



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas

Diego El-Jaick Rapozo

Rio de Janeiro
2011

DIEGO EL-JAICK RAPOZO

Aplicabilidade dos Direitos Fundamentais no Âmbito das Relações Privadas

Artigo científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para a obtenção Do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof: Guilherme Sandoval

Prof^a: Katia Silva

Prof^a: Mônica Areal

Prof^a: Néli Fatzner

Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro

2011

APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES PRIVADAS

Diego El-Jaick Rapozo

Graduado pela Universidade Cândido Mendes Centro Rio de Janeiro. Advogado. Pós-graduado em Processo Civil, Civil e Empresarial pela Universidade Gama Filho.

Resumo: Os direitos fundamentais que encontram seu amparo basilar na Constituição Federal vêm sendo alvo de discussões acerca da sua aplicabilidade em todo o ordenamento jurídico. No âmbito das relações privadas, surgem muitas dúvidas e debates sobre a preponderância de interesses entre a autonomia da vontade, por exemplo, e a eficácia inafastável da aplicabilidade desses direitos dentro de tais relações. É preciso saber, discutir e analisar qual situação deverá sobrepor-se a outra tendo como base o princípio orientador da dignidade da pessoa humana. A ponderação de interesses é uma das óticas da solução da controvérsia.

Palavras-chaves: Direitos fundamentais. Relações Privadas. Aplicabilidade.

Sumário: Introdução. 1. Da evolução sistêmica do Estado democrático de direito alcançando o estado do Bem-Estar social fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana 2. A interpretação conjunta do direito público com o direito privado. 3. Da necessária aplicação horizontal dos direitos fundamentais. 4. As teorias da Aplicação Horizontal dos Direitos Fundamentais. 4.1 Teoria da Eficácia Indireta e Mediata. 4.2. Teoria da Eficácia Direta e Imediata. 4.3. Teoria dos Deveres de Proteção e a Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais. 4.4 A negação à aplicação dos direitos fundamentais na esfera privada. 5. Conclusão. Referências.

Introdução

Os direitos fundamentais existem mesmo antes de seu implemento do meio legal, por meio de políticas legislativas; são de fato inerentes a cada ser humano, oriundos do direito natural, alcançando inclusive os nascituros e os mortos.

Contudo, o seu processo de interiorização passou por diversas fases da história mundial, ultrapassando períodos de desrespeito completo e formalmente legalizado pelo Estado soberano ou por períodos de busca de uma exagerada liberdade que acabava por esbarrar na própria liberdade do outro.

Hoje, já consagrados mundialmente, estando previstos em todas as Cartas Constitucionais do mundo ocidental, passando-se a discussão quanto a sua aplicabilidade ou não na esfera das relações privadas situação que corriqueiramente é discutida na esfera do direito constitucional brasileiro e comparado, busca-se assim uma nova dogmática.

1: A evolução sistêmica do Estado Democrático de Direito alcançando o Estado do Bem Estar social fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana.

Vem sendo aplicada, estudada e cada vez mais aprofundada a aplicação dos direitos fundamentais nas relações em geral, seja entre particulares e Estado, ou entre relações particulares exclusivamente.

Na busca por um ideal social de convívio entre os povos, entre os membros da sociedade entre si, e para com seu respectivo Estado, buscou-se, através do tempo, fixar normas capazes de vincular à atuação de toda a coletividade, de modo a viabilizar o respeito mútuo, integral e solidário.

Para tanto, buscou a Constituição Federal de 1988, termos como fundamento à dignidade da pessoa humana, em seu artigo 1º, inciso III, com o objetivo fundamental de construir uma sociedade livre, justa e solidária, conforme artigo 3º, inciso I da referida Carta.

Fato notório é a busca, ao longo dos séculos, por uma maior tolerância entre os povos, com intuito de melhorar as situações de todos nas relações, diminuindo distâncias, revendo valores antigos e ultrapassados diante da atual conjuntura mundial. Assim, cada vez mais é necessária a atuação Estatal, seja para garantir o equilíbrio econômico financeiro do Estado, seja para atuar na realização de políticas públicas, seja para garantir a aplicabilidade com eficiências das normas pelo Estado editadas.

Tal situação ultrapassou momentos marcantes da constitucionalização dos direitos fundamentais e da luta por sua efetivação, como ocorreu na Carta Magna Inglesa de 1215, que consagrou, dentre outros, o princípio do devido processo legal, inerente hoje a todas as relações que abarquem discussão jurídica envolvendo membros de uma determinada coletividade, bem como as consagradas revoluções Francesa e Inglesa, a Constituição Norte-Americana de 1787, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a Constituição de Weimar de 1919, a Mexicana, que trouxera de forma expressa e pioneira a previsão dos direitos sociais como direitos fundamentais aos indivíduos de seu Estado, dentre outras.

Nesse diapasão, o Estado Liberal, que em nada interferia no que tange às relações privadas, relações econômicas, de consumo, dentre outras, passou a preocupar-se com o social, com a vida em comum, percebendo que seu atuar de modo indiferente acabaria por trazer mazelas sociais prejudiciais ao próprio sistema democrático ora instituído. Surge assim o Estado Social, preocupado com o bem estar social. Surgem novas direções dos direitos fundamentais, ou novas dimensões dos direitos fundamentais.

