

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

ALLAN MENDES MARQUES

**A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:
Harmonização entre a autonomia privada e a garantia da dignidade humana**

São Luís
2016

ALLAN MENDES MARQUES

A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:

Harmonização entre a autonomia privada e a garantia da dignidade humana

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão – UFMA, para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

São Luís

2016

ALLAN MENDES MARQUES

A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:

Harmonização entre a autonomia privada e a garantia da dignidade humana

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão – UFMA, para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Profa. Lucylea Gonçalves França
Orientadora

1º Examinador

2º Examinador

RESUMO

É clássica a noção de que os direitos fundamentais, enquanto categoria jurídica, têm a sua principal aplicação/eficácia nas relações verticais, isto é, naquelas criadas entre o Estado e os indivíduos, na qual estes por encontrarem-se em uma situação de sujeição necessitam de um campo de proteção bem definido contra quaisquer abusos do poder público, é essa a ideia clássica que envolve os direitos fundamentais, como direitos de defesa em face de opressões estatais. Ocorre que com a crescente complexidade das relações sociais, a referente noção restou claramente insuficiente, em outras palavras, não era capaz por si só de garantir a uma real efetividade dos direitos fundamentais e proteção do homem, pois percebeu-se que a violação de direitos poderia advir de outras fontes, que não se resumem ao Estado, mas se estendem também ao próprios indivíduos, ou seja, a aplicação apenas vertical dos direitos fundamentais não seria suficiente para garantir uma real proteção ao indivíduo em face de outro indivíduo, principalmente aqueles hipossuficientes, que por não possuem poder econômico ou político, tem as suas vontades condicionadas a pressões exteriores, aplicadas por outros sujeitos particulares, que se encontram em uma posição mais “elevada”. Assim, no atual estado da doutrina constitucional e no que concerne à realidade jurídica brasileira implantada pela Constituição da República Federativa de 1988, que criou um ambiente jurídico voltado à garantia dos direitos fundamentais, bem como da dignidade da pessoa humana, restou inegável, pelo menos no nosso sistema, a existência de uma eficácia horizontal dos direitos fundamentais, de modo a vincular não somente o Estado, mas também os particulares, moldando seu comportamento, cabendo nesse ínterim, aos aplicadores do Direito compreenderem a forma com ocorre essa eficácia, bem como seus limites, tendo em conta o fato desta aplicação evidentemente limitar a autonomia individual, pois acaba determinando a observância de um certo comportamento, dentro de uma área na qual a liberdade é a regra quase que geral.

Palavras-chave: Direitos. Fundamentais. Garantia. Eficácia. Particulares. Autonomia. Liberdade. Limites.

ABSTRACT

The classic notion that fundamental rights, as a legal category, has its main application/efficacy in vertical relations, that is, in those created between the State and individuals, in which they are in a situation of subjection need to be of a well-defined field of protection against any abuse of public power, this is the classic idea that involves fundamental rights, such as rights of defense in the face of state oppression. It happens that with the growing complexity of social relations, the referent notion was clearly insufficient, in other words, it was not in itself capable of guaranteeing a real effectiveness of the fundamental rights and protection of man, since it was perceived that the violation of rights could come from other sources, which are not limited to the State, but extend also to the individuals themselves, that is, the only vertical application of fundamental rights would not be sufficient to guarantee a real protection to the individual in the face of another individual, especially those who are hypersensitive, who, because they do not have economic or political power, have their wills conditioned by external pressures, applied by other individuals who are in a more "elevated" position. Thus, in the current state of constitutional doctrine and with regard to the Brazilian juridical reality established by the Constitution of the Federative Republic of 1988, which created a legal environment aimed at guaranteeing fundamental rights, as well as the dignity of the human person, it remained undeniable, at least in our system, the existence of a horizontal efficacy of fundamental rights, so as to link not only the State, but also private individuals, shaping their behavior, while in the meantime, the applicators of the law understand how this efficacy occurs, and its limits, taking into account the fact that this application evidently limits individual autonomy, since it ends up determining the observance of a certain behavior, within an area in which freedom is the almost general rule.

