WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

Centro Universitário Metodista - IPA

JOSÉ TEIXEIRA

A VINCULAÇÃO DAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

PORTO ALEGRE

2010

Monografia publicada em: http://www.conteudojuridico.com.br/monohttp://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.29573

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

José Teixeira

A VINCULAÇÃO DAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito na Faculdade de Direito do IPA, na área de Direitos, Constituição e Direitos Humanos.

Orientador (a): Prof. MAURÍCIO REIS

PORTO ALEGRE

2010

Monografia publicada em: http://www.conteudojuridico.com.br/monohttp://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.29573

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

José Teixeira

A VINCULAÇÃO DAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O presente **Trabalho de Conclusão de Curso** submetido à banca examinadora integrada pelos professores abaixo firmados, foi julgado e aprovado para a obtenção do grau de Bacharel em Direito **na Faculdade de Direito do IPA.**

Porto Alegre,

Prof. Orientador Maurício Reis

Prof. Prof.

Monografia publicada em: http://www.conteudojuridico.com.br/monohttp://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.29573

Meus sinceros agradecimentos

A Deus, pela divina graça da vida.

Aos meus pais, Isaac e Joana, por me oportunizarem a vinda para este plano.

A minha doce amada Jussara, companheira de jornada, pelo incentivo constante, dedicação permanente e amor incondicional.

Aos meus filhos, Maiquel e Anna Paula, por demonstrarem compreensão e respeito.

Ao meu cunhado Ricardo, pelo apoio e incentivo.

Aos “colorados da Cavalcante”, pelo carinho e torcida.

“Existir, para um ser consciente, consiste em mudar, mudar para amadurecer, amadurecer para se criar indefinidamente.”

Henri Bergson

“Não importa o tamanho da jornada, o que me importa é que meus pés não parem de caminhar”.

Núbor O. Facure

RESUMO

Os direitos fundamentais trazem o Direito como ferramenta para mudanças sociais buscando dinamizar tal função na ordem jurídica. A eficácia horizontal destes direitos diz respeito à incidência das normas fundamentais às relações privadas, discutindo-se se as normas de direito fundamental atingiriam os particulares em qualquer situação. A compreensão da Constituição como ordem axiológica da vida social exige que as relações entre os indivíduos observem conformidade com os valores nela contidos. A discussão visa o problema de como os direitos fundamentais incidem sobre o direito privado, se sob a aplicação direta dos direitos nas relações entre particulares ou influência indireta dos direitos fundamentais na esfera privada, a qual aconteceria através da interpretação dos conceitos do direito civil.

Palavras-Chave: Direitos Fundamentais. Constituição Federal 1988. Relações privadas.

ABSTRACT

Fundamental rights find in Law the tool for social shifts aiming at boosting such function in the jurudical order. Horizontal efficacy of those rights concerns the incidence of fundamental rulling of private relationships, questioning whether the rules to the fundamental rights would affect the private ones in whatever situation. The assumption of the Constitution as the axiological order of social living demands that relationships among individuals observe the values in it embeeded. The discussion points at the problem of the way fundamental right incide on private rights, whether by the straight application of law among private beings or the direct influence of fundamental rights in the private domain, which would take place through the interpretation of the concepts of the civil law.

Key Words: Fundament Rights. Federal Constitution 1988. Private relationshits.

SUMARIO

APRESENTAÇÃO..... **8**

CAPÍTULO 1
1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A PROMOÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA..... **11**
1.1 A Concepção Filosófica-histórica dos Direitos do Homem e do Cidadão **12**
1.2 Os Direitos Fundamentais e sua eficácia nas relações privadas: Base Jurídica na CF/88..... **19**

CAPÍTULO 2
1 PRINCÍPIOS..... **28**
1.1 Os princípios como expressão de valores socialmente relevantes..... **28**
1.2 Dignidade humana..... **30**
1.3 Cidadania..... **35**
1.4 Solidariedade..... **40**

CAPÍTULO 3
1 A VINCULAÇÃO DAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS..... **44**
1.1 Teoria da vinculação direta..... **52**
1.2 Teoria da vinculação indireta..... **56**
1.3 Teoria dos deveres de proteção do Estado..... **58**
2. A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Brasil..... **60**

CONCLUSÃO..... **67**

REFERENCIAS..... **71**

APRESENTAÇÃO

O choque econômico das revoluções liberais alterou drasticamente o perfil da sociedade moderna, criando uma demanda urgente de compreensão dos fatos novos e ainda de antigas incoerências. O Estado mudou seus contornos e se estabeleceu uma busca cada vez maior da garantia do exercício da cidadania.

Os conflitos econômicos, políticos e o aumento da desigualdade e da violência levam ao questionamento a respeito da legitimidade e eficácia dos órgãos públicos, dos meios que possibilitam aos cidadãos expressarem suas necessidades, assim como das garantias aos direitos fundamentais aos seres humanos.

Não obstante aos nossos anseios, a estrutura social não possui condições de suprir as demandas da sociedade gerando, assim, novos conflitos, novas contradições e novas formas de violência.

A necessidade de refletir-se a respeito das condições de exeqüibilidade da sociedade e as possibilidades de escolha que possuímos diante da essência material da própria vida cria uma perspectiva para a abordagem jurídica, uma vez que se tem em mente fazer do jurídico uma alternativa para o atendimento de demandas dos próprios agentes sociais que, em princípio, elegeram a sociedade em que querem viver.[1]

A conceituação de direitos como reivindicações por reconhecimento sempre levou ao ideal de cidadania, cuja mais recente fase de sua evolução direciona para a igualdade social, pressupondo a participação na comunidade baseada na lealdade a esta. Seu desenvolvimento é impulsionado pela luta para adquirir direitos e pelo gozo dos mesmos.

Os direitos fundamentais trazem o Direito como ferramenta para mudanças sociais buscando dinamizar tal função na ordem jurídica.[2] A eficácia horizontal destes direitos diz

---

[1] FRAGA, Rogério. Dominação e ética em Max Weber. In: OTMAR TESKE (Corrd). Sociologia: Textos e Contextos. Canoas: ULBRA, 1999. P. 76 - 77

[2] PIMENTA, José Roberto Freire; BARROS, Juliana Augusta Medeiros de Barros. A eficácia dos Direitos Fundamentais individuais nas relações privadas e a ponderação de interesses.

Monografia publicada em: http://www.conteudojuridico.com.br/monohttp://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.29573

respeito à incidência das normas fundamentais às relações privadas, discutindo-se se as normas de direito fundamental atingiriam os particulares em qualquer situação.

Assim, a força das normas constitucionais se afirmaria, diante dos particulares, através de princípios e regras de direito privado.

É importante frisar que é preciso abarcar todas as esferas da vida humana com a incidência dos direitos fundamentais, pois, estes são uma manifestação do princípio da dignidade da pessoa humana, e este, o núcleo da ordem jurídica, caso contrário, a efetivação desse princípio estará comprometida uma vez que as relações privadas podem envolver diversas situações onde sejam lesados os direitos fundamentais individuais.

A autonomia da vontade é um direito fundamental da mesma forma que os direitos à liberdade, à privacidade, à intimidade, por exemplo. Assim, diante de uma relação jurídica desigual onde haja colisão da autonomia privada de uma das partes e outros direitos fundamentais, "deverá ser utilizado o princípio da proporcionalidade, com base na fórmula da ponderação de interesses, para que seja possível chegar à solução do impasse." [3]

Certamente, a parte hipossuficiente de uma relação privada possui direitos fundamentais que devem ser preservados em maior ou menor grau, observando-se o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Num período onde a regulamentação de todas as relações jurídicas deve ser constitucionalizada é de vital importância a utilização da ponderação de interesses na solução dos conflitos existentes entre os princípios constitucionais decorrentes da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Nos próximos capítulos, faremos um breve estudo a respeito de que forma o direito incide diretamente sobre tal demanda social.

No primeiro capítulo, faremos uma abordagem histórica dos direitos fundamentais e a evolução de seu reconhecimento pela humanidade culminando com a incidência dos mesmos na Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988.

---

[3] PIMENTA, José Roberto Freire; BARROS, Juliana Augusta Medeiros de Barros. A eficácia dos Direitos Fundamentais individuais nas relações privadas e a ponderação de interesses.

Monografia publicada em: http://www.conteudojuridico.com.br/monohttp://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.29573

No capítulo seguinte estudaremos alguns dos princípios mais relevantes para a abordagem do tema aqui proposto e de que forma os mesmos incidem diretamente nas relações privadas entre particulares.

No último capítulo, faremos um estudo a respeito da própria incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas e como estas estão vinculadas aos mesmos, para, então, finalmente, apresentar nossa singela conclusão a respeito do assunto.

Monografia publicada em: http://www.conteudojuridico.com.br/monohttp://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.29573

CAPÍTULO 1

1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A PROMOÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA

Os Direitos Fundamentais existem para a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana, e esta é ameaçada tanto pela afronta às liberdades públicas, como pela negação de condições mínimas de subsistência ao indivíduo. [4]

Sendo os direitos fundamentais concebidos com o objetivo de tutelar e afirmar a dignidade e a autonomia humanas em seus diversos aspectos, não podemos defender que os mesmos sejam oponíveis apenas ao poder público.[5]

O núcleo do constitucionalismo como positivação dos valores da sociedade traduz a idéia de que, por meio da constituição, a comunidade determina um rol de paradigmas que deverão orientar não apenas o ordenamento jurídico, mas toda vida social. Dessa forma, as opções axiológicas inseridas na constituição – e que vêm expressas nos direitos fundamentais – devem nortear a ação do Estado e de todos os seguimentos sociais. [6]

---

[4] SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2.ª Ed – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 20

[5] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares**. In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luis Roberto Barroso (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2008; p. 148

[6] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares**. In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luis Roberto Barroso (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2008; p. 148 - 149

Monografia publicada em: http://www.conteudojuridico.com.br/monohttp://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.29573

1.1 A Concepção Filosófica-histórica dos Direitos do Homem e do Cidadão

Os valores de dignidade humana, de igualdade e de liberdade foram alicerçados na filosofia clássica e no pensamento cristão. A idéia de que o ser humano é titular de direitos pela sua própria existência surgiu no pensamento jusnaturalista determinando a "pré-história" dos direitos fundamentais. [7]

De acordo com Celso Ribeiro Bastos[8],

> O Cristianismo, com a idéia de que cada pessoa é criada à imagem e semelhança de Deus, teve uma contribuição grande. Do ponto de vista prático, contudo, ainda demorou para que se efetuassem conquistas contra a cidadela do poder monárquico.

O reconhecimento dos direitos fundamentais do homem e do cidadão foi uma conquista histórica que evoluiu com a sociedade.

Assim, tal perspectiva assume grande importância por confundir-se com a história do surgimento do Estado Moderno Constitucional que nasceu justamente com o reconhecimento e a proteção de tais direitos. "Neste contexto, a história dos direitos fundamentais é a história da limitação do poder". [9]

Na Idade Média foi desenvolvido o pensamento da existência de normas superiores que norteavam o poder legitimando o seu exercício. [10] Tal poder começou a ser limitado no

---

[7] SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010., p. 38

[8] BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p 297

[9] SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 36

[10] SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 38

momento em que os monarcas passaram a acordar com seus súditos a sua supremacia e a concessão de estamentos sociais.[11] Na Inglaterra do século XIII foi instituído o principal documento de reconhecimento de algum direito humano. Trata-se da Magna Carta Libertatum, pacto firmado em 1215, pelo rei João - Sem-Terra e pelos bispos e barões ingleses.[12]

Sobre tal Carta, assevera Vicente Greco Filho:

> Quando os barões obrigaram João Sem Terra, em 1215, a firmar a Carta, as modernas idéias de liberdade nem sequer tinham sido formadas. "Liberdades", aliás, significavam "privilégios" para os barões, tais como o de não pagarem ao rei taxas extraordinárias sem votação prévia deles próprios, o de não escolherem oficiais ou o de manterem uma corte de justiça.
>
> A idéia de direitos individuais, portanto, ainda não se formara no sentido de hoje, de direitos iguais para todos e que contra todos podem ser contrapostos. A Carta valeu, porém, por uma felicidade de redação, para que as gerações posteriores lessem o texto como fixador de princípios mais gerais, de obediência à legalidade, da existência de direitos da comunidade que o próprio rei deve respeitar.[13]

No mesmo sentido Dalmo de Abreu Dallari leciona que

> Na realidade, não se pode dizer que as normas da Carta Magna constituam uma afirmação de caráter universal, de direitos inerentes à pessoa humana e oponíveis a qualquer governo. O que ela consagrou, de fato, foram os direitos dos barões e prelados ingleses, restringindo o poder absoluto do monarca. Todavia, essa afirmação de direitos, feita em caráter geral e obrigando o rei da Inglaterra no seu relacionamento com os súditos, representou um avanço, tendo fixado alguns princípios que iriam ganhar amplo desenvolvimento, obtendo a consagração universal. Assim, por exemplo, o parágrafo 39 da Magna Carta, um dos mais expressivos em termos de afirmação geral de direitos, dispunha o seguinte: "Nenhum homem livre poderá ser detido ou mantido preso, privado de seus bens, posto fora da lei ou banido, ou de qualquer maneira molestado, e não procederemos contra ele nem o faremos vir, a menos que por julgamento legítimo de seus pares e pela lei da terra". E na própria Inglaterra, no século XVII, ocorreriam várias reafirmações de direitos, sempre em detrimento do monarca e a favor de seus súditos, mas através da afirmação de preceitos gerais, que iriam servir de exemplo e

---

[11] BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p 298

[12] SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 41

[13] GRECO FILHO, Vicente. **Tutela Constitucional das Liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989 p. 29 a 31

> estímulo para a criação de uma concepção geral de direitos fundamentais, invioláveis pelo governo ou mesmo pela própria lei.[14]

A partir dos séculos, XVII e XVIII, o jusnaturalismo através das teorias contratualistas atinge seu ponto máximo ao mesmo tempo em que acontece a laicização do direito com o ápice do Iluminismo. [15]

A Reforma Protestante foi de crucial importância para o nascimento dos direitos fundamentais, pois conduziu ao reconhecimento de liberdade de opção religiosa na Europa. Esta Reforma, bem como as guerras religiosas, contribuiu na criação do Estado Moderno e do absolutismo monárquico que desencadearam as revoluções burguesas do século XVIII com a elaboração do individualismo liberal burguês.[16]

Daniel Sarmento afirma que

> Depois da Reforma, já não seria possível fundamentar o comportamento humano nos dogmas religiosos, pois se rompera o monopólio da verdade mantido por séculos pela Igreja Católica, e o pluralismo torna-se um fato. A tradição já não era suficiente para justificar a obediência. Neste contexto, insurge o indivíduo como novo protagonista da história, alimentado pela filosofia racionalizadora de René Descartes, que, com seu novo método fundado na dúvida sistemática e na separação entre sujeito e objeto, abrirá a senda para a evolução científica.[17]

Ingo Sarlet conta que

> No século XVII a idéia de direitos naturais inalienáveis do homem e da submissão da autoridade aos ditames do direito natural encontrou eco e formulação nas obras de Hugo Grócio, de Samuel Pufendorf e de John Milton e Thomas Hobbes. Foi justamente na Inglaterra do século XVII que a concepção contratualista da sociedade

---

[14] DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 205 / 206

[15] SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 39

[16] SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p 42

[17] SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2.ª Ed – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 37

Monografia publicada em: http://www.conteudojuridico.com.br/monohttp://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.29573

> e a idéia de direitos naturais do homem adquiriram particular relevância, não apenas no campo teórico, bastando, neste particular, a simples referência às diversas Cartas de Direitos assinadas pelos monarcas desse período. [18]

No século XVII, as declarações de direitos inglesas surgiram como diretrizes gerais de direito consuetudinário reconhecendo direitos e liberdades aos cidadãos trazendo paulatinamente a limitação do poder do monarca e afirmando o Parlamento perante a coroa. Tais declarações "inglesas do século XVII significaram a evolução das liberdades e privilégios estamentais medievais e corporativos para liberdades genéricas no plano do direito público".[19]

A eficácia dos direitos do homem oponível ao Estado foi reconhecida pela primeira vez por John Locke baseado em sua teoria do contrato social.

