

# FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

## CURSO DE DIREITO



VANESSA CÁSSIA DIAS ALVES

Associação Educativa Evangélica  
BIBLIOTECA

## EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Monografia apresentada à disciplina de monografia do Curso de Direito da FACER – FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA, sob a orientação do professor especialista Sérgio Luís Oliveira dos Santos.

5 - 32776

Tombo nº	17669
Classif.	34
Ex.	1
Origem	vd
Data	31.01.11

De acordo

\_\_\_\_\_  
Professor orientador

RUBIATABA

2010

**FOLHA DE APROVAÇÃO**

Associação Educativa Evangélica  
**BIBLIOTECA**

**VANESSA CÁSSIA DIAS ALVES**

**EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**COMISSÃO JULGADORA**

**MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO BACHARELADO DE DIREITO PELA  
FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA**

RESULTADO \_\_\_\_\_

Orientador \_\_\_\_\_

**Sérgio Luís Oliveira Santos**  
Especialista em Direito Privado

2º Examinador \_\_\_\_\_

**Monalisa Salgado Bittar**  
Especialista em Direito Civil

3º Examinador \_\_\_\_\_

**Samuel Balduino Pires da Silva**  
Especialista em Direito Contratual

Rubiataba, 2010.

*Dedico esse trabalho a Deus, ao meu pai Vicente e à minha mãe  
Djanira, e meu irmão Gleycon.*

*A todos os familiares e amigos que compreenderam minha ausência  
para me dedicar a este trabalho.*

*A todos vocês da Facer dedico esta monografia, por de alguma forma  
terem contribuído para minha formação acadêmica.*

# FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

## CURSO DE DIRETO



VANESSA CÁSSIA DIAS ALVES

Associação Educativa Evangélica  
BIBLIOTECA

## EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Monografia apresentada à disciplina de monografia do Curso de Direito da FACER – FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA, sob a orientação do professor especialista Sérgio Luís Oliveira dos Santos.

5-32776

Tombo nº	17669
Classif.	34
Ex.	1
Origem	vd
Data	31-01-11

De acordo

\_\_\_\_\_  
Professor orientador

RUBIATABA

2010

FOLHA DE APROVAÇÃO

Associação Educativa Evangélica  
BIBLIOTECA

VANESSA CÁSSIA DIAS ALVES

EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

COMISSÃO JULGADORA

MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO BACHARELADO DE DIREITO PELA  
FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

RESULTADO \_\_\_\_\_

Orientador \_\_\_\_\_

**Sérgio Luís Oliveira Santos**  
Especialista em Direito Privado

2º Examinador \_\_\_\_\_

**Monalisa Salgado Bittar**  
Especialista em Direito Civil

3º Examinador \_\_\_\_\_

**Samuel Balduino Pires da Silva**  
Especialista em Direito Contratual

Rubiataba, 2010.

*Dedico esse trabalho a Deus, ao meu pai Vicente e à minha mãe  
Djanira, e meu irmão Gleycon.*

*A todos os familiares e amigos que compreenderam minha ausência  
para me dedicar a este trabalho.*

*A todos vocês da Facer dedico esta monografia, por de alguma forma  
terem contribuído para minha formação acadêmica.*

*Na elaboração deste trabalho contei com a colaboração de diversas pessoas. A elas sou eternamente grata.*

*Agradeço primeiramente a Deus, pela oportunidade e força.*

*Aos meus pais e irmão, que, com muito esforço e dedicação estiveram comigo em todos os momentos dessa jornada em busca pelo conhecimento.*

*Ao professor Sergio Luis de Oliveira por sua paciência e compreensão com as minhas limitações.*

*A professora Geruza que muito me auxiliou em todos os momentos, inclusive em minhas falhas.*

*As companheiras de luta, Ludmilla, Luciana, Alessandra, Náira, Laisa e em especial Regina Célia Assis de Paula, amizade verdadeira, conquistada ao longo dos anos.*

*A todos vocês, Muito Obrigada!*

*Quando me desespero, eu me lembro que durante toda a história o caminho da verdade e do amor sempre ganharam. Tem existido tiranos e assassinos e por um tempo eles parecem invencíveis, mas no final, eles sempre caem - pense nisso, Sempre.*

*Mahatma Gandhi*



**RESUMO** - Este trabalho indica a evolução ou o desenvolvimento pelo qual passaram os direitos humanos, indicando coerentemente sua trajetória rumo à concretização constitucional, além de abordar sua forma de apreensão e aplicação no contexto brasileiro. Abordando ainda, as formas de aplicação do instituto dos direitos fundamentais entre os particulares, ou seja, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, no que se refere a uma equiparação entre os desiguais nesta relação.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais, Constituição, Eficácia Horizontal.

**ABSTRACT** – This work indicates the evolution or the development for which they had passed the human rights, indicating coherently its trajectory route to the constitutional concretion, beyond approaching its form of apprehension and application in the Brazilian context. Approaching still, the forms of application of the institute of the basic rights between the particular ones, that is, the horizontal effectiveness of the basic rights, in what it is mentioned to a equalization enters the different ones in this relation.

Word-key: Basic rights, Constitution, Horizontal Effectiveness.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
1 CONSTITUCIONALISMO.....	16
1.1 Do pré-Constitucionalismo.....	16
1.2 Conceito .....	17
1.3 Evolução histórica do Constitucionalismo.....	21
1.3.1 Constitucionalismo no Brasil.....	24
1.3.2 Neoconstitucionalismo .....	26
2. BASES TEÓRICAS PARA A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	28
2.1 Gerações dos Direitos Fundamentais segundo Lenza .....	29
2.2 Constituição e direitos fundamentais .....	31
2.3 Classificações dos direitos fundamentais .....	33
2.4 Diferenciação entre direitos e garantias fundamentais .....	34
2.5 Dimensões objetiva e subjetiva .....	36
3. EFEITOS VINCULANTES E EFEITO HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	41
3.1 A vinculação do poder público aos direitos fundamentais: eficácia vertical.....	41
3.2 A eficácia horizontal dos direitos fundamentais.....	43
3.2.1 Teoria da Eficácia Indireta ou Mediata dos Direitos Fundamentais na Esfera Privada .....	45
3.2.2Cláusulas Gerais .....	48

3.2.3. Formas de interpretação das cláusulas gerais .....	51
4. TEORIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DIRETA OU IMEDIATA.....	55
4.1 Aspectos gerais .....	55
4.2 A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais na CRFB.....	56
4.3 A vinculação dos particulares na jurisprudência do STF .....	61
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	66
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	68

## LISTA DE ABREVIATURAS, SIGLAS E SÍMBOLOS

CRFB/88 - Constituição da República Federativa do Brasil

STF - Superior Tribunal Federal

EC- Emenda Constitucional

Art. - Artigo

Cap. - Capítulo

nº - Número

Em. - Eminente

Min. - Ministro

P. - Página

§ - Parágrafo

## INTRODUÇÃO

Esta monografia é resultado de um intenso trabalho de pesquisa que teve como objetivo geral analisar o surgimento e evolução dos direitos fundamentais e sua aplicabilidade nas relações entre particulares e a compreensão do surgimento dos direitos fundamentais, bem como, a comparação das relações verticais e horizontais ao direito fundamental, estudando o instituto dos direitos fundamentais e sua aplicabilidade nas relações entre particulares e analisando as formas de aplicação deste instituto.

A pesquisa bibliográfica definida por Severino (p.22, 2001), como “a pesquisa realizada através de análise de artigos publicados em livros, revistas e meio eletrônico”, contemplou autores como Sarmiento (2006); Dimoulis e Martins (2009); Lenza (2009) e documentos como a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, esclarecendo que embora não haja prescrição expressa em seu texto constitucional sobre a aplicação horizontal dos direitos humanos, ela é garantista destes direitos, privilegiando a dignidade da pessoa humana.

O método utilizado é aquele conhecido por método dedutivo, através do qual foram colhidas informações gerais acerca dos direitos fundamentais, com o objetivo de analisar uma questão específica, qual seja, uma comparação teórica sobre a aplicabilidade horizontal e vertical dos direitos fundamentais.

O tipo da monografia é a chamada de monografia de compilação, em que foi exposta uma grande quantidade de idéias de vários doutrinadores sobre o tema proposto, as quais foram analisadas de forma clara e voltadas a um ponto específico, com análise histórica de dados e correlacionando-os ao sistema atual sobre os direitos fundamentais, abordando seus modelos, e sua aplicação na sociedade hodierna.

O presente trabalho sobre a Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais está dividido em quatro capítulos, que de maneira sintética e despretensiosa, será estudado o tema, bem como suas peculiaridades e aplicabilidade no direito pátrio.

No primeiro capítulo, serão abordados princípios do constitucionalismo, os movimentos sociais que deram origem às primeiras constituições no mundo e no Brasil, aplicando os conceitos e momentos históricos pelo qual passou todo esse movimento constitucionalista, que desencadeou a Constituição garantista, ou também chamada cidadã, tal qual temos atualmente.

O trabalho sobre a inserção dos direitos fundamentais, ressaltando sua essencialidade para promover o bem comum, também será trabalhado neste capítulo, e servirá de fundamento para a compreensão do tema e sua importância, regulação das relações existentes na sociedade hodierna. Sendo os Direitos Fundamentais compreendidos como aqueles direitos que o cidadão possuía em relação ao Estado.

No segundo capítulo, portanto, serão inicialmente abordados os fundamentos que a doutrina pátria e internacional utiliza para aplicar os direitos fundamentais às relações entre particulares, aplicação esta que será o objeto de todo o trabalho, perpassando pelas gerações às quais os direitos fundamentais passaram ao longo de sua evolução e desenvolvimento, além de apresentar suas dimensões que se diferenciam quanto ao seu modo de aplicação, seja vertical ou horizontal.

O capítulo terceiro irá trabalhar sumariamente a aplicação vertical dos direitos fundamentais, ou seja, pela sua aplicação na regulação das relações envolvendo o Estado e o cidadão. Dando seguimento, e de maneira mais aprofundada e detalhada a aplicação desses direitos às relações envolvendo particulares, sendo este, conforme mencionado anteriormente o objeto deste trabalho.

Ainda em relação à aplicação dos direitos fundamentais aos particulares, ou eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a doutrina ainda não possui um pensamento consensual sobre a forma pela qual esta aplicação ocorrerá, podendo ser indireta ou mediata, pela qual há a necessidade da participação do legislador ou aplicação das cláusulas gerais, para ponderar o que é Direito.

No quarto capítulo, será tratada a teoria da aplicação direta ou imediata destes direitos. Teoria esta que teve suas bases fundadoras na doutrina alemã, a partir da década de 50, e que se encontra com uma maior aceitação na doutrina de vários países, sedimentada em algumas constituições e mais aceita na jurisprudência pátria, conforme demonstrado.



# 1 CONSTITUCIONALISMO

## 1.1 Do Pré-constitucionalismo

Alguns autores como Loewenstein *apud* Lenza (2009), por exemplo, defendem que o movimento do constitucionalismo parte do regime de poder absoluto, que era exercido pelos detentores do poder, que o exerciam de forma ilimitada contra os subordinados.

Também chamado de período pré-constitucionalista, conforme explicita Castro (disponível em: <http://www.aldemario.adv.br/constitucional/textoa.htm>):

Pré-constitucionalismo. Estado Absolutista (ou autoritário). O período de pré-constitucionalismo, quando ainda não existe uma Constituição escrita como documento único para organizar o Estado, chega até o final do século XVIII. Nesse longo período histórico, a organização do Estado (absolutista ou autoritário) envolvia, além da vontade do governante, com ou sem inspiração divina, hábitos, tradições, costumes e algumas leis esparsas.

Neste sentido, é possível depreender que até o final do Século XVIII ainda não haviam constituições escritas, mas alguns documentos legais já começavam a delinear uma nova forma para sistematizar estes direitos, conforme Castro, (disponível em: <http://www.aldemario.adv.br/constitucional/textoa.htm>):

Ainda na fase pré-constitucional, identifica-se nos séculos XVII e XVIII, o surgimento dos "antecedentes imediatos" das Constituições. São documentos escritos (atos, cartas, acordos, pactos, etc.) voltados para assegurar direitos individuais e limitar os poderes dos governantes.