Keywords: Rights. Fundamental. Warranty. Efficiency. Individuals. Autonomy. Freedom. Limits.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
2. TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, CONCEITUAÇÃO E CONTEÚDO	8
2.1 As dimensões (gerações) dos direitos fundamentais.....	10
2.2 Concepções filosóficas sobre direitos fundamentais.....	13
2.3. A dimensão material dos direitos fundamentais (fundamentalidade material)	14
2.3.1 O princípio da dignidade da pessoa humana.....	16
2.4 As características dos direitos fundamentais	23
2.5 Conflitos entre direitos fundamentais	26
3. A DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A PERSONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO	29
3.1 A eficácia irradiante do direitos fundamentais.....	31
3.2 A constitucionalização e personalização do direito privado.....	32
4. A CONCEPÇÃO E TUTELA DA AUTONOMIA PRIVADA E LIBERDADE INDIVIDUAL SOB O PARADIGMA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DE 1988	44
4.1 A limitação à autonomia privada	49
5. A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEU TRATAMENTO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA	60
5.1 As teorias acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.....	61
5.1.1 Negação da eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada.....	61
5.1.2 Eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais na esfera privada.....	63
5.1.3. Teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais na relações privadas.....	65
5.2 A eficácia horizontal dos direitos fundamentais e a constituição da república federativa do brasil de 1988.....	66
5.3 Ponderação entre a autonomia privada e eficácia horizontal dos direitos fundamentais	69
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	72
7. REFERÊNCIAS	75

INTRODUÇÃO

De início cumpre estabelecer que os direitos fundamentais, como categoria jurídica autônoma, fundada na dignidade da pessoa humana, possuem, hoje, uma essencialidade inegável nos mais diversos sistemas jurídicos existentes, alcançando um patamar de enorme importância no que tange a proteção dos bens jurídicos mais significativos para a existência humana, revestindo-se de um caráter eminentemente axiológico, como verdadeiros valores de orientação para todas as relações jurídicas, não somente as públicas, mas também as privadas de modo a concretizar aquilo que se denomina como a “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”.

É partindo desse pressuposto que se desenvolverá o presente trabalho, tendo principalmente em conta o contexto brasileiro, no qual a partir da Constituição da República Federativa de 1988, passou-se a efetivamente formar uma estrutura de valorização e efetivação dos direitos fundamentais, que se orientada segundo um novo norte normativo, qual seja a garantia prevalência do ser humano e a sua dignidade.

Nessa linha, para compreender corretamente o objeto central do tema aqui proposto, inicialmente, tratar-se-á da teoria geral dos direitos fundamentais, pois apenas será possível definir-se realmente se é ou não plausível a possibilidade de aplicar-se esses direitos às relações privadas, se compreendermos o que são, qual o seu conteúdo e campo de abrangência, definindo e apresentando as principais transformações acerca de sua noção, saindo de uma concepção clássica, que tem os direitos fundamentais apenas como direitos de defesa em face da opressão estatal, restrita a uma relação vertical, estabelecida entre particulares e o Poder Público e passando para uma concepção mais moderna e ampla, que visualizou a insuficiência da primeira frente às necessidades sociais emergentes.

Outrossim, analisar-se-á as diferentes dimensões pelas quais os direitos fundamentais podem ser visualizados, em especial aquela que mais importa para o aqui desenvolvido, que é a sua dimensão objetiva, que reveste esse direitos de uma natureza axiológica inegável, apta a influenciar todo o ordenamento, no qual as relações privadas também se inserem, ou seja, é a partir dessa dimensão que vislumbrar-se-á a influência dos direitos fundamentais por todo o sistema e não somente no Direito Constitucional ou Público.

Ademais há de ter-se em conta que a eficácia esbarra em um problema evidente, pois ao aplicar-se diretamente os direitos fundamentais às relações privadas, acaba-se, de certa forma, a determinar-se a maneira como homem deve conduzir a sua vida, limitando, desse modo, a sua

liberdade de agir, ou seja, há, pelo menos em tese, o conflito entre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e autonomia privada, sendo necessário encontrar a solução mais adequada para a coexistência desses dois fenômenos que são igualmente importantes. Razão pela qual tratar-se-á da tutela constitucional das liberdades, haja vista a necessidade de definir-se parâmetros mínimos de análise, quando se fizer presente o conflito entre esses dois campos.

