos Tribunais, isso de certa forma afeta o princípio da segurança jurídica um dos mais importantes pilares do direito.

Como bem preleciona Sarmiento (2010, p.205):

Já na jurisprudência brasileira ocorre um fenômeno de certa forma curioso. Não são tão escassas as decisões judiciais utilizando diretamente os direitos fundamentais para dirimir conflitos de caráter privado. Porém, com raras exceções, estes julgamentos não são precedidos de nenhuma fundamentação teórica que dê lastro à aplicação do preceito constitucional ao litígio entre particulares. Na verdade, somente agora vem encontrando eco nos nosso pretórios a fértil discussão sobre os condicionamentos e limites para aplicação dos direitos humanos na esfera privada.

No julgamento do recurso Extraordinário nº 161.243-6/DF apud Sarmiento (2010, p.251), que teve como relator o Ministro Carlos Mário Veloso pretendia o trabalhador o reconhecimento de direitos trabalhistas assegurados no Estatuto da empresa, aos cidadãos franceses. O STF acolheu a pretensão do trabalhador, lavrando:

CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. CF, 1967, art.153, § 1º; CF, 1988, art. 5º, caput.

I – Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria irrestrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: (C.F., 1967, art. 153, § 1º; CF, 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.

Vale destacar também o julgamento no STF do Recurso Extraordinário nº 158215-4/RS que teve como relator o ministro Marco Aurélio, trata-se de um caso

onde associados de uma cooperativa haviam sido excluídos e não deram o direito de defesa a estes. Segue ementa do acórdão, DJ 7/6/1997:

COOPERATIVA – EXCLUSÃO DE ASSOCIADO – CARÁTER PUNITIVO – DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associados decorrente de condutas contrárias aos estatutos, impõe-se do devido processo legal, viabilizando o exercício da ampla defesa.

Neste caso as garantias constitucionais foram acolhidas através da aplicação direta do princípio da ampla defesa nesta relação privada. A pretensão foi resguardada por vencedora a cooperativa.

Outro julgado, este no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), onde há vinculação dos direitos fundamentais aos particulares vale mencionado por tratar-se de Habeas Corpus nº 12.547-DF. Neste caso em tela discutia-se a prisão civil por dívida de um motorista de táxi, cujo débito, decorrente de contrato de alienação fiduciária do veículo, fora quase multiplicado por 5 no período de 24 meses em razão da incidência de juros. Acontece que o taxista trabalhando sua vida inteira não conseguiria pagar a dívida. A seguir a ementa do acórdão:

HABEAS CORPUS. Prisão civil. Alienação fiduciária em garantia. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Direitos fundamentais de igualdade e liberdade. Cláusula geral dos bons costumes e regra de interpretação da lei segundo seus fins sociais. Decreto de prisão civil da devedora que deixou de pagar dívida bancária assumida com a compra de um automóvel-táxi, que se elevou, em menos de 24 meses, de R\$ 18.700,00 para R\$ 86.658, a exigir que o total da remuneração da devedora, pelo resto do tempo provável de vida, seja consumido com o pagamento dos juros. Ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, aos direitos de liberdade de locomoção e de igualdade contratual e aos dispositivos da LICC sobre o fim social da lei e obediência aos bons costumes.
Arts. 1º, III, 3º, e 5º, caput, da CR. Arts. 5º e 17º da LICC. DL 911/67. Ordem deferida.

Neste diapasão, percebe-se que os Tribunais dependendo do caso concreto aplicam a Teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais no Direito Privado, que vem ganhado força consequentemente afastando as outras teorias sobre o assunto. Nesse entendimento, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, que foi relator do caso

citado acima opta pela aplicação da eficácia direta visto que, caso fosse adotado teoria concorrente correria o sério risco de não chegar a um julgamento justo. No seu voto consta tal argumento, Sarmiento (2010, p.254), destaca:

Não me parece que a eficácia na relação de direito privado seja somente indireta, pois bem pode acontecer que o caso concreto exija a aplicação imediata do preceito constitucional, quando inexistir norma infraconstitucional que admita interpretação de acordo com a diretiva constitucional, ou faltar cláusula geral aplicável naquela situação, muito embora esteja patente a violação do direito fundamental [...]. No caso dos autos, porém, a distinção entre eficácia direta e indireta frente a terceiros é irrelevante. Tanto seria possível aplicar diretamente o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, como a cláusula geral do art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil, sobre ordem pública e bons costumes, cuja similar alemã é usada em casos tais, além do emprego da norma de hermenêutica que condiciona a aplicação da lei aos fins sociais a que ela se dirige.

Destarte, fazendo uma análise geral dos casos julgados nos Tribunais brasileiros, chega-se a conclusão que a jurisprudência nacional aos poucos ganha contornos apontando no sentido da incidência direta e imediata nos conflitos privados.

O Estado Social como sistema de valores deve fazer uma ponderação de interesses, respeitando o princípio da autonomia privada, e ao mesmo tempo aplicar os direitos fundamentais nas relações privadas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O atual cenário brasileiro é uma verdadeira contradição, pois se vive uma evolução tecnológica marcante e ainda baixos níveis de desenvolvimento econômico. Esse paradoxo gera uma verdadeira crise social e cabe ao Estado solucionar as disparidades existentes através dos direitos assegurados em nossa Carta Magna como: educação, saúde, propriedade, trabalho, meio ambiente equilibrado. Dando aplicabilidade a estes direitos fundamentais. Estes não possuem significado restrito, ou seja, sua carga valorativa espalha-se sobre todo o ordenamento jurídico, incidindo também nas relações jurídicas privadas.