Na lição de Perez Luño, com Locke a defesa dos direitos naturais à vida, à liberdade e à propriedade converteu-se na finalidade precípua da sociedade civil e em princípio, legitimador do governo.[20]

Conforme Ingo Sarlet

> Foi principalmente com Rousseau, na França, Tomas Paine, na América, e com Kant na Alemanha, que culminou o processo de elaboração doutrinária do contratualismo e da teoria dos direitos naturais do indivíduo, tendo sido Paine quem na sua obra popularizou a expressão, "direitos do homem" no lugar do termo "direitos naturais". É o pensamento kantiano o marco conclusivo desta fase da história dos direitos humanos. Kant definiu a liberdade jurídica do ser humano como a faculdade de obedecer somente às leis às quais deu seu livre consentimento, concepção esta que fez escola no âmbito do pensamento político, filosófico e jurídico. [21]

---

[18] SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p 39

[19] SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p 42/43

[20] SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p 40

[21] SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p 40

Foi a Declaração do povo de Virgínia que marcou a passagem dos direitos de liberdade dos ingleses para os direitos fundamentais constitucionais.[22] A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão também foi de fundamental importância nesse processo.[23]

Certamente os ideais iluministas estiveram presentes na Revolução Francesa e no movimento de Independência dos Estados Unidos da América. Basta lembrar que os ideais da revolução Francesa – igualdade, liberdade e fraternidade – são ainda hoje a fonte axiológica de onde derivam os direitos fundamentais, moldados por novas demandas "impostas pela consciência ética dos povos, que a história vai tratando de incorporar ao patrimônio jurídico da humanidade."[24]

Entretanto, de acordo com Daniel Sarmento,

> A doutrina liberal dos direitos humanos consolidou-se em outro sentido, pois foram articulados sistemas diferentes para a proteção da liberdade humana. Nas relações entre o Estado e o indivíduo valia a Constituição, que limitava os governantes em prol da liberdade individual dos governados, enquanto, no campo privado, o Código Civil desempenhava o papel de constituição da sociedade civil, juridicizando as relações entre particulares de acordo com as regras gerais, supostamente imutáveis, porque fundadas nos postulados do racionalismo jusnaturalista, que tinham seu centro gravitacional na idéia de autonomia privada.
>
> Dentro desse paradigma, os direitos fundamentais acabaram concebidos como limite para a atuação dos governantes, em prol da liberdade dos governados. Eles demarcavam um campo no qual era vedada a interferência estatal, estabelecendo, desta forma, uma rígida fronteira entre o espaço da sociedade civil e do Estado, entre a esfera privada e a pública, entre o "jardim e a praça". [25]

Ainda de acordo com Daniel Sarmento,

---

[22] SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 43

[23] SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 44

[24] SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2.ª Ed – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 9

[25] SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2.ª Ed – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P.12

Monografia publicada em: http://www.conteudojuridico.com.br/monohttp://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.29573

> Os direitos humanos, a limitação do poder dos governantes e a legitimação deste poder pelo consentimento dos governados são noções típicas da Modernidade. Embora seja possível remontar a antes da Ilustração para traçar a pré-história destas importantíssimas idéias, o fato é que a sua afirmação concreta se dá no Estado Moderno, que foi construído sob a égide do ideário iluminista.[26]

Assim, os direitos fundamentais foram concebidos "como direitos públicos subjetivos, oponíveis apenas em face do Estado", indo ao encontro dos interesses da burguesia.[27]

Mesmo com o progresso atingido pelos ideais liberais estes ainda eram insuficientes para garantir a dignidade humana.[28] No decorrer do tempo foi se percebendo a necessidade de proporcionarem-se efetivamente condições mínimas de existência aos seres humanos para que fosse possível a garantia dos direitos individuais.[29]

No início do século XX surge o Estado de Bem Estar Social trazendo a constitucionalização de uma série de direitos que exigiam ações interventivas do Estado no sentido de garantir as condições mínimas de existência para os cidadãos.[30] Percebe-se, como Celso Ribeiro Bastos que "a evolução da própria sociedade, da cultura, da tecnologia acabam, sem dúvida, por impor uma adaptação do tratamento que o Direito dispensa à proteção do homem enquanto tal."[31]

Assim, de acordo com Dalmo de Abreu Dallari,

> Pode-se afirmar que a proclamação dos Direitos do Homem, com a amplitude que teve, objetivando a certeza e a segurança dos direitos, sem deixar de exigir que todos os homens tenham a possibilidade de aquisição e gozo dos direitos fundamentais, representou um progresso. Mas sua efetiva aplicação ainda não foi conseguida,

---

[26] SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2.ª Ed – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 37

[27] SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2.ª Ed – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 14

[28] SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2.ª Ed – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 15

[29] SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2.ª Ed – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.p. 17

[30] SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2.ª Ed – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.p18

[31] BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 2002. p. 262

> apesar do geral reconhecimento que só o respeito a todas as suas normas poderá conduzir a um mundo de paz e de justiça social. [32]

Ocorre assim a positivação dos direitos fundamentais sociais e econômicos confirmando a necessidade de proteção do Estado para a manutenção dos ideais de liberdade, igualdade e solidariedade do constitucionalismo.

Nas palavras de Daniel Sarmento,

> O Estado não mais se contenta com a retórica da igualdade de todos perante a lei, assumindo como tarefa impostergável a promoção efetiva desta igualdade no plano dos fatos. Não bastava mais o mero reconhecimento formal das liberdades humanas, sendo necessário assegurar as condições materiais mínimas para que tais liberdades pudessem ser efetivamente desfrutadas pelos seus titulares. Portanto, aquele que era, na lógica do liberalismo, o inimigo número um dos direitos humanos, passa à condição de agente promotor destes direitos. [33]

A partir desse momento histórico passa-se a reconhecer definitivamente a necessidade de proteção dos direitos fundamentais do homem buscando assim, a efetivação da dignidade da pessoa humana.

Daniel Sarmento conclui que

> Para um observador externo, que desconhecesse o processo histórico de afirmação dos direitos do homem, pareceria sem sentido a questão da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. Se não há uma dupla ética na sociedade, é óbvio que tais direitos não podem se circunscrever à proteção do indivíduo em face do poder estatal, deixando-o completamente a mercê das demais forças sociais. Isso explica por que no movimento social de defesa dos direitos humanos, onde as discussões não se prendem ao temário jurídico, tal questão não tenha sido posta, pois o público em geral teria dificuldades até mesmo em compreender a restrição advinda da teoria liberal clássica, que confinou os direitos humanos às relações entre indivíduo e Estado. Sem embargo, vimos, (...), que no Estado Liberal prevalecia a idéia de que os direitos fundamentais só limitavam o Estado. Tal concepção desempenhava já na época um papel ideológico, de legitimação da exploração realizada na arena privada. Mas ela se tornou definitivamente insustentável com o advento da sociedade de massas, onde despontam, com força cada vez maior, os poderes sociais, que podem oprimir tanto ou até mais que os Estados. E o enfraquecimento do Estado, aliado à globalização econômica, apenas acentuou este

---

[32] DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 213

[33] SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2.ª Ed – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p 19

Monografia publicada em: http://www.conteudojuridico.com.br/monohttp://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.29573

> quadro, tornando ainda mais essencial a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.[34]

Mesmo com todas as contestações existentes à aplicabilidade horizontal dos direitos fundamentais, parece-nos que a mesma já faz parte da cultura jurídica não sendo mais possível a sua não aplicação. É necessário ainda determinar de que forma tal vinculação será efetivada e quais serão os seus limites para que esta não ultrapasse as fronteiras da autonomia privada.

1.2 Os Direitos Fundamentais e sua eficácia nas relações privadas: Base Jurídica na CF/88

Atualmente estamos vivenciando o melhor momento do constitucionalismo no Brasil em relação ao reconhecimento, pelo ordenamento jurídico, dos direitos fundamentais. Para que tal situação perdure, necessário se faz, de acordo com Ingo Sarlet[35], "o concurso da vontade por parte de todos os agentes políticos e de toda a sociedade" para efetivá-los.

Neste sentido, continua o professor:

> Se para a preservação e o fortalecimento da força normativa da Lei Fundamental se torna indispensável a existência de uma "vontade de Constituição", também poderemos falar em uma vontade dos direitos fundamentais, ainda mais quando

---

[34] SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2.ª Ed – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p 46/47

[35] SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 69

> esses, integram o núcleo essencial de qualquer Constituição que mereça esta designação. [36]

A nossa Constituição Federal de 1988 dispõe sobre os direitos e garantias individuais em seu Título II: "Dos Deveres e Garantias Fundamentais", Capítulo I "Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos",[37] bem como em diversos pontos distribuídos em todo o texto constitucional.

Alexandre de Moraes afirma que

> A distinção entre direitos e garantias fundamentais, no direito brasileiro, remonta a Rui Barbosa, ao separar as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito.[38]

Citando Jorge Miranda, Alexandre de Moraes segue esclarecendo que a diferenciação

> Clássica e bem atual é a contraposição dos direitos fundamentais, pela sua estrutura, pela sua natureza e pela sua função, em direitos propriamente ditos ou direitos de liberdade, por um lado, e garantias por outro lado. Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias acessórias e, muitas delas, adjetivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, as respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projetam pelo nexo que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se. [39]

---

[36] SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 69

[37] BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 2002. p. 261

[38] MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 1997. p 49

[39] MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 1997. p 49

Monografia publicada em: http://www.conteudojuridico.com.br/monohttp://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.29573

Os direitos individuais apresentam-se como uma limitação do poder do Estado que satisfazem aos direitos de índole negativa, destacando-se os direitos de liberdade, que teriam como alvo o poder público, determinando a este, obrigações de abstenção e não-intervenção no âmbito da autonomia individual e dos bens fundamentalmente tutelados. [40]

Assim leciona Celso Ribeiro Bastos,

> É por isso que o papel desses direitos individuais é de transcendental importância, porque eles não só definem essa área de livre atuação pessoal, como também delimitam o exercício do poder público, e conseqüentemente, são direitos a vigorarem em situações em que haja condições políticas para tanto. [41]

Os direitos individuais possibilitam a construção de uma ordem jurídica capaz de garantir a condição de liberdade e segurança do homem. Trata-se tão somente das condições humanas, frente a um Estado e a terceiros que assumam o papel deste como agente agressor. [42]

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira de nossas constituições a tratar dos direitos coletivos [43]. Vale aqui lembrar que o direito coletivo não é a simples somatória de direitos individuais, mas o direito da própria coletividade e que a defesa de tais direitos coletivos não exclui a defesa individual.[44]

Já "os direitos sociais surgiram a partir de processos de reivindicação, gestados no âmbito dos movimentos sociais," [45] possuindo vínculo com a dignidade da pessoa humana individualmente considerada.

O professor Sarlet esclarece que

---

[40] SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p 215

[41] BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 2002. p 264

[42] BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 2002. p. 268

[43] BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 2002. P. 270

[44] BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 2002. p 270/271/272

[45] SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p, 215

Monografia publicada em: http://www.conteudojuridico.com.br/monohttp://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.29573

> É preciso enfatizar que a convencional distinção entre direitos individuais e direitos sociais, econômicos e culturais não encontra sua razão de ser na titularidade dos direitos, isto é, na condição de ser ou não, a pessoa individualmente, sujeito de direitos humanos e fundamentais, mas sim, na natureza e objeto do direito em cada caso.[46]
>
> "Os direitos sociais, econômicos e culturais seriam direitos cuja satisfação depende não mais de uma abstenção, mas sim de uma atuação positiva, de um conjunto de prestações estatais". [47]

Ingo Sarlet segue afirmando que os Direitos Fundamentais, sejam civis, sociais, econômicos ou culturais são sempre referentes ao indivíduo sendo a pessoa o seu titular. Perez Luño, citado por Sarlet, entende que mesmo que os direitos sociais sejam direitos das pessoas em comunidade, não significa que só possam ser exercidos em tal contexto, pois tais direitos encontram sua fundamentação na proteção de cada pessoa inserida no corpo social. [48]

Ainda de acordo com Sarlet,

> A tese segundo a qual direitos sociais não são, em geral, direitos coletivos, mas sim, precipuamente direitos humanos e fundamentais referidos à pessoa individual, não deve ser compreendida como afastando uma dimensão coletiva dos direitos sociais ou mesmo com a circunstância de que direitos sociais podem ser também direitos coletivos e mesmo, em determinadas circunstâncias, difusos, o que se verifica, por exemplo, no caso da conexão entre a proteção da saúde e a proteção do ambiente, ou mesmo no caso de políticas de saúde voltadas à prevenção e combate a doenças endêmicas. O direito do trabalho fornece outro bom exemplo para demonstrar a conexão entre a dimensão individual e coletiva, visto que se refere tanto à garantia de condições de acesso a um trabalho digno para cada pessoa individualmente considerada e na sua proteção no âmbito das relações de trabalho inequívoca, como fundamento da obrigação estatal de promover políticas que resultem na criação de vagas no mercado de trabalho. [49]

---

[46] SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 214

[47] SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p 215

[48] SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p 216

[49] SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p 218

Os direitos fundamentais fazem parte de uma categoria de direitos a ser observada de forma diferenciada por prescindirem de fatos geradores específicos. O simples fato de existir já confere ao indivíduo a titularidade de tais direitos, revelando a face subjetiva dos mesmos.

