

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais: aspectos sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais

*The horizontal effectiveness of fundamental rights: aspects of specific
individuals binding to fundamental rights*

Rodrigo Luiz da Silva Versiani

Pós-graduado em Direito Civil e Empresarial. Advogado.
E-mail: versiani_adv@yahoo.com.br

Resumo: O presente estudo visa trazer considerações acerca da influência dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares, sob uma ótica de proteção por parte do Estado ao ferimento de princípios jusfundamentais constitucionais. Outrossim, verifica-se, na atualidade, uma crescente utilização da aplicação dos direitos fundamentais nas mais variadas áreas do direito pátrio, sobretudo, numa tendência a dar a devida prevalência dos Princípios e Garantias contidos na Constituição Federal, como vem sendo adotado na maioria dos países ocidentais que tiveram a influência de Constituições democráticas e de cunho protetivo, por meio de criação pelo legislador constituinte originário de capítulo destinado a Garantias e Direitos Fundamentais como cláusulas pétreas, estas como garantidoras de observância a princípios basilares do Estado Democrático de Direito e de proteção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia, da proporcionalidade, dentre outros espalhados na Carta Política de 1988.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Relações de Direito Privado. Proteção Constitucional.

Abstract: This study aims to bring considerations about the influence of fundamental rights in relations between individuals, under an optical protection by the State to damage jusfundamentais constitutional principles. Furthermore, it can be seen, nowadays, an increasing use of the application of fundamental rights in various areas of parental rights, above all, a tendency to give due prevalence of the principles and guarantees contained in the Constitution, as it has been adopted in most Western countries which had the influence of democratic constitutions and protective nature, through creation by constitutional legislator originated from a chapter for the guarantees and rights as immutable clauses, these as guarantors observance of the basic principles of the democratic rule of law and protection of the principles of human dignity, equality, proportionality, among others scattered in the 1988 Constitution Policy.

Keywords: Fundamental Rights. Relations of Private Law. Constitutional Protection.

1 Introdução

Desde o surgimento do catálogo dos direitos fundamentais nas Constituições democráticas, denota-se uma mudança em que a razão e o Direito são instrumentos de mudanças sociais, buscando, acima de tudo, a aplicação dos princípios como ponto de equilíbrio nas relações entre o Estado e o cidadão, como também entre os

particulares, tendo os direitos fundamentais um aspecto limitador da autonomia privada.

Historicamente, houve uma mudança da noção do Estado, perpassando na noção de Estado Liberal concebido após a Revolução Francesa, em que se constata a transmutação do princípio da autonomia privada própria do liberalismo, até chegarmos ao Estado Social, em que houve a limitação do princípio da liberdade individual nos pactos, para uma liberdade contratual baseada nos princípios jusfundamentais. Nesse aspecto, constata-se uma nova perspectiva de organização social, em que o Estado perde o caráter de único sujeito passivo subordinado à observância dos direitos fundamentais, tendo em vista que os indivíduos, em razão da complexidade com que as relações sociais se delineiam, passam a estar em constante posição de ingerência aos direitos fundamentais de seus pares.

A partir da verificação do conceito de fundamentalidade e do abarcamento da teoria da horizontalidade da aplicação dos direitos fundamentais, sendo os mesmos esparsos em todo o ordenamento e ramos do direito, se torna impossível a percepção estanque e restrita do âmbito de proteção dos direitos fundamentais.

O posicionamento acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais visa alcançar uma vertente adequada às particularidades do nosso Direito Constitucional Pátrio, ressaltando em que medida a influência dos direitos fundamentais entre os particulares não afetariam o princípio da autonomia privada, levando em conta que este também é um princípio a ser observado. Faz-se necessário observar a crescente utilização da aplicação dos direitos fundamentais, haja vista sua eficácia irradiante, sobretudo, na promoção da humanização da ordem jurídica, ao exigir que todas as normas sejam, no momento da aplicação, avaliadas sob a ótica dos princípios da dignidade da pessoa humana, dentre outros princípios constitucionais.

2 A autonomia privada sob a perspectiva do Estado Liberal e o surgimento do Estado Social

2.1 O Estado Liberal

O Estado Liberal, bem como a corrente ideológica em que se baseia, a saber, o liberalismo, foi um fenômeno histórico com inúmeras nuances. Portanto, é de bom alvitre demonstrar os aspectos mais relevantes do Estado Liberal e do liberalismo, assim como da Revolução Francesa, a partir de suas manifestações históricas.

Segundo Bonavides (2001), o liberalismo atuava em duas vertentes bem definidas em seu período auge, quais sejam: ao nível do pensamento e ao nível da sociedade. O liberalismo era representado por um conjunto de correntes doutrinárias e de princípios que fundamentavam a existência e o funcionamento de várias instituições do Estado Liberal.

Ainda de acordo com Bonavides, em que pese essa ideologia ter seu surgimento vinculado à Revolução Gloriosa, que buscava a tolerância religiosa e o governo constitucional, foi com a Revolução Francesa que alcançou seu ponto supremo. Com a reinterpretação e adaptação das ideias da antiguidade clássica, o iluminismo, amparado pelo direito natural, fundou a estrutura política, social e

econômica do Estado liberal-democrático, o qual alcançou uma projeção indisputável sobre a consciência política de todo o século.

Com o desenvolvimento do comércio ultramarino e a expansão das fronteiras comerciais, a burguesia elevou-se à condição de classe social preponderante, sendo que o modo de produção feudal, prejudicado por sua paralisação no tempo e insuficiência de produção, foi radicalmente substituído pelo *modus* de produção da burguesia.

O liberalismo, por força de sua junção ao movimento contrário aos abusos do poder do Estado, exerceu enormes forças sobre os poderes ilimitados do Estado. Insta ressaltar que o surgimento do Estado Liberal esteve visceralmente ligado à ascensão da burguesia, que era a detentora do poderio econômico, a qual contribuiu maciçamente para o declínio da aristocracia e a monarquia absolutista.

Assim, a limitação da autoridade do Estado deveria corresponder à ausência de limites na esfera da liberdade individual. A partir dessa perspectiva, o Estado Liberal estaria totalmente alheio e ausente de iniciativas sociais, estando adstrito a assegurar e proporcionar a todos os governados os elementos necessários à convivência social de forma harmoniosa, de modo que era concedido ao indivíduo um amplo espaço de autodeterminação, ou seja, tudo que não estivesse proibido na lei era permitido no âmbito das relações jurídicas entre os sujeitos.

Para Sombra (2011), sob tais aspectos, consolida-se a concepção de direitos subjetivos públicos, os quais deveriam ser exercidos exclusivamente em face do Estado, que, a seu turno, não poderia adentrar na esfera de liberdade individual assegurada a cada cidadão. A liberdade, nesse momento histórico, tem um sentido de um dever de não ingerência do Estado, ou seja, uma inquestionável obrigação de respeito à autonomia privada.

O intuito incansável de controlar a autoridade estatal surge como decorrência das atrocidades praticadas sob a égide do absolutismo monárquico e, somente o Estado Liberal, por intermédio dos preceitos da liberdade, igualdade e fraternidade, poderia proteger os direitos e garantias individuais. Ressalte-se que, para a doutrina do liberalismo, o Estado sempre representou um fantasma a ser combatido, de modo que o exercício pleno da liberdade demandava uma forte contraposição política a esse *status* de inimigo público (SOMBRA, 2011, p. 6).