Assim o direito constitucional emerge no final do século XVIII, e para Dorneles, foi um período em que houve acentuados esforços em busca de uma justificação espiritual, moral e ética da autoridade, no lugar da submissão cega à facilidade da autoridade existente. Estas aspirações se concretizaram na necessária aprovação, por parte dos destinatários do poder, dos controles sociais exercidos pelos dominadores e, conseqüentemente na participação ativa dos cominados no processo político. (Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=86>)

Desta forma, torna-se compreensível o conceito de Canotilho *apud* Lenza (2009), que descreve tal movimento como questionador em relação aos planos políticos, filosóficos e jurídicos dos esquemas tradicionais de 'domínio político', e que concomitantemente propõe a criação de uma forma de ordenação de fundamentação do poder político.

## 1.2 Conceito

Resultado do triunfo do liberalismo, sendo este um movimento político e econômico surgido no século XVIII, o constitucionalismo nasceu então para atender aos ideais liberais, especificamente como uma forma de limitação do poder estatal.

Isso decorre de uma imposição do Poder Estatal que era exercida sob as pessoas que se encontram submissas aos governantes. Nesse sentido, ocorreram várias lutas e revoluções, com o intuito de se constituir uma norma, que estabelecesse a restrição desse poder. (Lenza, 2009).

Em alguns períodos históricos se conseguiu a eficácia do constitucionalismo e, em vários momentos houve a alternância entre regimes que acatavam o modelo constitucional de limitação do poder estatal e regimes ditatoriais em que prevaleciam os mandamentos governamentais sobre o direito dos indivíduos.

Neste sentido, é possível perceber que o movimento do constitucionalismo como limitação do poder estatal, parte da necessidade de assegurar aos indivíduos direitos que lhes são fundamentais.

Deste modo a análise do Constitucionalismo nos remete à sua evolução histórica, em que pese sua eficácia e encontra intrinsecamente relacionada ao surgimento dos direitos humanos, em todas as dimensões.

Daí compreende-se melhor o que Canotilho (2002, p.51), expressa quando estabelece no conceito de constitucionalismo a "limitação do poder com fins garantísticos". Por esta menção conceitual e, com a análise histórica do constitucionalismo observa-se o seu surgimento como uma forma de contestação ao regime fechado de governo, em que suas ações estão voltadas aos seus interesses.

Partindo do pressuposto de que a constituição deve ser relativa a cada Estado, observa-se a efetivação do regime de limitação do poder autoritário, em que há a prevalência dos direitos fundamentais.

A doutrina apresenta vários conceitos:

Canotilho (p. 51, 2002), define o constitucionalismo como uma:

(...) teoria(ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou do liberalismo

Através dos movimentos que buscavam a sistematização dos direitos do povo e as limitações das ações governamentais, ou seja, constitucionalismo, percebeu-se a necessidade da atuação governamental, tendo em vista o interesse do povo, garantindo os seus direitos especialmente no que se refere ao regime democrático.

Para Dantas (p. 11, 2008):

Pode ser definido como o movimento político jurídico, desencadeado pelas chamadas “revoluções liberais burguesas”, destinado a estabelecer Estados constitucionais, com a fixação de mecanismos de limitação e repartição do poder estatal, sobretudo para a proteção do indivíduo contra eventuais arbitrariedades estatais, através da edição de constituições escritas.

Isso decorre da repressão exercida pelos governos em seus regimes ditatoriais, em que o interesse do Estado prevalecia, não havendo a proteção aos direitos individuais, quicá coletivos.

Outro ponto a considerar, é que na lição de Ricardo Cunha Chimenti, Fernando Capez, Márcio F., Elias Rosa e Marisa F. Santos apud, Dantas (2007, p.5) o constitucionalismo é o movimento político e jurídico que visa estabelecer regimes constitucionais, ou seja, sistema no qual o governo tem seus limites traçados em constituições escritas. Ainda segundo referidos autores, ‘é a antítese do absolutismo, do despotismo nos quais prevalece a vontade do governante’.

Na visão destes autores, portanto, o movimento do constitucionalismo seria sistematizado em constituições escritas, em que há a previsão dos limites traçados. Isto contrasta com o constitucionalismo existente na idade moderna em que ainda não havia a aplicabilidade dessas constituições, no sentido de preservação aos direitos dos cidadãos. (Dantas, 2007, p.5)

Portanto, as constituições podem se diferir de acordo com sua classificação. Para o presente estudo, nos interessa apenas sua classificação quanto à forma, baseada na obra de Silva (disponível em: <http://www.concursospublicosonline.com/informacao/view/Apostilas/Direito-Constitucional/Classificacao-das-Constituicoes>):

Quanto à forma: escrita ou não escrita

a) *escrita (ou positiva)* - é a Constituição codificada e sistematizada num texto único, escrito, elaborado por um órgão constituinte, encerrando todas as normas tidas como fundamentais sobre a estrutura do Estado, a organização dos poderes constituídos, seu modo de exercício e limites de atuação, e os direitos fundamentais (políticos, individuais, coletivos, econômicos e sociais).

b) *não escrita (ou costumeira, ou consuetudinária)* - é a Constituição cujas normas não constam de um documento único e solene, mas se baseia principalmente nos costumes, na jurisprudência, em convenções e em textos constitucionais esparsos. Até o século XVIII preponderavam as Constituições costumeiras, hoje restaram poucas, como a Inglesa e a de Israel, esta última em vias de ser positivada.

Como se percebe, não necessariamente a Constituição é escrita ou está restrita ao que está prescrito legalmente, podendo também abranger os costumes, além de dar fundamentação às leis ordinárias que atuarão de maneira complementar.

O autor Tavares (p.410, 2006; apud Lenza, 2006), identifica quatro sentidos para o constitucionalismo:

(...) numa primeira acepção, emprega-se a referência ao movimento político-social com origens históricas bastante remotas que pretende, em especial, limitar o poder arbitrário. Numa segunda acepção, é identificado com a imposição de que haja cartas constitucionais escritas. Tem-se utilizado, numa terceira acepção possível, para indicar os propósitos mais latentes e atuais da função e posição das constituições nas diversas sociedades. Numa vertente mais restrita, o constitucionalismo é reduzido à evolução histórico-constitucional de um determinado Estado.

Este último conceito sintetiza o que tem sido abordado até então. Tendo em vista que o constitucionalismo abarca essas três acepções, em que há o resultado da limitação do poder, estabelecido em constituições escritas, que indicam os ideais sociais e políticos de cada Estado, sempre se pautando pela supremacia do bem comum.

### 1.3 Evolução histórica do Constitucionalismo

O homem ao longo de sua evolução histórica, também provocou grandes revoluções e evoluções sociais, econômicas e políticas. Dentre os marcos que influenciaram o modo de vida atual, podemos citar o constitucionalismo. Este movimento que sofreu influências da sociedade também contribuiu de maneira significativa para transformações sociais. Desta forma o constitucionalismo envolve a necessidade da Constituição, sendo esta formal, de modo a limitar o poder e garantir a liberdade, a igualdade, dentre outros direitos individuais.

Conforme citado anteriormente, o constitucionalismo surgiu como uma forma de limitação do poder absoluto exercido pelos detentores do poder. Contudo, em vários momentos históricos, é possível perceber traços semelhantes ao objeto de nosso estudo.

Loewenstein (1966, p.154), reconheceu entre os hebreus, uma importante influência na origem do constitucionalismo, "estabelecendo-se no Estado teocrático limitações ao poder político ao assegurar aos profetas a legitimidade para fiscalizar os atos governamentais."

Na antiguidade, os povos hebreus já aplicavam o constitucionalismo como movimento de organização do Estado, criando limites, pela chamada lei do Senhor ao poder político. Nesse sentido, aos profetas estava o cargo de fiscalizar e punir as ações dos governantes que de algum modo extrapolassem os limites bíblicos, sendo estes legitimados pela vontade popular.

Com o passar dos anos na antiguidade clássica, os gregos apresentam as Cidades-Estados, onde se observa a prática da democracia de forma direta, em que há distinção entre governantes e governados, e que os cargos públicos eram resultado de sorteios, em que se limitava o cargo e o período de exercício. Contudo, essa democracia grega não perdurou por muito tempo, cedendo lugar em alguns períodos históricos, aos regimes despóticos ou ditatoriais.

Na Idade Média, tem-se a aplicação do princípio da primazia da lei, em que se pressupõe o poder político legalmente limitado, sendo esta, talvez, a maior contribuição do período para o constitucionalismo. No entanto, este princípio não conseguiu se efetivar como instituto legítimo, juridicamente falando, não havendo observância à preservação dos direitos, no exercício do poder político e, ainda não sendo eficaz na garantia aos cidadãos da aplicação da lei pelos órgãos do Governo.

Lenza (2006, p. 5) expõe que nesse período, houve a promulgação da Magna Carta de 1215, “que representou o grande marco do constitucionalismo medieval, estabelecendo, mesmo que formalmente a proteção a importantes direitos individuais”.

Em um período de transição da monarquia absoluta para o Estado Liberal de Direito, os Estados passam a adotar leis fundamentais ou cartas constitucionais, que, em um documento escrito, abrange a organização política, e ainda, documento que declare direitos individuais. Surge então o constitucionalismo moderno.

Característica marcante do constitucionalismo do fim do século XVIII pela ocorrência da idéia da tripartição dos poderes, sendo estes independentes e harmônicos, com garantias aos direitos individuais, trilhando em linhas gerais a democracia representativa, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 na França.

Com o constitucionalismo do Estado Liberal de Direito, houve o nascimento do “abstracionismo constitucional”, em que o direito abstrato se impôs ao direito histórico. Assim, com influências do Iluminismo, houve a racionalização do poder, que desencadeou a expansão do constitucionalismo formal. Sendo a primeira idéia, a sua instituição como forma de propiciar maior segurança às relações jurídicas e a proteção do indivíduo.

Durante a Idade Moderna, pode-se nomear como período de grande importância para o constitucionalismo, o pós-guerra, em que há uma alteração significativa do constitucionalismo liberal, havendo modificações nos modelos constitucionais, que, de sintéticas passaram a analíticas, pautando sobre direitos econômicos e sociais. Neste momento, há uma maior preocupação com questões

sociais, e isso pode ser observado através das constituições do México e de Weimar, e no Brasil, a Constituição de 1934.

O constitucionalismo Contemporâneo na concepção de Bulos (p. 16-19), concentra-se no chamado totalitarismo constitucional, em que se observa textos constitucionais amplos, extensos e analíticos, que tratam de detalhamento tal, que deveria estar submetido à legislação ordinária. Outro aspecto observado por este autor, são as características essencialmente sociais, e os conteúdos programáticos nela inscritos, o que denotam promessas e programas a serem cumpridos pelas esferas governamentais, que podem acarretar a desvalorização da própria Constituição.

As tendências atuais do Constitucionalismo, ou seja, suas principais características são expressas nas palavras de Castro (disponível em: <http://www.aldemario.adv.br/constitucional/textoa.htm>) como:

a) a superação da idéia da Constituição como documento voltado essencialmente para a limitação de poderes dos governantes. Desenvolve-se a concepção da Constituição como elemento fundamental na concretização de direitos. Nessa linha, algumas premissas surgem ou são ressaltadas, como a força normativa da Constituição e o princípio-matriz da dignidade da pessoa humana;

b) a fixação de um viés axiológico para as Constituições com a incorporação de valores e opções políticas, por vezes em tensão ou contradição, porque oriundos de uma realidade social subjacente pluralista e conflituosa;

c) a importância dos princípios como normas jurídicas cogentes ao lado das regras;

d) a jurisdição constitucional ganha importância crescente com a valorização e visibilidade das Cortes Constitucionais e a inquietação social, e doutrinária provocada pelo chamado "ativismo judicial";

e) o reconhecimento da existência (ou desenvolvimento) de direitos de terceira geração ou dimensão, baseados nas idéias de solidariedade e fraternidade;

f) a coexistência dos movimentos conhecidos como "minimalismo constitucional" e "neoconstitucionalismo".



Neste sentido, a Constituição se torna muito mais ampla em relação à concepção inicialmente proposta no final do Século XVIII, passando a ser um instrumento para a definição de direitos a fim de garanti-los da maneira mais eficiente possível.

### 1.3.1 Constitucionalismo no Brasil

Os movimentos constitucionais brasileiros se confundem com lutas históricas, que marcam profundamente as transformações do próprio Estado, tendo em vista que as cartas foram utilizadas em vários momentos como meios de controle social.