Daniel Sarmento leciona que

> De todas as inovações da Constituição de 1988, sem dúvida a mais positiva e valiosa foi o destaque impar na nossa história conferido aos direitos fundamentais. Deveras, além de incorporar ao seu texto um elenco amplo e generoso de direitos individuais, políticos, sociais, difusos e coletivos, em perfeita sintonia com a tendência internacional de proteção destes direitos, a Constituição elevou-os à condição de cláusula pétrea expressa, imunizando-os da ação corrosiva do constituinte derivado. A própria estruturação interna da Constituição, que, diversamente do que ocorria na ordem constitucional pretérita, pôs os direitos fundamentais na parte inicial do texto magno, antes das normas sobre a organização do Estado, revela bem a importância sem precedentes conferida a tais direitos, que passam a desfrutar de indisputável primazia axiológica no novo regime. [50]

A doutrina contemporânea reconhece a existência de uma dupla dimensão dos direitos fundamentais, pois estes constituem ao mesmo tempo fonte de direitos subjetivos que podem ser reclamados em juízo e, em sua face objetiva, as bases fundamentais da ordem jurídica. [51]

De acordo com Daniel Sarmento[52], "a dimensão objetiva dos direitos fundamentais liga-se ao reconhecimento de que tais direitos, além de imporem certas prestações aos poderes estatais, consagram também os valores mais importantes em uma comunidade política."

O Professor Gilmar Mendes esclarece:

> Os direitos fundamentais são a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento

---

[50] SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2.ª Ed – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 85

[51] SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2.ª Ed – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 107

[52] SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2.ª Ed – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 105

> fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo, quanto aqueloutros, concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito Democrático. [53]

No constitucionalismo liberal os direitos fundamentais eram vistos apenas sob a ótica subjetiva uma vez que sua função era a de identificar as pretensões individuais que poderiam ser exigidas do Estado baseada na sua positivação. Sem ignorar tal natureza, a doutrina moderna passa a atribuir-lhes uma dimensão objetiva que se aplica a todo o direito positivo.

Segundo Daniel Sarmento[54],

> A dimensão objetiva decorre do reconhecimento de que os direitos fundamentais condensam os valores mais relevantes para determinada comunidade política. E, como garantia de valores morais coletivos, os direitos fundamentais não são apenas um problema do Estado, mas de toda a sociedade. (...) a dimensão objetiva liga-se a uma perspectiva comunitária dos direitos humanos, que nos incita a agir em sua defesa, não só através dos instrumentos processuais pertinentes, mas também no espaço público, através de mobilizações sociais, da atuação de ONG's e outras entidades, do exercício responsável do direito de voto.

É importante frisar que é preciso abarcar todas as esferas da vida humana com a incidência dos direitos fundamentais, pois, estes são uma manifestação do princípio da dignidade da pessoa humana, e este, o núcleo da ordem jurídica, caso contrário, a efetivação desse princípio estará comprometida.

O parágrafo 1.º do art. 5.º da Constituição Federal determina que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Tal norma possui assim, eficácia plena e aplicabilidade imediata, pois "receberam do constituinte normatividade suficiente à sua incidência imediata e independem de providência ulterior para a sua aplicação." [55]

---

[53] MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**: Estudos de Direito Constitucional. 2.ª Ed. São Paulo: Celso Bastos Editos: 1999, p. 32

[54] SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2.ª Ed – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p 106

Monografia publicada em: http://www.conteudojuridico.com.br/monohttp://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.29573

Isso significa que a eficácia, ainda nas palavras de Luis Roberto Barroso[56], "consiste na sua aptidão para a produção de efeitos, para a irradiação das conseqüências que lhe são próprias. Eficaz é o ato idôneo para atingir a finalidade para a qual foi gerado."

Daniel Sarmento afirma que tais normas possuem eficácia irradiante ao exigir que "sejam, no momento de aplicação, reexaminadas pelo operador do direito com novas lentes, que terão as cores da dignidade humana, da igualdade substantiva e da justiça social, impressas no tecido constitucional." [57]

Diante de tal dispositivo legal (e de sua intenção de proteção máxima aos direitos fundamentais) cabe questionar aqui sua real efetividade. De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet[58], é preciso se perguntar se a norma expressa em tal preceito possui força para tornar todos os direitos e garantias fundamentais em normas imediatamente aplicáveis e eficazes.

Celso Bastos acredita que os direitos fundamentais são, em princípio, diretamente aplicáveis, com exceção daqueles em que a Constituição determina a necessidade de regulamentação para sua aplicabilidade e quando o mesmo não possuir elementos mínimos que o assegurem, necessitando a interferência do poder judiciário para sua consecução. [59]

Já a posição de Eros Grau é a de que a própria Constituição cuidou da garantia de tal eficácia ao instituir mecanismos capazes de instruir a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. [60]

A posição de Ingo Sarlet, à qual nos filiamos, é de que, apesar de posicionamentos contrários e questionadores, os direitos fundamentais só poderão ser seriamente entendidos a partir da premissa de os mesmos possuem sim eficácia e aplicabilidade imediata.

---

[55] BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**: Limites e possibilidades da Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 87/88

[56] BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**: Limites e possibilidades da Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 81

[57] SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2.ª Ed – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010., p 124

[58] SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010., p 264

[59]BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva**. Comentários à Constituição do Brasil**, vol. II, São Paulo: Saraiva, 1989.p. 393

[60] GRAU, Eros in SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 265

Monografia publicada em: http://www.conteudojuridico.com.br/monohttp://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.29573

O art. 5.º de nossa Constituição Federal determina que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade."

Tal proteção é dada a todos aqueles que estejam submetidos à ordem jurídica nacional. Nesse sentido, Alexandre de Moraes esclarece que

> Observa-se, porém, que a expressão residente no Brasil deve ser interpretada no sentido de que a Carta Federal só pode assegurar a validade e gozo dos direitos fundamentais dentro do território brasileiro, não excluindo, pois, o estrangeiro em trânsito pelo território nacional, que possui igualmente acesso às ações, como o mandado de segurança e demais remédios constitucionais. Igualmente, as pessoas jurídicas são beneficiárias dos direitos e garantias individuais, pois se reconhece às associações o direito à existência, o que nada adiantará se fosse possível excluí-las de todos os seus demais direitos. Dessa forma, os direitos enunciados e garantidos pela Constituição são de brasileiros, pessoas físicas e jurídicas.
>
> Assim, o regime jurídico das liberdades públicas protege tanto as pessoas naturais, brasileiros ou estrangeiros no território nacional, como as pessoas jurídicas, pois têm direito à existência, à segurança, à propriedade, à proteção tributária e aos remédios constitucionais.

O limite do direito fundamental de cada um esbarra no direito fundamental de outro indivíduo. Segundo Canotilho [61], "o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular."

Esclarece o mestre lusitano que

> Não existe, porém, um padrão ou critério de soluções de conflitos de direitos válido em termos gerais e abstratos. A ponderação e/ou harmonização no caso concreto é, apesar da perigosa vizinhança de posições decisionistas (F.Müller), uma necessidade ineliminável.[62]

---

[61] CANOTILHO, J.J. Gomes.. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1270

[62] CANOTILHO, in BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 2002p. 295

Nessa situação deve-se valer da ponderação entre os direitos juridicamente tutelados e seu “peso” no caso concreto lembrando-se sempre de que os direitos fundamentais não são oponíveis apenas ao Estado, mas também aos particulares, atribuindo-se a estes direitos uma eficácia horizontal.

No próximo capítulo, trataremos dos princípios que norteiam a aplicabilidade jurídica dos direitos fundamentais aqui abordados analisando de que forma os mesmos incidem sobre as relações entre particulares.

CAPÍTULO 2

1 PRINCÍPIOS

1.1 Os princípios como expressão de valores socialmente relevantes

Princípio significa, de acordo com Aurélio Buarque de Holanda Ferreira[63], preceito, regra, lei, ou ainda, filosoficamente, a origem de algo, de uma ação ou conhecimento.

Miguel Reale esclarece que "princípios são verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, (...) como pressupostos exigidos pela necessidade da pesquisa e da *praxis*". [64]

Larenz define princípios como "pautas gerais de valoração ou preferências valorativas em relação à idéia do Direito"[65].

Eros Grau esclarece que

> Os princípios jurídicos, todos eles, consubstanciam espécies do gênero "norma jurídica". A circunstância de carecerem de concretização através da edição de uma regra jurídica – regra que há de ser editada, em última instância, pelo juiz, em sentença, na criação de norma individual – do gênero não os exclui. Beneficiados por objetividade e presencialidade normativa que os dispensam de estarem

---

[63] Ferreira, Aurélio Buarque de Holanda. **Nov Aurélio Século XX:** o dicionário da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p.

[64] REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 305

[65] LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, trad. José Lamego, 2ª edição, Lisboa:Fundação Calouste Gulbekian, 2005. p. 316

Monografia publicada em: http://www.conteudojuridico.com.br/monohttp://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.29573

> consagrados expressamente em qualquer preceito particular (...) seu caráter normativo e sua inserção no direito positivo resultam inquestionável. [66]

José Afonso da Silva diz serem os princípios verdadeiras ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, ou, são *"núcleos de condensações nos quais confluem valores e bens constitucionais"*. [67]

Bandeira de Melo, no mesmo sentido, conceitua*:*

> Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. [68]

Em resumo, conforme Miguel Reale, "princípios gerais de direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas."[69]

Daniel Sarmento[70] leciona que na hermenêutica constitucional contemporânea reconhece-se a hegemonia dos princípios que, segundo Paulo Bonavides, foram "convertidos

---

[66] GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação / aplicação do direito**.

[67] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 12. ed. São Paulo : Malheiros, 1996. p. 94

[68] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 8. ed., São Paulo: Malheiros, 1996.p 545 / 546.

[69] REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 306

[70] SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 57

Monografia publicada em: http://www.conteudojuridico.com.br/monohttp://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.29573

em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”[71].

De acordo com Souza Neto, “uma das funções precípuas dos princípios fundamentais é justamente fornecer certos critérios para a interpretação das demais normas que compõem o sistema constitucional”. [72]

Partindo deste pressuposto, pode-se afirmar que os princípios constitucionais são reflexos dos valores morais de determinada sociedade em determinado momento.

Diante do exposto até aqui, podemos concluir que os princípios são a expressão dos valores socialmente relevantes e que sua função precípua é nortear o ordenamento jurídico de acordo com os mesmos, dando aqueles a imperatividade necessária para fazer com que tais valores sejam respeitados pela sociedade.

1.2 Dignidade humana

A Constituição Federal de 1988 traz como fundamento da República Federativa do Brasil e conseqüentemente, do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana.

> Art. 1.º - “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
>
> (...)
>
> III – a dignidade da pessoa humana.” [73]

---

[71] BONAVIDES, Paulo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros,1999. p. 237

[72] SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais**: Uma Reconstrução Teórica à Luz do princípio democrático. A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas / Luis Roberto Barroso (organizador) – 3.º Ed. Revisada – Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 315

Plácido e Silva registra que:

> Dignidade é a palavra derivada do latim *dignitas* (virtude, honra, consideração), em regra se entende a qualidade moral, que, possuída por uma pessoa serve de base ao próprio respeito em que é tida: compreende-se também como o próprio procedimento da pessoa pelo qual se faz merecedor do conceito público; em sentido jurídico, também se estende como a dignidade a distinção ou a honraria conferida a uma pessoa, consistente em cargo ou título de alta graduação; no Direito Canônico, indica-se o benefício ou prerrogativa de um cargo eclesiástico. [74]

Inegavelmente, a dignidade da pessoa humana é um valor que sempre ocupou o epicentro do pensamento filosófico, político, e jurídico, tendo sido positivado como valor fundamental da ordem jurídica de um expressivo número de constituições. [75]

A idéia de dignidade humana já era encontrada no período clássico, mesmo que significasse a posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento de outros membros da sociedade, sendo possível a existência de maior ou menor dignidade. Assim, já era então reconhecida como um atributo inerente ao ser humano. [76]

Antes disso, porém, já encontramos vestígios do valor da dignidade humana nas idéias judaico-cristãs. A partir das palavras contidas no Antigo Testamento de que o homem foi criado "à imagem e semelhança" de Deus (*Gênesis 1,26*), o Cristianismo concluiu que o ser humano é dotado de um valor próprio, que lhe é inerente, não podendo o mesmo ser resumido a objeto ou instrumento, ou tratado como tal. [77]

---

[73] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2001. p. 13

[74] SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Vol. II; São Paulo: Forense, 1967, p. 526.

