

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

FLAVIA PIVA ALMEIDA LEITE

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direitos e garantias fundamentais III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadora: Flavia Piva Almeida Leite – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-342-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Garantias Fundamentais. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

Apresentação

Os textos que formam este livro foram apresentados no XXV Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, realizado em Curitiba entre os dias 07 a 10 de dezembro de 2016, e teve como temática "Cidadania e Desenvolvimento Sustentável: o papel dos atores no Estado Democrático de Direito".

Neste Grupo de Trabalho, foram discutidos variados problemas envolvendo a interpretação e aplicação de dispositivos constitucionais consagradores de direitos e garantias fundamentais. Diante de um complexo catálogo constitucional de direitos fundamentais, os estudos aprofundaram o olhar sobre as várias dimensões protetivas desses direitos. Dentre as diversas atividades acadêmicas empreendidas neste evento, têm-se os grupos de trabalho temáticos que produzem obras agregadas sob o tema comum do mesmo.

Neste sentido, para operacionalizar tal modelo, os coordenadores dos GTs são os responsáveis pela organização dos trabalhos em blocos temáticos, dando coerência à produção e estabelecendo um fio condutor evolutivo para os mesmos.

No caso concreto, assim aconteceu com o GT DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III. Coordenado pela professora Flávia Piva Almeida Leite, o referido GT foi palco da discussão de trabalhos, tendo como fundamento textos apresentados que lidam com diversas facetas deste objeto fundamental de estudos para a doutrina contemporânea brasileira.

Logo, as discussões doutrinárias trazidas nas apresentações e debates orais representaram atividades de pesquisa e de diálogos armados por atores da comunidade acadêmica, de diversas instituições (públicas e privadas) que representam o Brasil em todas as latitudes e longitudes, muitas vezes com aplicação das teorias mencionadas a problemas empíricos, perfazendo uma forma empírico-dialética de pesquisa.

Como o ato de classificar depende apenas da forma de olhar o objeto, a partir da ordem de apresentação dos trabalhos no GT (critério de ordenação utilizado na lista que segue), vários grupos de artigos poderiam ser criados, como aqueles que lidam com: questões que envolvem

grupos vulneráveis, como as pessoas com deficiência (1 e 2), teoria geral dos direitos e garantias fundamentais (3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 e 12) e temas multidisciplinares que ligam os direitos fundamentais a outros direitos (13, 14 e 15).

1. A NECESSIDADE DE REFORMA INSTITUCIONAL BRASILEIRA POR MEIO DA EFETIVAÇÃO DA INCLUSÃO DOS DEFICIENTES ATRAVÉS DA LEI DE COTAS.

2. ACESSIBILIDADE DIGITAL: DIREITO FUNDAMENTAL PARA AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

3. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: UMA ANÁLISE DOS VOTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADPF. Nº 54

4. DISTANÁSIA: ENTRE O PROLONGAMENTO DA VIDA E O DIREITO DE MORRER DIGNAMENTE

5. MARGINALIZAÇÃO: CONDUZIDAS PELO ANALFABETISMO E PELA (IN) DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

6. OS DIREITOS REPRODUTIVOS NA ERA DA BIOTECNOLOGIA: REFLEXÕES ÉTICO-JURÍDICAS ACERCA DA LIBERDADE DE PROCRIAÇÃO FRENTE À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

7. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA EM PROL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

8. O ACOSSO PSÍQUICO (ASSEDIO MORAL) COMO AGENTE NOCIVO PSICOLÓGICO PRESENTE NO AMBIENTE LABORAL – INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO

9. A DESJUDICIALIZAÇÃO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UM ESTUDO SOBRE AS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS NOVOS INSTRUMENTOS EXTRAJUDICIAIS

10. O DEVIDO PROCESSO LEGAL NA SOCIEDADE COMO GARANTIDOR DO DIREITO

11. APLICAÇÃO DO TESTE DE PROPORCIONALIDADE NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 713.211-MG, SOBRE A TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE-FIM

12. DE FORA, DE CIMA E DE BAIXO – TODOS OS SENTIDOS DA DIGNIDADE NO DISCURSO DOS DIREITOS.

13. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE EM PERNAMBUCO APÓS A AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 4 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA ANÁLISE QUANTITATIVA DA ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NA GARANTIA DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE

14. TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE FIM: O PROJETO DE LEI Nº 4330/2004 E SUAS CONSEQUÊNCIAS NOS DIREITOS DE PERSONALIDADE DOS TRABALHADORES

15. A EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES JURÍDICAS ENTRE PARTICULARES: UM OLHAR SOBRE AS RELAÇÕES DE CONSUMO NO ESPAÇO VIRTUAL

Esses artigos são, portanto, a concretização do grau de interesse no tema desta obra e demonstram quão instigante e multifacetada podem ser as abordagens dos direitos e garantias fundamentais.

Conclusivamente, ressalta-se que é um prazer organizar e apresentar esta obra que, sem dúvida, já colabora para o estímulo e divulgação de novas pesquisas no Brasil, função tão bem exercida pelo CONPEDI e seus realizadores, parceiros e patrocinadores que permitiram o sucesso do XXV Congresso Nacional do CONPEDI.

Desejo boa leitura a todos.

Profa. Dra. Flávia Piva Almeida Leite - FMU

**A EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES JURÍDICAS
ENTRE PARTICULARES: UM OLHAR SOBRE AS RELAÇÕES DE CONSUMO
NO ESPAÇO VIRTUAL**

**THE EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE RELATIONS
BETWEEN INDIVIDUALS: A LOOK AT CONSUMER RELATIONS IN THE
VIRTUAL SPACE**

Marcella Rosière de Oliveira ¹

Resumo

O artigo objetiva analisar a eficácia de direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, principalmente no tocante às relações e contratos de consumo virtuais, marcados pela desigualdade substancial. Tem-se por finalidade demonstrar que os particulares também se vinculam a direitos fundamentais, analisando-se de que forma e em que medida tal vínculo deve ocorrer no que tange aos contratos realizados no comércio eletrônico. Certificar-se-á que é imprescindível um vigilante controle da autonomia privada nas relações interprivadas, de modo a garantir a máxima proteção da pessoa humana. A metodologia utilizada terá cunho dogmático, com abordagem dialética, através da argumentação, e método monográfico.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Eficácia horizontal, Relações privadas, Relações de consumo, Consumo virtual