Outrossim, no Estado Liberal, apesar de salvaguardados os direitos e garantias dos indivíduos advindos das ameaças do poder público, acontecia outro problema decorrente da distância existente entre o Estado e a sociedade, decorrente do dever de não intervenção do Estado na autonomia privada. Verificava-se um processo de enfraquecimento da liberdade individual, visto que as relações jurídicas estabelecidas entre os particulares passaram a sofrer com a prevalência do poderio econômico. A separação entre Estado e sociedade acabou por gerar um abandono dos indivíduos ao jogo das forças sociais, mormente o poder econômico da burguesia.

A partir de então, constata-se, com a predominância do liberalismo, que a grande maioria dos indivíduos vivia em péssimas condições e uma minoria destacava-se por seu insaciável desejo por riqueza e poder. Uma vez afetados os elementos de

igualdade e liberdade do projeto liberal por uma burguesia interessada tão somente na garantia de liberdade e da segurança jurídica dos cidadãos frente ao Estado, os direitos individuais, embora tenham sido formulados em termos universais, passam a exercer-se de acordo com o patrimônio e poderio econômico.

Conseqüentemente, dois dos ideais do Estado liberal acabavam de ser substancialmente afetados: a liberdade e a igualdade. Contanto, a igualdade preconizada pelo liberalismo fosse apenas aquela de natureza formal, que diz que todos são iguais perante a lei, o dogma da autonomia privada acabava por evidenciar a ontológica contradição existente na combinação de todos os preceitos ideológicos do Estado Liberal, conforme expõe Paulo Bonavides.

A burguesia, classe dominada a princípio e, em seguida, classe dominante, formulou os princípios filosóficos de sua revolta social. E, tanto antes como depois, nada mais fez do que generalizá-los doutrinariamente como ideais comuns a todos os componentes do corpo social. Mas, no momento em que se apodera do controle político da sociedade, a burguesia já se não interessa em manter na prática a universalidade daqueles princípios, como apanágio de todos os homens. Só de maneira formal os sustenta, uma vez que no plano de aplicação política eles se conservam, de fato, princípios constitutivos de uma ideologia de classe. Foi essa a contradição mais profunda na dialética do Estado moderno. [...] Fez, pretensiosamente, da doutrina de uma classe a doutrina de todas as classes (BONAVIDES, 2001, p. 42-43).

Sob esse prisma, a liberdade social e a igualdade, preconizadas pelo liberalismo, surgiram condenadas ao fracasso a partir do momento em que a classe burguesa atraiu para si a legitimidade para promover o combate às ingerências praticadas pela monarquia absolutista, tendo em vista que os interesses defendidos por essa classe social eram facilmente identificáveis como destoantes das reivindicações sociais e inoperantes para prover o combate à desigualdade social. A Revolução Francesa e o Estado Liberal dela proveniente, ao contrário do que propunha inicialmente a burguesia, não derrogou a totalidade de privilégios que obstruíam a participação ativa do povo na escolha de seus governantes.

2.1.1 O modelo liberal do contrato e a autonomia privada

Não resta dúvida que o Código Civil Napoleônico de 1804 foi um dos instrumentos normativos mais importantes da história mundial, considerado como um fruto da evolução social do direito francês ao longo de vários séculos, de modo que grande parte do seu texto remonta ao direito consuetudinário e ao direito romano da Idade Média. Tal código refletia as aspirações do ideal burguês e do liberalismo a ele associado.

Pode parecer contraditório, mas o *Code Civil* tinha aspectos conservadores em seu aspecto geral, igualmente, alguns institutos como o contrato tiveram uma regulamentação condizente com os ideais do liberalismo. Verifica-se que o contrato como instituto inovador foi um instrumento que incorporou a suprema expressão da autonomia privada clássica, de modo que sua relevância não se restringia a conceder à

burguesia o acesso à propriedade, mas a inserir plenamente os bens no fenômeno da produção e da troca.

Os fundamentos doutrinários sobre os quais fora construído o modelo liberal de contrato estão vinculados ao voluntarismo e ao consensualismo. Essas formulações jurídicas e filosóficas estão relacionadas à ideia de que o contrato se resume a um acordo de vontade entre dois indivíduos, o qual dispensa, *a priori*, maiores formalidades. A essência dessas disposições contratuais assentava-se, todavia, sobremaneira sobre as manifestações livres e voluntárias das partes, as quais, em função de preceito moral, deveriam cumprir toda e qualquer espécie de promessa.

Insta ressaltar que a grande contradição da concepção clássica dos contratos e da autonomia privada, que, posteriormente, alcançará a esfera da problemática dos direitos fundamentais nas relações particulares, deve-se à falsa presunção de que toda disposição contratual firmada sob a influência do liberalismo era, por natureza, justa e oriunda da livre manifestação dos contratantes, sem levar em consideração a desigualdade fática e o poderio econômico existentes em cada caso concreto. Naquela época, o Estado somente intervinha com o escopo de assegurar o cumprimento dos contratos.

Por oportuno, impende ressaltar que, ante este contexto, foi de salutar importância a intervenção do Estado na formação das relações contratuais por meio do dirigismo estatal e da mudança da base subjetiva dos negócios jurídicos, a criação de uma teoria que viabilizasse a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre os particulares, com o intuito de amenizar o resultado negativo causado pela concepção clássica dos contratos e pela autonomia privada.

Em virtude da situação política, econômica e social vigente no século XIX, consoante a instalação do Estado Liberal e sua ideologia, os contratos, enquanto manifestação da vontade das partes e sua autonomia privada, demonstraram ser instrumentos de basilar importância para o surgimento do capitalismo, uma vez que assegurou a autorregulamentação dos interesses individuais, sob a premissa da igualdade formal, além da ampliação da circulação de riquezas.

Para Prata (1982, *apud* SOMBRA, 2011), autonomia privada traduz-se no poder reconhecido pela ordem jurídica aos indivíduos prévia e necessariamente qualificados como sujeitos jurídicos de juridicizar a sua atividade, de sorte a realizar livremente negócios jurídicos e determinar os seus respectivos efeitos. Lado outro, a liberdade contratual circunscreve-se à possibilidade conferida a cada indivíduo para decidir sobre os aspectos gerais de uma disposição contratual: como, com quem, quando, em que condições.

Ressalte-se que a autonomia privada deve ser entendida como parte do princípio geral de liberdade, de modo que não representa todo o seu conteúdo.

No modelo do Estado Liberal, a autonomia privada assumiu um extraordinário alcance, tendo em vista que a estanque separação entre Estado e Sociedade, como consequência do liberalismo e da concepção de direitos públicos subjetivos, proporcionou aos sujeitos uma ampla autorregulamentação de seus interesses. Nesse modelo liberal, a vontade humana é erguida à condição de elemento central e fonte de legitimação dos vínculos contratuais estabelecidos entre os particulares, de modo que,

à lei resta apenas viabilizar mecanismos de proteção para a produção dos efeitos desses contratos.

A concepção jurídica de autonomia privada e de contrato tem o seu surgimento e o seu desenvolvimento associados às condições históricas, sobretudo, no que toca à passagem do feudalismo ao capitalismo, visto que o conceito jurídico de autonomia privada constitui, a um só tempo, um mecanismo – senão o mais importante – e uma efetiva consequência da transformação econômica e social presenciada no transcorrer dos séculos.