[75] SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 10ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 99

[76] SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 10ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 98

[77] SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 10ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 98

Monografia publicada em: http://www.conteudojuridico.com.br/monohttp://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.29573

No Renascimento e na Idade Moderna retornou-se a vinculação da dignidade com a liberdade pessoal de cada indivíduo, formulada pela filosofia estóica. A partir de então, o conceito de dignidade é fundamentado na capacidade de autodeterminação e na autonomia ética (Kant) do ser humano. [78]

A idéia consagrada pela maioria das constituições é fundamentada no jusnaturalismo onde "o homem, em virtude tão somente de sua condição biológica humana, e independentemente de qualquer outra circunstância, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados pelos seus semelhantes e pelo Estado", como algo intrínseco à sua natureza, sendo a dignidade da pessoa humana um bem irrenunciável e inalienável. [79]

De acordo com José Afonso da Silva, a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai a substância de todos os direitos fundamentais, tendo sido concebida como referência constitucional dando a unidade a todos os direitos fundamentais. [80]

No mesmo diapasão, Alexandre de Moraes leciona que o princípio da dignidade da pessoa humana confere coesão aos direitos e garantias fundamentais, sendo próprio às personalidades humanas compondo um mínimo invulnerável que todo catálogo jurídico deve atender. [81]

Nossa Constituição Federal é exemplo de como os direitos humanos já se encontram protegidos no âmbito legislativo, uma vez que o respeito à dignidade da pessoa humana (artigo 1.º) configura um dos fundamentos do Estado.

Daniel Sarmento afirma que

> O princípio da dignidade humana, consagrado como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1.º, inciso III, CF) e que costura e unifica todo o sistema pátrio de direitos fundamentais, representa o epicentro axiológico da ordem

---

[78] SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 10ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 99

[79] SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 10ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 100

[80] DA SILVA, José Afonso; **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31ed. São Paulo: Malheiros, 07.2008, p. 105

[81] MORAES, Alexandre de; **Direito Constitucional**. 16ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.52.

Monografia publicada em: http://www.conteudojuridico.com.br/monohttp://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.29573

> constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade e no mercado.[82]

A definição substancial do princípio da dignidade humana é uma tarefa árdua, as dificuldades são evidentes, pois as manifestações possíveis da personalidade humana são inúmeras e complexas.

Ingo Wolfgang Sarlet menciona a dimensão intersubjetiva da dignidade humana, chamando-a de dimensão comunicativa e relacional.

> É precisamente com base nesta linha argumentativa, visceralmente vinculada à dimensão intersubjetiva (e, portanto, sempre relacional) da dignidade da pessoa humana, que se tem podido sustentar, como alternativa ou mesmo (se assim se preferir) como tese complementar à tese ontológico-biológica, a noção da dignidade como produto do reconhecimento da essencial unicidade de cada pessoa humana e do fato de esta ser credora de um dever de igual respeito e proteção no âmbito da comunidade humana. Neste sentido, há como afirmar que a dignidade (numa acepção também ontológica, embora definitivamente não biológica) é a qualidade reconhecida como intrínseca à pessoa humana, ou da dignidade como reconhecimento, a teor de uma já expressiva e influente doutrina, que, contudo, aqui não mais poderá ser inventariada e analisada. [83]

Assim, cada homem é fim em si mesmo. E se o texto constitucional diz que a dignidade da pessoa humana é alicerce da República Federativa do Brasil, implica constatar que o Estado existe em função de todas as pessoas e não estas em função do Estado. Aliás, de forma precursora, o legislador constituinte, reforçando tal idéia, inseriu o capítulo dos direitos fundamentais antes da organização do Estado.

Porém, aceitar "o homem como fim em si mesmo e que o Estado existe em função dele", não nos dirige a um entendimento individualista da dignidade da pessoa humana onde, num impasse entre o indivíduo e o Estado, privilegie-se sempre aquele. A idéia aqui adotada,

---

[82] SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 85 / 86

[83] SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana**: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 09 – jan./jun. 2007, p. 372/373.

chamada personalista, procura a inter-relação dos valores individuais e coletivos; inexistindo, assim, em princípio, a preponderância do indivíduo ou a superioridade do todo. A solução há de ser alcançada em cada situação, conforme a circunstância pode ser tanto a compatibilização, como, também, a primazia de um ou outro valor.

Citando Ernst Bloch, aludido por Pérez Luño, Ingo Sarlet afirma que a dignidade da pessoa humana é composta por duas compreensões: uma negativa e outra positiva. A negativa determina que o indivíduo não possa ser objeto de ofensas ou humilhações. [84]

Por outro lado, a dimensão positiva compreende o pleno desenvolvimento de cada um, percebendo o reconhecimento da total autodisponibilidade, de cada homem e a autodeterminação que nasce da livre projeção histórica da razão humana. [85]

Ingo Sarlet leciona ainda a existência de uma dimensão protetiva e preservativa da dignidade, onde o Estado deve proteger determinados direitos dos seres humanos, por configurarem limites à sua atuação.

> É justamente neste sentido que assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e, no nosso sentir, da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplice esta que também aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva e prestacional da dignidade. Como limite, a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, mas também o fato de a dignidade gerar direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a graves ameaças. Como tarefa, da previsão constitucional (explícita ou implícita) da dignidade da pessoa humana, dela decorrem deveres concretos de tutela por parte dos órgãos estatais, no sentido de proteger a dignidade de todos, assegurando-lhe também por meio de medidas positivas (prestações) o devido respeito e promoção. [86]

Sarlet define assim a dignidade humana:

---

[84] SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana**: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 09 – jan./jun. 2007, p. 372/373.

[85] SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana**: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 09 – jan./jun. 2007, p. 372/373.

[86] SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana:** construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 09 – jan./jun. 2007, p. 378.

Monografia publicada em: http://www.conteudojuridico.com.br/monohttp://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.29573

> Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.[87]

Finalmente, por tudo o que se viu até aqui, e, conforme Daniel Sarmento[88], o princípio da dignidade humana é o mais relevante da ordem jurídica nacional conferindo-lhe unidade e valor devendo assim condicionar a interpretação e aplicação de todo o direito, público ou privado. "Além disso, o princípio em questão legitima a ordem jurídica, centrando-a na pessoa humana, que passa a ser concebida como 'valor-fonte fundamental de Direito'. Desta forma, alicerça-se o direito positivo sobre profundas bases éticas, tornando-o merecedor do título de 'direito justo'[89].

Enfim, seja como princípio ou como conteúdo de direitos fundamentais, em qualquer de suas dimensões, a dignidade da pessoa humana vincula tanto o poder público como os particulares uma vez que a Constituição Federal normatiza também áreas da vida social onde o Estado não participa diretamente, onde os indivíduos são seus possíveis violadores. Assim, a promoção e respeito à dignidade humana vincula os particulares à aplicação dos direitos fundamentais em suas relações, uma vez que estes são a expressão da mesma. [90]

1.3 Cidadania

A efetividade dos direitos humanos está na realização da cidadania plena e coletiva em todos os âmbitos da sociedade, observando-se que o contexto histórico no qual se estabeleceu

---

[87] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 62

[88] SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 86

[89] SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 86

[90] STEINMETZ, Wilson. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. p.117

Monografia publicada em: http://www.conteudojuridico.com.br/monohttp://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.29573

o conceito de cidadania é resultado das conquistas sócio-econômicas e políticas de movimentos libertários. [91]

A cidadania é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, de acordo com o que preceitua o inciso II, do artigo 1º da Constituição da República.

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
>
> (...);
>
> II - a cidadania;
>
> (...)

A Constituição Federal de 1988 consagrou expressamente a concepção de cidadania, superando a antiga doutrina, da *cidadania ativa* e *passiva* que significava o privilégio de quem podia compartilhar da vida política do país, ou seja, de quem possuía os direitos políticos e daqueles a quem faltava este predicado.[92]

O entendimento atual de cidadania, como leciona José Afonso da Silva,

> Decorre da idéia de *Constituição dirigente*, que não é apenas um repositório de programas vagos a serem cumpridos, mas constitui um sistema de previsão de direitos sociais, mais ou menos eficazes, em torno dos quais é que se vem construindo a nova idéia de cidadania.[93]

---

[91] SOARES, Mário Lúcio Quintão; BARROSO, Lucas Abreu. **O novo Código Civil brasileiro e o problema da igualdade material** . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 535, 24 dez. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6096>. Acesso em:30 ago 2010 .

[92] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direitos humanos, cidadania e educação**. Uma nova concepção introduzida pela Constituição Federal de 1988. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2074>. Acesso em: 2 set. 2010.

[93] SILVA, José Afonso da. Faculdades de Direito e construção da cidadania**.** In_____ **Poder constituinte e poder popular**: estudos sobre a Constituição. São Paulo: Malheiros, 2000, p.141

Assim, não se trata mais de considerar a *cidadania* como simples qualidade de gozar direitos políticos, mas sim de reconhecer uma essência mínima e irredutível de direitos (fundamentais) que devem se, impor, obrigatoriamente, à ação dos poderes públicos. [94]

Entretanto o conceito de cidadania tem sido freqüentemente apresentado de uma forma vaga e imprecisa. Pode ser identificada com a perda ou aquisição da nacionalidade ou com os direitos políticos de votar e ser votado. No Direito Constitucional, aparece a relação entre a nacionalidade e aos direitos políticos. Já na Teoria Geral do Estado, vem associado à noção de povo como integrante do conceito de Estado. Assim, é fácil perceber que na doutrina jurídica dominante, a cidadania não apresenta um estatuto próprio uma vez que se relaciona a estes três elementos (nacionalidade, direitos políticos e povo), apresenta-se como algo ainda muito vago e sem determinação.[95]

A *cidadania* é um processo em constante construção, originado com o surgimento dos direitos civis, no decorrer do século XVIII, sob a forma dos direitos de liberdade, de pensamento, de religião, de reunião, pessoal e econômica, rompendo com o feudalismo objetivando a participação na sociedade. A atual concepção de cidadania emerge quando ocorre o rompimento com o *Antigo Regime* por sua incompatibilidade com os privilégios mantidos pelas classes dominantes, passando o ser humano a deter o *status* de "cidadão".[96]

Alain Touraine assevera que

> A cidadania traz em primeiro lugar a idéia de consciência coletiva, de vontade geral, idéia que, de Hobbes a Rousseau, constituiu, não a democracia liberal respeitadora dos direitos humanos fundamentais, mas o espírito republicano, a idéia dos antigos. (...) A idéia de república evoca os deveres e sacrifícios que o cidadão deve aceitar para defender e tornar viável a comunidade de cidadãos. [97]

---

[94] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Direitos humanos, cidadania e educação. Uma nova concepção introduzida pela Constituição Federal de 1988. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2074>. Acesso em: 2 set. 2010.

[95] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Direitos humanos, cidadania e educação. Uma nova concepção introduzida pela Constituição Federal de 1988. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2074>. Acesso em: 2 set. 2010.

[96] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Direitos humanos, cidadania e educação. Uma nova concepção introduzida pela Constituição Federal de 1988. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2074>. Acesso em: 2 set. 2010.

[97] TOURAINE, Alain. **Poderemos viver juntos?** Iguais e diferentes. Editora Vozes, 1997. p. 205

Monografia publicada em: http://www.conteudojuridico.com.br/monohttp://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.29573

A história da cidadania confunde-se com a história dos direitos humanos e, de acordo com Pinsky ,

> a cidadania esteve e está em permanente construção; é um referencial de conquista da humanidade, através daqueles que sempre lutam por mais direitos, maior liberdade, melhores garantias individuais e coletivas, e não se conformam frente às dominações arrogantes, seja do próprio Estado ou de outras instituições ou pessoas que não desistem de privilégios, de opressão e de injustiças contra uma maioria desassistida e que não se consegue fazer ouvir, exatamente por que se lhe nega a cidadania plena cuja conquista, ainda que tardia, não será obstada. Ser cidadão é ter consciência de que é sujeito de direitos. Direitos à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade, enfim, direitos civis, políticos e sociais. Mas este é um dos lados da moeda. Cidadania pressupõe também deveres. O cidadão tem de ser cônscio das suas responsabilidades enquanto parte integrante de um grande e complexo organismo que é a coletividade, a nação, o Estado, para cujo bom funcionamento todos têm de dar sua parcela de contribuição. Somente assim se chega ao objetivo final, coletivo: a justiça em seu sentido mais amplo, ou seja, o bem comum.[98]

Marshall esclarece que

> não há nenhum princípio universal que determine o que esses direitos e obrigações serão, mas as sociedades nas quais a cidadania é uma instituição em desenvolvimento criam uma imagem de cidadania ideal em relação à qual o sucesso pode ser medido e em relação à qual a aspiração pode ser dirigida. A insistência em seguir o caminho assim determinado equivale a uma insistência por uma medida efetiva de igualdade (...)[99]

Marshall ainda afirma que houve um processo de evolução da cidadania que pode ser assim descrito: 1) Direitos civis: século XVIII. Cidadania entendida como sinônimo de liberdade. 2) Direitos políticos: século XIX. Marcado pela expansão dos direitos políticos até

---

[98] PINSKY, Jaime. PINSKY, Carla Bassanezi. **História da Cidadania**. São Paulo: Contexto, 2003

[99] MARSHALL, T.H.. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967

se chegar ao sufrágio universal, e 3) Direitos sociais: século XX. Caracterizado principalmente pela educação primária pública obrigatória, assim como pela garantia de outros bens e serviços básicos e de uma renda mínima. [100]

O autor descreve também as características da cidadania ao afirmar que

> a cidadania exige um elo de natureza diferente, um sentimento direto de participação numa comunidade baseada numa lealdade a uma civilização que é um patrimônio comum. Compreende a lealdade de homens livres, imbuídos de direitos e protegidos por uma lei comum. Seu desenvolvimento é estimulado tanto pela luta para adquirir tais direitos quanto pelo gozo dos mesmos, uma vez adquiridos[101]

De acordo com o Prof. José Afonso da Silva a cidadania

> consiste na consciência de pertinência à sociedade estatal como titular dos direitos fundamentais, da dignidade como pessoa humana, da integração participativa no processo do poder, com a igual consciência de que essa situação subjetiva envolve também deveres de respeito à dignidade do outro e de contribuir para o aperfeiçoamento de todos.[102]

Assim, como afirma Hannah Arendt, “a cidadania é o direito a ter direitos”, uma vez que a igualdade em dignidade e direitos dos seres humanos é uma construção coletiva que exige o acesso ao espaço público. “É este acesso ao espaço público que permite a construção de um mundo comum através do processo de asserção dos direitos humanos."[103]

---

[100] MARSHALL, T.H.. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967

[101] MARSHALL, T.H.. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, p. 84

[102] SILVA, José da. Faculdades de Direito e construção da cidadania**.** In_____ **Poder constituinte e poder popular**: estudos sobre a Constituição. São Paulo: Malheiros, 2000, , p. 142

[103] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Direitos humanos, cidadania e educação. Uma nova concepção introduzida pela Constituição Federal de 1988. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2074>. Acesso em: 2 set. 2010.