Dimoulis e Martins (2009) possuem o entendimento de que a primeira carta escrita como norma geral no Brasil, foi a Constituição do Império de 25 de março de 1824, que proclamou os direitos fundamentais no art. 179, divididos em nos seus 35 incisos. A abordagem era semelhante às constituições dos Estados Unidos e da França. Contudo, nesse período ainda não houve a efetivação dos direitos fundamentais, em decorrência da criação do Poder Moderador que permitia ao Imperador poderes constitucionais ilimitados. O regime de governo existente na época era a monarquia, e a duração da Carta Monárquica durou 67 anos, a mais longa de todas as constituições brasileiras.

A constituição de 1891, chamada de Republicana, readaptou, os direitos fundamentais elencados na Constituição de 1824, estabelecendo em seu art. 72, 31 parágrafos sobre o tema, e ainda, atentaram para algumas modificações, acrescentando pontos importantes, tais como: o reconhecimento do direito de reunião e de associação, ampliação de garantias penais e do instituto do *habeas corpus*, até então não previsto na Lei Maior. Outro ponto notório de evolução desta,

em relação à de 1824, se refere à cobertura desses direitos, que anteriormente eram apenas aos cidadãos brasileiros, enquanto a Republicana protege também os estrangeiros residentes no país.

No século XX, novas constituições e Direitos Fundamentais semelhantes aos instituídos anteriormente. Neste século, houve várias Cartas Constitucionais em 1934, 1937, 1946 e 1967/1969. Estas se diferenciam das demais com relação à incorporação de alguns direitos sociais, a partir da Carta de 1934, em que há referência, por exemplo, do direito de subsistência, assistência aos indigentes, e também cria os institutos do mandado de segurança e da ação popular, em seu art. 113 e incisos.

Em relação à Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, explica que Dimoulis e Martins (p. 32, 2009):

(...) Não se caracteriza pela sistematicidade com relação à garantia dos direitos fundamentais. Referências a tais direitos encontram-se em diversas partes do texto constitucional. A *sedes materiae* é o Título II, que trata "Dos direitos e garantias fundamentais", regulamentando os direitos individuais, coletivos, sociais e políticos, assim como as respectivas garantias.

A Carta Magna de 1988, portanto, inaugura uma nova etapa no constitucionalismo brasileiro, à medida que se preocupou em permear todo seu texto com normas de Direitos Fundamentais, conforme demonstrado no art. 5º da CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil, em que é possível assinalar um extenso rol de direitos individuais, de garantias clássicas. Ao lado destes, prescreve também direitos coletivos e deveres individuais e coletivos.

Outro aspecto relevante a ser exposto, é o fato de ela possuir capítulos específicos para tratar dos direitos fundamentais, sociais, além de reconhecer ainda as violações a esses direitos, imputando-lhes ato-fato contra estes, como crime punível por legislação ordinária.

### 1.3.2 Neoconstitucionalismo

Somando-se ao que já foi mencionado até o momento, o surgimento do neoconstitucionalismo, ou constitucionalismo pós-moderno, ou ainda, pós-positivismo.

Seu surgimento se deu ao final da Segunda Guerra Mundial, como uma forma de efetivação dos direitos já conquistados pelo homem, decorrendo da insurgência dos regimes totalitários no período em questão e a temeridade de seu renascimento e sua imposição em relação aos direitos constitucionais.

Este novo modelo de constitucionalismo, é obtido como resultado da somatória entre a limitação do poder, antes delineada com a busca pela efetividade da constituição pela sua eficácia, de modo a promover e concretizar os direitos fundamentais.

Carvalho (p.239, 2006), expõe que, ao constitucionalismo social seja incorporado o constitucionalismo fraternal e de solidariedade”.

Ainda sobre esse assunto, Agra (p.31) *apud* Lenza (p. 9, 2006) expõe que:

o neoconstitucionalismo tem como uma de suas marcas, a concretização das prestações materiais prometidas pela sociedade, servindo como ferramenta para a implantação de um Estado Democrático social de direito. Ele pode ser considerado como um movimento caudatário do pós-modernismo. Dentre suas principais características podem ser mencionados: a) positivação e concretização de um catálogo de direitos fundamentais; b) onipresença dos princípios e das regras; c) inovações hermenêuticas; d) densificação da força normativa do Estado; e) desenvolvimento da justiça distributiva.

Na visão deste autor, a constituição passa a incorporar o sentido axiológico. Tornando, não apenas uma constituição que contenha em seu texto aspectos

técnicos e normativos, passando assim, a possuir um “valor em si” em que há a primazia pela proteção aos direitos fundamentais.

É válido ressaltar ainda, que o neoconstitucionalismo não apenas atribuiu um maior valor às cartas constitucionais, mas também inseriu em seu texto, normas de assecuração aos direitos e garantias fundamentais aos indivíduos que compõem a sociedade, restando ao Estado Soberano a criação de mecanismos que garantam o seu cumprimento.

Por fim, o novo constitucionalismo ou neoconstitucionalismo pode ser compreendido como a superação da mera limitação do poder, como estudado, e a eficácia dos direitos constitucionais como leis supremas na nova ordem de sistema de governo democrático, admitindo que a lei pode apresentar lacunas, mas o direito não. Assim, há a superação da mera interpretação da lei, passando ao magistrado a incumbência de se tornar um criador de direito e aplicando ao caso concreto.

Após essa breve análise histórica do movimento do constitucionalismo, no próximo capítulo abordaremos as gerações de direitos fundamentais e a aplicação objetiva e subjetiva da lei.

## 2. BASES TEÓRICAS PARA A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme abordado anteriormente o direito constitucional se apresenta como base essencial da sociedade, com diretrizes de organização do Estado e estabelecendo direitos e garantias fundamentais. Quanto à organização do Estado, se subdivide em política, administrativa, judicial, econômica e social. E, em relação aos direitos e garantias fundamentais, objeto de nosso estudo, traz a proteção do cidadão em sua individualidade em face ao Estado e aos demais cidadãos.

Os direitos fundamentais surgiram como uma forma de limitação do poder Estatal em relação aos indivíduos da sociedade, em que estes estavam subordinados àquele que se utilizava de forma abusiva e coercitiva do poder que detém. Esta relação é vertical, tendo em vista que o detentor da soberania é o Estado e este se encontra em posição privilegiada em relação aos indivíduos que o compõem.

Ao explorar de forma genérica o tema; direitos e garantias fundamentais, serão encontradas duas vertentes em relação à sua aplicação vertical ou horizontal, que serão aplicadas em consonância àquele que provocou a lesão de direito.

Podem ser usadas diferentes terminologias para descrever os direitos fundamentais Tavares (p. 410-418, 2006), *apud* Dimoulis e Martins (p. 45, 2009):

O termo direitos fundamentais, não é o único existente no direito constitucional e nas Constituições a designar tais direitos. Há uma série de outros termos, incluindo "liberdades individuais", "liberdades públicas", "liberdades fundamentais", "direitos humanos," "direitos constitucionais", "direitos público subjetivos", "direitos da pessoa humana," "direitos naturais," "direitos objetivos".

## 2.1 Gerações dos Direitos Fundamentais segundo Lenza

Atualmente na doutrina constitucional, os direitos fundamentais estão presentes em incontáveis ordenamentos dos países, o que ocorreu de forma gradativa, então os autores passaram a reconhecer que sua evolução, ocorreu através das chamadas gerações, como pode ser demonstrado.

Os direitos de primeira geração estão relacionados à proteção dos direitos individuais, ou seja, aqueles inerentes ao homem. Essa geração surgiu da luta contra a soberania absoluta do Estado e a necessidade de limitação e controle dos abusos do Estado na forma das autoridades que o representavam, sua aplicação ocorre somente em relação ao indivíduo e o Estado.

Os direitos de segunda geração podem ser compreendidos como direitos sociais, econômicos e culturais. Com a exigência destes direitos, houve a prestação do Estado àqueles que dela necessitavam, como por exemplo: a saúde, a educação. Portanto, neste momento além da limitação do poder estatal, já se encontram as garantias da prestação de bens e serviços aos subordinados ao Estado, e que sozinhos não tem como provê-la. Nesta geração, a proteção acontece em relação indivíduo/Estado.

Em relação aos direitos de terceira geração, pode ser compreendido como a efetivação dos direitos coletivos que envolvem o meio ambiente, qualidade de vida, entre outros que de forma efetiva buscam não a proteção do ser humano de forma individualista e isolada, mas aos cidadãos como um todo. Nesta, a eficácia ainda é relação vertical, ou seja, entre indivíduo e Estado.

A partir de então, foram surgindo outras gerações que não são aceitas com unanimidade pela doutrina, dentre eles estão os direitos de quarta geração (Bobbio *apud* Lenza) em que podem ser considerados como os direitos sociais da globalização, envolvendo questões relativas à universalização dos direitos fundamentais, começando então a aplicar-se-á, em uma relação entre indivíduos, ou seja, aplicação horizontal dos direitos fundamentais, além da aplicação entre

indivíduo e ente estatal, em que poderá ser evocada em casos de violação de direitos entre particulares.

Portanto, os direitos fundamentais foram ao longo da história sendo reconhecidos em textos constitucionais, e conseqüentemente os doutrinadores começaram a reconhecer suas gerações, posteriormente começou a se falar em dimensões. Independentemente de conflitos terminológicos, é importante ressaltar que não há hierarquia entre direitos fundamentais.

Muitos doutrinadores se utilizam do termo "gerações" dos direitos fundamentais, demonstrando que a história destes direitos é gradativa, afirmando que em um primeiro momento surgiram os direitos clássicos individuais e políticos, em seqüência os direitos sociais. Em uma terceira geração, os direitos voltados para a proteção da coletividade, somando-se a essas gerações está a quarta geração, em que os direitos a ela relacionados são o cosmopolitismo e a democracia universal.

Como abordado supra, há controvérsias em relação à terminologia utilizada, tendo em vista que Dimoulis e Martins (p. 30, 2009):

A idéia das gerações sugere uma substituição de cada geração pela posterior, enquanto no âmbito que nos interessa nunca houve abolição dos direitos anteriores das anteriores gerações, como indica claramente a Constituição brasileira de 1988, que incluiu indiscriminadamente direitos de todas as gerações.

Deste modo, o termo gerações não denota uma cronologia exata. Ainda em relação a conflitos terminológicos os mesmos autores estabelecem que (p. 31, 2009):

É inexato se referir a gerações dos direitos fundamentais, considerando que os direitos sociais sejam posteriores aos direitos de inspiração liberal-individualista ou que estes tenham substituído, ultrapassado os direitos fundamentais clássicos da dita primeira

geração liberal-individualista. Não há dúvida de que a parcela do orçamento estatal dedicada ao financiamento dos inícios do século XIX. Mas essa é uma alteração quantitativa. Sinaliza uma mudança nas políticas públicas e não uma inovação no âmbito dos direitos fundamentais, cuja teoria e prática conheceram, desde o início do constitucionalismo, os direitos sociais.

Portanto, grande parte da doutrina ao se referir à categoria direitos fundamentais se utiliza do termo dimensões. Isso decorre da preocupação em evitar o uso errôneo em relação ao termo gerações, Dimoulis e Martins (p. 30, 2009):

(...) fala-se em dimensão para indicar dois ou mais componentes ou aspectos do mesmo fenômeno ou elemento. No caso aqui relevante, há grupos de direitos fundamentais cuja finalidade e o funcionamento são claramente em âmbito jurídico.

Após uma melhor compreensão sobre as terminologias distintas ao emprego das espécies de direitos fundamentais que foram sendo efetivados nas Constituições ao longo da história, torna-se evidente a necessidade do estudo e análise deste momento histórico para compreender a sua relação com o que apresenta a doutrina hodierna.

## **2.2 Constituição e direitos fundamentais**

Os maiores marcos de constituições escritas e que prescreviam direitos aos cidadãos, foram Lenza (p.6, 2006):

(...) a norte-americana de 1787 e a francesa de 1791 (que teve como preâmbulo a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do



cidadão de 1789), movimento este deflagrado durante o Iluminismo e concretizado como uma contraposição ao absolutismo reinante, por meio do qual se elegeu o povo como titular legítimo do poder.

De forma distinta do modelo clássico apresentado pelos Estados Unidos e França, a “Declaração dos direitos do povo trabalhador e explorado” redigida no âmbito da Revolução Russa, foi promulgada no dia 3 de janeiro de 1918, marcando uma importante etapa da história dos Direitos Fundamentais.