Com a Constituição Federal do 1988 o Brasil deixa para trás um período de isenção estatal no âmbito de políticas públicas e traz à tona um poder-dever.

Visa fazer cumprir as metas estabelecidas pela Carta Constitucional, devendo ser aplicado em toda e qualquer relação o princípio e valor absoluto da dignidade da pessoa humana, sendo este, em bem da verdade, um valor humanístico absoluto que confere unidade teleológica e da finalidade aos demais princípios constitucionais, sejam implícitos ou explícitos.

Diante dessa nova perspectiva social, com base principalmente neste valor absoluto da dignidade da pessoa humana, é que devemos analisar os preceitos constitucionais no âmbito das relações privadas, para saber como e quando será possível delimitar direitos fundamentais nessas relações unicamente particulares, pois fato é que hoje, a todo ato, ainda que no cerne de uma relação dessa natureza, acaba por ser de interesse social coletivo, devendo por tanto, curvar-se aos ditames provenientes da Constituição da República.

Todo o sistema vigente visou a assegurar a dignidade da pessoa humana como um valor absoluto de dimensão ampliativa, do qual é dever que alcança a todos o de asseverar pela sua justa aplicação em qualquer situação, como afirma, Luís Roberto Barroso:¹ “... a dignidade da pessoa humana está no núcleo essencial dos direitos fundamentais, e dela se extrai a tutela do mínimo existencial e da personalidade humana, tanto na sua dimensão física como moral.”

De fato, quando o Estado deixou para trás conceitos ultrapassados de um Estado Liberal, para um Estado intervencionista, muito em função do princípio da dignidade da pessoa humana, surge para toda a nação, uma real expectativa de comprometimento Estatal para com o que fora de forma expressa descrito pela Constituição vigente, sendo certo que a dignidade é fundamento proposto pelo Constituinte originário, não podendo jamais ser

¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

violado sem justa valoração e ponderação de valores, sob pena de um atuar inconstitucional, antiético e contrário ao fundamento estruturador do próprio Estado

Se o Estado passou a ser visto como um Estado Social, como deve agora o aplicador do direito, impor aos cidadãos que respeitem, em suas relações privadas, a aplicação dos direitos fundamentais? Quais seriam os limites de aplicabilidade destes direitos? Pois se é dever e direito de todos obedecer e ver ser obedecida toda a sistemática constitucional, que é se não, fruto do Poder Constituinte Originário, que de forma legítima representou todo o povo nacional frente ao Estado, deve ser também este seu intuito e dever quando da atuação entre um e outro cidadão.

Passou-se a dar maior ênfase à força normativa da Constituição, expandindo-se a jurisdição constitucional sobre uma nova interpretação do próprio texto exposto pela Carta Magna.

Com a coerência dogmática dos estudos sociais, fica por óbvio demonstrada a necessidade de cada membro de uma coletividade, que, comprometida com uma Constituição com valores e princípios delimitadores das condutas sociais pré-estabelecidos, seja não só o Estado, mas às pessoas, compelidas a atuar nas relações privadas de modo a tratar a outra parte com a mesma coesão de atitudes, vontades e atuações práticas de modo a não violar, direito fundamental alheio.

Para nortear tal atuação, que, às vezes, pode esbarrar num conflito entre princípios fundamentais de igual hierarquia, sendo evidente a ocorrência de uma colisão de interesses, devem-se socorrer, primeiramente, as próprias partes na busca de uma solução pacífica e extrajudicial. Posteriormente, se for o caso, procurar-se-á o judiciário, que atuará na solução do conflito com base nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, princípios implícitos, que têm como fundamento o princípio do devido processo legal substantivo, artigo 5º, inciso LIV da CRFB, calcando-se nos valores de justiça. A aplicação desses princípios

visa a buscar a melhor interpretação, no caso concreto, de modo a melhor atender os fins constitucionais.

Nesse sentido, ainda segundo BARROSO²: “O princípio da proporcionalidade, é utilizado, também, com frequência, como instrumento de ponderação entre valores constitucionais contrapostos, aí incluídas as colisões de direitos fundamentais e as colisões entre estes e interesses coletivos.”

Assim sendo, foi no passar dos anos, vivenciando cada momento histórico e jus-filosófico, que, os Estados de uma maneira geral evoluíram, passando do direito natural, para um direito positivo, pós-positivo, liberal, para um Estado Intervencionista.

Com a consolidação de um constitucionalismo democrático e normativo, com a maior abrangência jurisdicional na regulamentação de decisões, com o Poder Judiciário atuando para que se façam valer os ditames constitucionais diante da nova interpretação constitucional é que deverá ser pautada a discussão quanto ao alcance efetivo dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, tomando como base dos princípios fundamentais, o valor absoluto da dignidade da pessoa humana, para se alcançar a proteção humanista dentro de toda e qualquer relação.

Nesse sentido, é a doutrina de Ana Paula de Barcellos³:

O registro constitucional veicula a superação de uma idéia de Estado enquanto fim em si próprio, que o Brasil em alguma medida também vivenciou nos dois períodos ditatoriais do século XX, substituindo-a definitivamente por uma visão humanista de mundo. O Estado e todo o seu aparato, portanto, dá meios para o bem-estar do homem e não fins e si mesmos ou meios para outros fins. Este é, bem entendido, o valor fundamental escolhido pelo constituinte originário, o centro do sistema, a decisão política base do Estado brasileiro.