Abstract/Resumen/Résumé

The article aims to analyze the effectiveness of fundamental rights in the legal relations between individuals, especially as regards relations and virtual consumer contracts, marked by substantial inequality. It is intended to demonstrate that individuals also are linked to fundamental rights, analyzing how and to what extent such a link must occur in relation to contracts made in e-commerce. You shall ensure that it is essential vigilant control of private autonomy in private relations in order to ensure maximum protection of the human person. The methodology will dogmatic nature, with dialectical approach, through argument, and monographic method.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights, Horizontal effectiveness, Private relations, Consumer relations, Virtual consumption

¹ Graduada em Direito na Universidade Federal de Uberlândia. Mestranda em Direito na Universidade Federal de Uberlândia. E-mail: marcellarosiere@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

É entendimento majoritário na doutrina e jurisprudência brasileiras que a consagração do indivíduo no direito civil está intimamente relacionada à autonomia da vontade, enquanto que os direitos e garantias fundamentais foram idealizados, em um primeiro momento, no âmbito do direito público, com a finalidade de afastar as ingerências do Estado na esfera privada.

Entretanto, com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 e a consolidação do estado democrático de direito, o foco do nosso ordenamento jurídico passa a ser a proteção, da forma mais ampla possível, da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais dos cidadãos, inclusive no que diz respeito ao âmbito das relações privadas.

Assim sendo, e considerando-se, ainda, o contexto da globalização, dos contratos de massa e da sociedade cada vez mais tecnológica, é possível notar o surgimento de constantes transformações sociais e, conseqüentemente, de diferentes formas de relações jurídicas privadas, se tornando um consenso em nossa prática jurídica o fato de que também os particulares, semelhantemente aos poderes públicos, devem se vincular a determinados direitos fundamentais.

Nesse sentido, o reconhecimento da força normativa da ordem constitucional, bem como de seus princípios, configura fundamento essencial para a indispensabilidade da abertura dos horizontes de proteção dos direitos fundamentais.

Tanto as relações de direito público, como as de direito privado, devem permitir a realização existencial isonômica, de forma que não poderá haver nenhuma situação jurídica subjetiva que não esteja em consonância com o programa de solidariedade constitucional.

A eventual ofensa à dignidade da pessoa humana, por si só, configura matéria de ordem pública, sendo possível que a autonomia privada seja mitigada no caso concreto, sem que haja necessidade de regulamentação infraconstitucional para tanto.

Mesmo diante do entendimento consolidado dos nossos tribunais quanto à possibilidade de incidência de direitos fundamentais nas relações interprivadas, fato é que não contamos com uma dogmática que regule o tema especialmente, de forma que não estão delimitados, claramente, a forma e o alcance dessa aplicação.

Portanto, o presente artigo tem como objetivo geral analisar a forma como ocorre a eficácia horizontal (entre particulares) de direitos fundamentais, especificamente, no tocante aos contratos e relações de consumo no espaço virtual, que são caracterizados por uma maior desigualdade em relação às formas de contratar tradicionais.

Além disso, tem-se como objetivos específicos, o estudo de alguns aspectos dos direitos fundamentais, bem como das teorias desenvolvidas para a aplicação de tais direitos nas relações jurídicas privadas. E, finalmente, examinar, de forma mais detalhada, as peculiaridades das relações de consumo desenvolvidas na esfera virtual, principalmente, sob o domínio da internet, e como estas relações se constituem em ambiente propício para incidência dos direitos fundamentais.

Tal pesquisa se justifica pelo fato de que vem se tornando, cada vez mais, comum em nossa sociedade a prática do comércio eletrônico, através do qual os consumidores se veem atraídos pelas facilidades que o mercado virtual oferece, tendo que conviver, ao mesmo tempo, com as inseguranças e as desconfianças típicas da era da sociedade da informação.

Logo, torna-se importante o estudo do tema pela sua atualidade e complexidade, essencialmente, se considerarmos os contornos indefinidos e notavelmente dinâmicos das relações jurídicas provenientes de tais relações consumeristas.

Nesse contexto, de surgimento de novos problemas e demandas por justiça, propõe-se a realização de adequação do Código de Defesa do Consumidor com os direitos fundamentais constitucionais, com vistas a garantir ao máximo a proteção da dignidade humana e defesa de tais consumidores.

Como marco teórico serão utilizados o autor Claus-Wilhelm Canaris, no que diz respeito aos deveres de proteção do Estado em relação aos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, que configura a base teórica do presente estudo e, ainda, a autora Cláudia Lima Marques, no que tange aos conteúdos de direito do consumidor, comércio eletrônico, e contrato virtual, que consistem na delimitação do presente tema.

A metodologia a ser utilizada terá cunho dogmático, visando à obtenção de propostas que sejam capazes de adequar o tema da eficácia dos direitos fundamentais, nas relações privadas de consumo virtuais, em nossa sistemática jurídica. A partir de uma abordagem dialética, pretende-se obter conclusão no sentido da existência de vínculo entre a realidade do consumo eletrônico apresentada e as teorias dos direitos fundamentais. O método monográfico, de pesquisa bibliográfica, e o método argumentativo, por meio de um estudo lógico-racional que analisa com rigor as contribuições do tema em pauta, auxiliarão na confecção dos resultados para a questão posta.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS: aspectos gerais

Em primeiro lugar, faz-se necessário lançar um olhar, ainda que brevemente, sobre o panorama dos direitos fundamentais na ordem jurídica, pois para se determinar em que medida eles incidem nas diversas relações sociais, deve-se, antes, compreender de que se tratam tais direitos.

Tal intuito exige uma análise acerca da conceituação, abrangendo os principais aspectos ligados à dogmática dos direitos fundamentais, propiciando a construção de um modelo de eficácia desses direitos, de acordo com as exigências do ordenamento jurídico-constitucional.

Importante esclarecer que os direitos fundamentais estão intimamente relacionados com a evolução da história política, ressaltando-se que eles foram surgindo de forma gradual, da luta contra o poder e a opressão, presentes em diferentes épocas e sociedades, frente à necessidade primordial de se alcançar uma existência digna a todos os indivíduos.