Assim, foram surgindo várias outras normatizações a respeito desses Direitos. Filho (p. 3, 2007):

A supremacia do Direito espelha-se no primado da Constituição. Esta como lei das leis, documento escrito de organização e limitação do Poder, é uma criação do século das luzes. Por meio dela busca-se instituir o governo não arbitrário, organizado segundo normas que não pode alterar, limitado pelo respeito devido aos Direitos do homem.

Em contraposição ao liberalismo desenfreado que provocou grande exclusão social, com seus valores individualistas, em que houve uma maior valorização da propriedade privada, surgiram as constituições que tinham amplo conteúdo social, além daqueles já mencionados. Como exemplos de constituições sociais têm a do México 1917 e a de Weimar de 1919.

Logo surgiram também as constituições modernas, com direitos de fraternidade ou solidariedade, em que é possível destacar em seus textos os direitos “à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente, e qualidade de vida, bem como direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação.”



## 2.3 Classificações dos direitos fundamentais

Associação Educativa Evangélica  
BIBLIOTECA

Os direitos fundamentais são complexos e não homogêneos, o que possibilita sua classificação em relação a alguns aspectos, dentre os quais o modo de proteção, os destinatários e à titularidade.

Dessa forma, é possível perceber a pluralidade que envolve os direitos fundamentais, podendo haver colisões entre comportamentos positivos ou negativos em relação a esses direitos. Este capítulo não tem a pretensão de esgotar todas as classificações existentes, limitando-se às úteis ao desenvolvimento do trabalho.

De forma preliminar, analisaremos a teoria dos quatro status de Jellinek, em que pese sua importância em sistematizar as funções dos direitos fundamentais e o papel desempenhado por esses direitos. Segundo o pensamento demonstrado por Lenza, o indivíduo ou sujeito, como também podemos chamá-lo, se encontra em face do Estado.

- No primeiro ponto a ser analisado, *status* passivo, destaca-se a passividade do sujeito em relação ao poder público, estando aquele compelido a agir de acordo com os mandamentos e proibições deste.
- Contudo, este cidadão é dotado de direitos, com os quais lhe permite combater os excessos cometidos pelo Estado. Este *status* negativo, como pode ser chamado, está relacionado ao indivíduo, que pode opor-se a alguma atuação do Estado, de maneira a limitá-la, ou seja, a soberania do ente estatal se efetive sobre homens que tem liberdade.
- Em um terceiro ponto a ser estudado, há a possibilidade de o indivíduo exigir do Estado uma atuação positiva, *status* positivo, realizando uma prestação. Doutrinariamente, encontra-se a divisão da prestação estatal em duas ordens: material e normativas. A primeira seria a prestação àqueles que dela carecem; enquanto a segunda, é relativa à prestação jurisdicional com criação de normas que protejam interesses individuais.

- Como quarto e último status abordado por Jellinek é o *status* ativo, em que a atuação do sujeito pode implicar atitudes ao Estado. Este direito se expressa nos direitos políticos, em que o exercício da cidadania se reveste de forma mais expressiva.

Conforme demonstrada essa teoria dos quatro *status* do indivíduo perante o Estado, representa suas formas de atuação em relação aos cidadãos, com maior ou menor intensidade, assim como também demonstra que estes podem interferir de maneira efetiva nas atitudes dos entes estatais segundo a utilização de seus direitos e garantias, buscando sua efetivação.

## 2.4 Diferenciação entre direitos e garantias fundamentais

Em relação aos direitos e garantias fundamentais, estes possuem várias terminologias que podem ser encontradas na própria Constituição Federal, não havendo uma diferenciação terminológica o que para alguns doutrinadores é lamentável, tendo em vista o surgimento de uma questão terminológica essencial em dois sentidos Dimoulis e Martins (2009, p. 45):

Primeiro, porque os vários termos adquiriram significados diferentes na história constitucional mundial, segundo, porque o emprego de um termo pela Constituição Federal pode, por exemplo, sugerindo a exclusão dos direitos sociais, pelo menos em face de um entendimento de parte da doutrina que considera os direitos sociais como espécies de direitos coletivos e, portanto, não individuais.

Portanto, é importante levar em consideração que o artigo 5º da CRFB/88, trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, espécie do gênero, direitos e garantias fundamentais. No entanto, não há expressamente a consagração das

garantias fundamentais, em que pese a partir de agora encontrar a definição e a distinção entre eles.

Rui Barbosa encontra-se entre os primeiros estudiosos a analisar a Constituição de 1891, distinguiu Lenza (p. 671, 2009):

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 posição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, como a declaração do direito.

Dessa forma, para Lenza os direitos são bens e vantagens inscritos na Constituição, enquanto as garantias são meios que são utilizados para assegurar o exercício dos direitos supra mencionados, ou buscam a reparação, caso tenha sido ferido.

É sabido, que o art. 5º da CRFB/88 estabelece direitos e garantias fundamentais que dentre os quais podemos enumerar o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade inseridos em seus parágrafos e incisos. Estes compõem um rol meramente exemplificativo, tendo em vista que, não há possibilidade de enumerar todos os direitos inerentes ao ser humano, sem deixar de citar ainda, aqueles que podem ser incorporados através da ratificação de Tratados e Convenções Internacionais.

Esta possibilidade foi acrescentada pela EC. Nº 45/2004, no art. 5º §3º, em que Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos, que forem aprovados nos moldes legais, terão equivalência às emendas constitucionais.

Ainda no que se refere à abrangência desses direitos enumera Lenza (p. 673, 2009):

O caput do art. 5º faz referência expressa somente a brasileiros (natos ou naturalizados, já que não os diferencia) e estrangeiros residentes no País. Contudo, a estes destinatários expressos, a doutrina e o STF vêm acrescentando, através da interpretação sistemática, os estrangeiros não residentes (por exemplo, a turismo), os apátridas e as pessoas jurídicas.

Portanto, não haverá impedimento a um estrangeiro que esteja de passagem pelo território nacional a tutela de seus direitos, haja vista, a amplitude que esses direitos possuem vez que, são inerentes ao homem.

## **2.5 Dimensões objetiva e subjetiva**

Ao assegurar esses direitos aos cidadãos, os equiparou ao detentor máximo do poder. Contudo, a garantia desses direitos não foi suficiente para resguardar os seus possuidores em relação a outros iguais. Isso ocorre porque poderá haver notória desigualdade entre esses particulares, surgindo então, a aplicação horizontal dos direitos fundamentais, de maneira que ao se evocar a proteção de um direito fundamental em detrimento de outro, haja uma ponderação de parâmetros para justificar sua utilização.

Assim, a temática: direitos fundamentais têm sido muito debatida em toda doutrina pátria e internacional, tendo em vista sua importância aos profissionais da área jurídica, e em maior intensidade àqueles que possuem tais direitos, e que são violados, desencadeando a busca pela tutela de seu direito, na justiça.

Deste modo, está havendo uma grande difusão na área jurídica a despeito deste tema, dada a sua relação entre particular e Estado, ou entre particulares, que poderão demonstrar a violação de direitos fundamentais, assim como ressalta Vasconcellos (2009), “criando direito subjetivo para o seu titular, ou poderão ser utilizados como paradigma para a solução das mais diversas questões surgidas entre sujeitos, ou seja, como direito objetivo.”

Em relação à dimensão subjetiva Dimoulis e Martins (p. 110, 2009):

A dimensão subjetiva corresponde, em primeiro lugar, ao anteriormente estudado *status negativus*. Trata-se da dimensão ou da função clássica, uma vez que o seu conteúdo normativo refere-se a faculdade de seu titular resistir à intervenção estatal em sua esfera de liberdade individual. Essa dimensão tem um correspondente filosófico-teórico que é a teoria liberal dos direitos fundamentais, a qual concebe os direitos fundamentais do indivíduo de resistir à intervenção estatal em seus direitos. (...)

Nestes termos, é perceptível que em relação a esses direitos há em uma relação jurídica dois pólos conflitantes, sendo o indivíduo no pólo ativo e o Estado no pólo passivo. Esta dimensão subjetiva, conforme expressa a teoria de Jellineck está relacionada ao subjetivo inscrito no direito civil, proporcionando o direito do devedor, de exigir a prestação de dar, fazer ou não fazer. Em comparação com o Estado, se este não cumprir com sua obrigação, surge a chamada lesão. E em sua consequência, nasce a pretensão da proteção coercitiva do direito em juízo.

Além da dimensão clássica, possui também uma dimensão objetiva, que se traduz na incorporação de valores pelos direitos fundamentais. Assim, a doutrina estabelece que os direitos fundamentais extrapolem a subjetividade que lhe é inerente, apresentando uma função autônoma.

Em sentido semelhante, é possível assinalar que os direitos fundamentais em seu sentido objetivo superariam sua função defensiva, em relação a atos do ente estatal, apresentando valores que atuariam como diretrizes ao ordenamento jurídico como um todo.

Para Vasconcellos (2009):

Dessa dimensão objetiva resultaria a eficácia dirigente que os direitos fundamentais desencadeiam em relação aos órgãos estatais, bem sim, sua eficácia irradiante, fornecendo diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional. Além disso, servem como parâmetro para o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos estatais.

Na doutrina alemã, pioneira na aplicação horizontal destes direitos, alguns doutrinadores estabelecem que a dimensão objetiva esteja relacionada a critérios de controle da ação do ente público Dimoulis e Martins (p. 111, 2009):

Os direitos fundamentais possuiriam também uma dimensão objetiva que ofereceria critérios de controle da ação estatal. Esses critérios de controle deveriam ser aplicados independentemente de possíveis intervenções e violações de direitos fundamentais de determinada pessoa e da conseqüente reclamação por seu titular (...)

Neste sentido, percebe-se que os direitos fundamentais possuem uma amplitude que pode ser compreendida além da limitação do particular em relação ao coletivo, apresentando a preservação do núcleo essencial, sem contudo deixar de limitar o alcance de seus conteúdos.

Assevera Ingo Sarlet (2006), que se destaca a eficácia dirigente que os direitos fundamentais desencadeiam em relação aos órgãos estatais, contendo ordens dirigidas ao Estado, no sentido de que a ele cabe a permanente obrigação de concretização e de realização dos direitos fundamentais.

Há ainda, o que se apresentar além desses apontamentos da dimensão objetiva em relação aos valores que lhes são inerentes, ressaltar outros, frutos de sua objetividade e autonomia, em que lhe permite produzir outros efeitos jurídicos..

Sarlet *apud* Vasconcelos (2009):

O primeiro desdobramento dessa acepção autônoma é que a doutrina alemã denominou de eficácia irradiante dos direitos fundamentais, no sentido de que estes fornecem, como direito objetivo, diretrizes para aplicação e interpretação de todo o ordenamento jurídico infraconstitucional. Neste sentido, pode-se dizer que todo o direito infraconstitucional deve ser interpretado conforme aos direitos fundamentais. Associa-se ainda, a esta eficácia irradiante dos direitos fundamentais, a questão de sua eficácia na esfera privada, conhecida sob a expressão de eficácia horizontal, ou na expressão utilizada pela doutrina alemã, *Drittwirkung*.<sup>1</sup> (...)

Assim, o estudo das dimensões se faz necessário devido a sua intrínseca relação aos direitos fundamentais e o surgimento da aplicação horizontal, ou com efeito horizontal desses direitos, pois na sociedade atual há uma grande diferença entre particulares, deixando então o Estado de ser exclusivo em relação à sua superioridade.

A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais, ou eficácia privada, ou externa, conforme denominação doutrinária traduz a aplicação dos Direitos Fundamentais nas relações jurídicas entre particulares.

Assim, essa nova forma de aplicação desses direitos surge em contraste com a Eficácia Vertical, tida até então, dos direitos fundamentais.

---

<sup>1</sup> *Drittwirkung* é um conceito jurídico desenvolvido originalmente em tribunais alemães, que pressupõe que um indivíduo demandante pode confiar em um projeto de lei nacional de direitos de processar um outro indivíduo ou o governo pela violação desses direitos.

Ela foi originalmente desenvolvida na década de 1950, mas ganhou força em vários outros sistemas jurídicos nacionais na Europa, bem como a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, no caso de X e Y contra a Holanda.