² Ibid., p. 260.

³ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Renovar, 2002.

Diante de tais perspectivas, busca o judiciário, modernamente, realizar, com base nesses fundamentos, a aplicação dos direitos fundamentais, de modo a melhor atender os preceitos constitucionais, implícitos e explícitos, aplicando interpretações conforme a constituição, para alcançar a efetividade real destes direitos, buscando a justiça de decisões no âmbito das relações privadas.

2. A INTERPRETAÇÃO CONJUNTA DO DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO

No ciclo evolucionista do pensamento jurídico, o mundo como um todo tratou de formular e caracterizar determinados preceitos como bases evolutivas ao convívio social, de modo a dar sustentação, eficácia e aplicabilidade a todo um sistema de normas constituídas, seja por cada Estado especificamente, seja em âmbito internacional.

Lutas de classes, luta por igualdade racial, pelos direitos das mulheres, busca pelos direitos políticos em períodos ditatoriais trouxeram consigo a necessidade de se ter, em cada Estado, um compêndio de normas gerais que delimitassem quais são as normas que todo o povo deseja que seja base da vida em comum naquela nação específica. O constitucionalismo traz à tona, princípios norteadores do Estado de Direito.

Em períodos passados, eram os direitos individuais, direitos privados, que davam o norte às situações jurídicas, com as leis civis interpretadas como cerne do ordenamento jurídico. O Estado não intervinha nas relações entre particulares, pois regia o pensamento do liberalismo puro, baseando-se nos ideais da livre iniciativa e da autonomia da vontade.

Foi de modo progressivo que o liberalismo estatal passou a dar lugar a um Estado intervencionista, que passou a atuar também no âmbito das relações contratuais realizadas no seio do direito privado, para garantir a aplicabilidade de mandamentos de viés constitucional, de interesse social pleno, do qual toda a coletividade é sujeito passivo, e eventual burla ou desrespeito a essa norma traz prejuízo a todos os cidadãos que compõem e constituem a sociedade.

Os princípios de ordem pública passam a reger toda e qualquer atividade nesse sentido, afirma o mestre Caio Mário ⁴:

Os princípios de ordem pública não chegam a constituir direito público, por faltar a participação estatal direta na relação criada, que se estabelece toda entre particulares. São, pois, princípios de direito privado. As, tendo em vista a natureza especial da tutela jurídica e a finalidade social do interesse em jogo, compõem uma categoria de princípios que regem relações entre particulares, e que o Estado dá maior relevo em razão do interesse público em jogo. São, pois, princípios do direito privado que atuam na tutela do bem coletivo, (...) inderrogáveis pela vontade das partes, e cujos efeitos são insuscetíveis de renúncia.

Nesse contexto histórico social, surge o fenômeno da despatrimonialização do Direito Civil, tendo este perdido força frente à maior consciência coletiva sobre os estudos acerca dos direitos fundamentais, relativizando princípios, como o direito de propriedade, autonomia dos contratos, dentre outros, frente aos princípios de ordem pública e, principalmente frente ao valor absoluto da dignidade da pessoa humana, que hoje é norma matriz a ser observada e respeitada inteiramente.

Não há mais a liberdade plena dos particulares no uso, muitas vezes abusivo de seus direitos individuais, não há mais espaço para a autonomia privada integral, sem limites. O

⁴ PEREIRA, apud. BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Estado como garantidor da ordem público tem o poder-dever de atuar no âmbito das relações privadas para garantir a aplicabilidade, eficácia e inviolabilidade dos direitos fundamentais.

A Constituição tornou-se o centro de todo o ordenamento jurídico e com base nela é que se pode dar eficácia e validade diante da interpretação plena das demais normas do ordenamento jurídico que devem a ela coadunar-se respeitando seus princípios, normas e conteúdos. O princípio da legalidade passa a dar lugar ao princípio da constitucionalidade ou da juridicidade.

Deve-se distinguir uma situação que pode advir de tal debate, que é o fato de não se confundirem a esfera pública com a Estatal. A esfera pública trata das relações de interesse entre os cidadãos e indivíduos da coletividade entre si e, entre si e o Estado. Já a esfera puramente Estatal trata das relações diretas entre o próprio Estado e os indivíduos de forma direta, dentro do âmbito de atuação de natureza jurídica Estatal. Trata-se de três esferas de atuação e de interpretação, a esfera estritamente privada, a privada e a pública. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso⁵ aponta:

O espaço estritamente privado compreende o indivíduo consigo próprio, abrigado em sua consciência (intimidade) ou com sua família, protegido por seu domicílio (privacidade). O espaço privado, mas não reservado, é o do indivíduo em relação com a sociedade, na busca da realização de seus interesses privados, individuais e coletivos. E, por fim, o espaço público é o da relação dos indivíduos com o Estado, com o poder político, mediante o controle crítico, a deliberação pública e a participação política.

Os indivíduos de determinada sociedade coexistem e devem respeito ao próximo, devem atuar com atenção a não violação de nenhum princípio fundamental, hoje estampados em sua maior parte no seio da Constituição Federal. É uma concepção social que torna a liberdade individual limitada, ao ponto que não se pode aceitar a liberdade incondicional do

⁵ BARROSO, *op cit*, p. 63.

indivíduo. Sua autonomia esbarra sempre no respeito às normas cogentes, normas que condicionam a liberdade à observância dos demais direitos fundamentais.