Por fim, partindo da concepção de que a crescente complexidade das relações sociais demonstrou que não somente o Estado é um potencial “violador” de direitos, mas também o próprio indivíduo, que dentro das relações de poder estabelecidas na sociedade moderna, pode, em grande medida, utilizar-se das suas posições para condicionar a vontade de terceiros, bem como do fato da realidade social ser assimétrica, apresentar-se-á de maneira exaustiva os diferentes aspectos acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, considerando as suas razões de existência e também seu caráter instrumental de defesa de indivíduo contra outros indivíduos, estabelecendo as diferentes questões que envolvem o problema

Posto isso, o presente trabalho, de maneira geral, fará a análise pormenorizada acerca dos diferentes aspectos que regem a eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas (horizontais), bem como sua contraposição prática evidente com autonomia dos indivíduos, visando assim, analisar os critérios gerais de compatibilização entre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e a liberdade de agir, verificando até que ponto seria possível, por vontade própria, a relativização desses direitos.

2. TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, CONCEITUAÇÃO E CONTEÚDO

De início, ante a clara ausência de um consenso doutrinário acerca do termo adequado para o objeto em análise, torna-se necessária a escolha daquele que melhor demonstre a visão que se pretende estabelecer ao longo do presente trabalho, como o próprio título já demonstra, utilizar-se-á de maneira preponderante o termo “direitos fundamentais” e em menor medida, alguns que podem ser encarados como sinônimos e que servem para demonstrar determinada perspectiva sobre esses mesmos direitos. Não há aqui uma mera questão doutrinária, mas sim realmente conceitual e inerente as bases do presente trabalho que pretende se realizar à luz da Constituição da República Federativa de 1988.

Nessa linha, cabe estabelecer que a CRFB/88 utiliza de maneira bastante técnica (conforme afirma a majoritária doutrina), o termo e o conceito de “direito fundamental”, principalmente na sua diferenciação com “direitos humanos”, que é um instituto de objeto extremamente próximo, mas com uma área de existência muito maior e ampla, podendo de certa forma afirmar-se que um abrange o outro.

A doutrina moderna traça como elemento de diferenciação o fato dos direitos fundamentais, consubstanciarem-se em normas positivadas no direito interno de um determinado Estado, enquanto direitos humanos são aquelas de previsão e proteção no âmbito internacional, nesse sentido afirma André de Carvalho Ramos, que:

Inicialmente, a doutrina tende a reconhecer que os “direitos humanos” servem para defini os direitos estabelecidos pelo Direito Internacional em tratados e demais normas internacionais sobre a matéria, enquanto a expressão “direitos fundamentais” delimitaria aqueles direitos reconhecidos e positivados pelo Direito Constitucional de um Estado específico.¹

No mesmo sentido, Sarlet dispõe, ainda, que essa diferenciação é em determinada concepção, a contraposição entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico, pois,

[...]Já a partir do exposto, considerando que há mesmo vários critérios que permitem diferenciar validamente direitos humanos de direitos fundamentais, assume relevo – como, aliás, dão conta alguns dos argumentos já deduzidos – que a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais também pode encontrar um fundamento, na circunstância de que, pelo menos de acordo com uma determinada concepção, os direitos humanos guardam relação com uma concepção jusnaturalista (jusracionalista) dos direitos, ao passo que os direitos fundamentais dizem respeito a uma perspectiva

¹ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. Saraiva: São Paulo, 2014, p. 235

positivista. Neste sentido, os direitos humanos (como direitos inerentes à própria condição e dignidade humana) acabam sendo transformados em direitos fundamentais pelo modelo positivista, incorporando-os ao sistema de direito positivo como elementos essenciais, visto que apenas mediante um processo de “fundamentalização” (precisamente pela incorporação às constituições), os direitos naturais e inalienáveis da pessoa adquirem a hierarquia jurídica e seu caráter vinculante em relação a todos os poderes constituídos no âmbito de um Estado Constitucional[...]²

Estabelecido esse ponto teórico, chega-se a uma questão central e extremamente complexa para a compreensão acerca do sistema constitucional/jurídico dos direitos fundamentais, que é, o seu conceito e em consequência o seu conteúdo. Compreender o que são os direitos fundamentais e a sua essência, é vital para a real concretização de um sistema jurídico que se constrói (ou ao menos que assim pretende) em volta da proteção e garantia desses, tendo em conta a necessidade prática de uma ideia concreta, que sirva como um parâmetro minimamente objetivo, capaz de permitir aos diferentes intérpretes darem a concretude necessária aos direitos fundamentais.