No auge do liberalismo, a autonomia privada alcançou gradativamente o cume do seu desenvolvimento. Em dado momento, por força da total ausência de intervenção do Estado, as relações contratuais passaram a ser travadas em clara desigualdade de condições. Percebe-se que o poderio econômico nas relações sociais, cujo exercício esteve intrinsecamente vinculado aos preceitos de liberdade defendidos pelo liberalismo, representou ao longo desse contexto histórico uma sensível e paradoxal restrição dos princípios da liberdade e da igualdade. As ingerências, que até então sempre haviam sido praticadas pelo Estado, passaram a ser cometidas pelos próprios cidadãos em suas relações sociais.

Nesse sentido, cabe trazer à colação o escólio Thiago Sombra, *verbis*:

em verdade, a teoria dos contratos – assim como a proteção da propriedade – funciona como verdadeiro barômetro da realidade social, o que significa reconhecer que os contratos refletem de forma inequívoca a prevalência de determinada corrente ideológica no seio da sociedade. Dessarte, a partir da premissa de que a concepção clássica de contrato está impreterivelmente vinculada à doutrina da autonomia privada, ao Estado Liberal competia tão somente assegurar a proteção da vontade criadora das partes, bem como conferir guarida aos efeitos jurídicos por elas desejados, sem a pretensão de investigação da real situação econômica e social de cada contratante (2011, p. 15-16).

A importância do contrato para os teóricos do liberalismo, cuja origem burguesa demonstra inconfundível, deve-se a sua capacidade de impulsionar a circulação de riquezas, contribuindo, sobremaneira, para a expansão do capitalismo.

Associada ao papel desenvolvido pela autonomia privada nas relações contratuais, a ideia de força obrigatória dos contratos, decorrente de preceito moral, implica reconhecer que as partes possuem ampla liberdade de estabelecer ou não uma relação contratual, contudo, ao fazê-lo, devem cumprir incondicionalmente, nos termos em que foi pactuado, restando somente um outro contrato – distrato – para eximir as partes dos direitos e obrigações decorrentes da relação contratual anteriormente ajustada.

2.1.2 O declínio da teoria clássica dos contratos e da autonomia privada

Em virtude da crescente industrialização e surgimento das relações contratuais massificadas, sobretudo, com o surgimento dos contratos de adesão, que não representam natureza sinalagmática, porquanto não há válida manifestação ou livre consentimento por parte do aderente com relação ao suposto conteúdo jurídico. O

modelo clássico de contrato demonstrou-se insuficiente para disciplinar os novos interesses sociais emergentes. Além do fato que a excessiva proteção concedida à autonomia privada já delineava um anseio pelo fortalecimento do princípio da igualdade e do princípio da liberdade, por mais paradoxal que tal fato possa parecer, uma vez que tais princípios até então não tinham em sua essência a real primazia da proteção a ente vulnerável da relação contratual.

Outrossim, os contratos haviam deixado de ser fruto da livre manifestação de vontade de ambas as partes; o Estado não se preocupava com as atrocidades que passaram a ser praticadas pelos próprios particulares no bojo de suas relações jurídicas; as condições de desigualdade social e econômica sequer eram levadas em consideração no momento da celebração dos contratos; as obrigações, por diversas oportunidades, tornavam-se excessivamente onerosas, inviabilizando o cumprimento dos contratos nos moldes *do pacta sunt servanda*, princípio este que foi elevado às suas consequências máximas, nada obstante poder significar, em alguns casos, descompasso entre o conteúdo do contrato e a realidade fática e circunstancial que envolve a relação jurídica entre os contratantes.

Tais acontecimentos não podem ser encarados de forma negativa, relacionada à crise do contrato e da autonomia privada, pois se verifica essa transformação como instrumento de realização dos interesses sociais. Após a Segunda Guerra Mundial e os acontecimentos que sucederam, como a socialização do direito, a ampliação do poder de intervenção do Estado na economia e nas relações entre os sujeitos, nasce um novo Direito Privado, que atenta aos preceitos da justiça, equidade, função social, equilíbrio obrigacional, segurança jurídica e boa-fé objetiva.

2.2 O surgimento do Estado Social

Iniciamos este tópico com o pensamento do Prof. Paulo Bonavides sobre a derrocada do Estado Liberal. Segundo o autor, “o velho liberalismo, na estreiteza de sua formulação habitual, não pôde resolver o problema essencial de ordem econômica das vastas camadas proletárias da sociedade, e por isso entrou irremediavelmente em crise” (2001, p. 188).

É necessário ponderar que o Estado Social consubstancia uma verdadeira transformação estrutural pela qual passou o Estado Liberal. Em que pese o Estado Social representar a corporificação das modificações sofridas pelo Estado Liberal, alguns aspectos desse último ainda poderão ser identificados naquele, especialmente no que concerne ao sistema capitalista, mesmo que um tanto quanto adaptada aos novos anseios sociais.

Os princípios do Estado Social se conjugam, pois, com alguns sistemas de organização política, sobretudo se esses não importarem substancial divergência com determinados postulados básicos de caráter social. A distinção existente entre o Estado Liberal e o Estado Social está pautada na restrição da influência outrora exercida pela burguesia, bem como as consequências delas provenientes, como o exagero da noção de autonomia privada e a ausência de intervenção estatal nas relações entre os particulares.

Denota-se que, a partir do momento que o Estado desvincula-se do controle político e econômico praticado pela burguesia, transforma-se em um Estado mitigador dos conflitos sociais, deixando de ser um Estado ausente como o do período do Estado Liberal, vindo a ocupar uma posição de destaque na sociedade, ou seja, intervindo nas relações entre os sujeitos de direitos para que fosse alcançado o maior equilíbrio possível entre as partes contratantes.

A respeito da transformação sofrida pelo Estado Liberal até a emancipação do Estado Social, Bonavides (2001, p. 186) destaca que,

quando o Estado coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê a mais estreita dependência de seu poder econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado Social.

O Estado Social exsurge com o objetivo de promover, acima de qualquer outro valor, a consagração e a multiplicação de instrumentos de proteção dos direitos fundamentais, sobretudo a partir da concretização dos direitos das classes dos trabalhadores, da participação política, a luz dos princípios da igualdade da dignidade da pessoa humana.

A insuficiência do liberalismo em conceber estruturas políticas e econômicas capazes de atender aos anseios das camadas populares, cujos fatores preponderantes foram a excessiva manutenção da estratificação social e a do voto censitário, somente contribuiu para acelerar o processo de sedimentação dos preceitos basilares do Estado Social. Além de uma mobilidade social, viabilizada pela conjugação harmônica dos princípios da igualdade e da liberdade, a separação entre Estado e sociedade alcança contornos de substancial dinamicidade, pois, à medida que o Estado se insere no cenário social como ator interventor, diminui a estagnada distância ao modelo liberal.

O Estado na condição de mediador das relações sociais, justamente com o dever de não ingerência sobre os direitos e garantias individuais, passa a se destacar pela efetiva realização dos direitos fundamentais. A proteção, que até então se restringia a não interferência no âmbito da liberdade dos indivíduos, desdobra-se, por sua vez, em um novo atributo dos direitos fundamentais: o dever de proteção em relação não apenas ao próprio Estado, mas, sobretudo, em face dos particulares.