Foi esse o intuito do constituinte originário da Carta Magna de 1988⁶, que, na busca incansável por um verdadeiro Estado Democrático de Direitos trouxe a dignidade da pessoa humana, (artigo 1º, inciso III) como valor absoluto, tendo destacado, como objetivos fundamentais desta República Federativa, o de construir uma sociedade livre, justa e solidária e promover o bem de todos sem preconceitos de qualquer natureza, (artigo 3º, incisos I e IV), com base na prevalência dos direitos humanos, (artigo 4º, inciso II), com previsão expressa dos direitos fundamentais, (artigo 5º), direitos sociais, (artigo 6º), direitos do trabalho (Artigo 7º) dentre outros, o que levou o próprio legislador infraconstitucional ao respeito inequívoco de tais normas, com enfoque na prevalência dos direitos humanos quando da regulação da atividade privada no Código Civil de 2002.

Coadunando-se ao entendimento de limitação da autonomia privada frente aos ditames de cunho social trazidos pela Constituição Federal, Maria Celina Bodin de Moraes⁷ afirma que: “Apresenta-se, dessa maneira, uma noção de autonomia intersubjetiva, reconhecedora do fato de que o livre desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo depende da realização da liberdade das outras pessoas.”

Os direitos da personalidade que dizem respeito às relações entre os indivíduos, em razão à aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais, vêm sendo abrangidos e abraçados pela aplicação, não mais unicamente vertical, mas sim horizontal dos direitos fundamentais, levando a aplicação destes a toda e qualquer relação interindividual. São, pois, os direitos da personalidade, uma verdadeira parcela dos direitos fundamentais.

⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 41ª ed. Brasília: Saraiva, 1988.

⁷ BODIN, Maria Celina de Moraes. *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 145.

Sendo assim, afirmam os mestres Luiz E. Fachin e Carlos E. P. Ruzyk⁸ que:

[...] diante da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, não mais se pode cogitar da restrição operada pela clivagem entre Direito Público e Direito Privado. Ou seja: não apenas os direitos da personalidade se aplicam às relações interprivadas, mas todos os demais direitos fundamentais.

Direitos do âmbito originariamente de direito civil-constitucional, como o direito à propriedade, dirigismo contratual, da livre iniciativa e autonomia da vontade, passam a ser exercidos com os limites imperiosos da aplicação horizontal dos direitos fundamentais.

Não há possibilidade de o particular afastar a necessária aplicação de tais princípios jurídicos do bojo de suas relações sem que se caracterize violação concreta e ilegítima de tal conduta, que não merecerá qualquer grau de legitimidade perante a sociedade e o Poder Judiciário.

Nesse diapasão, os direitos fundamentais irradiam-se, refletem e devem ser observados em todas as searas e ramos do direito, seja nas relações privadas, mas também como limites legislativos, respeitados pela Administração Pública, pelos Governantes e todas as demais instituições, sejam de direito público ou privado, como por exemplo as associações privadas, que, no uso de seus direitos privados, devem respeito à primazia dos direitos fundamentais.

A busca jurídica de dar eficácia e validade aos direitos fundamentais sem esvaziar a aplicabilidade ou fazer perder a natureza dos direitos, também garantidos constitucionalmente, inerentes a cada pessoa em seu particular, física, psíquica ou socialmente, é a grande dramatização dos juristas, filósofos, doutrinadores e aplicadores do direito no mundo moderno.

Busca-se não mais cometer erros do passado, evita-se desse modo a ocorrência de inevitáveis falhas no presente, pois fato é que, somente ao enfrentar casos concretos e buscar a

⁸ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 313.

melhor interpretação jurídica dos modelos já existentes, poder-se-á dar a necessária abrangência horizontal aos direitos fundamentais.

Dirimir conflitos é a função do estudioso e do aplicador do direito. Direitos fundamentais servem, inclusive, como a ferramenta mais adequada para esclarecer controvérsias e sem sombra de dúvida, buscar a efetiva justiça social por todos os Estados de Direito, sendo inclusive, para nós brasileiros, o fundamento de nossa Constituição da República Federativa do Brasil.

3. DA NECESSÁRIA APLICAÇÃO HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A evolução dos direitos fundamentais trouxe à tona diversas lutas sociais e movimentos culturais que culminaram na busca à constante evolução quanto à aplicabilidade desses direitos.

A luta pelo respeito às minorias teve maior visibilidade quando da caça aos judeus, ciganos, dentre outros, trazida como ideal de eliminação da raça impura proclamada em um momento histórico mundial que culminou com a segunda guerra mundial, com o suicídio do seu concretizador Adolph Hitler e com duas bombas nucleares lançadas sobre o Japão nas cidades de Hiroshima e Nagasaki, matando milhares de pessoas indiscriminadamente.

Hitler assim discorre no livro *Mein Kampf*⁹ por ele escrito no período em que estava preso, antes do início de sua longa trajetória de poder, liderança, força e destruição: “A perda

⁹ HITLER, Adolph. *Mein Kampf*. Lisboa: Edições Afrodite, 1976, p. 237.

da pureza de sangue destrói para sempre a felicidade interior, rebaixa o homem por toda a vida, e as conseqüências físicas e intelectuais são indeléveis.”