Nesse ínterim, cabe asseverar que não se pretende conceituar categoricamente os direitos fundamentais, explanando um suposto conceito fechado, capaz de por si só demonstrar o real sentido do que é um direito fundamental, haja vista a complexidade dessa tarefa e para alguns até mesmo a sua impossibilidade. A ideia central do que sejam esses direitos, é bastante fluída, variando consoante a perspectiva abordada ou mesmo o contexto histórico em que se insere, assim pretende-se tão somente demonstrar seus principais traços de caracterização, que diga-se de passagem, estão em constante modificação.

Hoje a concepção de que os direitos fundamentais são normas de observância obrigatória e vinculante, advém de um processo longo e constante de maturação histórica, isto é, os direitos fundamentais são caracterizados como direitos essencialmente históricos, tendo o seu conteúdo construído e determinado por diferentes necessidades sociais, jurídicas, econômicas e políticas que se apresentam ao longo do tempo, o que quer dizer necessariamente, que esses direitos nascem de diferentes fontes, que variam segundo um contexto já instalado. Assim os direitos que se manifestaram na idade média, não serão os mesmos que surgirão na idade moderna, tudo dependerá da forma como as relações jurídicas se realizam e se tornam presentes em um determinado sistema jurídico constitucional.

Nesse raciocínio, observa-se que os primeiros direitos fundamentais, ou ao menos suas concepções iniciais, possuem raízes na Idade Antiga, na qual foram estabelecidas e discutidas algumas ideias essenciais para essa construção - como por exemplo “a igualdade” – e que

²SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 392-393

posteriormente vieram a influenciar os pensamentos sobre o ser humano, bem como a ideia de direitos fundamentais tal como é hoje. Porém foi no cristianismo, com a sua perspectiva religiosa de mundo, colocando o homem como filho de Deus, feito a sua semelhança, imprimindo ao ser humano um alto valor intrínseco a sua própria natureza, que deveria ser respeitada pelo direito positivo, é que os direitos fundamentais passaram a possuir uma forma própria como um conjunto de direitos que existem em prol da proteção do ser humano, que é uma obra divina, de valor inestimável e que por isso, pela sua própria natureza era merecedor de proteção.

Nos séculos XVII e XVIII, em um contexto histórico de revoluções burgueses de cunho liberal, a partir dos ideias cristãos acerca do homem, há uma clara afirmação do indivíduo frente ao Estado, haja vista a crescente defesa de uma série de direitos supostamente preexistentes e inalienáveis do homem (doutrina jusnaturalista) que por resultarem da natureza, devem ser respeitados pelo Estado, sob pena de perda de sua legitimidade.

Sob esta influência, foram elaborados um série de diplomas que representaram a consolidação e evidente necessidade de proteção de liberdade indivíduos em face do Estado, dentre os quais o Bill of Rights de Virgínia (1776) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da França em 1789. O ser humano passou ser o centro das relações, um ser digno de proteção jurídica, havendo um claro deslocamento da primazia nos sistema jurídico do Estado para os indivíduos, nesse sentido dispõe Norberto Bobbio que:

a afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado Moderno na representação da relação política, ou seja, na relação Estado/cidadão ou soberano/súdito: relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos do cidadãos não mais súditos, e não do ponto de vista dos direitos do soberano, em correspondência com a visão individualista da sociedade.³

Assim, apreende-se que a real afirmação dos direitos fundamentais, adveio da modificação estabelecida nas relações entre Estado e indivíduos, assentando a ideia de defesa, de que em primeiro lugar o Estado deve garantir direitos e só posteriormente exigir deveres.

2.1 As dimensões (gerações) dos direitos fundamentais

Como anteriormente afirmado os direitos fundamentais são normas dinâmicas, construídas ao longo de um processo histórico de constante mutação, isto é, o seu conteúdo,

³ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 1992. In FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p. 354

titularidade, eficácia e efetivação passam por diversas transformações. Nessa perspectiva, a doutrina assenta a evolução dos direitos fundamentais em três gerações (ou dimensões), havendo aqueles que afirmam, ainda, a existência de uma quarta e ou quinta geração.