Ainda de acordo com Bonavides (2001, p. 33), ao discorrer sobre o Estado Social,

É Estado Social onde o Estado avulta menos e a Sociedade mais; onde a liberdade e igualdade já não se contradizem com a veemência do passado; onde as diligências do poder e do cidadão convergem, por inteiro, para trasladar ao campo da

concretização direitos, princípios e valores que fazem o Homem se acercar da possibilidade de ser efetivamente livre, igualitário e fraterno. A esse Estado pertence também a revolução constitucional do segundo Estado de Direito, onde os direitos fundamentais conservam sempre o seu primado. Sua observância faz a legitimidade de todo o ordenamento jurídico.

O principal fundamento do Estado Social encontrava-se, pois, na realização da igualdade social, com a menor ingerência possível sobre as liberdades e garantias individuais e, para a consecução desse mister, utilizava-se de mecanismos intervencionistas e reguladores da economia e da sociedade. Diante disso, a consagração de novos valores juridicamente relevantes, a mudança da perspectiva na proteção e concretização dos direitos fundamentais, a modificação da base do negócio jurídico, assim como o desenvolvimento da doutrina das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados, passam a representar o melhor caminho para o controle da autonomia privada e a consagração dos princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana.

2.2.1 O dirigismo contratual no Estado Social

Sob a vigência do Estado Social, a concepção clássica de contrato, compreendida como o rol de interesses interindividuais, sofre uma mudança, na qual o componente social dos interesses individuais impõe-se como obrigatório. Diante das mudanças sociais e econômicas que ocorreram no século XX, especialmente com o crescimento vertiginoso da industrialização e o surgimento da sociedade de massas, o contrato sofreu uma enorme modificação no que tange à autonomia privada.

Em virtude da complexidade com que as relações sociais acabam por ser delineadas ante o novo modelo de Estado, faz-se necessária a implementação de uma interpretação protetiva e justa aos entes vulneráveis da sociedade de modo que haja uma maior eficácia do Direito, o que significou a perda da função eminentemente individual do contrato.

No que tange à vulnerabilidade, urge destacar que a proteção dos vulneráveis pelo direito tem sua origem na identificação de diversos novos sujeitos mercedores de proteção por se encontrarem em situação de desigualdade, construindo-se, a partir daí, um sistema de normas e subprincípios orgânicos para reconhecimento e efetivação de seus direitos.

Sobre o argumento da igualdade entre os sujeitos, Marques discorre que,

se a igualdade pode se dizer natural do “humano”, a verdade é que, na experiência histórica, a sociedade (e seu direito) sempre destruiu esta igualdade. No máximo, o direito privado anterior a conseguia apenas realizar formalmente (no abstrato ou nos livros – law in the books), mas não – como hoje exigimos – materialmente (na ação social ou na prática – law in action) e realizava o mandamento de igualdade apenas para alguns grupos(cives), privilegiava outros (comerciantes, falidos etc.), deixando a maioria dos outros excluídos desta igualdade (*peregrini*, estrangeiros, mulheres, filhos menores, escravos, e mais recentemente, serviços, trabalhadores, consumidores etc.) Assim, concluiu-se que para realizar a igualdade (como ideal

do Justo), o direito privado necessita de um pouco do *imperium* ou da intervenção do Estado, típica do direito público, da hierarquia de suas normas (ordem pública) e da força igualizadora dos direitos humanos (2014, p. 129).

Constata-se que o contrato e a autonomia privada, diante da necessidade de adequação ao processo histórico e dialético, são reestruturados, sendo a função social e o equilíbrio contratual, caracterizados como elementos imanentes ao Estado Social, os principais responsáveis pela concepção moderna de contrato.

Para que se alcançasse esse objetivo, foi necessária a atividade interventora do Estado, de modo que somente graças ao direcionamento concedido por esse ente à autonomia privada - dirigismo contratual - e ao contrato fora possível a versão da função social. A criação legislativa, dirigida para a limitação e legitimação da manifestação da autonomia privada, altera significativamente a base do negócio jurídico, que, por intermédio das cláusulas gerais, dos conceitos indeterminados e dos preceitos de ordem pública, acarreta a perda de seu caráter exclusivamente subjetivista. Essa modificação da base do negócio jurídico, de subjetiva para objetiva, contribuiu, a seu modo, para a ampliação do rol de mecanismos de controle do princípio da autonomia privada, o que gerou a fragilização do princípio *pacta sunt servanda* ante as novas diretrizes do Estado Social e também do Estado Democrático de Direito.

Em virtude das consequências proporcionadas pelo dirigismo contratual, o contrato deixa de ser apenas instrumento de exercício de direitos para ser também instrumento de política econômica, o que corrobora a tese segundo a qual o declínio fora diretamente proporcional ao recrudescimento da importância do contrato. Além da busca pela contenção da parte contratual mais forte, cuja consequência, e não a causa, foi a proteção do contratante mais vulnerável, o dirigismo contratual decorreu ainda da conjectura política e econômica da transição para o Estado Social. A propósito, o dirigismo contratual teve a função de exercer uma pronta relativização do dogma da autonomia da vontade ante a indispensável observância da realidade social subjacente.

O *pacta sunt servanda*, além de não mais representar as bases ideológicas sobre as quais fora firmado, nesse instante, carece de conjugar-se com os anseios de promoção da função social e dos ditames de ordem pública impostos pelo Estado. A nova concepção de contrato somente pode ser compreendida a partir da percepção da criação de um novo tipo de sociedade, ou seja, a sociedade industrializada, de consumo, massificada, sociedade de informação, perante a qual a dinamicidade dos anseios sociais deve gozar da imediata proteção do Estado.

A intervenção no domínio econômico pelo Estado Social consubstancia um mecanismo de equacionamento dos interesses sociais, à medida que o dirigismo contratual proporciona a proteção dos contratantes em posição de desigualdade econômica e social, limitando o âmbito de concretização da autonomia privada.

Segundo afirma Sombra (2011), o Estado Social, enquanto resultado da reestruturação histórico-dialética do Estado Liberal, destaca-se, pois, pela atuação das duas vertentes de maior descaso por parte deste último: a concretização do princípio da igualdade material e a extensão da eficácia dos direitos fundamentais às relações

entre particulares. É com o Estado Social de Direito que a teoria da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares ganhará contornos substancialmente precisos, uma vez que, com a intervenção do Estado na esfera privada, relativizar-se-á a estanque separação entre público e privado – Estado e sociedade – e, por conseguinte, o Direito Privado e o Direito Constitucional passarão a travar um permanente e harmônico diálogo.

2.2.2 O limiar entre o público e o privado

Durante muitos anos, acreditava-se que havia um total isolamento entre o direito público e o direito privado, no sentido que este último se presumia na falsa sensação de completude do Código Civil para reger as relações privadas e aquele circunscrevia-se ao Estado por meio das normas constitucionais. Atrelado a esse aspecto, a onipotência do legislador revelava um intento desenfreado de normatizar grande parte das condutas sociais, de modo a evitar que a inércia legislativa implicasse a derrocada do Código Civil.

Outrossim, é com a contraposição entre Código Civil e Constituição, feita pela Escola da Exegese e suas ideias liberais, que melhor se identifica a forma com que se deu a separação clássica entre o público e o privado. Tal distinção, que ora consubstancia-se na natureza do sujeito titular dos interesses, ora na natureza dos próprios interesses, encontra-se em momento de franca reestruturação. Embora o público e o privado estivessem hermeticamente isolados sob a égide do Estado Liberal, com a modificação do papel desempenhado pelo Estado Social, essa distância diminui significativamente, de modo que, a cada dia, torna-se mais complexa a separação entre o público e o privado.