O estudo minucioso da origem, da natureza e da evolução dos direitos fundamentais ao longo da história é relevante para propiciar uma adequada compreensão desses direitos e sua função nos dias atuais. Com a evolução de tais direitos surge o Estado constitucional, que traz como base o reconhecimento e proteção da dignidade da pessoa humana. Os direitos humanos surgem da necessidade de impor limites ao regime absolutista, à centralização do poder nas mãos do monarca, buscando o reconhecimento da liberdade e dignidade inerentes à condição humana. O ideal de liberdade é desfrutado a partir do momento em que o homem vivendo em sociedade, sob diferentes aspectos culturais, cerceia parcela do seu direito humano no interesse do próximo.

Os direitos fundamentais, como direitos de defesa, têm eficácia vertical perante o Estado, impedindo os arbítrios do poder. Portanto evidencia-se a eficácia vertical nas relações jurídicas desenvolvidas entre os particulares e o poder público.

A doutrina contemporânea reconhece a dupla dimensão dos direitos fundamentais, são elas: a subjetiva que impõe limites ao poder estatal, evitando arbitrariedades por parte dos governantes, gerando uma obrigação negativa, de não-fazer, ou seja, o dever jurídico de abstenção. E a dimensão objetiva, na qual os direitos fundamentais incidem positivamente nas relações privadas exigindo do aparelho estatal prestações positivas, obrigações de fazer. De acordo com esta nova visão não basta que o Estado se abstenha de violar direitos, cria-se uma necessidade de proteção contra ataques e ameaças providas de terceiros.

Sob esta ótica, nasce a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, permitindo que estes ultrapassem o domínio das relações entre indivíduo e Estado.

Esses direitos passam a ter um efeito irradiante refletindo-se sobre todos os ramos do Direito, sobretudo no Direito Privado.

Através da exposição dos argumentos das teorias que tratam da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, pôde-se constatar que as doutrinas do *state action* e a da eficácia mediata ou indireta não tutelam efetivamente tais direitos por restringir sua aplicação na esfera privada. A primeira corrente admite a incidência dos direitos fundamentais nas citadas relações quando as entidades privadas desempenharem atividades de caráter público. Já a segunda deixa nas mãos do legislador a delimitação de quais os direitos e a forma como estes incidirão nas relações entre particulares.

Desta forma, percebe-se que a doutrina que melhor apresenta uma tutela efetiva aos direitos fundamentais nas relações privadas é a Teoria da eficácia direta, haja vista que apresenta argumentos suficientes para comprovar que a aplicabilidade dos direitos fundamentais deve ocorrer de forma direta, pois o estabelecimento de limitações quanto à incidência acarretaria sérias violações aos mesmos.

Sendo assim, demonstrou-se que não existe nenhuma norma expressa no ordenamento jurídico pátrio que estabeleça a forma de incidência de tais direitos. Porém, ficou evidenciado que somente as circunstâncias do caso é que vão determinar a forma e a extensão da incidência.

Em capítulo específico foi abordada as novas tenências da temática de forma sucinta, desde definições até, até grau de extensão, a forma estas incidem no ordenamento, e sua vinculação com os particulares.

Bem como, evidenciou-se quer tal incidência far-se-á através do estabelecimento de parâmetros que devem ser observados pelo magistrado diante de casos concretos, destacando-se a desigualdade fática do particulares, pois embora os sujeitos das relações privadas mereçam e reclamem a mesma proteção deve-se observar a existência de um grau de superioridade de uma parte sobre a outra.

Quanto à jurisprudência brasileira não existe ainda decisões que apontem num mesmo sentido valendo-se diretamente dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, vale mencionar que a incidência da eficácia horizontal já é percebida, ou seja, os direitos consagrados na CF/88 incidem no Direito Privado,

mas a forma com esta irradiação se dá ainda não é unânime nos Tribunais superiores.

Destarte, analisando de forma perfunctória os casos julgados nos Tribunais brasileiros e os diversos posicionamentos doutrinários acerca da aplicabilidade da eficácia direta chega-se a conclusão que a jurisprudência nacional aos poucos ganha contornos mais nítidos apontando no sentido da incidência direta e imediata dos direitos fundamentais nos conflitos privados.

Enfim, com o surgimento do Estado Social, *Welfare State*, torna cada vez mais clara as desigualdades fáticas existentes entre as partes, cabendo ao Estado fazer uma ponderação de interesses nos casos concretos. Diante dessa nova realidade os direitos fundamentais se irradiam por todo o ordenamento jurídico com o intuito de propiciar uma vida digna aos cidadãos.

Portanto, sendo o Estado brasileiro um Estado Social deve-se tutelar estes interesses, através da aplicabilidade da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998.

ANDRÉ, Ramos Tavares. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar. 1996.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 15. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista do Tribunais, 2007.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOCHE, Jonh. **Segundo Tratado sobre o governo**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2004.

_____. **Curso de Processo Civil**. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Revista do Tribunais, 2006.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições dos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. São Paulo: Renovar, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Constituição Concretizada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

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

_____. **Constituição Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

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