1.4 Solidariedade

Por todo o século XX a idéia de solidariedade social era sempre ligada ao aspecto da caridade, da ajuda ao próximo movida por simples liberalidade, aproximando-se, assim, da filantropia.

Durante vários anos as tentativas de se conceituar um princípio que contivesse o valor solidariedade eram sempre consideradas como idéias socialistas e simplesmente descartadas por um preconceito equivocado. Explicando a natureza social humana, Léon Duguit sustentava que

> [...] o ser humano nasce integrando uma coletividade; vive sempre em sociedade e assim considerando só pode viver em sociedade [...] o fundamento do direito deve basear-se, sem dúvida, [...] [no] indivíduo comprometido com os vínculos da solidariedade social. Não é razoável afirmar que os homens nascem livres e iguais em direitos, mas sim que nascem partícipes de uma coletividade e sujeitos, assim, a todas as obrigações que subentendem a manutenção e desenvolvimento da vida coletiva. [...] Se uma doutrina adota como lógica definida a igualdade absoluta e matemática dos homens, ela se opõe à realidade e por isso deve ser prescindida. [104]

Contrapondo a idéia de fraternidade, Maria Celina Moraes esclarece que

> A solidariedade é a expressão mais profunda da sociabilidade que caracteriza a pessoa humana. No contexto atual, a lei maior determina - ou melhor, exige - que nos ajudemos, mutuamente, a conservar nossa humanidade, porque a construção de uma sociedade livre, justa e solidária cabe a todos e a cada um de nós. [105]

De acordo com Nelson Rosenvald o direito de solidariedade se desliga de uma mera aplicação de valores éticos, "adquirindo fundamentação e a legitimidade política nas relações

---

[104] DUGUIT, Pierre M. N. Léon. **Fundamentos do Direito**. São Paulo: Ícone, 1996, p. 15/17.

[105] MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade, In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. (coord.), Os princípios da Constituição de 1988, p. 178. Apud ROSENVALD, Nelson. **Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 173.

sociais concretas, nas quais se articula uma convivência entre o individual e o coletivo, à procura do bem comum" [106].

E prossegue afirmando que:

> Longe de representar uma simples carta programática, ou um vago programa político, a solidariedade será padrão interpretativo-integrativo do sistema, referência de leitura para as outras normas constitucionais e o ordenamento. O art. 3º [CF/88] enceta na solidariedade a teleologia da justiça distributiva com referência à igualdade substancial. O princípio da solidariedade provoca a transposição do indivíduo para a pessoa. A liberdade absoluta que permitia a cada um atingir o máximo de suas potencialidades cede espaço para a projeção da pessoa que coexiste em sociedade. [107]

Daniel Sarmento afirma que a solidariedade "implica o reconhecimento de que, embora cada um de nós componha uma individualidade, irredutível ao todo, estamos também todos juntos, de alguma forma, irmanados por um destino comum" [108] e continua explicando que:

> Ela [a solidariedade] significa que a sociedade não deve ser o *locus* da concorrência entre indivíduos isolados, perseguindo projetos pessoais antagônicos, mas sim um espaço de diálogo, cooperação e colaboração entre pessoas livres e iguais, que se reconheçam como tais. [109]

Em nossa Constituição de 88, o princípio da solidariedade vem estabelecido expressamente: “art. 3.º - Constituem objetivos fundamentais da república Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária.” [110]

De acordo com Wilson Steinmetz,

---

[106] ROSENVALD, Nelson. **Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 173.

[107] ROSENVALD, Nelson. **Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 179.

[108] SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 338.

[109] SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 338.

[110] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2001. p. 13

> O principio constitucional da solidariedade exige do Estado: I – a garantia efetiva dos direitos fundamentais sociais, II – a promoção do bem-estar social; e III – a criação de mecanismos e incentivos de cooperação social e de ajuda mútua entre os particulares, isto é, i fomento da solidariedade exige do Estado ações positivas, normativas e fáticas, em prol do bem-estar geral das pessoas.[111]

Conferir eficácia ao princípio da solidariedade atinge a indicação de Hesse, uma vez que o fundamento na Constituição Federal de 88 à instituição deste princípio é o art. 3º-, inciso I, de acordo com o objetivo da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Este não é o único ponto em que o diploma constitucional alude à solidariedade. O art. 40, caput da Carta Magna brasileira prenuncia que "é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário" [112] aos servidores públicos. Também, no Preâmbulo da CF de 88 [113] temos a referência à construção de uma sociedade fraterna. Esta é a sua ligação à solidariedade, uma vez que os direitos fundamentais de terceira dimensão trazem os valores referentes à fraternidade consagrada pela Revolução Francesa de 1.789.

Ao comentar o art. 3º-, inciso I da Constituição brasileira, o Ministro Eros Roberto Grau leciona que a sociedade solidária baseia-se na fraternidade e não hostiliza os homens entre si:

> Sociedade livre é sociedade sob o primado da liberdade, em todas as suas manifestações e não apenas enquanto liberdade formal, mas, sobretudo, como liberdade real. Liberdade da qual neste sentido, consignado no art. 3º-, I, é titular- ou co-titular, ao menos paralelamente o indivíduo – a sociedade. Sociedade justa é aquela, na direção do que aponta o teto constitucional, que realiza justiça social, sobre cujo significado adiante me deterei. Solidária, a sociedade que não inimiza os homens entre si, que se realiza no retorno, tanto quanto historicamente viável, à Geselchaft – a energia que vem da densidade populacional fraternizando e não afastando os homens uns dos outros. [114]

---

[111] STEINMETZ, Wilson. A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 119 / 120 .

[112] BRASIL. Constituição (1988). Art. 40, caput **Constituição Federal**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2001.

[113] Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

[114] GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1.988**. 11ª- edição. São Paulo: Malheiros, 2.006, pág. 215.

Imbricada à promoção da dignidade da pessoa humana, a solidariedade, como pilar do Estado Democrático de Direito, busca parâmetros cada vez mais consensuais nas relações individuais naquelas travadas entre o Estado e seus cidadãos. “A subordinação cede espaço à coordenação.”

O princípio da solidariedade, bem como todos aqueles aqui estudados, deve ser entendido com base no bem-estar e como facilitador de promoção social. A utilização de tais princípios como justificadores na criação e aplicação de políticas públicas meramente assistencialistas é inconstitucional e não trarão progresso do povo brasileiro.

No capítulo seguinte, passaremos a estudar de que forma os direitos fundamentais e os princípios constitucionais vinculam as relações entre os particulares a estes, uma vez que os mesmos são constantemente violados e ameaçados na esfera destas relações como exemplificaremos.

Monografia publicada em: http://www.conteudojuridico.com.br/monohttp://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.29573

CAPÍTULO 3

1 A VINCULAÇÃO DAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Na atualidade, a Constituição Federal regulamenta tanto o poder político como a sociedade civil.[115]

Não existem mais fronteiras rígidas separando direito constitucional e direito privado, não sendo aceitável entendê-los como "compartimentos estanques, como mundos separados, impermeáveis, governados por lógicas diferentes". Uma vez rompido o limite que, segundo a doutrina anterior, dividia o direito constitucional do direito privado, os direitos fundamentais definitivamente invadiram este direito. [116]

Ingo Sarlet leciona que

> As relações entre particulares são cada vez mais marcadas pelo exercício de poder econômico e social, portanto, não afastam situações de evidente desequilíbrio de poder entre os atores sociais e uma verticalidade similar e por vezes até mesmo mais evidente do que a encontrada nas relações entre os particulares e o Estado. [117]

---

[115] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares**. In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luis Roberto Barroso (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2008; p. 120

[116] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares**. In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luis Roberto Barroso (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2008; p. 120/121

[117] SARLET, I. W. . **Neoconstitucionalismo e a Influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: uma visão panorâmica sobre o caso brasileiro.** In: Regina Quaresma; Maria Lúcia de Paula Oliveira; Farlei Martins Riccio de Oliveira. (Org.). Neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. , p. 599

Monografia publicada em: http://www.conteudojuridico.com.br/monohttp://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.29573

Daniel Sarmento afirma que "não apenas o Estado, mas também as pessoas e entidades privadas encontram-se diretamente vinculadas à Constituição, independentemente da edição de normas ordinárias pelo legislador". [118]

A discussão sobre como e de que maneira os direitos fundamentais incidem nas relações privadas iniciou-se na Alemanha e nos EUA desde meados do século XX, sendo hoje relevante em um número cada vez maior de ordenamentos constitucionais. No Brasil, o assunto começa a adquirir espaço alguns anos depois da promulgação da Constituição de 1988, o que vem acontecendo em um contexto de crescente desenvolvimento da cultura acadêmica sobre direitos fundamentais. [119]

Um apanhado não exaustivo dos problemas que potencialmente abrangem a vinculação de particulares aos direitos fundamentais coloca em destaque que não é só o Estado que os ameaça, sendo "patente que os indivíduos não estão isoladamente contrapostos ao Estado como pressupunham as teorias liberais-burguesas". E, levando-se em conta que já não se questiona a carência de proteção dos direitos contra o Estado, é mais relevante aferir de que forma e com que limites pode ocorrer a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas. [120]

Deve-se, ressaltar, que existem certas normas de direito fundamental que são, por essência, oponíveis a particulares, tais como o direito de propriedade, o direito à indenização por dano moral, o sigilo epistolar e telefônico, a liberdade de associação na dimensão negativa, os direitos dos trabalhadores, o direito de greve, etc., não se colocando, assim, o problema em estudo com a mesma intensidade em relação a todos os direitos fundamentais.[121]

O que é típico da problemática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas é que em tais situações, todas as partes envolvidas são titulares de direitos.

---

[118] SARMENTO, Daniel. **A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil**. In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luis Roberto Barroso (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2008; p 265

[119] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares**. In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luis Roberto Barroso (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2008; p. 121/122

[120] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares.** In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luis Roberto Barroso (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2008; p. 140

[121] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares**. In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luis Roberto Barroso (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2008; p. 141

Tal aspecto tem relevância, pois, nas relações privadas que possam vir a lesar direitos fundamentais, forma-se um complexo de direitos e deveres, que se limitam e condicionam mutuamente. [122]

O professor Daniel Sarmento ilustra que

> A desigualdade material justifica a ampliação da proteção dos direitos fundamentais na esfera privada, porque se parte da premissa de que a assimetria de poder prejudica o exercício da autonomia privada das partes mais débeis. É assim, enfim, porque se entende que quando o ordenamento jurídico deixa livre o forte e o fraco, esta liberdade só se torna efetiva para o primeiro. O arbítrio do mais poderoso, ainda que do ponto de vista puramente formal, seu comprometimento possa parecer decorrente do exercício da sua autonomia privada.[123]

O modelo intervencionista de Estado Social de Direito rompeu diversos paradigmas do ideário liberal que representavam óbices à incidência dos direitos fundamentais no âmbito privado, dentre os quais podem ser citados a separação estática entre Estado e sociedade civil; a idéia de igualdade formal; a neutralidade do Estado diante da dinâmica social. De outro lado, o modelo do Estado intervencionista mostra-se ajustado com a imposição de valores às pessoas, o que não era aceitável sob a visão liberal. [124]

Outras duas concepções parecem ter sido decisivas para a elaboração e difusão da tese de que direitos fundamentais aplicam-se às relações entre particulares. De um lado, a constatação de que o fenômeno do poder não é exclusivo das relações com o Estado, mas se manifesta também entre a sociedade civil. De outro, o entendimento da constituição como "ordem de valores da comunidade", ou seja, como regulamento axiológico ordenador de todos

---

[122] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares**. In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luis Roberto Barroso (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2008; p. 142

[123] SARMENTO, Daniel. **A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil**. In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luis Roberto Barroso (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2008; p 273

[124] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares.** In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luis Roberto Barroso (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2008; p. 143

os aspectos da vida social, razão por que as relações entre os indivíduos devem observar conformidade com os valores nela contidos. [125]

O ordenamento jurídico do Estado Liberal sustentava-se sobre três dogmas indiscutíveis: a generalidade da lei; o reconhecimento da igualdade de todos os indivíduos perante a mesma; e a consagração da autonomia da vontade privada. [126]

Um sistema jurídico assim estruturado não concebe a incidência dos direitos individuais constitucionais (direitos subjetivos públicos) às relações privadas. É que, partindo do princípio de que tais relações envolviam indivíduos iguais, livres e autônomos, concluía-se, inevitavelmente, que somente os vícios da vontade condicionariam a sua validade.[127]

É importante ressaltar que tal construção jurídica não se baseia em proposições puramente lógicas, sendo sim a representação da idéia de que o Estado deve controlar as relações sociais apenas de maneira procedimental, sem determinar valores de ordem concreta. [128]

Porém, a idéia de que as relações privadas ocorrem entre indivíduos iguais, livres e autônomos não era verdadeira. Ao conceito formal de igualdade correspondia uma noção de liberdade igualmente formal.[129]

A partir do século XIX surgiram inúmeras organizações privadas assumindo importantes papéis na sociedade, mostrando-se cada vez mais que autoridade e poder não são

---

[125] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares**. In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luis Roberto Barroso (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2008; p. 144

[126] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares.** In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luis Roberto Barroso (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2008; p. 144

[127] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares.** In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luis Roberto Barroso (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2008; p. 145

[128] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares**. In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luis Roberto Barroso (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2008; p. 145

[129] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares.** In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luis Roberto Barroso (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2008; p. 145

características exclusivas do Estado, mas se revelam também nas relações entre particulares. [130]

A sociedade contemporânea envolve relações jurídicas entre entes privados que podem ser consideradas como, verticais, desiguais ou de sujeição, onde se identifica a sobreposição de uma das partes sobre a outra, sendo inquestionável que tais relações não podem ser classificadas como iguais ou paritárias.[131]