Nesse sentido, Norberto Bobbio (1992, p. 5) afirma que:

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

No mesmo entoar, Daniel Sarmiento (2008, p. 04) leciona:

(...) os direitos fundamentais surgiram como resultado de uma evolução histórica ocorrida por meio de batalhas, revoluções e rupturas sociais que miravam a exaltação da dignidade do homem e a construção de garantias desses direitos, visando resguardá-los dos abusos de poder praticados pelo Estado.

A luta contra o poder absoluto dos soberanos, o reconhecimento de direitos naturais inerentes ao homem, e, ainda, a agitação política em torno das ideias de Locke, Rousseau, Montesquieu e os liberais que conquistaram a independência americana, constituíram-se em elementos essenciais para o desenvolvimento dos valores concretizados na Declaração dos Direitos de Virgínia (*Bill of Rights*, 1776) e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), proclamadas pela Revolução Francesa e, conseqüentemente, na afirmação dos direitos fundamentais (KLOSTER, 2008, p. 03).

A necessidade de se proteger o homem do poder estatal tem início, sobretudo, a partir dos ideais advindos do Iluminismo dos séculos XVII e XVIII, mais especificamente, com as concepções das primeiras constituições escritas (Constituição do México - 1917 e Constituição de Weimar - 1919).

Diz-se, portanto, que do ponto de vista clássico, os direitos fundamentais podem ser conceituados como posições jurídicas essenciais, normalmente garantidas em uma constituição escrita, que protegem o cidadão contra intervenções dos poderes públicos, definição esta que costuma ser estudada em face do próprio conceito formal de Constituição (DUQUE, 2014, p. 49).

Desta maneira, os direitos fundamentais, principalmente a partir do movimento constitucionalista liberal do século XIX, despontam exaltando o dever de abstenção do Estado, consubstanciando os chamados direitos fundamentais de primeira geração, integrados pelos direitos individuais, civis e políticos: direito à vida, à propriedade, à liberdade religiosa, à imprensa, à intimidade, à inviolabilidade de domicílio, à igualdade perante a lei, dentre outros.

São os direitos de liberdade, resultado do pensamento liberal burguês fortemente individualista, que tendem a limitar a atuação do Estado. Pode-se dizer que eles apresentam, portanto, caráter de *status negativus*, já que impõem uma atividade negativa por parte da autoridade estatal, de não violação da esfera individual. Sobre tais direitos, Paulo Bonavides (2006, p. 563-564):

Os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente.

A partir do final do século XIX e início do século XX, em que ocorreram a Revolução Industrial e a Primeira Guerra Mundial, houve a deterioração do quadro social e, conseqüentemente, o advento do modelo de Estado Social de Direito, fazendo surgir os direitos sociais, econômicos e culturais, ou direitos fundamentais de segunda geração, os quais estão intimamente ligados ao valor igualdade, expressos em várias constituições da época, dentre elas a brasileira de 1934 (KLOSTER, 2008, p. 03).

Tais direitos, como assistência social, educação, saúde, cultura, trabalho, lazer, dentre outros, demandam prestações positivas por parte do Estado, e por essa razão são conhecidos como direitos de promoção ou direitos prestacionais destinados aos hipossuficientes e fragilizados.

Diferentemente dos direitos de primeira geração, os de segunda geração se caracterizam pela dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas sim de propiciar o direito ao bem-estar social.

Após a Segunda Guerra Mundial e o surgimento de organizações internacionais, preocupadas com a proteção internacional dos direitos humanos, a exemplo das Organizações das Nações Unidas (1945), aparecem os direitos fundamentais de terceira geração.

Estes direitos, caracterizados pela busca da solidariedade e fraternidade, representam direitos coletivos entendidos em sentido amplo, ou seja, interesses transindividuais (incluindo os direitos difusos, os coletivos em sentido estrito e os direitos individuais homogêneos).

Acerca desses direitos, Paulo Bonavides (2006, p. 563-569) leciona:

Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo, ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já o enumeram com familiaridade, assinalando-lhe o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.

Para além das três dimensões dos direitos fundamentais analisadas acima, há quem defenda, ainda, a existência de uma quarta¹ e, até mesmo, de uma quinta² dimensões.

Feitas tais considerações acerca da historicidade e evolução das dimensões dos direitos fundamentais, importante destacar que vivemos hoje em uma era de pós-modernismo ou pós-positivismo, que de acordo com Luís Roberto Barroso (2004, p. 348):

[...] é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana.

Assim, na pós-modernidade (período depois da Segunda Guerra Mundial), e com a crise do positivismo, ocorre uma “virada kantiana”, isto é, um movimento no sentido de retomada da influência da filosofia de Kant, em que a Ética e o Direito se reconciliam, passando a moral a ser pensada dentro do Direito. Esse movimento acarreta profunda

¹ Poucos autores discorrem sobre a existência da quarta dimensão. Dentre eles destaca-se Paulo Bonavides, Celso Ribeiro Bastos, André Ramos Tavares, Norberto Bobbio, Ana Cláudia Silva Scalquette, dentre outros. Paulo Bonavides, ao lecionar sobre o tema, afirma: “São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta para o futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência”. Para Norberto Bobbio, “tratam-se dos direitos relacionados à engenharia genética”.

² Registre que já existem autores defendendo a existência dos direitos de quinta geração ou dimensão, sendo que entre eles podemos citar o próprio Paulo Bonavides, aonde o mesmo vem afirmando nas últimas edições de seu livro, que a Paz seria um direito de quinta geração.

modificação do Direito, como o reconhecimento da força normativa dos princípios, da supremacia da Constituição e da primazia dos Direitos Fundamentais.

Com relação ao ordenamento jurídico brasileiro, os direitos e garantias fundamentais alcançam máxima importância com a Constituição da República de 1988, a qual estabelece a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito. Desse modo, destina-se o Título II aos Direitos e Garantias Individuais, os quais foram agrupados em: Individuais (capítulo I), Coletivos (capítulo I e II), Sociais (Capítulo II), de Nacionalidade (capítulo III) e Políticos (capítulo IV).

Nesse ínterim, a nossa Constituição, mais que dirigente e programática, deve ser considerada como instrumento de forte cunho deontológico.

Para Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 16), a Constituição de 1988 é a primeira, no Brasil, a dispensar aos Direitos Fundamentais o tratamento que lhe é adequado em virtude de sua inegável relevância e indiscutível indispensabilidade. Ela reúne em seu âmbito os direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira geração, assim como, os consagra como cláusulas pétreas, característica inegável da evolução dos direitos e garantias fundamentais em nosso país.