Com efeito, de uma relação de estagnação, a separação entre o público e o privado transformou-se em uma relação de interdependência e intercambiabilidade no Estado Social, sendo que não há como precisar qual dos dois ramos – público e privado – influencia com primazia o outro.

Insta salientar que o motivo que mais contribuiu para a relativização da *summa divisio* foi a recepção da ideia de que a Constituição representa a ordem jurídica fundamental da sociedade, e não somente da organização do poder político estatal.

Partindo desse pressuposto, os princípios e valores superiores elencados na Constituição passam a estar presentes em todo o ordenamento jurídico, resultando inaceitável a rígida contraposição direito público - direito privado. A unidade do ordenamento, assim como a máxima efetividade de suas normas, resta, pois, intrinsecamente vinculada à fundamentalidade e supremacia da norma constitucional, que, ao confluir para todos os locais do ordenamento jurídico, influi decisivamente para estreitar a interação entre público e privado.

Em virtude da prioridade do princípio da dignidade da pessoa humana, a estanque separação entre o público e o privado perde ainda mais o seu significado, uma vez que ao invés de perquirir pela natureza dos interesses em foco, busca-se, acima de qualquer coisa, alcançar a realização do melhor resultado com base na dignidade da pessoa humana.

Sobre a dignidade da pessoa humana, Barroso (2010, p. 4) discorre que

a dignidade da pessoa humana, na sua acepção contemporânea, tem origem *religiosa*, bíblica: o homem feito a imagem e semelhança de Deus. Com o iluminismo e a centralidade do homem, ela migra para a *filosofia*, tendo por fundamento a razão, capacidade de valoração moral e autodeterminação do indivíduo. Após a 2ª. Guerra Mundial, a ideia de dignidade da pessoa humana migra paulatinamente para o mundo *jurídico*, em razão de dois movimentos. O primeiro foi o surgimento de uma cultura pós-positivista, que reaproximou o Direito da filosofia moral e da filosofia política, atenuando a separação radical imposta pelo positivismo normativista. O segundo consistiu na inclusão da dignidade da pessoa humana em diferentes documentos internacionais e Constituições de Estados democráticos. Convertida em um conceito jurídico, a dificuldade presente está em dar a ela um conteúdo mínimo, que a torne uma categoria operacional e útil, tanto na prática doméstica de cada país quanto no discurso transnacional.

Na seara do direito constitucional, a partir do segundo pós-guerra, inúmeras constituições incluíram a proteção da dignidade da pessoa humana em seus textos. A primazia, no particular, tocou à Constituição Alemã (Lei Fundamental de Bonn, 1949), que previu, em seu art. 1º, a inviolabilidade da dignidade da pessoa humana, dando lugar à ampla jurisprudência, desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Federal, que a alçou ao *status* de valor fundamental e entro axiológico de todo o sistema constitucional.

Diversas outras Constituições contêm referência expressa à dignidade da pessoa humana em seus textos – Japão, Itália, Portugal, Espanha, África do Sul, Brasil, Israel, Hungria e Suécia, em meio a muitas outras – ou em seu preâmbulo, como a do Canadá. E mesmo em países nos quais não há qualquer menção expressa à dignidade na Constituição, como Estados Unidos e França, a jurisprudência tem invocado sua força jurídica e argumentativa em decisões importantes.

Voltando à questão da *summa divisio*, constata-se que a separação entre o público e o privado, visível à época do Estado Liberal, sofreu uma enorme transformação no Estado Social, ou seja, verifica-se a interdependência entre tais esferas. Com vistas a acompanhar esse processo de interação, o direito público e o direito privado sofreram sensíveis modificações, por exemplo, na realização da função social, o contrato não mais se limita à realização dos interesses individuais dos contratantes, ao passo que, no direito público, sob a prerrogativa de promoção dos direitos fundamentais, não pode mais se levar em conta a subordinação dos governados.

A axiomática separação entre o Direito Civil e o Direito Constitucional perde força à medida que a estrita e falsa separação entre Estado e sociedade deixa de existir. De modo que a divisão entre o direito público e o direito privado perdeu muito o seu rigor e rigidez, os quais preconizavam o direito privado como um sistema fechado, porquanto esse ramo também perdeu muito de sua concepção compartimentada. Com a intervenção do Estado no domínio privado, sobretudo pelo dirigismo contratual e a constitucionalização dos princípios norteadores dos contratos, esse processo dinâmico de interdependência resta ainda mais nítido, pois um instituto, em geral, de conotação

privada, entra para o patamar constitucional de consagração dos direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, da isonomia, da liberdade e de outros princípios espalhados pela Carta Maior.

3 O surgimento dos direitos fundamentais

3.1 O reconhecimento dos direitos fundamentais na seara do direito positivo

O processo de elaboração doutrinária dos direitos humanos, tais como reconhecidos nas primeiras declarações do século XVIII, foi acompanhado, na esfera do direito positivo, de uma progressiva recepção de direitos, liberdades e deveres individuais que podem ser considerados os antecedentes dos direitos fundamentais. Foi na Inglaterra da Idade Média, mais especificamente no século XIII, que se encontrou o principal documento relacionado à evolução dos direitos humanos. Trata-se da *Magna Charta Libertatum*, pacto firmado em 1215, pelo Rei João Sem-Terra e pelos bispos e barões ingleses.

Esse documento, não obstante tenha apenas servido para garantir aos nobres ingleses alguns privilégios feudais, excluindo, a princípio, a população do acesso aos direitos consagrados no pacto, serviu como ponto de referência para alguns direitos e liberdades civis clássicos, tais como o *habeas corpus*, o devido processo legal e a garantia da propriedade. Todavia, em que pese ser considerado o mais relevante documento da época, a *Magna Charta* não foi nem o único, destacando-se, já nos séculos XII e XIII, as cartas de franquia e os forais outorgados pelos reis portugueses e espanhóis.

Há que se descartar o caráter de autênticos direitos fundamentais desses direitos e privilégios concedidos na época medieval, uma vez que outorgados pela autoridade real num contexto social e econômico marcado pela desigualdade, cuidando-se mais de direitos de cunho estamental atribuído a certas castas nas quais se estratificava a sociedade medieval, excluindo grande parte da população de usufruí-los.

No que tange à *Magna Charta*, esses pactos caracterizavam pela concessão ou reconhecimento de privilégios aos estamentos sociais, como regalias da Nobreza, prerrogativas da Igreja, liberdades municipais, direito corporativo, além de que na verdade não se reconheciam direitos gerais, mas obrigações concretas dos monarcas que os subscreviam. Conquanto, não se pode negligenciar a importância desses pactos, especialmente as liberdades constantes na *Magna Charta*, para o reconhecimento dos direitos fundamentais nas Constituições.

A Reforma Protestante foi extremamente relevante para a evolução que conduziu ao nascimento dos direitos fundamentais, pois levou à reivindicação e ao gradativo reconhecimento da liberdade de opção religiosa e de culto em diversos países da Europa, como foi o caso do *Édito de Nantes*, promulgado por Henrique IV da França, em 1598, e depois revogado por Luís XIV, em 1685.

Nesse ínterim, também podem ser considerados os documentos firmados por ocasião da Paz de Augsburg, em 1555, e da Paz de Westfália, em 1648, que marcou o final da Guerra dos Trinta Anos, assim conhecido como *Toleration Act* da colônia americana de Maryland (1649) e seu similar na colônia de Rhode Island, de 1663. Do

mesmo modo, não há como desconsiderar a contribuição da Reforma e das conseqüentes reformas religiosas na consolidação dos modernos Estados nacionais e do absolutismo monárquico, que antecederam as revoluções burguesas do século XVIII, bem como os reflexos no pensamento filosófico.