O mundo seguiu sua trajetória com o pós guerra. No entanto, preconceitos e discriminações seguiram-se na insensata dimensão intelectual inerente aos seres humanos, que buscam sempre dar nomes e valores.

O preconceito atinge os seres humanos, faz nascer a distinção de raças, espécies e com isso as subespécies dentro do mesmo gênero humano, acaba assim a discriminar tudo e todos por todo o tempo, trazendo o convencionalismo a si mesmo, aos próximos aos seus filhos.

Negros, mesmo depois da II Guerra Mundial, eram marginalizados nos Estados Unidos da América, que “liberou” os judeus das mãos dos nazistas, mas mantinham no quintal de suas casas os negros semi-libertos ainda totalmente banidos da vida social e coletiva, totalmente desamparados de qualquer relação de dignidade e de respeito aos direitos fundamentais.

Tal situação levou o Sr. Martin Luther King, um pastor negro e americano, em 28 de agosto de 1963, a pronunciar-se em discurso histórico diante do Lincoln Memorial para dezenas de pessoas, negras, pardas, brancas e mestiças, declarando e marcando o mundo, dizendo dos sonhos que tinha. Em seu discurso, assim pronunciou-se:

Vimos humildemente dizer aos homens que governam o nosso país que a questão dos direitos civis não é uma questão passageira, local, de menor importância, que pode ser posta de lado por seus guardiões reacionários do status quo; é uma questão moral eterna, que onde determinar o destino de nosso país em sua luta ideológica com o comunismo. Já é tarde. O relógio do destino está batendo. Temos de agir agora, antes que seja tarde demais.¹⁰

Diante de tantas lutas, de tanto desrespeito, de tanta hipocrisia, o direito assume papel fundamental não só como delineador de políticas públicas de ideais igualitários, mas,

¹⁰ KING, Martin Luther. *Os Grandes Líderes*. Martin Luther King. São Paulo: Nova Cultural, 1987, p.81.

principalmente, a função de fazer valer, a custa de penalizações e através de debates políticos, os direitos fundamentais de todos os indivíduos.

Não se trata tão somente de rever a aplicação desses direitos na relação dos cidadãos frente ao Estado e deste para com aqueles, mas sim e de maior dificuldade e mais importante luta, é garantir que cada cidadão respeite o próximo, sua dignidade física, moral, intelectual e todas suas demais facetas no âmbito das relações privadas, sob pena de ver seus atos revistos pelo Poder Judiciário.

É o direito, a ciência que congloba a vontade democrática de um povo, que, preocupado com a justa aplicação e criação de normas, elege seus representantes pelo voto, com a aplicação direta pelos membros do Poder Judiciário de tais leis.

Com base na Carta Magna, deve-se respeito precípua aos direitos fundamentais de todos, devendo atuar com vigor na aplicação e intervenção das normas jurídicas, visando a interpretá-las sempre e, a qualquer preço, para favorecer não um único indivíduo, mas sim, a história de um povo, a sua liberdade e consciência frente às injustiças sociais tão enraizadas nas civilizações modernas.

Nesse sentido, é o interesse da doutrina da imediata aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas com o Poder Judiciário atuando de forma direta a garantir-lhes a aplicação.

A própria Lei Maria da Penha derivou da busca por trazer maior proteção à mulher no seio de sua casa e de sua família, diante de fatos cotidianamente marcados por violências domésticas ainda tão latentes na sociedade brasileira.

Deve-se, nesse contexto, saber que são os Poderes inerentes a República, Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário que protegem os direitos, porém o objetivo maior dos direitos é o de limitar o próprio poder.

A aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é questão bem controvertida, sendo diversas suas teorias.

Quatro são as principais teorias sobre o tema: a teoria da aplicação direta e imediata, teoria da aplicação indireta e mediata, teoria dos deveres de proteção e eficácia horizontal dos direitos fundamentais e mesmo a teoria que nega tal possibilidade de aplicação.

Necessário é realizar uma ponderação de interesses, sem, no entanto, excluir a própria validade das normas civis e nem as que correspondam aos direitos fundamentais, pois fato é que em alguns casos ainda é a autonomia da vontade respeitada e aplicada. Nesse diapasão, o mestre espanhol Martínez¹¹ afirma, quando trata de tais ponderações frente ao direito privado, que:

Pero eso no es un problema de exclusión de la validez, sino de ponderación de los límites producidos por la existencia de bienes e principios propios de esas ramas del ordenamiento, como el principio de la autonomía de la voluntad. Así en aquellos ámbitos del derecho privado donde se ha limitado o suprimido en algunos aspectos la autonomía de la voluntad. Como en los arrendamientos urbanos, o en el derecho regulador de determinados contratos de seguros, regiría el derecho a la igualdad, frente a situaciones típicas del derecho de sucesiones, donde la autonomía de la voluntad excluye esa aplicación.

Diante de tal dicotomia, a sociedade visa a apurar seus sentidos para trazer à tona discussões cada vez mais democráticas, para que se consiga satisfazer ao máximo a eficácia e plenitude dos direitos fundamentais.

No plano horizontal da aplicação dos direitos fundamentais, esses se baseiam principalmente na dignidade da pessoa humana e no desequilíbrio das relações privadas.