Deve-se considerar, ainda, que a essência dos ordenamentos jurídicos de feição livre e democrática, assentados sobre a supremacia dos direitos fundamentais como o nosso, é a pessoa e a garantia da sua dignidade. Em virtude disso, nota-se que o reconhecimento da força normativa dos princípios constitucionais e dos preceitos internacionalmente recebidos pelo Estado brasileiro torna-se método indispensável para a abertura do horizonte de proteção dos direitos humanos, especialmente nas relações jurídicas de direito privado (TEPEDINO, 2009, p. 46).

Convém salientar, que os direitos fundamentais não devem ser confundidos com os direitos humanos. Assim sendo, enquanto estes últimos são considerados como posições jurídicas de qualquer pessoa humana, reconhecidas e tuteladas pelo direito positivo internacional, os primeiros são os direitos positivados, expressa ou implicitamente, no âmbito do direito constitucional (SARLET, 2010, p. 17).

De acordo com Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2009, p. 46):

Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.

Como se vê, os direitos fundamentais surgem estabelecendo uma relação entre pessoa e Estado, com a finalidade de limitar o poder estatal para preservar a liberdade individual. Entretanto, o papel da Constituição não se esgota no ato de conferir direitos, sendo também necessário formular os deveres das pessoas, enquanto membros da sociedade, e do Estado.

Por conseguinte, há entendimento, na doutrina e jurisprudência, no sentido de que a garantia de um direito depende do reconhecimento de um respectivo dever dos demais, de modo que existem tantos deveres implícitos quanto direitos explicitamente declarados (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 68).

Tais deveres fundamentais podem consistir tanto em ação ou omissão, a depender da natureza do direito, sendo certo que em todos os casos o direito de uma pessoa pressupõe o dever das autoridades do Estado e, também, das demais pessoas, quando se aceita a tese do efeito horizontal, que veremos a seguir.

3 EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A questão da eficácia dos direitos fundamentais gira em torno da seguinte pergunta: “Quem deve respeitar os direitos e garantias fundamentais?”. Ou seja, perquire-se acerca dos sujeitos passivos ou destinatários das obrigações de observância e proteção que decorrem destes direitos.

Surgem, pois, diferentes entendimentos doutrinários, consubstanciando as teorias da eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais, estudadas adiante.

3.1 Eficácia Vertical

Como já foi dito anteriormente, a história dos direitos fundamentais sinaliza que sua principal finalidade era limitar o poder estatal em prol da liberdade dos indivíduos que lhes estavam subordinados. Nesse ínterim, o destinatário principal do dever de respeitar os direitos dos cidadãos é o Estado no sentido mais amplo do termo, para abarcar toda e qualquer autoridade ou órgão que exerça competências estatais.

Desse modo, podemos dizer que os direitos fundamentais correspondem a deveres do Estado, que podem ser traduzidos tanto em deveres de abstenção de intervir na esfera de liberdade assegurada aos cidadãos, como deveres de prestação ou manutenção de estrutura ou organização.

Sobre o assunto, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2009, p. 97) aduzem:

Assim sendo, os direitos fundamentais vinculam o poder do Estado, proibindo-lhe de restringi-los por meio da legislação comum ou eximir-se da obrigação de respeito. Em outras palavras, os direitos fundamentais garantem, mediante a supremacia da Constituição, que nenhuma autoridade estatal, nem mesmo o Poder Legislativo, desrespeitará os direitos dos indivíduos.

É o que se denomina de eficácia vertical dos direitos fundamentais, através da qual os direitos fundamentais só incidem diretamente nas relações caracterizadas pela desigualdade entre o indivíduo (inferior) e o Estado (superior), que detém, privativamente, o poder de legislar e o potencial de violência organizada.

De acordo com o artigo 5º, §1º, da Constituição Federal, todos os direitos e garantias fundamentais, isto é, todas as disposições que definem direitos e garantias individuais, sociais e políticos, são direta e imediatamente vinculantes (efeito imediato dos direitos fundamentais).

Por isso, os titulares dos direitos fundamentais não precisam guardar autorização, concretização ou outra determinação estatal para poder exercer seus direitos fundamentais. O artigo acima mencionado deixa claro que os direitos fundamentais não são simples declarações políticas e não podem ser vistas como normas de eficácia limitada ou diferida (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 90).

Segundo Daniel Sarmiento e Fábio Rodrigues Gomes (2011, p. 63), no contexto norte-americano prevalece a visão de que, em regra geral, os direitos fundamentais positivados na Constituição não se estendem às relações privadas. Assim, a ideia de direitos fundamentais, previstos no *Bill of Rights* da Constituição daquele país, impõem limitações apenas para os Poderes Públicos e não atribuem aos particulares direitos frente a outros particulares³ (doutrina do *state action*).

Para justificar tal posição, a doutrina se vale da literalidade do texto constitucional norte-americano, que se refere apenas aos Poderes Públicos na maioria das suas cláusulas consagradoras de direitos fundamentais.

Mas, isso significa que os particulares não estão vinculados e podem violar os direitos fundamentais? Evidentemente que a resposta é negativa, e a doutrina do “*state action*”, apesar dos temperamentos recentes que a jurisprudência lhe introduziu, não proporciona um tratamento adequado aos direitos fundamentais, diante do fato de que muitos

³ Com exceção apenas da 13ª Emenda, que proibiu a escravidão.

dos perigos e ameaças à pessoa humana provêm não do Estado, mas de grupos, pessoas e organizações privadas.

Portanto, examinaremos a seguir, os aspectos mais importantes da eficácia de direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares (eficácia horizontal).

3.2 Eficácia Horizontal

Há que se falar que o Estado, além de estar vinculado de forma imediata aos direitos fundamentais para garantir a esfera de liberdade individual dos cidadãos, também tem o dever de proteger tais direitos contra agressões provenientes de particulares. Essa é a essência que orienta a teoria da eficácia horizontal de direitos fundamentais e do dever estatal de tutela.

De acordo com Wilson Steinmetz (2004, p. 31), esta temática recebeu impulso decisivo na década de 50 do século XX, na República Federal da Alemanha, sob a denominação de *Drittwirkung der Grundrechte*, que significa “efeito frente a terceiros dos direitos fundamentais”.