O conceito no âmbito do Tribunal de Justiça e Convenção Européia dos Direitos Humanos é que um governo pode ser responsabilizado por não proibir, através de métodos de execução judicial ou de direito, a violação dos direitos humanos de uma pessoa por outra pessoa ou privado, não-estatais ator. *Drittwirkung* é subdividido em *Drittwirkung mittelbare* e *unmittelbare*. "A primeira significa que os valores e princípios em torno dos direitos constitucionais fundamentais devem ser considerados pelos tribunais quando forem decidir os casos de direito privado. Isto significa que os próprios direitos pode ser aplicada diretamente contra entidades privadas pelos tribunais." [1] (disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Drittwirkung>, traduzido por Google Tradutor disponível em: <http://translate.google.com.br/#>)



Quanto à aplicação desses direitos na relação particular-estado, não há o que se discutir. Afinal, o Poder Público é o detentor de grande poder, e há a necessidade de que o particular se aproxime o máximo ao Estado, que deve obedecer alguns princípios, para o cumprimento de sua verdadeira função, e a promoção da justiça.

Este tema será melhor trabalhado no próximo capítulo, iremos discutir o instituto dos direitos fundamentais e sua aplicabilidade nas relações entre particulares.

### 3. EFEITOS VINCULANTES E EFEITO HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

#### 3.1 A vinculação do poder público aos direitos fundamentais: eficácia vertical

Em um retrospecto do que já foi abordado até então, podemos perceber a evolução dos direitos fundamentais inerentes ao homem, passou por um longo caminho de lutas contra o absolutismo imposto por governantes.

Conforme leciona Costa Júnior (disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9915>): “Quando se fala nas eficácias vertical e horizontal, pretende-se aludir à distinção entre a eficácia dos direitos fundamentais sobre o Poder Público e a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares.”

Atualmente na doutrina e jurisprudência é pacificada a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre o Estado e o particular, sendo denominado pela doutrina de eficácia vertical dos direitos fundamentais, ou seja, aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre o Estado e o particular. (disponível em: <http://www.direitointegral.com/2010/05/direitos-fundamentais-eficacia.html>)

A vinculação do poder público aos direitos fundamentais está implícita na tutela destes direitos, tendo em vista que as lutas para a sua consagração são decorrentes das violações sofridas pelos cidadãos em relação ao poder autoritarista dos titulares de poder.

Assim, os direitos fundamentais foram criados para limitar a atuação do Estado, de forma que determinados bens e interesses fossem colocados a salvo de violações do poder soberano.

Conforme Marinoni (disponível em:  
<http://direitounebjua.blogspot.com/2007/05/eficcia-horizontal-e-vertical-dos.html>):

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(...).

Neste sentido, nota-se que os direitos fundamentais são extensivos a todos que compõem a sociedade, não se limitando aos cidadãos, mas a todos aqueles que tenham seus direitos violados.

A sociedade atual mesmo permeada pelos direitos do homem, estes ainda não se encontram livres de violação. Deste modo, o Estado, ainda como detentor do poder, em algum momento poderá não observar a proteção desses direitos, porém, atualmente as pessoas que sofrem essa violação possuem mecanismos para invocar a sua proteção.

No entendimento de Costa Júnior, (disponível em:  
<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9915>):

(...)o Estado, além de obrigado a não agredir os direitos fundamentais tem ainda a missão de fazê-los respeitar pelos particulares. Essa proteção poderá se dar, por exemplo, por meio de normas de proibição ou de imposição de condutas, como o caso da proibição da venda de medicamento reputado nocivo à saúde.

Entretanto, as violações dos direitos fundamentais podem partir tanto do Estado, como detentor de soberania, como dos agentes privados (grandes empresas, bancos, associações, etc.) surgindo então, a necessidade do reconhecimento e a eficácia destes direitos perante os particulares, de modo a

aplicar o princípio da autonomia da vontade, sem violar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Portanto, ao se analisar o contexto atual da sociedade é nítida a ameaça dos poderes privados em relação aos cidadãos e sua liberdade. Assim, surge a necessidade de vinculação destes aos direitos fundamentais, assim como também à Lei Maior. Neste sentido, após verificar tal fato surge o questionamento em relação à forma que ocorrerá esta aplicação da norma nestas relações.

### **3.2 A eficácia horizontal dos direitos fundamentais**

Marco importante para a concretização dos direitos fundamentais dentro de um contexto histórico foi o reconhecimento da supremacia constitucional. Sendo que, a partir de então há a limitação à atuação estatal.

Contudo, ao longo da evolução societária e conseqüentemente do direito, não foram apenas os abusos de poder do estado que começaram a ter que ser limitados, mas também a atuação de particulares em relação a outros que se encontra em situação de "hipossuficiência".

Então a Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais, ou eficácia privada, ou externa, conforme denominação doutrinária traduz a aplicação dos Direitos Fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. Assim, essa nova forma de aplicação desses direitos surge em contraste com a Eficácia Vertical, tida até então, dos direitos fundamentais.

A respeito da importância do reconhecimento do efeito horizontal dos direitos fundamentais Dimoulis e Martins (p. 98, 2009):

O reconhecimento do efeito horizontal parece ser necessário quando encontramos, entre os particulares em conflito, uma *evidente desproporção de poder social*. Uma grande empresa é juridicamente um sujeito de direito igual a qualquer de seus empregados. Enquanto sujeito de direito, a empresa tem a liberdade de decidir unilateralmente sobre a rescisão contratual. Na realidade, a diferença em termos de poder social, ou seja, desequilíbrio estrutural de formas entre as partes juridicamente iguais é tão grande que poderíamos tratar a parte como detentora de um poder semelhante ao do Estado.

Em relação ao chamamento da tutela vertical dos direitos fundamentais e sua aplicabilidade na regulamentação entre o poder público e o privado, não há o que questionar. Contudo, é possível haver essa mesma discrepância entre entes privados.

Essa temática é muito complexa, tendo em vista situações cotidianas que envolvem membros de uma sociedade que, por princípios constitucionais estão sob regras de igualdade perante a lei. Contudo, um ponto de abertura é outro princípio também constitucional, o da isonomia, em que os iguais serão tratados em suas diferenças.

Neste sentido, há larga discussão no que se refere à aplicação desses direitos tendo em vista, a peculiaridade do direito reclamado.

Conforme explicita Tavares (2006) *apud* Lenza (p.4, 2006):

(...) a respeito das ações constitucionais de tutela da eficácia horizontal, pois elas são diferentes, conforme se trate da proteção de um direito declarado, bastando para tanto, mero processo interpretativo, ou se estiver em questão uma garantia constitucional que, em sua maioria, tem como destinatário o poder público.

A partir daí, a doutrina enumera duas teorias que procuram a forma pela qual se dará essa vinculação dos particulares, uma de forma direta, demonstrando eficácia imediata, outra de maneira indireta, no contexto de uma eficácia mediata.

Sendo estes assim definidos Lenza (p. 676, 2009):

Eficácia indireta ou mediata – os direitos fundamentais são aplicados de maneira reflexa, tanto em uma dimensão proibitiva e voltada para o legislativo que não poderá editar lei que viole direitos fundamentais, como ainda, positiva voltada para que o legislador implemente os direitos fundamentais, ponderando quais devam aplicar-se às relações privadas;

Eficácia direta ou imediata – alguns direitos fundamentais podem ser aplicados às relações privadas sem que haja a necessidade de “intermediação legislativa” para a sua concretização.

Desta forma, caberá ao aplicador da lei, a ponderação entre a forma de aplicação da tutela do direito.

### **3.2.1 Teoria da Eficácia Indireta ou Mediata dos Direitos Fundamentais na Esfera Privada**

Dentro da aplicação dos direitos fundamentais, surge a teoria da eficácia horizontal mediata ou indireta dos direitos fundamentais, *Mittelbare Drittwirkung* em alemão, onde desenvolvida de maneira original por Günter Dürig *apud* Lenza.

Santos (2009):

prevalecente na Alemanha onde se iniciou. É a aplicação indireta dos direitos fundamentais às relações entre particulares. Leading case é

o caso Lüth. Lüth, após a 2ª guerra, organizou um boicote ao novo filme de um diretor de cinema que na época da 2ª guerra dirigia filmes a favor do nazismo. A produtora do filme entrou com ação judicial com medo deste boicote. Ao fundamento de que no Código Civil Alemão - BGB - o art. 826 dispõe que não serão admitidas manifestações contrárias aos bons costumes. A justiça estadual de Hamburgo entendeu a favor da produtora. O tribunal constitucional alemão reformou a decisão afirmando que a cláusula, dos bons costumes, deve ser interpretada em consonância com os direitos fundamentais. E interpretando-se bons costumes de acordo com a liberdade de expressão, a conclusão de que a manifestação de Lüth é válida. Esse é um exemplo da teoria da aplicação indireta aos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais só se aplicam diretamente aos poderes públicos do estado. Só há a possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais aos indivíduos de forma indireta. Utilizou um direito fundamental para interpretação de uma cláusula geral do direito privado.

A problemática da eficácia horizontal dos direitos fundamentais ou eficácia privada nos direitos fundamentais, emerge com aplicação diversa à idéia de eficácia vertical destes direitos, que se traduz pela discrepância entre o poder público (detentor do poder) e o privado, sendo considerada a parte hipossuficiente nessa relação.

Para Filho (2008), Um ponto de discussão acerca da teoria em exposição, refere-se à tese da aplicação mediata dos direitos fundamentais, a qual se consubstancia no reconhecimento de uma liberdade, impeça que as normas essenciais tenham reflexos diretos nas relações privadas, o que resultaria em um domínio do ramo constitucional sobre o civil.

Para Sarmiento (2006), essa teoria “trata-se de construção intermediária entre a que simplesmente nega a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, e aquela que sustenta a incidência direta destes direitos na esfera privada.”

Assim, pode ser apreendido que não pode haver a invocação das normas constitucionais de maneira desenfreada (ou como direitos subjetivos) no campo privado, tendo em vista a liberdade presente nas relações construídas.

Segundo Dürig, *apud* Sarmiento (2006, p. 197), “a proteção constitucional da autonomia privada, pressupõe a possibilidade de os indivíduos renunciarem a

direitos fundamentais no âmbito das relações privadas que mantém o que seria inadmissível nas relações travadas com o poder público.”

O que se pode compreender desta informação é que nas relações particulares há a valorização da chamada autonomia privada, em que às partes é concedida uma maior liberdade de negociação. Contudo, essa liberdade nas relações privadas não é absoluta, devendo haver obediência às normas constitucionais, sobretudo no que se refere aos direitos fundamentais, também no campo civil.

Essa teoria, então, ganha outro fundamento por Dürig, para que o direito privado e a constituição estejam conexos, de maneira que o campo particular esteja permeado de valores constitucionais.

Em relação às cláusulas gerais Filho (2008):

O principal elo, portanto, seriam as chamadas cláusulas gerais, ou seja, conceitos abertos, cujo conteúdo deverá ser definido por uma valoração do aplicador do direito, se baseando sempre no sistema de valores consagrados pela Carta Maior. Exemplo disso é o artigo 187 do Código Civil, quando dispõe que: *“comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”*

Assim, a decisão do juiz não ocorrerá de maneira arbitrária através da aplicação das cláusulas gerais, seguindo o princípio da maior segurança jurídica aos atos por ele praticados, sendo que suas decisões deverão estar de acordo com o caso concreto e os princípios constitucionais, vez que sua utilização ocorrerá em decorrência da falta de norma regulamentadora, em caráter constitucional ou infraconstitucional.

Os que seguem essa linha de pensamento, a justificam pela preservação da autonomia da vontade, sem, contudo, ferir preceitos constitucionais, ou ainda



descaracterizar o Direito Privado, ao constitucionalizá-lo. E ainda, não atribuindo ao poder judiciário um poder desmedido como na teoria de eficácia direta.

### 3.2.2 Cláusulas Gerais

As cláusulas gerais foram inseridas pelo legislador no Código Civil de 2002, proporcionando uma maior abertura aos juízes, na função de interpretar. Neste Código, com fundamento em Reale, se norteia por três princípios – sociabilidade, eticidade e operabilidade – em que se adota a técnica das cláusulas gerais, proporcionando uma visão mais ampla destes princípios, sem, contudo, ferir a segurança jurídica proporcionada pelo direito.

Neste sentido, a função do juiz se amplia, e este torna-se mais do que um mero aplicador do direito, possuindo a função de sua interpretação e aplicação ao caso concreto, tendo em vista a promoção da justiça.

As cláusulas gerais seriam normas genéricas com caráter de diretriz, que preliminarmente estariam direcionadas ao juiz, em que pelo processo da hermenêutica com suas limitações poderia agir no sentido de preencher alguma lacuna identificada pelo juiz, de modo aplicar a melhor solução, ou seja, decidir pelo que seria mais justo e correto, com base em princípios constitucionais.