Segundo Daniel Sarmento,

> O reforço à proteção dos direitos fundamentais dos particulares mais vulneráveis em face dos poderes privados justifica-se também diante da constatação de que estes últimos dispõem muitas vezes de uma força quase incontrastável para conformar aspectos relevantes da vida humana – pense-se no poderio dos veículos de comunicação de massa, sobretudo num contexto de oligopolização de fato, tal como o que se verifica em nosso país. Ademais, algumas vezes estas entidades chegam a desfrutar de poderes normativos, tolerados ou institucionalizados pela ordem jurídica, o que evidencia a situação de sujeição a que ficam submetidos os demais particulares que com ela se relacionam. [132]

Jane Gonçalves Pereira leciona que

> A tese de que os direitos fundamentais são aplicáveis em relações jurídicas dessa natureza tem em conta, principalmente, a dimensão funcional dos direitos fundamentais. É intuitivo que, quando se vislumbrava os direitos fundamentais a partir de sua finalidade – a qual é, em suma, assegurar níveis máximos de autonomia e dignidade aos indivíduos – torna-se pertinente sua aplicação em todas as situações nas quais pode ser comprometida essa esfera de autonomia, sendo irrelevante se isto ocorre em decorrência da atuação de um poder privado ou público. Se uma das

---

[130] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares.** In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luis Roberto Barroso (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2008; p. 146

[131] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares.** In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luis Roberto Barroso (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2008; p. 147

[132] SARMENTO, Daniel. **A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil**. In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luis Roberto Barroso (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2008; p 273 / 274

> partes encontra-se em situação de sujeição, seu poder de autodeterminação resta aniquilado, não havendo como cogitar-se de aplicação do princípio de liberdade. [133]

Como já visto nos capítulos anteriores, os direitos fundamentais foram concebidos com o objetivo de tutelar e afirmar a dignidade e a autonomia humanas em seus diversos aspectos, assim, não se pode defender que os mesmos são oponíveis apenas ao poder público.[134]

O núcleo do constitucionalismo como positivação dos valores da sociedade é a de que, por meio da constituição, a comunidade determina um rol de paradigmas que deverão orientar não apenas o ordenamento jurídico, mas toda vida social. Dessa forma, as opções axiológicas inseridas na constituição – e que vêm expressas nos direitos fundamentais – devem nortear a ação do Estado e de todos os seguimentos sociais. [135]

> Desnecessário frisar que, no caso brasileiro, diante de nossa gritante desigualdade social, esta questão assume um relevo ímpar. Aqui, a enorme vulnerabilidade de amplos setores da população justifica, com sobras de razão, um reforço à proteção dos seus direitos fundamentais, no âmbito das relações travadas com outros particulares mais poderosos, como empregadores e os fornecedores de bens e serviços. É por isso também que em certos domínios normativos, como o Direito do Trabalho e o Direito do Consumidor, que têm como premissa a desigualdade fática entre as partes, a vinculação aos direitos fundamentais deve mostrar-se especialmente enérgica, enquanto a argumentação ligada à autonomia da vontade dos contratantes assume um peso inferior.[136]

O respeito à dignidade da pessoa humana ensejou o reconhecimento de um duplo sentido dos direitos fundamentais: estes, enquanto asseguram posições jurídicas subjetivas das

---

[133] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares.** In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luis Roberto Barroso (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2008; p. 147 - 148

[134] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares.** In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luis Roberto Barroso (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2008; p. 148

[135] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares.** In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luis Roberto Barroso (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2008; p. 148 - 149

[136] SARMENTO, Daniel. **A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil**. In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luis Roberto Barroso (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2008; p 274

pessoas frente ao Estado, trazem também uma gama de valores objetivos que comandarão a vida social orientando as ações dos poderes públicos. [137]

Esta evolução está ligada à decadência do individualismo liberal e à promoção do Estado Social, transmitindo a compreensão de que

> Os direitos fundamentais são os pressupostos elementares de uma vida humana livre e digna, tanto para o indivíduo como para a comunidade: o indivíduo só é livre e digno numa comunidade livre; a comunidade só é livre se for composta por homens livres e dignos. [138]

Na atual teoria constitucional, a faceta objetiva dos direitos fundamentais é amplamente reconhecida, tendo tornado-se comum na jurisprudência e na doutrina frisar o duplo aspecto dos direitos fundamentais. Isso não significa que exista conformidade em relação ao sentido da dimensão objetiva e aos efeitos jurídicos que acarreta. [139]

Como afirma Hesse, "o essencial dessa concepção ampla dos direitos fundamentais foi o rechaço à sua interpretação formal, dominante até então, e o movimento rumo a uma noção material que compreende a dimensão jurídico-objetiva a eles inerente e os concebe como princípios supremos, ao abrigo de qualquer relativização". [140]

Também é compreendida a idéia de eficácia entre particulares dos direitos fundamentais a partir da dimensão objetiva, e, também, a noção de deveres de proteção. Esta

---

[137] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares.** In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luis Roberto Barroso (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2008; p. 150

[138] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares.** In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luis Roberto Barroso (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2008; p. 150

[139] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares.** In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luis Roberto Barroso (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2008; p. 151

[140] HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da república Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998. p. 92

Monografia publicada em: http://www.conteudojuridico.com.br/monohttp://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.29573

atribui ao Estado a responsabilidade de garantir uma proteção ativa dos direitos fundamentais, agindo positivamente com o intuito de precaver que estes sejam lesados por terceiros. [141]

Segundo Daniel Sarmento,

> Na verdade, o princípio da igualdade material, que se infere da conjugação da cláusula da isonomia (art. 5.º, caput, CF) com a diretriz constitucional, apontada como um dos fundamentos da República, de redução das desigualdades sociais (art. 3.º, inciso III, CF), não apenas permite, mas antes impõe, na ordem jurídica brasileira, a proteção das partes mais débeis nas relações privadas. Isto importa necessariamente numa relativização da autonomia privada no contexto das relações não paritárias, em proveito da proteção aos interesses da parte hipossuficiente. [142]

"De fato, a admissão da eficácia dos direitos fundamentais em relações inter privatos pode ser entendida como a conseqüência mais importante do reconhecimento da sua dimensão objetiva." [143]

Já a teoria dos deveres de proteção encaminha novamente o problema da tutela dos direitos fundamentais às relações entre indivíduos e Estado. Segundo essa tese, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais orienta os poderes públicos a atuarem para impedir prejuízos aos direitos fundamentais. Assim, pode-se reclamar do Estado uma atuação eficaz no resguardo de ameaças aos direitos fundamentais, mesmo que cometidas por particulares. [144]

As primeiras teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares surgiram na Alemanha, na década de cinqüenta. A teoria da constituição como ordem axiológica refletia um ambiente propício à aquiescência da idéia de que os direitos

---

[141] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares.** In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luis Roberto Barroso (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2008; p. 154

[142] SARMENTO, Daniel. **A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil**. In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luis Roberto Barroso (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2008; p 274

[143] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares.** In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luis Roberto Barroso (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2008; p. 154

[144] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares**. In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luis Roberto Barroso (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2008; p. 154

fundamentais não objetivam simplesmente a regulamentação das relações entre os indivíduos e o Estado, mas inclusive às relações jurídicas entre os particulares.[145]

Apesar da existência de algumas opiniões contrárias a possibilidade de aplicação das regras de direitos fundamentais no âmbito privado, a discussão na doutrina alemã sobre a eficácia perante terceiros visou primeiramente o problema de como os direitos fundamentais incidem sobre o direito privado, dividindo-se os autores entre aqueles que recomendavam a aplicação direta dos direitos nas relações entre particulares (teoria da eficácia imediata ou direta) e os que defendiam uma influência indireta dos direitos fundamentais na esfera privada, a qual aconteceria através da interpretação dos conceitos do direito civil (teoria da eficácia mediata ou indireta). [146]

1.1 Teoria da vinculação direta

A proposta de uma vinculação direta das pessoas privadas às normas que exprimem direitos fundamentais iniciou com a obra de Nipperdy, juiz do Tribunal Federal do Trabalho Alemão. "O autor defendeu a tese de que alguns direitos fundamentais não vinculam apenas os poderes públicos, mas têm incidência imediata nas relações de direito privado em que se configurem relações de poder" [147]. Segundo Nipperdy, dos direitos fundamentais, além de direitos subjetivos públicos, "fluem diretamente também direitos privados subjetivos do indivíduo", que afetam de forma imediata as relações entre pessoas privadas.[148]

---

[145] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares.** In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luis Roberto Barroso (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2008; p. 156

[146] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares.** In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luis Roberto Barroso (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2008; p. 156

[147] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares.** In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luis Roberto Barroso (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2008; p. 157

[148] Apud PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares.** In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luis Roberto Barroso (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2008; p. 157

Monografia publicada em: http://www.conteudojuridico.com.br/monohttp://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.29573

Nipperdy baseia sua teoria afirmando que o rol de direitos fundamentais da Lei Fundamental de Bonn envolve uma acepção completamente distinta do das constituições precedentes, que deve ser levado em consideração na determinação dos destinatários de suas normas.[149] Expressa que:

> Em todo caso, uma Constituição há de ser o reflexo da ordem estatal no momento de sua promulgação, por ele hão de se contemplar, na hora de interpretá-la, as tendências espirituais determinantes e as circunstâncias dadas neste momento. Ao ver o alcance dos direitos fundamentais, como no século passado, em sua exclusiva destinação dado pelo estado, assinala-se que a proteção do indivíduo ante invasões arbitrárias do estado era então o propósito principal ao incorporar direitos fundamentais no texto constitucional. Frente a ele, devia aparecer como secundária a proteção jurídico-constitucional de direitos fundamentais ante os poderes sociais e terceiros em geral, e sua necessidade seguramente ainda não se reconhecia claramente. [150]

Jane Pereira leciona que a tese da eficácia direta exige uma incidência erga omnes dos direitos fundamentais, que assumem a condição de direitos subjetivos diante de pessoas privadas que possuam posições de poder. Nas circunstâncias que abarcam iguais, embora não incida o escopo protetor dos direitos fundamentais, os mesmos também sobrevêm diretamente, sendo empregados como medidas de aferição da validade de negócios privados.[151]

Daniel Sarmento destaca que

> Os adeptos da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas não negam a existência de especificidades nesta incidência, nem a necessidade de ponderar o direito fundamental em jogo com a autonomia privada dos particulares envolvidos no caso. Não se trata, portanto, de uma doutrina radical, que possa conduzir a resultados liberticidas, ao contrário do que sustentam seus

---

[149] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares.** In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luis Roberto Barroso (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2008; p. 158

[150] Apud PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares.** In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luis Roberto Barroso (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2008; p. 158

[151] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares.** In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luis Roberto Barroso (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2008; p. 159

Monografia publicada em: http://www.conteudojuridico.com.br/monohttp://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.29573

> opositores, pois ela não prega a desconsideração da liberdade individual no tráfico jurídico-privado. [152]

Esta teoria não teve grande acedência na Alemanha, porém é bem aceita na Espanha, Itália, Argentina e em Portugal. [153]

Bilbao Ubilos afirma que existem direito fundamentais na Constituição espanhola que pressupõe a eficácia horizontal direta, como, por exemplo, os direitos à intimidade, liberdade de religião e honra. Outros, por sua própria natureza, vinculam somente o Estado. Segundo o autor, não existe homogeneidade entre todos os direitos fundamentais e estes devem ser analisados para a determinação da incidência horizontal dos mesmos, bem como de sua ponderação com a autonomia privada em caso positivo. [154]

Pedro de Veja Garcia considera a eficácia horizontal direta como um mecanismo essencial de correção das desigualdades sociais, pois não existe efetiva liberdade numa situação de flagrante desigualdade entre as partes. [155]

De acordo com Ingo Sarlet, "a tese da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares tem acolhida, em termos gerais e consideradas variações de maior ou menos monta, tanto em sede doutrinária quanto em sede jurisprudencial". [156]

O autor prossegue afirmando que a entendimento adotado, no sentido de uma eficácia direta dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre particulares, significa que podem e devem ser extraídos efeitos jurídicos diretamente das normas de direitos

---

[152] SARMENTO, Daniel. **A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil**. In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luis Roberto Barroso (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2008; p 221

[153] SARMENTO, Daniel. **A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil**. In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luis Roberto Barroso (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2008; p 222 e 236

[154] Apud SARMENTO, Daniel. **A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil**. In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luis Roberto Barroso (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2008; p 222

[155] Apud SARMENTO, Daniel. **A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil**. In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luis Roberto Barroso (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2008; p 222

[156] SARLET, I. W. . **Neoconstitucionalismo e a Influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: uma visão panorâmica sobre o caso brasileiro.** In: Regina Quaresma; Maria Lúcia de Paula Oliveira; Farlei Martins Riccio de Oliveira. (Org.). Neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. , p. 602

fundamentais em relação aos atores privados, não sendo impedida pela ausência ou insuficiência de regulamentação legal. [157]

O mais forte argumento contra a idéia da incidência imediata de tais direitos é a tutela constitucional da autonomia da vontade. Acredita-se que o vínculo dos atos privados com os direitos fundamentais acabaria por esvaziar a liberdade existente nessas situações. Tal situação é totalmente inconsistente, pois, "se a tutela da autonomia for posta como um obstáculo intransponível à incidência direta dos outros direitos fundamentais nas relações privadas, o que se tem, em verdade, é uma regra abstrata de preferência em favor daquela". [158]

Sob esta ótica, o argumento de que a eficácia direta compromete o princípio constitucional da autonomia esconde o real ponto de divergência: o problema não é saber se a autonomia deve ser protegida, mas sim se deve ter mais relevância do que os outros direitos fundamentais ao tratar-se de relações privadas. Ao aceitar-se a eficácia direta nestas relações a tutela da autonomia está apenas sendo equiparada ao demais direitos fundamentais. [159]

Não se pode esquecer que a tutela da autonomia não pode ser empecilho para a incidência dos outros direitos fundamentais nas relações desiguais de poder justamente pela existência de tal desigualdade. [160]

As outras críticas à tese da eficácia direta dos direitos fundamentais encontram-se estreitamente vinculadas. A alegada redução da segurança jurídica está diretamente ligada

---

[157] SARLET, I. W. . **Neoconstitucionalismo e a Influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: uma visão panorâmica sobre o caso brasileiro.** In: Regina Quaresma; Maria Lúcia de Paula Oliveira; Farlei Martins Riccio de Oliveira. (Org.). Neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. , p. 604

[158] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares.** In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luis Roberto Barroso (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2008; p. 182