Os direitos fundamentais de primeira geração são o produto do pensamento liberal-burguês, de cunho individualista, sendo os primeiros a serem reconhecidos e positivados, traduzindo-se em postulados de liberdade e de abstenção do governo, afirmando-se ainda como direitos do indivíduos frente ao Estado, exigindo um não fazer deste, de modo a proteger o espaço destinado às liberdades individuais, ou seja, apresentam-se como direitos “negativos”, de defesa, e assim de pouca ou nenhuma preocupação com questões sociais ou com as desigualdades existentes. Afirma Paulo Bonavides que são os chamados direitos civis e políticos, que, em sua maioria, correspondem à fase inicial do constitucionalismo ocidental.⁴

Gilmar Mendes e Paulo Branco, em sua obra, dispõe que nos direitos de primeira dimensão “A preocupação em manter a propriedade servia de parâmetro e de limite para a identificação dos direitos fundamentais, notando-se pouca tolerância para as pretensões que lhe fossem colidentes”⁵, havia um claro descaso para com os problemas sociais existentes, priorizando-se questões individuais em detrimento da coletividade, o que associado com outros fenômenos como a industrialização, crescimento populacional, concentração de renda, gerou problemas sociais latentes que exigiram do Estado uma atuação diferente, não mais de abstenção, mas ativa, no sentido de tentar propiciar uma justiça social efetiva.

É nesse contexto que surgem os direitos fundamentais, cujo o conteúdo pode ser entendido como de 2º dimensão. Os quais possuem uma perspectiva claramente positiva, não de evitar a intervenção estatal nas liberdades individuais, mas de propiciar aquilo mais próximo possível do chamado “bem estar social”.

São os direitos sociais, cristalizados nos art. 6º e 7º, da Constituição da República Federativa de 1988, que exigem do Estado brasileiro prestações sociais, como assistência social, saúde, educação e trabalho, há também a garantia das chamadas “liberdades sociais”, que conforme afirma Sarlet abrangem a “liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como do reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como o direito a férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo, a limitação da jornada de

⁴ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. In: MORAES, Guilherme Peña. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Editora Atlas, p. 324

⁵ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 347

trabalho, apenas para citar alguns dos mais representativos”⁶. Há uma clara preponderância do princípio da igualdade.

Por fim, os direitos fundamentais de 3º dimensão, também denominados de direitos de fraternidade ou mesmo solidariedade, surgem de necessidades sociais modernas e distinguem-se pela titularidade difusa e coletiva, voltados não para uma percepção individual do homem, mas sim para a coletividade. A doutrina costuma enquadrar como de 3ª dimensão os direitos à paz, ao desenvolvimento, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e conservação do patrimônio histórico e cultural.

Ainda na temática das dimensões dos direitos fundamentais, cumpre tratar acerca da ainda não muito clara existência de uma quarta e quinta geração de direitos fundamentais. Paulo Bonavides⁷ em sua obra defende que a quarta dimensão surge da globalização dos direitos fundamentais, isto é, uma universalização e institucionalização de um Estado Social, no qual se enquadra o direito à democracia, informação e pluralismo político. Afirma ainda Bonavides a necessidade do direito a paz figurar em uma dimensão autônoma de modo a realçar o seu contexto multidimensional, ou seja, de impossibilidade de enquadrar em outras dimensões estabelecidas, criando-se a 5º dimensão

A distinção entre dimensões de direitos fundamentais é realizada com o propósito de demonstrar a evolução histórica desses direitos, de modo a permitir uma melhor compreensão acerca da sua formação material. A sucessão de dimensões não quer dizer, que os direitos de anteriores tenham sido suplantados, pelo contrário, aquele grupo de direitos que surge em uma determinada época continua a ser válido, existindo concomitantemente com outros direitos fundamentais de uma nova geração. Afirma Sarlet que:

As diversas dimensões que marcam a evolução do processo de reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais revelam que estes constituem categoria materialmente aberta e mutável ainda que seja possível observar certa permanência e uniformidade neste campo, como ilustram os tradicionais exemplos do direito à vida, da liberdade de locomoção e de pensamento, dentre outros tantos que aqui poderiam ser citados e que ainda hoje continuam tão atuais quanto no século XVIII, ou até mesmo anteriormente, se atentarmos para os precedentes já referidos no contexto da evolução histórica anterior ao reconhecimento dos direitos fundamentais nas primeiras Constituições. Além disso, cumpre reconhecer que alguns dos clássicos direitos fundamentais da primeira dimensão (assim como alguns da segunda) estão, na verdade, sendo revitalizados e até mesmo ganhando em importância e atualidade, de modo especial em face das novas formas de agressão aos valores tradicionais e

⁷ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. IN: BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, p. 345

consensualmente incorporados ao patrimônio jurídico da humanidade, nomeadamente da liberdade, da igualdade, da vida e da dignidade da pessoa humana⁸

Há um caráter claramente cumulativo, evolutivo, voltado a sempre garantir ao homem maior proteção de sua natureza.