Há certo consenso de que determinados direitos fundamentais devem ter eficácia nas relações jurídicas interprivadas, entretanto, não há uma construção dogmática clara sobre a forma e medida desta eficácia. Inexiste, assim, na maioria dos ordenamentos jurídicos, inclusive no Brasil, qualquer suporte textual específico sobre o tema.

Steinmetz (2004, p. 35) aduz, ainda, que muitos temem a aceitação ampla da eficácia de direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares e suas possíveis implicações, sob o argumento de que esse fenômeno poderia causar uma restrição insuportável da autonomia privada, atingindo o direito fundamental à liberdade.

No entanto, é essencial sublinhar que as normas de direito privado devem estar em constante diálogo com as normas constitucionais, tendo em vista a unidade e a força normativa da Constituição e seus princípios, bem como a primazia dos direitos fundamentais, visando a proteção máxima da dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, ainda que se prestigie a autonomia da vontade como princípio norteador das relações jurídicas de direito privado, certo é que ela poderá ser mitigada ou relativizada quando restar evidente que seu emprego ofende a dignidade da pessoa humana, já que esta constitui um dos elementos do Estado democrático de Direito, calcado na solidariedade constitucional.

Note-se que a questão da eficácia de direitos fundamentais entre particulares não diz respeito a todos os direitos fundamentais, mas tão somente aos direitos bidirecionais, ou seja,

aqueles que além de vincularem os poderes públicos, também vinculam os particulares (STEINMETZ, 2004, p. 59).

Logo, o reconhecimento do efeito horizontal parece ser necessário quando encontramos, entre os particulares em conflito, uma evidente desproporção de poder social, ou seja, quando o desequilíbrio estrutural de forças entre as parte juridicamente iguais for tão grande que seja possível tratar a parte mais forte como detentora de um poder semelhante ao do Estado (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p.98).

Portanto, a vinculação de particulares a direitos fundamentais tende a propiciar certo equilíbrio de forças entre as parte conflitantes, isto é, entre dois titulares de direitos públicos subjetivos que não se encontrem em mínimas condições de igualdade. Em outras palavras, o critério decisivo para a aplicação da teoria do efeito horizontal é a desigualdade de posições no interior da relação jurídica, que deve ser avaliada e comprovada no caso concreto.

Faz-se necessário, pois, analisar algumas teorias divergentes a respeito da incidência e aplicação da eficácia horizontal de direitos fundamentais, havendo aqueles que defendem que a eficácia é direta, e outros que afirmam ser indireta.

A primeira teoria a ser sustentada foi a da eficácia horizontal direta ou imediata de direitos fundamentais, pela qual as normas constitucionais deveriam ser aplicadas imediatamente nos conflitos entre particulares. Esta teoria é amplamente dominante no cenário brasileiro, sendo sustentada por autores como Luís Roberto Barroso, Gustavo Tepedino e Ingo Wolfgang Sarlet (2010, p. 25), que afirma:

[...] a doutrina dominante no Brasil, assim como o próprio Supremo tribunal Federal, tem reconhecido que a obrigação de aplicação imediata das normas de direitos fundamentais (compreendida como uma independência de prévia regulamentação legal e, portanto, como afirmação da plenitude eficácia dessas normas) também abrange uma eficácia e aplicabilidade direta na esfera das relações entre particulares.

Assim, por esse entendimento, embora alguns direitos fundamentais previstos na Constituição vinculem apenas o Estado, outros, pela sua natureza, podem ser invocados diretamente nas relações privadas, independentemente de qualquer mediação por parte do legislador ou juiz, revestindo-se de oponibilidade *erga omnes* (SARMENTO; GOMES, 2011, p.71).

Já no que diz respeito à eficácia horizontal indireta ou mediata, os direitos fundamentais exprimem-se na legislação comum, que deve tutelar os interesses dos particulares que se encontrem em situação de fraqueza social perante adversários poderosos.

Para esta teoria, os direitos fundamentais desenvolvem um efeito de irradiação sobre a legislação comum. Sendo assim, os direitos fundamentais só produzem efeitos para as relações jurídicas de direito privado mediante normas e cláusulas gerais que oferecem verdadeiras “portas de entrada” (*Einbruchsstellen*) para o direito constitucional no direito privado (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 102).

Trata-se de posição intermediária entre a que nega a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e aquela que defende a incidência direta destes direitos na esfera privada.

Desta maneira, mesmo quando o legislador não leva em consideração uma situação de poder que possa prejudicar a parte mais fraca, as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas à luz dos direitos fundamentais, permitindo o respeito da ordem constitucional que não tolera violações dos direitos fundamentais, ainda quando decorram de particulares.

Pela teoria da eficácia horizontal indireta dos direitos fundamentais, argumenta-se que apesar do caráter direito da aplicação da norma constitucional, as relações entre particulares só ficam submetidas aos direitos fundamentais mediante atuação do Estado, de modo que somente o Estado-juiz está diretamente vinculado. O particular, por sua vez, está diretamente vinculado somente ao direito infraconstitucional, principalmente, ao direito privado e penal, do qual é destinatário normativo por excelência.

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2009, p. 106) elucidam:

Em resumo, no ordenamento jurídico brasileiro, vale como regra geral que destinatários dos deveres que correspondem aos direitos fundamentais é o Estado, tanto no sentido do dever de abstenção como no sentido do dever de ação mediante prestações. Os particulares devem respeitar os direitos fundamentais na exata medida em que estes forem concretizados por leis infraconstitucionais [...] No mais, os direitos fundamentais desenvolvem como aludido um efeito de irradiação na interpretação da legislação comum, principalmente de cláusulas gerais.

Importante nos atermos, ainda, acerca de um segmento recente da doutrina alemã, que vem defendendo a tese dos deveres de proteção do Estado em relação aos direitos fundamentais. Esta posição constitui uma variação da teoria da eficácia indireta já analisada, defendida por Claus-Wilhelm Canaris.

Para Canaris (2003, p. 216), os direitos fundamentais na ordem jurídica alemã vinculam diretamente apenas os Poderes Públicos, mas não os sujeitos de Direito Privado. Porém, ele sustenta que o Estado, tanto ao editar normas como ao prestar a jurisdição, está

obrigado não apenas a abster-se de violar os direitos fundamentais, como também a protegê-los diante das lesões e ameaças provenientes dos particulares.