A esse respeito, Sarmiento (p. 198, 2006) assevera que:

Para ele, esta ponte é representada pelas cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados acolhidos pelo legislador – verdadeiras fontes de irrupção dos direitos fundamentais no Direito Privado -, os quais devem ser interpretados e aplicados pelos juízes sempre em conformidade com a ordem de valores subjacente aos direitos fundamentais. Neste sentido, a teoria da eficácia mediata liga-se à concepção da Constituição como ordem de valores,

centrada nos direitos fundamentais e, em especial, no princípio da dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, Reale pondera que "(...) o que se objetiva alcançar é o Direito em sua concreção, ou seja, em razão do elemento de fato e de valor que devem ser sempre levados em conta na enunciação e na aplicação da norma."

Neste mesmo sentido, Filho (2008) expressa que:

Essa harmonização da produção indireta dos efeitos pressupõe a existência da constituição como um sistema de valores, centrada especialmente no princípio da dignidade da pessoa humana, os quais irradiam no âmbito das relações particulares por intermédio de suas cláusulas gerais, comumente denominadas de "portas de entrada". Esse sistema de valores não pode ser confundido com a idéia de mera declaração de princípios, os quais pressupõem uma simples declaração de intenções do poder constituinte em relação à atividade legislativa, sem qualquer valor vinculante.

Assim, é possível apreender que a Constituição dá vazão para que as normas reguladoras do direito privado sejam permeadas por seus preceitos, de modo a assegurar àqueles que se encontram sob seus efeitos: a tutela dos direitos fundamentais nela inscritos.

Deste modo, a utilização das cláusulas gerais justificar-se-ia pela aplicação da norma de maneira analógica e hermenêutica para resguardar direito implícito nos princípios e que não se encontram inscritos em normas, sejam elas gerais ou não.

Para Bobbio (1982), "completude" significa "falta de lacunas". Vale dizer, será o ordenamento jurídico completo quando o juiz pode encontrar nele uma norma para regular qualquer caso que se lhe apresente, isto é, não há caso que não possa ser regulado com norma pertencente ao sistema.

Às vezes, no entanto, o legislador se utiliza de conceitos indeterminados, que quando inserido no texto da lei, exerce três funções: a) permite a inclusão de hipóteses que o legislador poderia não ter pensado; b) possibilita que a regra dure

por mais tempo; c) torna possível que a regra seja melhor "adaptável" às circunstâncias do caso concreto, tornando a sua aplicação mais justa.

As cláusulas gerais, por seu turno, podem ser conceituadas, segundo as palavras de Tepedino, como:

Normas que não prescrevem uma certa conduta, mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos. Servem assim como ponto de referência interpretativo e oferecem ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para a aplicação de demais disposições normativas.

O objetivo primordial das cláusulas gerais se traduziria pela liberdade dada ao juiz na interpretação da lei, para sua aplicação à situação em questão, e ainda assim, proporcionar segurança jurídica às decisões jurídicas, formando um sistema flexível e seguro ao mesmo tempo.

Acerca ainda da conceituação das cláusulas gerais, vale a transcrição da lição de Costa (2000):

As cláusulas gerais, mais do que um "caso" da teoria do direito -pois revolucionam a tradicional teoria das fontes- constituem as janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis. Isto porque conformam o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos, ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos meta-jurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo.

### 3.2.3. Formas de interpretação das cláusulas gerais

O Código Civil de 2002 trouxe o instituto das cláusulas gerais, mas não estabeleceu diretrizes para sua utilização pelos juízes. E tendo em vista, o atual sistema de Estado Democrático de Direito, em que a constituição se encontra como o centro de onde emanam os princípios a serem observados, se encontra a solução para o fortalecimento dos direitos fundamentais.

Durão, na apresentação do livro de Sérgio Alves Gomes, alerta sobre o novo conceito de juiz, à vista das cláusulas gerais, exigindo um juiz criador:

Evidentemente, este modelo de sistema de direitos exige um novo conceito de juiz. O juiz que segue os critérios da hermenêutica constitucional deve desenvolver uma notável sensibilidade para a interpretação do texto constitucional. Mesmo os juízes dos tribunais de instâncias inferiores não podem aplicar a lei sem mirar os princípios constitucionais e tentar construir a melhor interpretação possível, que garanta simultaneamente a segurança jurídica e justiça nas decisões. Certamente isso exigiria demais dos juízes, a tal ponto que Dworkin denomina o juiz de "juiz Hércules". Contudo, a hermenêutica constitucional não exige apenas esse esforço sobre humano dos juízes, ele demanda também uma abertura do sistema jurídico em conjunto para democracia e cidadania.

De maneira simplificada, as cláusulas gerais, estão permeadas por princípios éticos, que possuem o condão de orientar a decisão do juiz, tendo em vista a melhor solução do caso concreto. Nesta perspectiva, as cláusulas gerais permitem ao juiz certa autonomia na aplicação de uma norma a determinada situação.

Segundo Gomes (1997, p. 128) existem cinco modelos de atuação judicial:

- 1) **positivista-legalista**: o juiz fica adstrito exclusivamente à lei;
- 2) **Alternativista extremado**: o que coloca, de acordo com seus critérios pessoais, o valor "justiça" acima de tudo, inclusive da lei;
- 3)

**Opressivo hierárquico:** o que aceita a súmula vinculante; 4) **Constitucionalista;** o que tem por base o "direito" (globalmente considerado – interno e internacional); 5) **Justiceiro:** segundo Luiz Flávio Gomes este modelo é uma aberração, onde o juiz, que não se difere de nenhum outro justiceiro, tem postura absolutamente contrária à "cultura dos direitos e garantias fundamentais". Geralmente é representado por um juiz politicamente engajado ao modelo policialesco de Estado.

Ao estudar esses modelos, notam que há a busca pelo modelo ideal, conforme o previsto constitucionalmente, que em regimes democráticos, são consideradas constituições cidadãs, em que se busca a máxima do direito, sendo exercida em prol da justiça e observando os direitos fundamentais.

Conforme explicita Carvalho, (disponível em <http://jus.uol.com.br/revista/texto/8077/clausulas-gerais-no-novo-codigo-civil/1>) a esse respeito é possível extrair que:

Este juiz constitucionalista, portanto, há de estar em sintonia, também, com os tratados internacionais, firmados pelo País, devendo aplicá-los sempre que necessário for, desde que consoantes com os princípios constitucionais do direito pátrio. Suas decisões não de ser substancialmente fundamentadas nestes e nas demais regras e princípios que, eventualmente, tratem da matéria em questão.

Na visão de Sarmento em seu livro *Direitos fundamentais e Relações privadas* (2006), inspirado em Konrad Hesse, estabelece que essa teoria se apresente como atenuante entre aqueles que entendem que os preceitos constitucionais não devem interferir nas relações particulares, e aqueles adeptos da teoria da eficácia indireta, em que "os direitos fundamentais exprimem uma ordem de valores que se irradia por todos os campos do ordenamento, inclusive sobre o Direito Privado, cujas normas têm de ser interpretadas ao seu lume."

Deste modo, para os doutrinadores da eficácia mediata, haveria a responsabilidade de aplicação da norma aos particulares de maneira ponderada.

Surgindo a figura do legislador privado a quem caberia a responsabilidade dessa mediação, obedecendo às regras constitucionais a serem aplicadas nas relações privadas.

Assim, os defensores dessa teoria afirmam que os direitos fundamentais por ela protegidos na esfera particular, não será através da Norma Constitucional, mas pelo próprio Direito Privado.

Para Sarmiento (2006), “a força jurídica dos preceitos fundamentais estender-se-ia aos particulares apenas de forma mediata, através da atuação do legislador privado.”

Contudo, a atuação do legislador privado, não deve cercear o direito à autonomia da vontade intrínseca ao particular, obedecendo aos valores constitucionais, anteriormente mencionados.

A esse respeito Sarmiento (p. 200, 2006) expõe que:

Portanto, caberia ao legislativo proceder a uma ponderação entre interesses constitucionais em conflito, na qual lhe é concedida certa liberdade para acomodar os valores contrastantes, em consonância com a consciência social de cada época. Nesta perspectiva, dentre as várias soluções possíveis no conflito entre direitos fundamentais e autonomia privada, competiria à lei a tarefa de fixar o grau de cedência recíproca entre cada um dos bens jurídicos confrontantes. Esta primazia do legislador em detrimento do juiz na conformação dos direitos fundamentais no âmbito privado conferiria, por um lado, maior segurança ao tráfico jurídico, e, por outro, conciliar-se-ia melhor com os princípios da democracia e da separação de poderes.

Ao analisar essa questão, abre-se discussão sobre a atuação do poder judiciário, a quem restaria o papel de preenchimento de cláusulas não determinadas, criadas pelo legislador. Essa atuação, portanto, deve obedecer a princípios constitucionais, sobretudo os direitos fundamentais, estendendo-se ainda à discriminação sobre inconstitucionalidade de normas que desrespeitem a esses preceitos.

Sarmiento (p. 200 e 201, 2006):

(...) Apenas em casos excepcionais, de lacuna do ordenamento privado, e de inexistência de cláusula geral ou de conceito indeterminado que possa ser preenchido em harmonia com os valores constitucionais, é que se permitiria ao juiz a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, independentemente da mediação do legislador.

Mas, como o direito é dinâmico, surgiria outro ponto a ser analisado, pois ao judiciário não é permitida a resolução de conflitos de maneira que não obedeçam aos direitos fundamentais, sob pena de violação destes direitos. E foi neste sentido que Corte Constitucional alemã chegou à Eficácia Horizontal mediata em suas decisões.

Sarmiento, (p. 201, 2006):

Afirma a doutrina, sem embargo, que, nesta tarefa, a Corte Constitucional não deve, a pretexto de proteção dos direitos fundamentais, converter-se em uma instância de revisão geral dos julgados da jurisdição ordinária, para analisar a correção das decisões de aplicação da legislação privada. Só quando a decisão judicial do litígio privado desconsiderar o efeito de irradiação dos direitos fundamentais sobre o Direito Privado é que o recurso constitucional seria admissível.

Neste sentido, tendo em vista, uma aplicação das normas de direito fundamental às relações privadas, sem, contudo, comprometer a segurança jurídica das normas civis e comerciais.

No próximo capítulo abordaremos outra teoria apresentada pela doutrina, à teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais na esfera privada.

## 4. TEORIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DIRETA OU IMEDIATA

### 4.1 Aspectos gerais

A teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas foi defendida, a partir da década de 1950 inicialmente na Alemanha por Hans Carl Nipperdey (Sarmiento, 2006).

Em relação à teoria divulgada por Nipperdey, *apud* Sarmiento (p. 204 e 205, 2006), expõe:

Segundo ele, embora alguns direitos fundamentais previstos na Constituição alemã vinculem apenas o Estado, outros pela sua natureza, podem ser invocados diretamente nas relações privadas, independentemente de qualquer mediação por parte do legislador, revestindo-se de oponibilidade *erga omnes*. Nipperdey justifica sua afirmação com base na constatação de que os perigos que espreitam os direitos fundamentais no mundo contemporâneo não provêm apenas do Estado, mas também dos poderes sociais e de terceiros em geral. A opção constitucional pelo Estado Social importaria no reconhecimento desta realidade, tendo como consequência a extensão dos direitos fundamentais às relações entre particulares.

Esta teoria não obteve êxito na doutrina alemã, contudo, é majoritária em países como a Espanha e Portugal, em que vários doutrinadores reconheceram que esta eficácia deve ser ponderada com a autonomia privada individual, que também recebe proteção constitucional.

Dentre estes doutrinadores, Bilbao Ubillos, e explorando sua teoria Sarmiento (p. 206, 2006,) afirma que:

Existem direitos fundamentais na Constituição espanhola cuja própria estrutura pressupõe a eficácia horizontal imediata, como, por



exemplo, os direitos à honra, à intimidade, à imagem e à liberdade de religião. Outros, pela natureza, vinculam apenas ao Estado. Não existe, segundo ele, uma homogeneidade entre todos os direitos fundamentais, de modo que se torna necessária uma análise de cada direito fundamental para verificar a existência e a extensão da sua eficácia horizontal. Mas Ubillos também insiste na necessidade de se ponderar, caso a caso, o direito fundamental com a autonomia privada do particular, o que resultará numa proteção diferenciada dos direitos fundamentais no campo das relações públicas e privadas.