Certo é que somente com a evolução legislativa, jurídica e doutrinária, num período recente, que se teve a maior preocupação com tal aplicação nas relações entre particulares.

¹¹ MARTINEZ, Gregorio Peces-Barba. *Curso de derechos fundamentales* teoría general. Universidad Carlos III de Madrid. Imprenta Nacional Del Boltín Oficial Del Estado Madrid, 1999, p. 627.

Quando da elaboração de códigos civis, muito mais se preservava o direito à liberdade individual e à autonomia privada, com ênfase efusiva no individualismo social, até que aos poucos houve maior preocupação com o ser humano em si e, assim, com suas relações. Conquista dolorosa que atravessou grandes revoluções como a Revolução Francesa e a Revolução Industrial.

Hoje, por todo o mundo pretende-se trazer tal comunhão legislativa através de tratamento civil-constitucional.

Para dar abrangência e função social às normas jurídicas civis, entendendo que mesmo em se tratando de relação entre particulares, as decisões dali oriundas interessam a toda coletividade, busca-se uma nova dogmática. Aplicar a visão constitucional da função social das Leis e Normas vigentes no país como também a própria função social do contrato e da propriedade privada, calcados na boa-fé, expectativa de direitos e demais direitos fundamentais.

O direito e sua aplicação interessam a todos e não de forma exclusiva a àqueles que integram a relação de forma primária. Há de fato o interesse secundário em todas essas relações e esse é o interesse de toda a coletividade de ver que em seu seio social todos são garantidores e aplicadores dos direitos fundamentais em todos os atos de nossas vidas.

Para analisar e estudar o grau de intervenção que se pode dar às normas de direito fundamentais às relações privadas, sugiram mundo à fora, algumas teorias das quais, segundo Sarmiento¹², quatro se destacam:

(a) Terias negativas, que são as que rejeitam a possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas; (b) teoria da eficácia indireta e mediata; (c) teoria da eficácia direta e imediata; e (d) teoria que reduz a discussão sobre a eficácia interpretativa dos direitos fundamentais à doutrina dos deveres estatais de proteção daqueles direitos.

¹² SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004, p. 225.

Essas são teorias que distribuem conhecimento acerca da matéria trazendo norte aos Tribunais e demais aplicadores do direito que buscam dar congruência a esse estudo, sem, contudo, olvidar-se das questões controvertidas e de grande debate jurídico, filosófico e social.

Tendo em vista que os direitos sociais e demais direitos fundamentais ainda são uma conquista recente no mundo, deve-se ter cautela nas afirmações e atuar com respeito máximo aos ditames legais e constitucionais existentes, para, assim, e só assim, buscar a perpetuação dos objetivos do Estado Democrático de Direito, que são os de construir uma sociedade livre, justa e solidária.

4. AS TEORIAS DA APLICAÇÃO HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Algumas doutrinas jurídicas surgiram no mundo ocidental para analisar em qual medida se devem aplicar os direitos fundamentais nas relações privadas, ou mesmo se devem ser nesses casos aplicados.

A divergência corre, para aqueles que admitem a aplicação horizontal desses direitos sobre a intensidade da atuação dos poderes estatais para garantir essa aplicação.

Caberia ao Poder Legislativo, no momento de aplicação de suas leis ou poderia o Poder Judiciário intervir nas relações privadas para fazer valer a aplicação desses direitos?

Sendo assim, surgiram quatro grandes teorias mais importantes, as quais serão analisadas.

4.1 – TEORIA DA EFICÁCIA INDIRETA E MEDIATA.

Por essa teoria, os direitos fundamentais não são aplicáveis diretamente nas relações privadas, pois segundo seus aplicadores, a Constituição não trouxe de forma expressa a menção subordinativa dos direitos subjetivos no âmbito de tais relações.

Como não admite que a Constituição venha a gerar direitos subjetivos próprios, acaba por admitir a possibilidade de, no âmbito privado diferentemente das relações em que o Poder Público faça parte, seja possível que o sujeito, titular do direito fundamental venha a renunciá-lo.

Trata-se de não aplicar os direitos fundamentais como direitos subjetivos dos indivíduos podendo renunciar desses direitos quando estiver dentro tão somente em uma relação privada, o que não é possível quando a relação envolve o Poder Público. Estão baseados em leis infraconstitucionais e por isso sem a devida proteção inerente às normas de hierarquia constitucional.

Sendo assim, como não irradia da Constituição e, portanto, não irradia do Poder Constituinte Originário, é mero fruto de obras legislativas privadas, está sujeita a todas as mudanças de interpretação e de aplicação, esvaziando-se seus institutos e sua aplicabilidade. Afinal, é o Poder Legislativo irá elaborar as normas atinentes a tais relações, conferindo menos ou mais legitimidade a determinados direitos que, por motivos políticos, sociais, filosóficos ou outro que seja, mereceu maior ou menor proteção no âmbito jurídico nacional.

Essa teoria, que ainda encontra adeptos, funda-se em muito nos períodos históricos em que as leis civis, delineadas em códigos e leis esparsas, detinham grande influência entre as pessoas, fundados unicamente na Lei Privada, como afirma Barroso:¹³

no contexto jurídico europeu do século XIX, era impossível cogitar da aplicação os direitos fundamentais previstos na constituição às relações privadas, já que, em última análise, estes eram concebidos como direitos na medida da lei. Em verdade, na Europa os direitos fundamentais – até a generalização do controle de constitucionalidade – resumiam-se ao princípio da legalidade.