2.2 Concepções filosóficas sobre direitos fundamentais

A justificativa da existência dos direitos fundamentais é uma questão, que por um longo período de tempo tentou ser respondida por diferentes vertentes filosóficas, muitas vezes totalmente excludentes entre si e incapazes de por si só de solucionar o problema, principalmente em razão da complexidade do conteúdo desses direitos, que são extremamente variáveis, dependendo em grande medida de uma série de circunstâncias totalmente heterogêneas para serem definidos.

Desse modo, em uma concepção inicial, hoje já superada, de base jusnaturalista, os direitos fundamentais eram vistos como produto do Direito Natural, isto é, de um conjunto de direitos naturalmente preexistentes, universais e superiores à vontade do Estado, que consubstanciam imperativos de proteção, sendo totalmente desnecessário qualquer reconhecimento por parte do Direito positivo.

Por outro lado, na vertente positivista há uma clara preponderância da “lei”, pois seria desta que surgiriam os direitos fundamentais como faculdades outorgadas e concretizadas por um ato normativo positivo. Há ainda os idealistas que entendem os direitos fundamentais como ideias, princípios básicos e abstratos, assentados em uma dada realidade social.

Assim, verifica-se uma clara e extrema dificuldade em compatibilizar as mais diversas concepções acerca dos direitos fundamentais, o que leva alguns autores, dentre os quais, Bobbio, a entender ser desnecessário encontrar os fundamentos dos direitos fundamentais, e até mesmo não ser viável tal interim. O fato de existirem as mais diversas gamas de direitos, de origens históricas bem distintas apontaria para a impossibilidade de encontrar-se uma fundamento geral para todos os direitos, sendo um dos caminhos possíveis, buscar-se no caso concreto aqueles pontos que levam os direitos à categoria de fundamentais.

Ante o inegável caráter diversificado dos direitos fundamentais, não existe na doutrina uma caminho único ou mesmo majoritário acerca do fundamento desses direitos, sendo

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012, p. 37

necessário sempre levar em conta que os direitos fundamentais não concretizam-se em uma ideia hermética, mas sim em um conceito aberto, que aceita diferentes visões e concepções.

2.3. A dimensão material dos direitos fundamentais (fundamentalidade material)

As mesmas razões que levam à dificuldade de encontrar um fundamento geral para os direitos fundamentais, dificultam a sua conceituação básica, haja vista serem direitos extremamente abstratos, de significados jurídicos variados.

Bobbio em sua obra, compreendendo essa dificuldade, exara que por muitas vezes tentou-se, por meio de expressões vazias, estabelecer erroneamente um conceito de direitos fundamentais, como por exemplo a ideia: “direitos humanos são que cabem ao homem enquanto homem”⁹, frase que em nada contribui para uma real compreensão acerca do que é ou não é direito fundamental ou mesmo um direito humano.

A conceituação de direitos fundamentais, ou ao menos características mínimas capazes de identifica-los, não configura uma atividade meramente acadêmica, mas sim de uma importância prática inegável, haja vista que para aplicar algo ao mundo real, resolvendo problemas concretos, de maneira correta, é necessário saber devidamente o que é um direito fundamental e o seu conteúdo.

Tal atividade perpassa diretamente pela compreensão acerca dos fundamentos materiais de tais direitos. Nesse passo, ante a importância de traçar um meio de identificação dos direitos fundamentais, e principalmente com a evolução teórica acerca destes, ganhou força a ideia de que os direitos fundamentais, enquanto inerentes ao homem, são direitos baseados e fundamentados no princípio da dignidade da pessoa humana, sendo esse princípio o centro de todos um sistema constitucional de direitos fundamentais e parâmetro de análise acerca da sua fundamentalidade, nesse sentido afirma Jorge Miranda que “o princípio da dignidade da pessoa humana constitui fundamento de todo o sistema dos direitos fundamentais, no sentido de que estes consubstanciam-se em exigências, concretizações e desdobramentos da dignidade da pessoa e que com base neste devem (os direitos fundamentais) ser interpretados”¹⁰