Enquanto nas legislações alemãs e espanholas, a aplicação imediata dos direitos fundamentais é por analogia e ponderação de direitos, o direito português a extensão destes direitos às relações privadas está prevista em norma Constitucional de maneira direta e genérica. Sarmiento explicita que: "A Lei Maior lusitana, em seu art. 18.1 reza: 'os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas'." Assim, não há controvérsias sobre a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações entre particulares.

Conforme observado de maneira genérica na doutrina de vários países, existem diversas correntes a respeito dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. O que se nota no estudo dessa doutrina e sua análise, ao longo da história e até os dias atuais, percebe-se que se busca uma forma intermediária de aplicação, buscando assim, evitar os extremos.

#### **4.2 A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais na CRFB**

O tema abordado neste tópico é a aplicação dos direitos individuais nas relações entre particulares, de maneira direta e imediata, sem a pendência de agentes como legisladores, nem se submetendo às cláusulas gerais do Direito Privado.

Os direitos e garantias fundamentais encontram particular dedicação no art. 5º, §1º, da CRFB, em que se estabelece uma imensa gama desses direitos e definem direitos e garantias individuais, sociais e políticas, apresentando um rol não taxativo, pois estes são garantidos independentemente do capítulo ou título na Carta Magna em que aparecem. Possuem efeito imediato, ou seja, direta e imediatamente aplicáveis.

A título de análise, é possível ponderar que, precipuamente, essa norma que resguarda os direitos fundamentais vincula os entes estatais, inclusive o Poder Legislativo, não podendo este, se negar ou coibir um direito fundamental, tendo em vista que estes estão previstos na Constituição. Assim, estes se usando de seu cargo, não poderão criar ou modificar normas gerais e vinculantes, por sua competência e legitimidade democrática.

Lima (2010) assevera que:

Nos termos desta concepção, a incidência dos direitos fundamentais deve ser estendida às relações entre particulares, independentemente de qualquer intermediação legislativa, ainda que não negue a existência de certas especificidades nesta aplicação, bem como a necessidade de ponderação dos direitos fundamentais com a autonomia da vontade. Os efeitos inerentes aos direitos fundamentais dispensam recursos interpretativos para sua aplicação nas relações privadas, apesar de esta não ocorrer da mesma forma e com a mesma intensidade que se dá em relação aos poderes públicos, pois enquanto estes são responsáveis por gerir o bem da coletividade, aqueles desfrutam de proteção constitucional à autonomia da vontade, fundamento da dignidade da pessoa humana (Novelino, 2008, PP. 234/235).

Assim, o interesse na aplicação horizontal dos direitos fundamentais não tem como objetivo tolher ou desconsiderar a liberdade individual prevista na própria constituição, mas encontrar uma forma de aplicação intermediária, garantindo a liberdade sem violar direitos.

Esclarece-nos Costa (p.91, 2007) que:

Em sua teoria eficácia imediata Nipperdey compreendia que o vasto rol de direitos fundamentais abrange disposições de caráter distinto entre si, cujo significado, modo e grau de ação devem ser verificados detalhadamente em cada caso particular. Jamais pretendeu que a incidência desses direitos no plano privado se desse de modo generalizado e absoluto, como seus críticos tentaram fazer crer (...) se aplicarmos a lição de Nipperdey à realidade brasileira, torna-se fácil compreender a razão pela qual a doutrina nacional, em grande parte, filia-se à teoria da *Unmittelbare Drittwirkung*. Em um país onde os assustadores abismos sociais são a regra, e os grupos de pressão aumentam exponencialmente sua força a cada dia, é quase impossível condicionar a força dos direitos fundamentais a uma gradação através da lei e de sua interpretação judicial principalmente diante da já ferida regra insculpida no art. 5º §1º da Constituição Federal.

Os doutrinadores que seguem essa corrente compartilham o pensamento de que a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais se fundamenta no princípio da dignidade da pessoa humana e sua violação pelas relações entre os particulares.

Continuando a análise da norma prescrita no art. 5º da CRFB, esta determina que, os titulares dos direitos não precisam aguardar autorização, concretização ou determinação do Estado para o exercício dos direitos que lhes são inerentes. E caso haja omissão ou lacuna na norma em decorrência de ato legislativo, este poderá imediatamente ser exercido, tendo em vista o estabelecido em toda extensão do texto constitucional, nomeando até mesmo o poder judiciário como competente para analisar essa violação.

É possível concluir, portanto que a norma de direitos e garantias fundamentais estabelecidas no art. 5º, §1º da CRFB, não se apresenta apenas como declarações ou programas de ações do poder público para garantia de direitos de maneira limitada, pois toda a Constituição se encontra permeada de direitos e garantias fundamentais, o que torna o estado, com sua finalidade de promoção do bem comum, vinculado de forma direta e imediata à manutenção desses direitos.

Ao longo do que foi abordado nos capítulos anteriores, foi demonstrada a posição favorável da Constituição Brasileira da aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas.

A esse respeito, Sarmiento (p. 235, 2006) assevera que:

(...) Pelo menos no ordenamento brasileiro, que tem em seu cimo uma constituição fortemente voltada para o social, não é possível conceber tais direitos como meros limites ao poder do Estado em favor da liberdade individual. [...] Trata-se, na verdade, da Lei Fundamental do Estado e da sociedade, porque contém os principais valores e diretrizes para a conformação da vida social no país, não se limitando aos papéis mais clássicos das relações entre governantes e governados.

Eficácia direta e imediata dos Direitos Fundamentais nas relações privadas no Direito Brasileiro

Tendo em vista a CRFB, e dos aspectos e valores sociais que a envolvem, qualquer que seja a postura adotada, não é possível se desvencilhar dos direitos sociais e econômicos que permeiam toda Carta Magna.

Na visão de Sarmiento (p. 237, 2006)

(...) Nossa Constituição, apesar da irresignação de alguns, consagra um modelo de Estado Social, voltado para a promoção da igualdade substantiva, o que projeta inevitáveis reflexos sobre a temática ora versada. Ela não se baseia nos mesmos pressupostos ideológicos que sustentaram a separação regida entre Estado e sociedade civil, e que serviram, historicamente, para fundamentar a exclusão dos direitos fundamentais do campo das relações entre particulares.

Assim, a constituição brasileira não adota um posicionamento radical como em países como os Estados Unidos da América, ponderando pela possibilidade da aplicação dos direitos fundamentais em relações particulares. Contudo, ainda há muito a ser feito para se aproximar do modelo alemão.

Sarmiento (p. 237, 2006):

(...) da mesma forma, ela nos parece inconciliável com a posição mais compromissória, mas ainda assim conservadora, da eficácia horizontal indireta e mediata dos direitos individuais, predominante na Alemanha, que torna a incidência destes direitos dependente da vontade do legislador ordinário, ou os confina ao modesto papel de meros vetores interpretativos das cláusulas gerais do Direito Privado.

A constituição brasileira dá abertura, portanto, à autonomia privada, limitando-a de modo que não viole a própria Carta Magna, em relação aos direitos e garantias fundamentais nas relações entre particulares.

Sob um dos direitos e garantias fundamentais, é pertinente a menção ao princípio da dignidade da pessoa humana, e sua fundamentalidade constitucional, Sarmiento (p. 245 2006):

Na verdade, reconhecer na dignidade da pessoa humana o epicentro axiológico da ordem constitucional importa em postular uma *vis* expansiva para os direitos fundamentais, o que não se compatibiliza com construções que intentem atenuar seu impacto, diluir sua normatividade ou confiná-los a fronteiras já superadas. Se a dignidade é um valor absoluto, ela deve condicionar diretamente a todos (...)

Assim, em vários estudos na doutrina pátria, é perceptível o posicionamento favorável em relação aos objetivos da República, previstos no art. 3º, em que pressupõe a atuação do Estado como promotor da Justiça Social, em todos os segmentos e conseqüentemente a Constituição como Lei Magna dentro do país, não poderia deixar de estender suas normas e princípios às relações privadas.

### 4.3 A vinculação dos particulares na jurisprudência do STF

Conforme estudos realizados ao longo do trabalho, percebe-se que, na doutrina brasileira, em relação à aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais há certa uniformidade de posicionamentos.

Já no que se refere à jurisprudência brasileira ocorre controvérsias, conforme explicita Sarmiento (p. 250, 2006):

(...) 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 nossos pretórios a fértil discussão sobre os condicionamentos e limites para aplicação dos direitos humanos na esfera privada.

Para o escopo do presente trabalho, serão colacionados apenas alguns dos mais relevantes e paradigmáticos casos já julgados.

De maneira inicial, é importante trazer ao trabalho com as jurisprudências, o Recurso Extraordinário n. 158215/RS, cuja ementa encontra-se assim vazada (STF – RE 158215/RS – 2ª Turma – Rel. Min. Marco Aurélio – DJU 07/06/1996):

DEFESA – DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurado do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora se torne necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação

comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. **COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIADO - CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL.** Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa.

Neste julgado, cujo relator foi o Em. Min. Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, por sua Segunda Turma, há mais de uma década, já houve a consideração de que uma pessoa jurídica de direito privado, uma cooperativa, que no caso em tela, deveria observar o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório no caso de exclusão compulsória de um de seus associados.

Recentemente houve decisão semelhante, como é possível observar no Recurso Extraordinário n. 201819/RJ, relatado pelo Min. Gilmar Mendes em 11.10.2005, pela Segunda Turma, encontrando-se a ementa com o seguinte teor (STF – RE 201819 / RJ – 2ª Turma – Relª. Minª. Ellen Gracie – DJ 27/10/2006):

**SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS.** As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. **O espaço de autonomia privada garantido**

**pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais, que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados.** A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois **a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.** III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal, acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. **O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios, legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88).** IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.

Ao analisar este julgado, nota-se que foi dada uma maior atenção à aplicação dos direitos fundamentais na esfera privada, com o escopo jurídico de regular suas relações, como pode ser observado no posicionamento do STF, no que se referem à necessidade de observar os direitos fundamentais de modo particular, aqueles que possuem natureza procedimental, em que é possível fazer referência à ampla defesa e ao contraditório.

Outro julgado do Supremo Tribunal Federal de destaque é o do Recurso Extraordinário n. 161243/DF, relatado pelo Min. Carlos Velloso, pela Segunda



Turma, cuja ementa se transcreve (STF – RE 161243/DF – 2ª Turma – Rel. Min. Carlos Velloso – DJ 19/12/1997):

CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput. I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput). II. - **A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional.** Precedente do STF: Ag 110.846(AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. - R.E. conhecido e provido.

Neste, foi acolhido pelo Eminentíssimo Ministro Relator o parecer do Ministério Público, o posicionamento de que a empresa mesmo sendo privada, deve obedecer ao princípio da isonomia, que se encontra prescrito na CRFB, válida em todo âmbito nacional, em que é vedada a discriminação em qualquer espécie, inclusive fundada na nacionalidade do trabalhador. Assim, foi resguardado o direito de igualdade do trabalhador, direito fundamental, em desfavor do princípio da autonomia, tendo em vista a supremacia daquele.

Nota-se que na esfera das relações de trabalho há a necessidade da interveniência das normas regulamentadoras dos direitos fundamentais, com o intuito de coibir condutas que violem esses direitos. Isto porque, diante da flagrante situação de desigualdade entre as partes, o empregador é, frequentemente, fonte de violações aos direitos fundamentais de seus trabalhadores.

Com a análise destes acórdãos, percebe-se o posicionamento do STF em aceitar a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais nos conflitos entre privados, não exigindo a presença de um mediador.

Entretanto, como a discriminação pode ocorrer das mais diferentes formas, podendo ser de maneira mais incisiva ou não, algumas condutas estão viciadas pela discriminação, se mostrando presumida. O que pode ser demonstrado, pela atitude de dispensa de trabalhadores que sejam portadores de vírus HIV, mesmo que a empresa considere que esta situação do seja motivo para dispensar o empregado.

Seguindo esta linha, encontra-se o julgado proferido pela Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, relatado pelo Min. João Oreste Dalazen:

Reintegração. Empregado Portador do Vírus HIV. Dispensa Discriminatória.

Caracteriza atitude discriminatória ato de Empresa que, a pretexto de motivação de ordem técnica, dispensa empregado portador do vírus HIV sem a ocorrência de justa causa e já ciente, à época, do estado de saúde em se encontrava o empregado.