Designando estas duas diferentes funções dos direitos fundamentais (defensiva e protetiva) ele emprega as denominações “proibição de intervenção” e “imperativo de tutela” (ou “imperativo de proteção”).

Designadamente, mantém-se, por um lado, a posição de que apenas o Estado é destinatário dos direitos fundamentais, já que é também sobre ele que recai a obrigação de os proteger. Por outro lado, resulta clara a razão pela qual outros cidadãos são também atingidos e os direitos fundamentais produzem também – de certa forma por uma via indirecta – efeitos em relação a eles: justamente porque também no campo jurídico-privado o Estado, ou a ordem jurídica, estão, em princípio, vinculados a proteger um cidadão perante o outro. (CANARIS, 2009, p. 58).

Por esse entendimento, tanto a função legislativa, como a função jurisdicional, estão vinculadas negativa e positivamente aos direitos fundamentais, inclusive no que tange à sua atuação sobre o campo das relações privadas. Fernando Rodrigues Martins (2011, p. 247), a respeito do assunto, corrobora:

Sintetizando, a operação realizada pelos direitos fundamentais será dúplice, uma vez que, diretamente agindo sobre o Estado, constrange-o, quando a hipótese assim o requerer, na proibição de intervenção, deixando indene de toque a relação de intersubjetividade entre os envolvidos. Ou, se outra for a eventualidade, impele-o num imperativo de tutela a favor do particular constringido no liame da alteridade.

Ademais, registre-se que muitas vezes a aplicação dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado depende de uma ponderação entre o direito “em jogo” e a autonomia privada do particular. Assim, havendo colisão ou tensão entre direitos fundamentais, recorre-se ao recurso da ponderação, pautada pelo princípio da proporcionalidade.

Este princípio corresponde a uma “moeda de duas faces”, já que valoriza a proibição de excesso ou vedação de excesso (*übermassverbot*) de um lado, e a proibição de insuficiência ou proibição de prestação deficiente (*untermassverbot*) de outro.

4 RELAÇÕES PRIVADAS DE CONSUMO E O COMÉRCIO VIRTUAL

Em primeiro lugar, há que se falar que sem consumidor não há sociedade de consumo, sem esta não há mercado e sem mercado não há contratação massificada

(BENJAMIN, 2011 apud MARQUES, 2011, p.10). Assim sendo, é essencial estudar e regular o *status* contratual do consumidor, o que afeta a grande maioria dos contratos firmados no cotidiano do mercado.

Com as sociedades pós-industrializadas, o contrato de consumo tornou-se instrumento essencial no desenvolvimento da economia. Trata-se, porém, de uma relação jurídica marcada pela desigualdade substancial, em que na maioria das vezes a liberdade contratual encontra-se limitada pelo poder econômico, técnico ou jurídico do fornecedor.

Dessa forma, o Estado tem como dever a proteção do consumidor, tendo em vista sua vulnerabilidade na relação consumerista e, por isso, dispõe no artigo 5º, XXXII, da Constituição da República de 1988, o direito fundamental à defesa do consumidor.

Destaca-se, ainda, que com o passar dos tempos, houve uma revolução das relações privadas de consumo, no sentido de que tais relações passam a assumir uma conotação massificada e uniformizada (MARQUES, 2011, p. 70). Trata-se de um movimento positivo quanto à rapidez das transações na sociedade, mas também negativo, já que trouxe perigos para os consumidores expostos aos contratos globais, que agora desconhecem a inteireza de todas as cláusulas.

Os tempos atuais são, pois, caracterizados pela automação crescente, pela informatização, cultura uniformizante e tecnológica, pelo consumo virtual, fazendo surgir uma era denominada de *hipermodernidade* ou de *hiperconsumismo* (MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 150).

Sustenta-se, então, que diante dessa sociedade de consumo massificada e seu individualismo crescente, há uma insuficiência do modelo contratual tradicional do direito civil. Há uma evolução dos conceitos do direito, propondo uma nova jurisprudência dos valores e uma nova visão dos princípios do direito civil, agora muito mais influenciada pelo direito público e pelos direitos fundamentais dos cidadãos.

Estas relações privadas de consumo, concretizadas através dos contratos do Código de Defesa do Consumidor (CDC), passam a ser caracterizadas por um fenômeno jurídico, econômico e social, que se trata da vulnerabilidade contratual do consumidor, fazendo com que este mereça proteção legal. Acerca deste fenômeno, Claudia Lima Marques (2011, p. 321), esclarece:

[...] no caso dos contratos, o problema é o desequilíbrio flagrante de forças dos contratantes. Uma das partes é vulnerável (art. 4º, I, CDC), é o polo mais fraco da relação contratual, pois não pode discutir o conteúdo do contrato [...] Sua situação é estruturalmente e faticamente diferente da do profissional que oferece o contrato. Este desequilíbrio de forças entre os contratantes é a

justificação para um tratamento desequilibrado e desigual dos cocontratantes, protegendo o direito daquele que está na posição mais fraca, o vulnerável, o que é desigual fática e juridicamente.

Além do já citado artigo 5º, XXXII, da CF, que dispõe expressamente: “O Estado promoverá a defesa do consumidor na forma da lei”, com o artigo 170, V, da CF, tem-se que a defesa deste novo sujeito de direitos foi consagrada como princípio da ordem econômica, que limita a iniciativa privada e a autonomia da vontade.

Essa proteção se dá tanto com relação à integridade físico-psíquica, quanto no tocante à integridade econômica, sendo que a fragilidade do consumidor manifesta-se antes, durante e após a contratação.

Importante salientar, porém, que o regime contratual consumerista não visa contestar a validade da liberdade contratual e da autonomia da vontade, nem tampouco o princípio da propriedade privada. Ele apenas se insurge contra a forma perigosa e exagerada com que tais preceitos se manifestam no mercado de consumo, principalmente diante dos novos tipos de contratos surgidos atualmente, marcados por um desequilíbrio substancial.

Exemplo enfático de contratos de consumo dessa era pós-moderna é o contrato de adesão, conceituado por Claudia Lima Marques (2011, p. 76) como:

[...] aquele cujas cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte (fornecedor), *ne varietur*, isto é, sem que o outro parceiro (consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito.