[159] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares**. In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luis Roberto Barroso (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2008; p. 182

[160] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares.** In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luis Roberto Barroso (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2008; p. 183

Monografia publicada em: http://www.conteudojuridico.com.br/monohttp://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.29573

com a diminuição do papel do legislador de direito privado e a conseqüente ampliação do poder do judiciário com a aceitação da eficácia direta. [161]

Porém, é preciso assinalar que tais problemas não decorrem da aplicação direta dos direitos constitucionais nas relações privadas e sim dos modelos de constitucionalismo utilizados no pós-guerra. [162]

O objetivo da preservação da autonomia do direito civil conduz a teoria da eficácia mediata a afirmar a impossibilidade de aceitação da vinculação direta das relações privadas aos direitos fundamentais defendendo que tais direitos devem ser inseridos no direito privado através de normas gerais. Significa afirmar que os direitos fundamentais só incidem nas relações privadas pela autorização do legislador ordinário que autoriza a limitação da vontade através de tais normas. Esse entendimento que limita a atuação legislativa do juiz compromete a força normativa da constituição. [163]

1.2 Teoria da vinculação indireta

A teoria da eficácia mediata ou indireta foi defendida por Günther Dürig, e obteve amparo, parcial na Corte Constitucional Alemã. Esta tese parte do mesmo ponto que a teoria imediata, indicado que os direitos fundamentais, além de determinarem direitos subjetivos

---

[161] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares.** In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luis Roberto Barroso (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2008; p. 183

[162] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares**. In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luis Roberto Barroso (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2008; p. 183

[163] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares.** In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luis Roberto Barroso (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2008; p. 183

Monografia publicada em: http://www.conteudojuridico.com.br/monohttp://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.29573

públicos oponíveis ao Estado, são também "decisões valorativas", compondo um rol de valores objetivos que irradia resultados em todos os campos do direito.[164]

Iniciando com a mesma argumentação, a teoria da eficácia mediata conclui de forma distinta. Afirma que a dimensão objetiva e valorativa dos direitos não ocasiona sua incidência direta nas relações privadas, mas apenas provoca a necessidade de que sejam considerados pelo Estado na formulação legislativa ou na interpretação do direito privado. Existe sempre a necessidade de que um órgão estatal aja como intermediário na aplicação dos direitos fundamentais no âmbito privado. Para essa corrente, limitar a atuação das pessoas privadas pelos mesmos regulamentos que delimitam a atividade estatal implicaria em resumir os direitos em deveres, alterando seu significado. [165]

Daniel Sarmento leciona que se trata de uma construção intermediária entre a que simplesmente nega a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, e aquela que sustenta a incidência direta destes direitos no âmbito privado. [166]

> Para a teoria da eficácia mediata, os direitos fundamentais não ingressam no cenário privado como direitos subjetivos, que possam ser invocados a partir da Constituição. (...) Neste sentido, a teoria da eficácia mediata liga-se à concepção da Constituição como ordem de valores, centrada nos direitos fundamentais e, em especial, no princípio da dignidade da pessoa humana.
>
> A teoria da eficácia mediata nega a possibilidade de aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas porque, segundo seus adeptos, esta incidência acabaria exterminando a autonomia da vontade, e desfigurando o Direito privado, ao convertê-lo numa mera concretização do Direito Constitucional. Afirmam os seus defensores que a adoção da teoria rival, da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais, importaria na outorga de um poder desmesurado ao Judiciário, tendo em vista o grau de indeterminação que caracteriza as normas constitucionais consagradoras destes direitos. Neste quadro, seria irremediavelmente comprometida a liberdade individual, que ficaria à mercê da discrição dos juízes. Por isso, entendem os partidários desta tese que a Constituição não investe os particulares em

---

[164] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares.** In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luis Roberto Barroso (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2008; p. 159

[165] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares.** In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luis Roberto Barroso (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2008; p. 160

[166] SARMENTO, Daniel. **A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil**. In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luis Roberto Barroso (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2008; p 210

Monografia publicada em: http://www.conteudojuridico.com.br/monohttp://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.29573

> direitos subjetivos privados, mas que ela contém normas objetivas, cujo efeito de irradiação leva à impregnação das leis civis por valores constitucionais. [167]

Partindo deste prisma, a incidência das regras de direito fundamental nas relações entre particulares acontece sempre de maneira indireta ou mediata, quando o legislador interfere consolidando a norma constitucional ou no momento em que o juiz interpreta o direito privado à luz dos direitos fundamentais, o que pode, em determinados casos, justificar decisões contrárias ao texto legal. O principal argumento da tese da eficácia mediata é a idéia de que o acolhimento de uma eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares acarretaria no total esvaziamento da autonomia privada.[168]

Assim, a teoria da eficácia mediata, é através de cláusulas gerais – tais como bons costumes, moral, boa-fé etc. – que se processa a interação axiológica entre o direito público e o direito privado. Os direitos fundamentais são os modelos hermenêuticos que o juiz deverá considerar ao interpretar as regras do direito civil que difundem conceitos dessa natureza. [169]

1.3 Teoria dos deveres de proteção do Estado

A teoria dos deveres de proteção do Estado nasceu na jurisprudência germânica como uma derivação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Essa idéia está ligada à noção de dependência dos poderes públicos aos direitos fundamentais, partido da premissa que ao

---

[167] SARMENTO, Daniel. **A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil**. In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luis Roberto Barroso (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2008; p 211 / 212

[168] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares.** In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luis Roberto Barroso (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2008; p. 160

[169] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares.** In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luis Roberto Barroso (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2008; p. 161

Monografia publicada em: http://www.conteudojuridico.com.br/monohttp://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.29573

Estado é não permitido lesá-los positivamente devendo promovê-los e protegê-los de quaisquer ameaças, inclusive as que decorram de outros indivíduos. [170]

Jane Pereira assinala que

> De fato, há uma estreita correlação entre os deveres de proteção e a eficácia dos direitos fundamentais em relações privadas. Ao conceber-se a incidência dos direitos fundamentais entre particulares como indireta, torna-se imperativo que as normas de direito privado sejam interpretadas em conformidade com as normas constitucionais que os consagram. Nesse sentido, Christian Starck fala na drittwirkung como "uma instância específica do conceito de deveres de proteção". [171]

Conforme Vieira de Andrade:

> Estas teorias de dever de proteção, embora sejam tributárias de uma idéia de aplicabilidade mediata, alargam a aplicabilidade dos direitos fundamentais para além do tradicional preenchimento das cláusulas gerais do direito privado, impondo aos poderes públicos (ao Legislador, à Administração e ao Juiz) a obrigação de velarem efetivamente por que não existam ofensas aos direitos fundamentais por parte de entidades privadas. [172]

Daniel Sarmento explica que apesar da diferença na concepção, a teoria dos deveres de proteção está muito próxima em seus efeitos, da teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas que igualmente prescinde da mediação do legislador. [173]

Prossegue o autor,

---

[170] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares.** In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luis Roberto Barroso (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2008; p. 161

[171] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares.** In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luis Roberto Barroso (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2008; p. 162

[172] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares.** In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luis Roberto Barroso (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2008; p. 162

[173] SARMENTO, Daniel. **A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil**. In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luis Roberto Barroso (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2008; p 238

Monografia publicada em: http://www.conteudojuridico.com.br/monohttp://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.29573

> Na verdade, 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 entanto, a possibilidade de intervenção do Judiciário, através do 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. [174]

No mesmo sentido, Ingo Wolfgang Sarlet esclarece que

> Estando vinculado pelos deveres de proteção, o Juiz, aplicando os direitos fundamentais e cumprindo, portanto, com seu dever de tutela – no sentido de proteger os particulares uns contra os outros – estará assegurando a sua incidência na esfera das relações privadas, razão pela qual os particulares encontram-se apenas indiretamente vinculados pelos direitos fundamentais. [175]

Finalmente, a teoria dos deveres de proteção é baseada na premissa de que cabe ao Estado a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos ameaçados por seus pares. Tal teoria nos parece pouco adequada à realidade atual e de certa forma, incoerente. Para que o Estado intervenha em algum comportamento individual é necessário que tal indivíduo tenha agido de forma contrária ao direito. Assim, se o Estado intervir na proteção de direito fundamental lesado por particular é porque tal indivíduo tem a obrigação de agir respeitando o mesmo, sem lesá-lo, demonstrando sua vinculação a este em suas relações privadas. [176]

2. A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Brasil

---

[174] SARMENTO, Daniel. **A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil**. In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luis Roberto Barroso (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2008; p 239

[175] SARLET, I. W. . **Neoconstitucionalismo e a Influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: uma visão panorâmica sobre o caso brasileiro.** In: Regina Quaresma; Maria Lúcia de Paula Oliveira; Farlei Martins Riccio de Oliveira. (Org.). Neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. , p. 599

[176] SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.220

Monografia publicada em: http://www.conteudojuridico.com.br/monohttp://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.29573

Mesmo com a existência de alguns estudos precursores sobre o tema aqui abordado, foi somente nos últimos anos que surgiram as primeiras publicações referentes a eficácia horizontal dos direitos fundamentais no Brasil trazendo uma preferência pela aplicação da tese da incidência direta destes direitos nas relações privadas. [177]

Ingo Wolfgang Sarlet sustenta que no caso brasileiro a resposta constitucionalmente correta é no "sentido de reconhecer uma eficácia prima facie dos direitos fundamentais também nas relações privadas" [178].

E prossegue o autor,

> A Constituição de 1988 (...) afirma expressamente a aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais, o que, somado às demais razões já ventiladas, não recomenda a adoção da tese mais restritiva de que apenas o núcleo essencial e/ou o conteúdo em dignidade humana vinculam diretamente os particulares.[179]

Wilson Steinmetz também manifesta sua aceitação pela incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas destacando que esta deveria ser

> Matizada (modulada ou graduada) por estruturas de ponderação (ordenadas no princípio da proporcionalidade e seus elementos) que, no caso concreto, tomem em consideração os direitos e/ou princípios fundamentais em colisão e as circunstâncias relevantes.[180]

---

[177] SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.246

[178] SARLET, I. W. . **Neoconstitucionalismo e a Influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: uma visão panorâmica sobre o caso brasileiro.** In: Regina Quaresma; Maria Lúcia de Paula Oliveira; Farlei Martins Riccio de Oliveira. (Org.). Neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. , p. 603.

[179] SARLET, I. W. . **Neoconstitucionalismo e a Influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: uma visão panorâmica sobre o caso brasileiro.** In: Regina Quaresma; Maria Lúcia de Paula Oliveira; Farlei Martins Riccio de Oliveira. (Org.). Neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. , p. 604.

[180] STEINMETZ, Wilson. A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 295

Jane Reis Gonçalves Pereira da mesma forma também destaca que esta aplicação deve ser modulada pelo intérprete e ponderada levando em consideração a proteção constitucional da autonomia privada. [181]

Gustavo Tempedino filia-se a tese da incidência direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares utilizando como instrumento principal de tutela destas relações a defesa da dignidade da pessoa humana. [182]

Já o Professor Gilmar Mendes ao aplicar a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas em seus julgados, não se compromete especificamente com nenhuma das teses aqui levantadas. [183]

Aliás, de acordo com Jane Pereira, mesmo adotando a orientação da incidência eficaz dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, a jurisprudência brasileira não faz a abordagem do problema relativo ao fundamento e aos limites da incidência das normas constitucionais nessa seara. [184]

No mesmo sentido, Daniel Sarmento afirma que

> Já na jurisprudência brasileira ocorre um fenômeno de certa forma curioso. Não são tão escassas as decisões judiciais utilizando diretamente os direitos fundamentais para dirimir conflitos de caráter privado. Porém, com raríssimas exceções, estes julgamentos não são precedidos de nenhuma fundamentação teórica que dê lastro à aplicação do preceito constitucional ao litígio entre particulares. Na verdade, ainda não encontrou eco nos nossos pretórios a fértil discussão sobre os condicionamentos e limites para a aplicação dos direitos humanos na esfera privada.[185]

---

[181] Apud SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.247

[182] Apud Apud SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.249

[183] Apud SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.248

[184] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares.** In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luis Roberto Barroso (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2008; p. 176

[185] SARMENTO, Daniel. **A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil**. In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luis Roberto Barroso (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2008; p 260

Recentemente o STF apreciou caso em que o caráter polêmico da questão foi explicitado nos fundamentos da decisão:

> SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO.
> **I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS.** As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. **II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES.** A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. **III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO.** As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. [186]

[186] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 201819. Relator p/ Acórdão: Min Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJ 27-10-2006.

Em seu voto, o Min. Gilmar Mendes manifestou:

> Esse caráter **público** ou **geral** da atividade parece decisivo aqui para legitimar a **aplicação direta** dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5.º, LIV e LV, da CF) ao processo de exclusão de sócio de entidade. [187]

Numa análise mais aprofundada deste acórdão, podemos perceber que, como exceção ao que se tem percebido em nossas cortes até o atual momento, neste caso especificamente foram abordadas, pelo Min. Relator, as teses de incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Em decisão também recente, o STJ assim se manifestou:

> HABEAS CORPUS. Prisão civil. Alienação fiduciária em garantia. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Direitos fundamentais de igualdade e liberdade. Cláusula geral dos bons costumes e regra de interpretação da lei segundo seus fins sociais. Decreto de prisão civil da devedora que deixou de pagar dívida bancária assumida com a compra de um automóvel-táxi, que se elevou, em menos de 24 meses, de R$ 18.700,00 para R$ 80.858,24, a exigir que o total da remuneração da devedora, pelo resto do tempo provável de vida, seja consumido com o pagamento dos juros. Ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, aos direitos de liberdade de locomoção e de igualdade contratual e aos dispositivos da LICC sobre o fim social da aplicação da lei e obediência aos bons costumes. Arts. 1º, III, 3º, I, e 5º, caput, da CR. Arts. 5º e 17 da LICC. DL 911/67. Ordem deferida. [188]

Em seu voto, o relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar:

> Não me parece que a eficácia na relação de direito privado seja somente indireta, pois bem pode acontecer que o caso concreto exija a aplicação imediata do preceito constitucional, quando inexistir norma intraconstitucional que admita interpretação de acordo com a diretiva constitucional, ou faltar cláusula geral aplicável naquela situação, muito embora esteja patente a violação ao direito fundamental. Cumpre

---

[187] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 201819, Relator p/ Acórdão: Min Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJ 27-10-2006.