4.2 – A TEORIA DA EFICÁCIA DIRETA E IMEDIATA

Esta teoria decorre do período do pós-guerra, mais precisamente da década de cinqüenta.

É nesse período que começa a surgir com maior intensidade a chamada Constitucionalização dos institutos. Derivados das leis civis, e o Estado Constitucional, tomando verdadeira forma e passando a Constituição a vincular, dar eficácia e validade a todos os demais institutos civis e penais.

Diante das atrocidades que marcaram os períodos de conflito, com violação constante ao valor humanístico da dignidade da pessoa humana e seus consectários e demais direitos fundamentais, o Estado passa a preocupar-se com a aplicação desses direitos no âmbito das relações privadas.

É certo que há, ainda, nessa aplicação, a problematização da ponderação de valores entre o direito fundamental envolvido e o princípio da autonomia privada, ainda sendo de total relevância a autonomia privada que deve, ser analisada e levada em consideração,

¹³ BARROSO, Luis Roberto. *A nova interpretação constitucional; ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2006, p.131.

uma vez que o indivíduo e sua autonomia também encontram proteção constitucional. Deve-se ponderar sem fazer com que um ou outro instituto perca a validade, mas, tão somente, seja parcialmente ou totalmente deixado de ser aplicado naquele caso concreto.

Para o professor Catedrático de Direito Constitucional Sarmento ¹⁴

O grande equívoco da teoria da eficácia mediata consiste em confundir a liberdade constitucional com a autonomia privada contratual, já que, sob a ótica constitucional, não existe efetiva liberdade numa situação de flagrante desigualdade entre as partes.

De fato, tal situação aparece com grande potencial jurídico para que se possa, com base nesse entendimento, interpor posicionamento de que caberia ao Poder Judiciário, na análise do caso concreto, verificar e impedir a violação dos direitos fundamentais mesmo que vigente na relação concreta a autonomia privada.

Tal situação esbarra em casos peculiares como o já batido, porém didático, caso de arremesso de anões que fora julgado pelo Tribunal da França, como explicita Negreiros ¹⁵.

A referida decisão considerou legitimado o prefeito de uma dada cidade para proibir um espetáculo que consistia no arremesso de um anão, sob o argumento de que “o respeito à dignidade da pessoa humana é um dos componentes da ordem pública”. Nas palavras de Barbosa Gomes, esta decisão consagra “um novo tipo de intervenção do poder de polícia: o que visa a proteger o indivíduo contra si próprio”.

Nesse diapasão, fica a dúvida de quais os limites de atuação do Poder Judiciário, esse visto em sentido amplo, abrangendo Promotores de Justiça, Procuradores, Defensores Públicos e demais operadores do direito. Como podem atuar e impedir a violação dos direitos

¹⁴ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais nas relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 256.

¹⁵ NEGREIROS, Tereza. Org. TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar. 2001. 2ª ed. p.374/375.

fundamentais mesmo quando a parte, sujeito privado, no âmbito de sua autonomia privada deseja ver violado tal direito, seja por necessidades orçamentárias, ou por qualquer outro ímpeto pessoal? Impedir determinadas situações como o caso do anão poderia configurar uma violação, por parte do Estado, na própria esfera íntima do sujeito, atuando sobre a própria liberdade do sujeito.

No entanto, essa ainda é a teoria que prevalece dentre as doutrinas alienígenas, como Portugal e Espanha, sendo aplicada nas relações privadas, sempre com a devida ponderação de interesses, para não dirimir por demais a liberdade individual e a autonomia privada.

Nesse sentido, Sarmiento¹⁶ afirma que :

a normativa constitucional não deve ser considerada sempre e somente como mera regra hermenêutica, mas também como norma de comportamento, idônea a incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores.

É da Constituição que emana a vontade do povo, que emana os preceitos instituídos como basilares ao ordenamento jurídico como um todo. É o pilar do convívio social.

Sendo assim, com a aplicação majoritária da Teoria da Aplicação Imediata e Direta, é a Constituição capaz de reger a vida privada, uma vez que detém princípios basilares de todo o ordenamento, cabendo ao Judiciário, em cada caso concreto, realizar a ponderação de valores aos direitos fundamentais que integram aquela relação.

¹⁶ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais nas relações privadas*. . Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 257-258.

4.3 – TEORIA DOS DEVERES DE PROTEÇÃO E A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Por essa teoria, é o Poder Legislativo quem tem o poder de gerir e proteger os direitos fundamentais, quem por meio da lei deve regular as relações privadas, que, por conseguinte, não podem ser dirimidas posteriormente pelo poder judiciário por meio de decisões judiciais. Caberia tão somente à atuação do Judiciário interpor medida que configure controle constitucional por omissão do Poder Legislativo.

Como afirma o professor Sarmento¹⁷:

a teoria dos deveres de proteção baseia-se na idéia de que a conciliação entre a autonomia privada e os direitos fundamentais deve incumbir ao legislador e não ao judiciário. Ela resguarda, no controle de constitucionalidade das normas do Direito Privado, quando o legislador não proteger adequadamente o direito fundamental em jogo, bem como quando ele, agindo de modo inverso, não conferir o devido peso à proteção da autonomia privada dos particulares.