Como se vê, as relações de consumo são, cada vez mais, marcadas por uma forte e presumida desigualdade entre fornecedor e consumidor, desigualdade esta que pode ser material, formal, econômica e informativa, e que pode levar o consumidor a uma posição de hipervulnerabilidade.

Destaca-se, ainda, que na sociedade de massa nem sempre os contratos serão feitos por escrito. De acordo com Claudia Lima Marques (2009, p. 72):

A doutrina europeia, analisando o uso de máquinas, de televisão e dos meios telemáticos, denuncia que muitos contratos de massa são feitos “em silêncio” ou “sem diálogo”, por coisas, imagens de coisas, palavras ditadas, pré-escritas e outros símbolos visualizados em meios não perenes e virtuais; atos existenciais, sem real dialética, pela não presença do outro, pela representação do outro através de máquinas e prepostos sem poder, por atos e imagens, números, cartões, senhas, visões, toques e *clicks* deste homem atual, que se denomina, ironicamente, não mais *homo loquens*, dada a perda da importância da palavra, e sim *homo videns*, em face da importância das sensações e sentidos, do toque à visão para a realização de um contrato [...].

Assim, percebe-se que dentre as técnicas de contratação de massa existentes na sociedade pós-moderna, estão não somente os contratos de adesão, mas também os contratos elaborados à distância no comércio eletrônico de consumo, que tendem a crescer cada vez mais. É nesse sentido, que se fala de um contrato “desumanizado”, da autossuficiência daquilo que é declarado e construído de forma unilateral e prévia, por meio de um *site* eletrônico.

Esse novo espaço de consumo, denominado “comércio eletrônico”, se caracteriza pelas contratações à distância, através dos meios eletrônicos (a exemplo de *e-mail*), por internet (*on line*), e meios de telecomunicação de massa (*telemarketing*, TV, TV a cabo, dentre outros). Nesse sentido, não há a presença física, concomitantemente, entre fornecedor e consumidor no mesmo lugar (MARQUES, 2011, p. 114).

A utilização das novas técnicas, meios e instrumentos de contratação, a exemplo das máquinas e automáticos em geral, são essenciais para o atual sistema de produção e distribuição de massa, fazendo parte da nossa realidade social. Tais técnicas trazem notórias vantagens para as empresas, como a rapidez, segurança, previsão dos riscos, dentre outros, mas também, vários riscos para os contratantes vulneráveis e consumidores.

Isto porque estes consumidores aderem aos contratos sem conhecer a totalidade das cláusulas, apenas confiando nas empresas que as elaboram, sendo certo que nem sempre essa confiança é respeitada nos contratos, já que elaborados unilateralmente, contendo cláusulas abusivas e injustas, voltadas a atender, em primeiro lugar, aos interesses empresariais (MARQUES, 2011, p. 75).

Além disso, importante destacar que a utilização do meio eletrônico de consumo faz surgir uma vulnerabilidade especial do consumidor, denominada de vulnerabilidade técnica. Isto porque, o consumidor não é considerado um especialista ou técnico em computadores e internet, havendo, então, uma falha tecnológica diante do âmbito virtual, que pode gerar prejuízos.

A contratação eletrônica insere dois novos elementos contratuais que não são comuns nas formas tradicionais de contratar: o espaço, como fator de vulnerabilidade, despessoalizando ainda mais os contratos e, a virtualidade, fazendo com que os contratos, em sua linguagem virtual, bem como os seus vícios, se caracterizem pela imaterialidade.

Além do mais, há que se falar que o meio eletrônico, onde se negocia e se contrata virtualmente, inova, também, com relação aos conceitos de tempo real e território. Ou seja, surgem agora o tempo virtual e a rede global como lugar do contrato, caracterizando tais

contratos por serem desterritorializados, já que as ofertas são globais e não encontram mais limites territoriais.

Diz-se, então, que tais relações de consumo virtuais se caracterizam pela fluidez, complexidade, distância, simultaneidade (atemporalidade), desterritorialidade, objetividade, autonomia, configurando um fenômeno plúrimo e multifacetado (LORENZETTI, 2004, p. 163).

Por tais razões, a relação entre fornecedor e consumidor ora constitui fator gerador de debilidade informativa, já que as informações disponíveis são aquelas escolhidas pelo fornecedor; ora constitui fator gerador de insegurança, seja em relação ao envio do produto ou serviço, seja quanto à lisura da forma de pagamento e relacionamento pós-contratual, ou, ainda, quanto à lei aplicável ao contrato.

E, se na sociedade atual, é na informação que está o poder, a falta desta representa um *minus*, uma vulnerabilidade tanto maior quanto mais importante for esta informação detida pelo outro, caracterizando a denominada “hipervulnerabilidade” (MARQUES, 2011, p. 336). A informação, em tempos atuais, é valorizada a ponto de ser instrumento de defesa da dignidade da pessoa humana.

Diante do exposto, conclui-se que houve uma substancial mudança na estrutura do mercado, tendo em vista a globalização das relações privadas de consumo e o crescimento progressivo do consumo virtual, ocasionando falhas e perigos no mercado atual. É nesse entoar, que se verifica uma posição cada vez mais vulnerável do consumidor e um desequilíbrio nessas relações privadas.

Por isso, é entendimento majoritário que o Código de Defesa do Consumidor deve proteger, da forma mais ampla possível, o direito do consumidor, principalmente em se tratando do comércio eletrônico, em que a desigualdade entre os envolvidos se torna ainda maior.

Faz-se necessário, ainda, uma efetiva tutela e intervenção do Estado nesta seara, pressupondo-se um diálogo entre os dispositivos protetivos do direito do consumidor e as normas constitucionais, principalmente, no que se refere à proteção da dignidade da pessoa humana.

5 A EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES JURÍDICAS ENTRE PRIVADOS DE CONSUMO VIRTUAL

Claudia Lima Marques, citando Erik Jayme (2009, p. 171), afirma que vivemos hoje uma cultura pós-moderna no direito, caracterizada pelo pluralismo, pela comunicação, narração, e o que ele denomina de “*le retour des sentiments*”, sendo o *Leitmotiv* dessa pós-modernidade a valorização dos direitos humanos.