[188] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n.º 12547-DF, Relator p/Acórdão: Ruy Rosado de Aguiar, 4.ª Turma, DJ 12-02-2001

Monografia publicada em: http://www.conteudojuridico.com.br/monohttp://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.29573

> atentar para a advertência de Robert Alexy: "Se algumas normas da Constituição não devem ser tomadas a sério, afigura-se difícil fundamentar, porque outras devem ser consideradas quando surgir alguma dificuldade. Há uma ameaça de dissolução da Constituição. Assim, a decisão fundamental sobre os direitos fundamentais há de ser em favor de uma completa vinculação jurídica no contexto da possibilidade de sua judicialização" (Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais, in: Recht. Vernunft. Diskurs, tradução de Gilmar Ferreira Mendes). Ingo Wolfgang Sarlet observa, acredito, com absoluto acerto, que há possibilidade de se transpor diretamente o princípio vinculante dos direitos fundamentais para a esfera privada quando se cuida de relações desiguais de poder (op. cit, p. 338) entre as grandes corporações empresariais e o particular, porque similar à desigualdade que se estabelece entre o indivíduo e o Estado. É a situação dos autos. No caso dos autos, porém, a distinção entre eficácia direta e indireta frente a terceiros é irrelevante. Tanto seria possível aplicar diretamente o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, como a cláusula geral do art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil, sobre ordem pública e bons costumes, cuja similar alemã é usada em casos tais, além do emprego da norma de hermenêutica que condiciona d aplicação da lei aos fins sociais a que ela se dirige (art. 5o da LICC). [189]

Da mesma forma que a decisão anterior, nesta também foi discutida as teses de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Nosso Tribunal de Justiça do RS, também tem decidido no mesmo sentido, senão vejamos:

> RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. SUSPENSÃO DOS DIREITOS DO ASSOCIADO. AUSÊNCIA DE OBSERVÂNCIA DOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS. DANO MORAL RECONHECIDO.
> Consoante entendimento do STF, “As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado”.
> Caso em que o associado restou suspenso das atividades recreativas sem que ao menos tenha lhe sido oportunizado o direito de defesa das acusações.
> Dano moral reconhecido em razão da ordem arbitrária da entidade esportiva, que conseqüentemente privou o associado de utilizar-se das dependências do local por certo período de tempo.
> Inexistindo critérios objetivos de fixação do valor para indenização por dano moral, cabe ao magistrado delimitar quantias ao caso concreto. Aplicação de um juízo de eqüidade e proporcionalidade. Proveram a apelação para julgar procedente da ação. Decisão unânime. [190]

---

[189] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n.º 12547-DF, Relator p/Acórdão: Ruy Rosado de Aguiar, 4.ª Turma, DJ 12-02-2001

[190] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça, Apelação Cível n.º 70032950487, Relator Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana, Diário de Justiça do dia 13/09/2010

Monografia publicada em: http://www.conteudojuridico.com.br/monohttp://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.29573

Como visto, na teoria constitucional atual, existe grande aceitação da incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares[191], porém a argumentação baseada nas teorias de forma de incidência ainda é incipiente. Falta-nos ainda determinar qual o limite desta incidência e de que forma a mesma irá proceder.

[191] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares.** In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luis Roberto Barroso (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2008; p. 181

Monografia publicada em: http://www.conteudojuridico.com.br/monohttp://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.29573

CONCLUSÃO

No decorrer do estudo, discutimos os direitos fundamentais e sua incidência nas relações privadas uma vez que estas podem representar desrespeito aos mesmos.

Tais direitos foram criados visando a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana, que é ameaçada tanto pela afronta às liberdades públicas, como pela negação de condições mínimas de subsistência ao indivíduo. O reconhecimento dos direitos fundamentais do homem e do cidadão foi uma conquista histórica que evoluiu com a sociedade.

Sendo os direitos fundamentais concebidos com tal objetivo, não podemos defender que os mesmos sejam oponíveis apenas ao poder público.

Assim, os valores inseridos na Constituição – e que vêm embutidos nos direitos fundamentais – devem nortear a ação do Estado e de todos os seguimentos sociais.

Os valores de dignidade humana, de igualdade e de liberdade foram baseados na filosofia clássica e no pensamento cristão. A concepção de que o ser humano é titular de direitos pela sua própria existência surgiu no pensamento jusnaturalista determinando a “pré-história” dos direitos fundamentais.

Com o passar do tempo, a necessidade de efetivação de condições mínimas de existência aos seres humanos para que fosse possível a garantia dos direitos individuais, torna-se latente.

O Estado de Bem Estar Social surge no início do século XX trazendo consigo a constitucionalização de diversos direitos que exigiam a intervenção do Estado para garantir as condições mínimas de existência dos cidadãos. Percebe-se que a evolução social da humanidade acaba por exigir uma reavaliação na forma como o Direito tutela a proteção do homem enquanto tal.

Assim os direitos fundamentais sociais e econômicos foram positivados reafirmando a necessidade de proteção do Estado para a manutenção dos ideais de liberdade, igualdade e solidariedade do constitucionalismo.

Os direitos fundamentais são uma espécie de direitos a ser observada de forma diferenciada por não exigirem fatos geradores específicos, pois o simples fato de existir já confere ao indivíduo a titularidade dos mesmos, revelando a face subjetiva destes direitos.

Assim, cada homem é fim em si mesmo. E se nosso texto constitucional diz que a dignidade da pessoa humana é alicerce da República Federativa do Brasil, significa que o Estado existe em função de todas as pessoas e não estas em função do Estado. Aliás, de forma pioneira, o legislador constituinte, reforçando tal idéia, inseriu o capítulo dos direitos fundamentais antes da organização do Estado.

A nossa Constituição Federal de 1988 dispõe sobre os direitos e garantias individuais em seu Título II: "Dos Deveres e Garantias Fundamentais", Capítulo I "Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos", bem como em diversos pontos distribuídos em todo o texto constitucional.

A dignidade da pessoa humana é um valor que sempre ocupou o núcleo do pensamento filosófico, político, e jurídico, sendo inserido com fundamental importância na ordem jurídica de um grande número de constituições. Este princípio, consagrado como fundamento da República Federativa do Brasil, unificando nosso sistema de direitos fundamentais, representa a essência da ordem constitucional estendendo seus efeitos sob todo o ordenamento condicionando, assim, todas as relações sociais.

Enfim, como princípio ou conteúdo de direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana conecta tanto o poder público como os particulares, pois a Constituição Federal normatiza também áreas da vida social onde o Estado não participa diretamente, e onde os indivíduos são seus, possíveis violadores. Assim, a promoção e respeito à dignidade humana vincula os particulares à aplicação dos direitos fundamentais em suas relações.

Imbricada à promoção da dignidade da pessoa humana, a solidariedade, como um dos pilares do Estado Democrático de Direito, busca consenso nas relações individuais travadas entre o Estado e seus cidadãos. A subordinação cede espaço à coordenação. O princípio da solidariedade, assim como aqueles aqui estudados, deve ser entendido com base no bem-estar e como facilitador de promoção social.

Não existem mais limites separando direito constitucional e direito privado, não sendo aceitável entendê-los como departamentos distintos e estanques. Uma vez rompido o limite

que dividia o direito constitucional do direito privado, os direitos fundamentais definitivamente ocuparam todo o direito.

Com uma simples análise dos problemas que potencialmente envolvem a vinculação de particulares aos direitos fundamentais percebe-se que não é só o Estado que os ameaça.

A partir do século XIX nasceram inúmeras organizações privadas assumindo importantes papéis na sociedade, percebendo-se cada vez mais que autoridade e poder não são características exclusivas do Estado, mas se revelam também nas relações entre particulares.

A sociedade contemporânea envolve relações jurídicas entre entes privados que podem ser consideradas como, verticais, desiguais ou de sujeição, onde se identifica a sobreposição de uma das partes sobre a outra, sendo inquestionável que tais relações não podem ser classificadas como iguais ou paritárias.

O que se conclui é que nas relações jurídicas privadas todas as partes envolvidas são titulares de direitos. Isto importa nas relações privadas que possam vir a lesar direitos fundamentais, pois forma-se um complexo de direitos e deveres, que se limitam e condicionam mutuamente. Constata-se ainda que o fenômeno do poder não seja exclusivo das relações com o Estado, mas se manifesta também entre a sociedade civil. A compreensão da Constituição como ordem axiológica da vida social exige que as relações entre os indivíduos observem conformidade com os valores nela contidos.

Ao longo do estudo concluímos que a incidência dos Direitos Fundamentais nas relações privadas deve ser aplicada imediatamente a partir da ponderação do direito fundamental contraposto à autonomia privada dos particulares envolvidos no caso, buscando sempre a consecução da ética e da justiça assegurando a dignidade humana.

Nas palavras de Daniel Sarmento,

> A realização concreta do valor da pessoa humana não depende só do Direito. Depende muito mais da consolidação, nos corações e mentes, de uma ética altruísta, voltada para “o outro”. Mas a premissa em que nos baseamos, e que se deixa entrever ao longo de todo o trabalho, é que o Direito tem, sim, uma importante contribuição a dar para a valorização da pessoa, e para a construção de uma sociedade mais solidária e menos alienante. O Direito não precisa ser fórmula de opressão, nem necessita refugiar-se na assepsia do formalismo avesso a valores.

> Quando manejado por pessoas engajadas nas causas da Humanidade, devidamente fiscalizada por uma opinião pública atenta e participativa, ele pode converter-se numa ferramenta para a emancipação. Não há fórmulas mágicas, mas o caminho para um Direito que se pretenda justo e libertador passam, necessariamente, pela luta em prol da afirmação concreta dos direitos humanos em todos os quadrantes, inclusive no espaço das relações privadas.[192]

Muito já foi feito na construção de um mundo mais justo e solidário, mas ainda há muito a fazer. Cabe a todos a luta pela defesa dos Direitos Fundamentais de todos e de cada um. Aos operadores do Direito compete a criação e aplicação de normas com poder coercitivo suficiente para garantir a eficácia de tal defesa. Não podemos ficar aguardando que somente o Estado promova a dignidade humana, é dever de todos como cidadãos, participar na busca da "igualdade e da justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, (...), com a solução pacífica das controvérsias (...) sob a proteção de Deus"[193], em todas as esferas da vida social.

---

[192] SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** Rio de Janeiro: Lumn Juris, 2010.p 332/333

[193] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2001.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**: Limites e possibilidades da Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2009

_____. MARTINS, Ives Gandra da Silva**. Comentários à Constituição do Brasil**, vol. II, São Paulo: Saraiva, 1989

BONAVIDES, Paulo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros,1999

BRASIL. Constituição (1988). Art. 40, caput **Constituição Federal**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2001

CANOTILHO, in BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 2002

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003

DA SILVA, José Afonso; **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31ed. São Paulo: Malheiros, 2008

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2001. DUGUIT, Pierre M. N. Léon. **Fundamentos do Direito**. São Paulo: Ícone, 1996

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Nov Aurélio Século XX:** o dicionário da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999

FRAGA, Rogério. **Dominação e ética em Max Weber**. In: OTMAR TESKE (Corrd). Sociologia: Textos e Contextos. Canoas: ULBRA, 1999

GRAU, Eros in SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1.988**. 11ª- edição. São Paulo: Malheiros, 2.006

_____. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação / aplicação do direito**.

GRECO FILHO, Vicente. **Tutela Constitucional das Liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n.º 12547-DF, Relator p/Acórdão: Ruy Rosado de Aguiar, 4.ª Turma, DJ 12-02-2001

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da república Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**, trad. José Lamego, 2ª edição, Lisboa:Fundação Calouste Gulbekian, 2005

MARSHALL, T.H.. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direitos humanos, cidadania e educação**. Uma nova concepção introduzida pela Constituição Federal de 1988. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2074>. Acesso em: 2 set. 2010

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 8. ed., São Paulo: Malheiros, 1996

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**: Estudos de Direito Constitucional. 2.ª Ed. São Paulo: Celso Bastos Editos: 1999

MORAES, Alexandre de; **Direito Constitucional**. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2004

_____. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 1997

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade, In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. (coord.), Os princípios da Constituição de 1988, p. 178. Apud ROSENVALD, Nelson. **Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares**. In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luis Roberto Barroso (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2008

PIMENTA, José Roberto Freire; BARROS, Juliana Augusta Medeiros de Barros. **A eficácia dos Direitos Fundamentais individuais nas relações privadas e a ponderação de interesses**.

PINSKY, Jaime. PINSKY, Carla Bassanezi. **História da Cidadania**. São Paulo: Contexto, 2003

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 201819, Relator p/ Acórdão: Min Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJ 27-10-2006.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005

SARLET, I. W. . **Neoconstitucionalismo e a Influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: uma visão panorâmica sobre o caso brasileiro.** In: Regina Quaresma; Maria Lúcia de Paula Oliveira; Farlei Martins Riccio de Oliveira. (Org.). Neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: Forense, 2009

_____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 10ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009

SARMENTO, Daniel. **A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil**. In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luis Roberto Barroso (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2008

_____.**Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2.ª Ed – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 12. ed. São Paulo : Malheiros, 1996

_____.Faculdades de Direito e construção da cidadania**.** In**_____** **Poder constituinte e poder popular**: estudos sobre a Constituição. São Paulo: Malheiros, 2000

SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Vol. II; São Paulo: Forense, 1967

SOARES, Mário Lúcio Quintão; BARROSO, Lucas Abreu. **O novo Código Civil brasileiro e o problema da igualdade material** . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 535, 24 dez. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6096>. Acesso em:30 ago 2010 .

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais**: Uma Reconstrução Teórica à Luz do princípio democrático. A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas / Luis Roberto Barroso (organizador) – 3.º Ed. Revisada – Rio de Janeiro: Renovar, 2008

STEINMETZ, Wilson. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça, Apelação Cível n.º 70032950487, Relator Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana, Diário de Justiça do dia 13/09/2010

TOURAINE, Alain. **Poderemos viver juntos?** Iguais e diferentes. Rio de Janeiro: Vozes, 1997