Impende ainda citar as declarações de direitos inglesas do século XVII, como a *Petition of Rights*, de 1628, firmada por Carlos I, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, subscrito por Carlos II, e o *Bill of Rights*, de 1689, promulgado pelo Parlamento, que entrou em vigor já no reinado de Guilherme d'Orange, como resultado da assim denominada "Revolução Gloriosa", de 1688, além do *Establishment Act*, de 1701, que definiu as leis da Inglaterra como direitos naturais de seu povo.

Nos citados documentos, os direitos e liberdades reconhecidos aos cidadãos ingleses, como o princípio da legalidade penal, a proibição de prisões arbitrárias e o *habeas corpus*, o direito de petição e certa liberdade de expressão surgem como enunciados de direitos consuetudinários, resultando da progressiva limitação do poder monárquico e da afirmação do Parlamento perante a coroa inglesa.

Conforme expõe Sarlet (2009), as declarações inglesas do século XVII significaram a evolução das liberdades e privilégios estamentais medievais e corporativos para liberdades genéricas no plano do direito público, implicando expressiva ampliação, no conteúdo das liberdades reconhecidas, quanto à extensão da sua titularidade aos ingleses.

Em que pese a relevância para a evolução no âmbito do reconhecimento dos direitos, inclusive como fonte de inspiração para outras declarações, a positivação de direitos e liberdades civis na Inglaterra, apesar de conduzir a limitações do poder real em favor da liberdade individual, não deve ser considerada como marco inicial do surgimento dos direitos fundamentais no sentido atribuído ao termo na atualidade. Isso se deve ao fato de que os direitos e liberdades não vinculavam o Parlamento, carecendo da necessária supremacia e estabilidade, sendo certo que na Inglaterra não houve uma constitucionalização dos direitos e liberdades, mas apenas a sua fundamentalização, o que difere da fundamentalidade dos direitos consagrados nas Constituições escritas em sentido formal.

A despeito da divergência doutrinária acerca do surgimento dos direitos fundamentais, disputada entre a Declaração do povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 na França, é a primeira que marca a transição dos direitos de liberdades legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais. As declarações americanas incorporam os direitos e liberdades já reconhecidos pelas suas antecessoras inglesas do século XVII, estes que também tinham sido reconhecidos aos súditos das colônias americanas, distinguindo, portanto, a despeito da igual identidade de conteúdo, continham as características da universalidade e supremacia dos direitos naturais, sendo-lhes reconhecida a eficácia inclusive em relação à representação popular, vinculando todos os poderes públicos.

Com a supremacia normativa e a garantia de aplicação pela Suprema Corte e controle judicial da constitucionalidade, pela primeira vez os direitos naturais do homem foram recepcionados e positivados como direitos constitucionais fundamentais, ainda que tais direitos, formalmente, tenham sido consagrados somente a partir da incorporação de uma declaração de direitos à Constituição em 1791, a partir

do momento em que foi afirmada na prática da Suprema Corte Americana a supremacia normativa da Constituição.

Ocorre que, para o reconhecimento dos direitos fundamentais, a Declaração do Homem e do Cidadão, de 1789, originada da revolução que provocou a queda do antigo regime totalitário e a instauração da ordem burguesa na França, outrossim, tanto a declaração francesa quanto as americanas tinham como característica sua inspiração jusnaturalista, reconhecendo ao ser humano o *status* de sujeito de direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, como direitos de todos os homens, e não apenas de determinados estamentos da sociedade da época.

Não há sombra de dúvida que as declarações americanas que precederam a francesa exerceram enorme contribuição para o reconhecimento de direitos e liberdades aos cidadãos. Da mesma forma, incontestável a influência da doutrina iluminista francesa, de modo especial de Rousseau e Montesquieu, sobre os revolucionários americanos, levando a consagração, na Constituição Americana de 1787, do princípio democrático e da teoria da separação dos poderes. Diante dessas considerações, há que se reconhecer a inequívoca relação de reciprocidade, no que diz respeito à influência exercida por uma declaração de direitos sobre a outra.

4 A eficácia horizontal dos direitos fundamentais

4.1 O surgimento da teoria da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares

A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas decorre intrinsecamente da teoria da eficácia dos direitos fundamentais entre os particulares ou *Drittwirkung*, como conhecido na Alemanha, surgiu nos anos 50, com o fim de construir uma indispensável observância dos direitos fundamentais pelos particulares.

No Brasil, pelo fato de nossa Constituição Federal de 1988 não fazer menção expressa à eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares, contudo, há algum tempo, o assunto vem despertando a atenção da doutrina, havendo também um avanço jurisprudencial acerca do assunto, demonstrando que os princípios constitucionais vêm sendo observados e aplicados não somente no caso das lacunas.

Para avançar no entendimento acerca da teoria da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, urge trazer à baila as classificações entre a divisão entre eficácia vertical e horizontal. A primeira foi mais presenciada no Estado Liberal, no qual as relações entre os indivíduos eram regidas pelo princípio da autonomia privada e pelo *pacta sunt servanda*, reduzindo o âmbito de atuação estatal no que diz respeito às ingerências do Estado nas relações entre os particulares, ocorrendo uma quase total separação entre o Direito Público e o Direito Privado.

No que diz respeito à teoria da eficácia horizontal, esta passou a ser discutida na metade do século XX, na Alemanha do pós-guerra, especialmente com o “Caso Lüth”, que foi apreciado e julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão no ano de 1958. Esse caso foi um marco na aplicação dos direitos fundamentais na esfera privada. Erich Luth era um judeu que presidia o clube de imprensa naquele ano, sendo que o mesmo incentivou o boicote do filme “Amada Imortal”, do cineasta alemão Veit

Harlan, que fora grande defensor do nazismo, inclusive com produções anteriores veiculadas que incentivam o regime nazista como o filme “*Jud Süß*” de 1941. Em virtude do fracasso da produção do filme *Amada Imortal*, Harlan ajuizou uma ação visando cessar o ato danoso e indenizar os prejuízos sofridos, sendo que a tese prevaleceu nas instâncias inferiores. Entretanto, Lüth recorreu ao Tribunal Constitucional Alemão, sendo que a Corte Suprema Alemã entendeu que o direito à liberdade de expressão deveria prevalecer naquele sobre a regra geral constante no Código Civil que protegia a ordem pública, sendo esse caso o marco na aplicação dos direitos fundamentais na esfera privada.

O prof. George Marmelstein, em seu artigo publicado na internet sobre os 50 anos do “Caso Lüth”, cita os ensinamentos do jurista Robert Alexy sobre a importância do aludido caso para o Direito Constitucional.