**O repúdio à atitude discriminatória, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (artigo 3º, inciso IV), e o próprio respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento basilar do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, inciso III), sobrepõem-se à própria inexistência de dispositivo legal que assegure ao trabalhador portador do vírus HIV estabilidade no emprego.**

Afronta aos artigos 1º, inciso III, 5º, caput e inciso II, e 7º, inciso I, da Constituição Federal não reconhecida na decisão de Turma do TST que conclui pela reintegração do Reclamante no emprego.

Embargos de que não se conhece.

Neste caso é possível extrair do julgado, mais uma vez a aplicação de norma de direito fundamental, que priva pelo principio da dignidade da pessoa humana, e pela não discriminação, em que pese que a autonomia privada não possa ser assegurada em detrimento de direitos e garantias inerentes ao homem, especificamente em âmbito laboral.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo da elaboração do trabalho, e após o estudo e análise de diversas correntes e posicionamentos acerca da aplicação horizontal dos direitos fundamentais, podem ser pontuadas algumas considerações importantes para se obter a conclusão a respeito do tema.

A Constituição contemporânea abarca uma série de direitos aos cidadãos que estão sob sua tutela. Neste sentido, a Carta Magna brasileira não é diferente, sendo fruto de inúmeras lutas contra a repressão e autoritarismo exercido pelos governantes. A constituição brasileira é chamada de constituição cidadã, possuindo um capítulo específico aos chamados direitos e garantias fundamentais.

Conforme abordado, os direitos fundamentais surgiram em decorrência da opressão sofrida pelos cidadãos em relação àqueles que detinham o poder, constituindo uma equiparação entre o cidadão e o Estado, a chamada eficácia vertical dos direitos fundamentais, com o objetivo de garantir a proteção do cidadão, parte frágil em relação ao Estado detentor do poder.

Contudo, com a evolução societária acontecendo de maneira dinâmica, surgiram outros pontos de convergência envolvendo os direitos fundamentais, ou seja, o conflito entre dois direitos, em que sujeitos que possuem certa equivalência de direitos fundamentais.

Diante do exposto, e em relação ao direito e à sociedade hodierna, subtrai-se que não há possibilidade de sustentar a não aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações entre particulares. Isto decorre da força normativa constitucional que é considerada Carta Magna, está permeada de princípios chamados garantícios, de direitos inerentes ao homem, dentre os quais a dignidade da pessoa humana.

Dentro das correntes a respeito da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, o que se depreende é que a doutrina que se apresenta como a melhor opção é a que reconhece a vinculação direta dos particulares. Isso, em face

de tudo que foi colocado em relação ao tema, demonstra que os direitos fundamentais não podem ficar à mercê da atividade legislativa.

Neste sentido, poderão surgir problemas na aplicação direta desses direitos, tendo em vista que, em diversos momentos haverá convergência entre direitos igualmente fundamentais. Tendo como melhor solução aquela que passa pela aplicação do princípio da proporcionalidade.

Seguindo nesse entendimento, na aplicação da proporcionalidade, não haverá prevalência de direito, no sentido de um direito fundamental excluir o outro, mas a busca da aplicação mais razoável e ponderada possível, analisando caso a caso, sobre os princípios colidentes.

Dentro desse procedimento, alguns critérios podem ser postos para balizar o julgamento. Um primeiro critério a ser levado em consideração para a solução desses conflitos é a existência de desigualdade fática entre as partes. Quanto maior for essa desigualdade, maior deverá ser a vinculação aos direitos fundamentais.

Outro critério é a essencialidade do bem, quanto mais essencial para a vida humana, maior será a proteção do direito fundamental que está em jogo. Assim, numa relação econômico-patrimonial, dar-se-á maior ênfase à autonomia privada, enquanto que, se o bem em questão for essencial à vida, os direitos fundamentais deverão incidir com maior força a fim de que seja dada a devida proteção à dignidade da pessoa humana.

Uma última consideração refere-se à dignidade humana, como princípio fundamental do estado brasileiro e, além da comunidade mundial, o princípio da dignidade humana deve ter primazia em todas as relações jurídicas. Sendo assim, a sociedade, o Estado e o próprio direito, são todos instrumentos do fim maior que é o pleno desenvolvimento dos indivíduos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**, 4. Ed., p.31 *apud* Pedro Lenza, **Direito Constitucional esquematizado** 13 ed. rev. Atual e amp. São Paulo, Saraiva,2006, P.9

CARVALHO, Kildare Gonçalves, **Direito constitucional: Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional positivo**, 12 ed., 2006, p. 211 *apud* Pedro Lenza, **Direito Constitucional esquematizado** 13 ed. rev. Atual e amp. São Paulo, Saraiva,2006, P. 9

CANOTILHO, JJ Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003, *apud* Pedro Lenza, **Direito Constitucional esquematizado** 13 ed. rev. Atual e amp. São Paulo, Saraiva,2006, p. 4.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito Constitucional**. -4ªed.-2. Reimp. São Paulo: Atlas, 2008

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo **Teoria Geral dos direitos fundamentais**. - 2. Ed. Ver. Atual. e amp. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio Século XXI: O minidicionário da língua portuguesa**. 4 ed. rev. Ampliada. – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado/ Pedro Lenza** – 13 ed. rev. Atual e amp. São Paulo, Saraiva, 2009.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de La constitución**, 1966 p.154, *apud* Pedro Lenza, **Direito Constitucional esquematizado**. 13ª ed. rev. Atual e amp. São Paulo, Saraiva,2006, p.5

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª Ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico**. 21 ed. rev. e ampl. São Paulo: Cortez, 2001.

TAVARES, André Ramos *apud* Pedro Lenza, **Direito Constitucional esquematizado** 13 ed. rev. Atual e amp. São Paulo, Saraiva, 2006.

BULOS, Uadi Lammêgo, **Constituição Federal Anotada**, 5 ed. p 16-18, *apud* Pedro Lenza, **Direito Constitucional esquematizado** 13 ed. rev. Atual e amp. São Paulo, Saraiva, 2006, p. 7.

SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**, 7. Ed., p.58 *apud* Pedro Lenza, **Direito Constitucional esquematizado** 13 ed. rev. Atual e amp. São Paulo, Saraiva, 2006, p. 7

### Documentos eletrônicos com autoria

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UNB, 1982. p. 118. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=8077&p=2> acesso em 07 de setembro às 18:59 de 2010

CARVALHO. Paulo César de, **Cláusulas gerais no novo Código Civil. Boa-fé objetiva, função social do contrato e função social da propriedade**. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=8077&p=2> acesso em 07 de setembro às 18:59 de 2010.

CASTRO. Aldemario Araujo (disponível em: <http://www.aldemario.adv.br/constitucional/textoa.htm>, acesso em 02 de dezembro de 2010)

COSTA, Judith Hofmeister Martins. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. *In: Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 41, mai. 2000. Disponível em: Acesso em: 12 jul. 2004. Paulo César de Carvalho, **Cláusulas gerais no novo Código Civil. Boa-fé objetiva, função social do contrato e função social da propriedade**. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=8077&p=2> acesso em 07 de setembro às 18:59 de 2010

COSTA, Adriano Pessoa da. **Direitos Fundamentais entre Particulares na Ordem jurídica Constitucional Brasileira**. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2007. *Apud* LIMA, Luciana de Sousa, **Eficácia privada dos direitos fundamentais**. Publicado em 08 2010, disponível em <http://jus.uol.com.br/revista/texto/17094/eficacia-privada-dos-direitos-fundamentais>, acesso em 31/08/10 às 13:00.

COSTA JÚNIOR, Ademir de Oliveira. A eficácia horizontal e vertical dos direitos fundamentais. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1424, 26 maio 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9915>>. Disponível em: <http://direitounebjua.blogspot.com/2007/05/eficcia-horizontal-e-vertical-dos.html>, Acesso em 02 de dezembro de 2010.

DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **O constitucionalismo: da visão moderna à perspectiva pós-moderna.** Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 49, fev. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=86>>. Acesso em: 01 de maio de 2010

DÜRIG, Günter, "Grundrechte und Zivilrechtsprechung", en MAUNZ, Theodor (Hrsg. Von), en *festschrift für Hans Nawiasky*. München: Beck, 1956, PP.157-190, *apud* NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. **Los Límites de los Derechos Fundamentales en las Relaciones entre Particulares: La Buena Fe**, Op. Cit., p. 169 *apud* SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª Ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, p. 199, 2006.

GOMES, 1997, p. 128. "Na atualidade despontam três modelos de Magistratura: **empírico-primitivo, técnico-burocrática** (o modelo brasileiro, com seleção de juiz por concurso, carreira, hierarquia, atuação positivista-legalista, etc) e o **modelo democrático** (independência real, constitucionalização da jurisprudência, eleição do seu órgão do governo, pluralidade política, etc)."

GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. **A eficácia horizontal dos direitos fundamentais.** Disponível em <http://fg.com.br>. 09 de outubro de 2008, acesso em 05 de maio de 2010.

LIMA, Luciana de Sousa, **Eficácia privada dos direitos fundamentais.** Publicado em 08 2010, disponível em <http://jus.uol.com.br/revista/texto/17094/eficacia-privada-dos-direitos-fundamentais>, acesso em 31/08/10 às 13:00.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.168, disponível em: <http://direitounebjua.blogspot.com/2007/05/eficcia-horizontal-e-vertical-dos.html>, acesso em 02 de dezembro de 2010, às 10:00.

NARDELLI, Paulo. **Cláusulas Gerais e Conceitos Jurídicos Indeterminados** (Análise Comparativa Breve) publicado 24/04/2008 por em <http://www.webartigos.com>, acesso em 31/08/10 às 12:34.

REALE, Miguel *apud* Paulo Nardelli. **Cláusulas Gerais e Conceitos Jurídicos Indeterminados** (Análise Comparativa Breve) publicado 24/04/2008 em <http://www.webartigos.com>, acesso em 31/08/10 às 12:34.

SANTOS, Sérgio Luís Oliveira dos. Professor da Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba – FACER, Especialista em: Direito privado (2009):

STF – RE 158215/RS – 2ª Turma – Rel. Min. Marco Aurélio – DJU 07/06/1996, disponível em: [http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=3833](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3833), acesso em 08 de dezembro de 2010 às 02:23, *apud* LIMA, Luciana de Sousa, **Eficácia privada dos direitos fundamentais**. Publicado em 08 2010, disponível em <http://jus.uol.com.br/revista/texto/17094/eficacia-privada-dos-direitos-fundamentais>, acesso em 31/08/10 às 13:00.

STF – RE 161243/DF – 2ª Turma – Rel. Min. Carlos Velloso – DJ 19/12/1997., disponível em: [http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=3833](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3833), acesso em 08 de dezembro de 2010 às 02:23, *apud* LIMA, Luciana de Sousa, **Eficácia privada dos direitos fundamentais**. Publicado em 08 2010, disponível em <http://jus.uol.com.br/revista/texto/17094/eficacia-privada-dos-direitos-fundamentais>, acesso em 31/08/10 às 13:00.

STF – RE 201819 / RJ – 2ª Turma – Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Ellen Gracie – DJ 27/10/2006, disponível em: [http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=3833](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3833), acesso em 08 de dezembro de 2010 às 02:23 *apud* LIMA, Luciana de Sousa, **Eficácia privada dos direitos fundamentais**. Publicado em 08 2010, disponível em <http://jus.uol.com.br/revista/texto/17094/eficacia-privada-dos-direitos-fundamentais>, acesso em 31/08/10 às 13:00.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2002. *In*: **A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002 *apud*, Paulo César de Carvalho, **Cláusulas gerais no novo Código Civil. Boa-fé objetiva, função social do contrato e função social da propriedade**. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=8077&p=2> acesso em 07 de setembro às 18:59 de 2010

VASCONCELLOS, Armando Cruz. **A eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas de subordinação**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2107, 8 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12595>>. Acesso em: 24 jun. 2010.



## Documentos eletrônicos sem autoria

Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Drittwirkung>, acesso em 01 de dezembro de 2010 às 14:10, traduzido por <http://translate.google.com.br/#>, em 01 de dezembro de 2010 às 14:31.

Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Constitucionalismo>, acesso em 01 de dezembro de 2010 às 14:00.

Disponível em:  
<http://www.concursospublicosonline.com/informacao/view/Apostilas/Direito-Constitucional/Classificacao-das-Constituicoes/> acesso em 01 de dezembro às 13:35.

Disponível em: <http://www.direitointegral.com/2010/05/direitos-fundamentais-eficacia.html>, acesso em: 02 de dezembro de 2010.