Com o intuito de evitar riscos à atuação dos particulares na defesa e aplicação dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, e ainda evitando o ativismo judicial perquirido pelas demais teorias que entendem como fundamental a atuação do Poder Judiciário na defesa dos direitos fundamentais.

Somente pela via de controle de constitucionalidade é que poderia o Poder Judiciário intervir na aplicação dos direitos fundamentais, pois a tutela legal destes no âmbito das relações privadas cabe ao Poder Legislativo na elaboração de leis civis.

¹⁷ SARMENTO, *op.cit.* p. 261.

4.4 A NEGAÇÃO À APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ESFERA PRIVADA

A maior crítica acerca da aplicação horizontal dos direitos fundamentais seguiu com fulcro em uma visão civilista e primária de que com tal aplicação, acabaria por sobrecarregar por demais o Direito Constitucional que se sobrepujaria em demasia ao Direito Privado. Esvaziar-se-ia a autonomia privada.

Afirma-se com este entendimento que, com tal aplicação, o Poder Judiciário com os juízes e operadores do direito atuando em defesa dos particulares, uns frente aos outros, acabaria por adquirir força desproporcional no âmbito de suas prerrogativas, esvaziando as atribuições e competências oriundas necessariamente do Poder Legislativo.

Diante da problemática quanto da aplicação e aceitação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, seja em atendimento a uma ou outra teoria, cada vez mais essa discussão vem ganhando maiores contornos doutrinários e jurisprudenciais, uma vez que passam a aparecer nos tribunais superiores, com mais frequência, casos em que se discute a aplicação e a possibilidade de o Judiciário intervir em tais relações.

A constitucionalização no ordenamento jurídico ao redor do mundo e as constantes violações aos direitos fundamentais trazem a preocupação com a aplicação desses direitos também à esfera privada sem, contudo, esvaziar a própria autonomia da vontade.

No entanto, negar a eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas é negar a evolução jurídica e social, é esvaziar o direito constitucional sem se preocupar com a sua evidente força normativa e sua inegável preocupação social.

CONCLUSÃO

Com a evolução dos sistemas jurídicos de Estados Nacionais na Europa e nas Américas, o mundo ocidental sofreu grande transformação.

O fim dos Estados absolutistas, que evoluíram até os dias de hoje, com o Estado Democrático de Direito baseado em Constituições rígidas ou semi-rígidas, passando pelo chamado Estado Liberal ao Estado Social de Direito, acabou por trazer à tona a preocupação social com os direitos fundamentais, principalmente após o fim da Segunda guerra Mundial.

Passou o Estado a se preocupar com as relações privadas. Algumas doutrinas e teorias surgiram para analisar até que ponto deve o Estado, por intermédio direto ou não, influenciar nas relações privadas sem enfraquecer os institutos de direito privado e seus princípios básicos, como a autonomia privada, autonomia da vontade e demais relações contratuais.

A dignidade humana, vista como valor humanístico absoluto, exerce vital influência no debate acerca de como devem ser aplicados os direitos fundamentais nas relações entre os particulares. Deve ser levado a cabo, em cada caso concreto, a ponderação de interesses com base nos princípios implícitos da Constituição Federal que são o da razoabilidade e proporcionalidade.

Quatro teorias principais surgem no mundo ocidental sobre o tema com o intuito de explicar e interpretar a ordem social diante dos fatos e costumes sociais, para que assim seja possível aplicar ou não os direitos fundamentais nas relações privadas.

São elas: a teoria que nega tal aplicabilidade, a teoria da eficácia indireta e mediata, teoria da eficácia direta e imediata e a teoria dos deveres de proteção e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Certo é que a discussão ainda engloba ampla divergência doutrinária, mas que, cada vez mais, com a crescente preocupação com os direitos fundamentais e suas possíveis violações, seja na esfera Pública, Privada ou Pública-Privada, deve o judiciário e todo o Estado Nacional buscar dirimir a violação de tais direitos, com base no valor humanístico da dignidade da pessoa humana, para que, assim, possa atingir o ideal democrático de construir uma sociedade, livre, justa e solidária, preocupada com os valores inerentes a cada ser humano.

São os direitos fundamentais fruto da evolução histórica da sociedade mundial e sua aplicação deve sempre atentar para possíveis violações em face de uma ou outra parte ainda que não de forma direta.

Aplicá-los às relações privadas é necessidade cada vez mais inerentes nas sociedades ocidentais e somente com a evolução destes institutos é que cada Estado irá dirimir suas metas e diretrizes de tal aplicação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Renovar, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. *A nova interpretação constitucional*. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BODIN, Maria Celina de Moraes. *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. 41ª ed. Brasília: Saraiva, 2008.

FACHIN, Luiz Edson e RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

HITLER, Adolph. *Mein Kampf*. Lisboa: Edições Afrodite, 1976.

KING, Martin Luther. *Os Grandes Líderes Martin Luther King*. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

MARTINEZ, Gregorio Peces-Barba. *Curso de derechos fundamentales teoria General*. Universidad Carlos III de Madrid. Boltín Oficial Del Estado Madrid, 1999.

NEGREIROS, Tereza. Org. TORRES Ricardo Lobo. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2 ed. Renovar. Rio de Janeiro.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.