Assim sendo, diante do caos legislativo e desregulador, das múltiplas codificações e microsistemas, os direitos fundamentais assumem o importante papel de incidir sobre o novo direito privado, a ponto de o direito civil assumir um novo papel social, como limite protetor dos cidadãos e como inibidor de abusos.

Essa necessidade é ainda mais imperiosa em contextos sociais caracterizados por grave desigualdade social e assimetria de poder, como ocorre no Brasil. Em quadros como o nosso, excluir as relações privadas do raio de incidência dos direitos fundamentais importa em aniquilar seriamente estes direitos, reduzindo a sua capacidade de proteger e promover a dignidade da pessoa humana.

Além disso, devemos entender que o contrato, para além de instrumento de circulação das riquezas da sociedade, é também instrumento de proteção dos direitos fundamentais e de realização dos paradigmas de qualidade, segurança, e de adequação dos serviços e produtos no mercado brasileiro (MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 156).

Por conseguinte, ao se pensar nos contratos de consumo virtuais, em que o desequilíbrio informativo é ainda maior devido ao poder de controle das informações, imagens e da cultura pelos fornecedores, faz-se necessária uma incidência ainda mais acurada dos direitos fundamentais, visando à proteção da personalidade, da liberdade material e dignidade dos consumidores.

Nestes contratos da era pós-moderna, é estritamente necessária uma visão crítica do direito tradicional, estabelecendo-se uma nova valorização dos princípios, dos valores da justiça e equidade e, principalmente, no direito civil, do princípio da boa-fé, como limitador da autonomia da vontade.

Tais relações jurídicas típicas da pós-modernidade são decorrentes da constante internacionalização da economia e dos problemas que transcendem as barreiras geográficas dos países, apresentando novas formas de vulnerabilidade e desequilíbrio com as quais devemos nos preocupar.

Diante do exposto, conclui-se pela tese de que os contratos de consumo, ainda mais quando realizados virtualmente, caracterizam-se como verdadeiro ponto de encontro de direitos fundamentais. Trata-se da chamada eficácia horizontal de direitos fundamentais,

incidente entre fornecedor e consumidor, que se justifica ainda mais nas relações de consumo pactuadas no comércio eletrônico.

De forma unânime, hoje, todos defendem que os direitos fundamentais constitucionais devem ser respeitados, em constante diálogo com as normas da lei infraconstitucional e as exigências da dignidade da pessoa humana, especialmente no caso de lacuna ou necessidade de concretização de cláusulas gerais. A força normativa do direito constitucional no direito privado não pode mais ser negada, assim como é evidente o efeito horizontal, entre privados, dos direitos fundamentais.

Por fim, devemos reconhecer a convergência do direito público e do direito privado, com os mesmos fins e funções, a exigir um diálogo das fontes renovado e aberto, sempre a favor do vulnerável (MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 223).

6 CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se que os direitos fundamentais são históricos e surgiram de forma gradual, tendo alcançado diversas dimensões ao longo do tempo que não se excluem, mas se complementam. Assim, eles despontam com a finalidade de proteger a esfera de liberdade dos cidadãos frente ao poder opressor do Estado (direitos individuais, civis e políticos), mas passam a alcançar os direitos sociais e econômicos e, também, os direitos coletivos e difusos, de caráter internacional.

Em meio a essa evolução, destaca-se que vivemos, atualmente, uma era de pós-modernismo, caracterizada pela globalização, pelos contratos globais, massificados, uniformizados e desmaterializados, em que, na maioria das vezes, o consumidor é acometido por uma fragilidade diante dos fornecedores.

Percebemos, então, uma nova necessidade de proteção dos cidadãos enquanto consumidores, principalmente, no que se refere às relações de consumo realizadas no âmbito virtual. Isto porque, nesse novo espaço negocial, as informações são ainda mais fluidas, há a ausência física do fornecedor e a vulnerabilidade técnica do consumidor, que normalmente deposita sua confiança e não é correspondido.

Essa profunda desigualdade entre fornecedores e consumidores no comércio eletrônico consubstancia-se em um novo fato capaz de ensejar uma nova finalidade aos direitos fundamentais, que passam a incidir, também, nas relações entre particulares (eficácia horizontal de direitos fundamentais). Ou seja, as relações jurídicas privadas pactuadas e

executadas no campo virtual, por serem ainda mais complexas e inseguras que as habituais, ensejam a vinculação aos direitos fundamentais.

Vislumbrarmos, então, que as relações jurídicas de consumo virtual se apresentam como ambiente propício para a incidência de direitos fundamentais, capazes de vincular os particulares envolvidos nestas relações, quando houver desequilíbrio substancial comprovado no caso concreto e ofensa à dignidade da pessoa humana.

Por fim, destaca-se que nos filiamos à teoria da eficácia horizontal de Canaris, que privilegia os deveres de proteção do Estado em relação aos direitos fundamentais. Nesse entoar, há o dever de não intervenção do Estado nas relações jurídicas privadas, ressaltando a importância do princípio da autonomia da vontade em nosso direito privado.

Por outro lado, no entanto, quando restar comprovado lesão ou ameaça aos direitos fundamentais provenientes de particulares em suas relações privadas, a exemplo dos contratos de consumo, surge para o Estado o dever de imperativo de tutela, em favor do particular constrangido no liame da alteridade. Lembrando que tais deveres de proteção vinculam tanto a função legislativa, como a função jurisdicional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BENJAMIN, Antonio Herman. Apresentação. In: MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor – o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 1ª ed. 12ª tir., Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **A Influência dos Direitos Fundamentais sobre o Direito Privado na Alemanha**. In: Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Rio de Janeiro: Livraria do Advogado, 2010.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais – Teoria e Prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

KLOSTER, Ângelo Márcio. **A eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. Disponível em: <[file:///C:/Users/regin_001/Downloads/a_eficacia_horizontal%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/regin_001/Downloads/a_eficacia_horizontal%20(3).pdf)> Acesso em: 29. Agosto. 2016.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Comércio eletrônico**. Trad. Fabiano Menke. Notas Claudia Lima Marques. São Paulo: Ed. RT, 2004.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor – o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da Justiça Contratual**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS, Guilherme Magalhães. **Temas de Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MÖLLER, Max. **Teoria Geral do neoconstitucionalismo – Bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira**. In: Ingo Sarlet (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008.

SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho**. Rev. TST, Brasília, vol. 77, nº 4, out/dez 2011.

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

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil – Tomo III**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.