A primeira idéia foi a de que a garantia constitucional de direitos individuais não é simplesmente uma garantia dos clássicos direitos defensivo do cidadão contra o Estado. Os direitos constitucionais incorporam, para citar a Corte Constitucional Federal, ‘ao mesmo tempo uma ordem subjetiva de valores’. Mais tarde a Corte fala simplesmente de ‘princípios que são expressos pelos direitos constitucionais’. Assumindo essa linha de raciocínio, pode-se dizer que a primeira ideia básica da decisão do caso Lüth era a afirmação de que os valores e princípios dos direitos constitucionais aplicam-se não somente à relação entre o cidadão e o Estado, muito além disso, à ‘todas as áreas do Direito’. É precisamente graças a essa aplicabilidade ampla que os direitos constitucionais exercem um “efeito irradiante” sobre todo o sistema jurídico. Os direitos constitucionais tornam-se onipresentes (*ubiquitous*). A terceira idéia encontra implícita na estrutura mesma dos valores e princípios. Valores e princípios tendem a colidir. Uma colisão de princípios só pode ser resolvida pelo balanceamento. A grande lição da decisão do caso Lüth, talvez a mais importante para o trabalho jurídico cotidiano, afirma, portanto, que: “Um ‘balanceamento de interesses’ torna-se necessário”. (ALEXY *apud* MARMELESTEIN, 2008, [sp.])

No que se refere à eficácia mediata e imediata dos direitos fundamentais, para os adeptos da primeira teoria, os princípios jusfundamentais aplicam-se ao direito privado por meio das cláusulas gerais do direito civil, cabendo ao intérprete aplicar os direitos fundamentais sem descuidar da observância do princípio da autonomia da vontade. Para essa corrente de pensamento, os direitos fundamentais incidem nas relações privadas apenas mediatamente, ou seja, por meio dos princípios e normas do direito privado, sendo que os direitos fundamentais servem apenas de princípios para interpretação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados, suscetíveis de concretização ou preenchimento de lacunas na lei.

Quanto à teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais, a qual também comungo, como a maioria dos doutrinadores pátrios, tem o condão de aplicar os preceitos jusfundamentais em todos os casos em que se está em risco o princípio da dignidade de pessoa humana e outros princípios dele decorrentes, sem que haja qualquer intervenção legislativa, haja vista que os direitos fundamentais consagrados

na nossa Carta Maior tem aplicabilidade plena nas relações entre os particulares, dispensando, portanto, qualquer tipo de mediação infraconstitucional.

Sobre a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, o prof. Ingo Sarlet (2009, p. 294), discorre da seguinte maneira *in verbis*:

Todas as normas consagradoras de direitos fundamentais são dotadas de eficácia, e em certa medida, diretamente aplicáveis já ao nível da Constituição e independente de intermediação legislativa. Em verdade, com já esperamos ter demonstrado aqui repisamos para espantar toda e qualquer incompreensão para com a nossa posição, todas as normas de direitos fundamentais são diretas (imediatamente) aplicáveis na medida de sua eficácia.

Faz-se necessário, ainda, trazer à colação o escólio do jurista alemão Claus-Wilhelm Canaris em sua obra *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, como adepto da teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas *in verbis*:

A pergunta pelos destinatários dos direitos fundamentais encontra-se por detrás da famosa controvérsia travada entre as teorias da eficácia imediata dos direitos fundamentais em relação a terceiros. Corretamente entendida da primeira, os direitos fundamentais dirigem-se, segundo tal concepção, não apenas contra o Estado, mas também contra os (em cada caso, outros) sujeitos de direito privado. Os direitos fundamentais não carecem, assim, de qualquer transformação para o sistema de regras de direito privado, antes conduzindo, sem mais, proibições de intervenção no tráfico jurídico-privado e a direitos de defesa em face de outros sujeitos de direito privado (CANARIS, 2012, p. 40).

A partir do reconhecimento da influência dos direitos fundamentais nas relações privadas, constata-se que o Estado já não é o único destinatário da obrigatoriedade da observação das normas definidoras de direitos fundamentais. Desde que houve o surgimento da concepção da constitucionalização dos direitos, especialmente na esfera privada, adotou-se o entendimento que os particulares deveriam observar os preceitos dos direitos fundamentais nas relações a serem entabuladas, sob pena de intervenção do Estado por meio do Poder Judiciário para que haja o equilíbrio e a observância aos preceitos jusfundamentais.

Como exposto alhures, após o declínio do Estado liberal, no qual a ingerência deste ente se resguardava somente em fazer cumprir a lei, bem como os pactos celebrados entre os indivíduos, o Estado social, como resultado dos anseios das classes subjugadas a burguesia, visava à intervenção de modo a resguardar os interesses daqueles indivíduos considerados vulneráveis, econômica e socialmente em amplo espectro (cultural, moral etc.). Ou seja, existindo qualquer situação em que se colocava o indivíduo em situação extremamente prejudicial em relação à outra parte, o Estado era invocado para solucionar a questão com base nos princípios da dignidade da pessoa humana e seus princípios decorrentes.

4.2 O papel do Estado e da sociedade no reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais nas relações particulares

As várias concepções de Estado, sobretudo as de caráter liberal e social, propiciaram que se identificasse uma intervenção menor ou maior por parte desse ente na esfera privada, o que, evidentemente, tem surgido por meio de variados mecanismos legais e informais. Constata-se que a linha fronteira entre o Direito Público e o Direito Privado vem se tornando cada vez mais fraca, em que pese a dificuldade de implementação diante da ausência de teorias e posicionamentos jurisprudências que se compatibilizam com essa nova roupagem no mundo jurídico.

Ante o fato da potencial capacidade do Estado em cometer afrontas às liberdades e garantias individuais, sempre houve a atenção dos direitos fundamentais a essa questão, visando evitar os abusos aos individuais que se viam extremamente frágeis em relação ao Estado. Em momento posterior, com a consagração dos ideais liberais, criados para proteger a liberdade individual das ingerências cometidas pelo Estado Gendarme, fora engendrado o preceito da igualdade formal, em que são iguais perante a lei, no qual se desconsiderava as peculiaridades de cada indivíduo, sendo que, naquela época, não fazia sentido a construção de um modelo de direitos fundamentais que protegessem contra abusos cometidos entre os particulares.

Não obstante os direitos fundamentais tenham sido originalmente concebidos para serem exercidos em face do Estado Liberal e direitos subjetivos públicos, os desdobramentos históricos, originados pelas crises sociais e econômicas do século passado, evidenciaram a necessidade de não mais se vislumbrar nesse ente o único responsável pelas ingerências cometidas contra os direitos e garantias individuais. No Estado Liberal, os indivíduos deviam estrita subserviência ao Estado, ao passo em que este assegurava a pacífica convivência social, com supedâneo em uma vertente estigmatizada de autonomia privada, a qual, forjadamente, permitia a autodeterminação dos indivíduos.

Com o aparecimento de uma nova perspectiva de organização social, o Estado perde o posto de único sujeito passivo subordinado à observância dos direitos fundamentais, visto que os indivíduos, em virtude da complexidade com que as relações sociais se delineavam, passam a estar em constante posição de ingerência aos direitos fundamentais de seus pares. Essa nova conotação de Estado e sociedade acabou por gerar uma maciça pulverização dos focos de poder social e, por conseguinte, fez aflorar uma nova dimensão dos direitos fundamentais, os quais não podem mais ser tidos sob uma visão subjetiva ou do indivíduo, como conjunto de faculdades ou poderes do qual é titular.

Em meio à rearticulação das posições ocupadas pelo Estado, um novo elemento se insere na cadeia de posições políticas e sociais de proteção dos direitos fundamentais: os entes privados enquanto titulares e violadores de direitos fundamentais. E, a partir desse contexto, é necessário verificar se os direitos fundamentais efetivamente teriam outro destinatário além do Estado, isto é, se os entes privados, em geral, também estariam subordinados a essa vinculação.

Dessa forma, o Estado, ao invés de permanecer de forma isolada na condição de sujeito passivo dessa vinculação, oportunamente passa a exercer a função de

proteger e mediar as relações privadas. Ao contrário das relações Estado/indivíduo, em que se verificava a impossibilidade de a oposição de direitos fundamentais por parte do aludido ente público aos cidadãos, na nova dimensão normativa, a eficácia dos direitos fundamentais sofre contornos significativamente tênues, porquanto cada indivíduo se encontra, por inúmeras ocasiões, na condição simultânea de violador e titular de direitos fundamentais.

Em virtude da constante e simultânea correspondência entre violador e detentor de um direito fundamental, ou seja, entre aquele que pratica uma ingerência a um direito fundamental de outrem, e este que, no entanto, perde o *status* de titular de um direito fundamental frente ao Estado e aos demais indivíduos.

A tese sobre a horizontalidade dos direitos fundamentais foi sempre muito combatida, pois os defensores da concepção histórica dos direitos fundamentais, receosos de que a atuação do Estado na condição de realizador e protetor dos direitos fundamentais pudesse dar ensejo a novas ingerências, apregoavam que a esfera de autonomia privada dos indivíduos, em especial a liberdade de contratar, dever-se-ia manter intocável a qualquer espécie de intervenção Estatal.

Sobre a intervenção do Estado na esfera privada, Sombra (2011, p. 38) discorre que

a vertente da intervenção estatal na esfera privada, por sua vez, somente foi possível em virtude do estabelecimento de diretrizes gerais de ordem pública e de observância imprescindível pelos indivíduos, as quais acarretaram, por via de consequência, a delimitação de âmbito de expressão da autonomia privada por parte dos direitos fundamentais. Para a viabilização da construção de um novo modelo de proteção dos direitos fundamentais foi imprescindível a modificação de conceitos estanques dos diversos ramos do Direito, sobretudo, do Direito Privado, de maneira a permitir a maximização do princípio da unicidade e máxima efetividade dos direitos fundamentais.

A atuação do Estado, sob a ótica de uma dupla proteção, qual seja, dever de realização e promoção de um direito fundamental específico e de não ingerência sobre outro, modificou substancialmente o paradigma anteriormente consolidado e fez com que o Estado ocupasse a posição de principal protetor dos particulares quando se tratava de ferimento a direitos fundamentais consagrados na Constituição.

4.3 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como princípio basilar dos direitos fundamentais

É pacífico o entendimento que o princípio da dignidade da pessoa humana é tido como princípio unificador de todos os direitos fundamentais, no qual os direitos do homem se reportam em maior ou menor grau, sendo que esse princípio serve de critério de vetor para identificação de outros direitos fundamentais, como o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à propriedade, dentre outros, que trazem ao indivíduo um sinônimo de “vida boa”, de modo que esses direitos podem ser considerados como concretizações da exigência de observância do princípio da dignidade humana.

É crucial salientar que, em razão de seu caráter intersubjetivo, o princípio da dignidade da pessoa humana somente pode ser compreendido enquanto inserido em um contexto de convivência social harmônica, como resultado da garantia de um *standard* mínimo a ser garantia a todo ser humano.

Não há dúvida que, pelo fato do legislador constituinte ter erigido no art. 1º, inc. III, da nossa Carta Maior de 1988, o princípio da dignidade humana como fundamento da República Federativa do Brasil não é possível outro posicionamento que venha diferir da qualidade de núcleo central desse preceito, ou seja, tal princípio foi consagrado como norteador de toda e qualquer relação social.

Desse modo, toda norma do ordenamento jurídico, bem como o estabelecimento de qualquer relação jurídica, deve pressupor a apreensão do arcabouço normativo do princípio da dignidade da pessoa humana, evitando, assim, que esse princípio basilar do Estado de Direito seja suprimido e tornando ilegítimos todos os atos que não o observaram.

Outrossim, o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como os direitos fundamentais que decorrem de tal princípio, tido como princípios nucleares da Constituição Federal, são de obrigatória observância, seja nas relações com o Estado, seja nas relações entre os particulares.

5 Considerações finais

Por fim, constata-se que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais se deu a partir da evolução do modelo de Estado, em que, pouco a pouco, foi sendo viabilizada a realização dos direitos fundamentais.

É certo que no Estado Liberal havia um inteiro alheamento de iniciativas sociais, restringindo-se o Estado apenas a assegurar aos governados uma convivência pacífica e harmoniosa, prevalecendo a autodeterminação. Entretanto, esse modelo do Estado distante das partes envolvidas ocasionava o enfraquecimento da liberdade individual, razão pela qual houve o surgimento do Estado interventor, visando o equilíbrio das relações entre os indivíduos para amenizar a prevalência do poderio econômico, eis o surgimento do Estado Social.

A contradição da concepção clássica do contrato e da autonomia privada diz respeito à falsa impressão de que no liberalismo toda e qualquer disposição contratual era justa e decorrente da livre manifestação da vontade das partes, sem se considerar as condições de desigualdade fática e do poderio econômico de prevalência nas relações, o que, posteriormente, veio a originar na influência dos direitos fundamentais nas relações particulares.

Constatadas essas desigualdades entre as partes, houve o declínio do princípio da igualdade formal, no qual prevalecia a ideia de que todos eram iguais perante a lei, para o princípio da igualdade material, passando a serem observadas as diferenças entre as partes que desaguavam no desequilíbrio nos pactos celebrados.

A partir da emancipação do Estado Social, com a prevalência dos interesses sociais em detrimento tão somente dos interesses individuais, o contrato passa a conquistar o patamar de instrumento de realização dos direitos fundamentais nas relações particulares, à medida que a promoção da liberdade contratual, harmonia com

os preceitos do Estado Social, veio possibilitar a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, do princípio da igualdade e da liberdade.

Diante das considerações contidas neste estudo, que em hipótese alguma esgotam um tema tão amplo e também pelo fato da existência de várias teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais aos particulares, almeja-se trazer a atenção da sociedade como um todo para o assunto, diante da complexidade das relações humanas hoje existentes. Ressalta-se que não mais se sustenta a teoria de que a função dos direitos fundamentais poderá se restringir a limitar o poder estatal como proibições de intervenção, mas na aplicação desse catálogo de direitos na esfera privada, conquanto, a aplicação dos direitos fundamentais e os princípios que os norteiam são essenciais ante a nova realidade social, econômica e tecnológica experimentada no Brasil, visando trazer mais segurança e equilíbrio às relações entre os particulares.

Noutro norte, pretendeu-se demonstrar a necessidade da intervenção do Estado por meio do Poder Judiciário, para regular as relações entre os sujeitos de direito quando os interesses discutidos venham a ferir os direitos fundamentais, não lhes retirando totalmente a autonomia da vontade, mas exercendo, o Estado, o papel de protetor dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana como núcleo central da Constituição e da proporcionalidade. Princípio último que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins.

Referências

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critério de aplicação*. (2010). Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em: 10 out. 2014.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. 3. reimp. Coimbra: Edições Almedina, 2012.

LIMA, George Marmelstein. *50 Anos do Caso Lüth: o caso mais importante da historia do constitucionalismo alemão pós-guerra*. Disponível em: <[http://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/..](http://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/)> Acesso em: 15 nov. 2014.

MARMELSTEIN, George. *Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade*. Disponível em: <[http://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/..](http://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/)> Acesso em: 15 nov. 2014.

MARQUES, Claudia Lima. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

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