Nesse mesmo sentido, tem-se que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, toma como fundamento geral dos direitos fundamentais a dignidade da pessoa humana, nesse sentido são os ensinamentos de Sarlet, que assim estabelece:

⁹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. In: SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 59

¹⁰ MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Constitucional**. In: Fernandes, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p.234

Tal concepção, à evidência, aplica-se também ao nosso constitucionalismo, igualmente caracterizado por uma Constituição de cunho marcadamente compromissário, mas que – como já frisado – erigiu a dignidade da pessoa humana à condição de fundamento de nosso Estado democrático de Direito, como, de resto, já tem sido amplamente sustentado também no âmbito da doutrina pátria. Assim, na esteira do que já se afirmou em relação à Lei Fundamental da Alemanha, também a nossa Constituição – pelo menos de acordo com seu texto – pode ser considerada como sendo uma Constituição da pessoa humana, por excelência, ainda que não raras vezes este dado venha a ser virtualmente desconsiderado.¹¹

Assim, tendo em conta que a constituição erigiu o homem como centro de todo o sistema jurídico, seria sobre a sua dignidade firmado todo o conjunto de direitos fundamentais, ou seja, todos aqueles direitos reconhecidos ao longo da CRFB/88, direta ou indiretamente estariam ligados à dignidade humana e só poderiam ser concebidos em respeito a ela.

Entretanto como é normal no que tange a conceituação dos direitos fundamentais, há autores que não concordam com ideia de estabelecer o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento axiológico geral desses direitos, afirma Canotilho que tal entendimento “expulsa do catálogo material do direitos todos aqueles que não tenham um radical subjetivo, isto é, não pressuponham a ideia-princípio da dignidade da pessoa humana. O resultado a que chega é um exemplo de típico de uma teoria de direitos fundamentais não constitucionalmente adequada”¹², tal crítica evidencia o caráter extremamente subjetivo dessa concepção o que por vezes poderia afastar do âmbito dos direitos fundamentais, uma série de direitos que não poderiam ser diretamente relacionados com o ser humano ou mesmo a sua dignidade.

Nada obstante as claras dificuldades em estabelecer um fundamento geral para os direitos fundamentais, dificuldades essas relacionadas com a própria natureza desses direitos, que são históricos, moldados segundo as necessidades de um determinado período no tempo, é inegável que é o princípio da dignidade da pessoa humana que guia os direitos fundamentais típicos, principalmente do direito à vida, integridade física e a liberdade.

Segundo Gilmar Mendes e Paulo Branco “Os direitos fundamentais, em sentido material, são, pois, pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade da pessoa humana”¹³, quer dizer, apesar desses direitos

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 87

¹² CANOTILHO, José Gomes. **Direito Constitucional**. In: SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.34

¹³ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 432

possuírem diferentes concepções que se formam segundo as circunstâncias de um determinado contexto histórico, este serão produto da dignidade da pessoa, enquanto valor.

2.3.1 O princípio da dignidade da pessoa humana

O termo “dignidade” nas suas raízes semânticas advém de “dignus”, o que quer dizer aquilo que tem uma importância ou que possui honra, nesse raciocínio partindo de uma concepção semântica cabe assentar que a ideia de “dignidade humana” não é algo novo na história da humanidade, estudos afirmam que já na China Imperial¹⁴, Séc IV, A.C, confucionistas indicavam que “cada ser humano nasce com uma dignidade que lhe é própria, sendo-lhe atribuída por ato da divindade”¹⁵

Aqui, como em outras concepções de cunho religioso, incluindo a cristã, que surgiram no futuro, há a tomada do ser humano, como um ser especial, diferente de qualquer outra espécie, impassível de instrumentalização ou coisificação, de natureza divina, ou como afirma a doutrina cristã, criado à imagem e semelhança de Deus, sendo assim de um valor intrínseco inegável.

Kant, no iluminismo alemão, é um dos primeiros a dessacralizar a ideia de “dignidade humana”, impondo um visão mais racional de tal ideário. Partindo de uma defesa da autonomia da vontade e da moral do indivíduo, Kant¹⁶ afirma que o homem sempre é o fim das relações humanas e nunca um mero meio, a dignidade seria o reconhecimento de que o homem é um ser singular, insubstituível e vital para uma ordem jurídica, segundo Barela, para Kant:

o homem é um fim em si mesmo - e não uma função do Estado, da sociedade ou da nação - dispondo, portanto, de uma dignidade ontológica. O direito e o Estado, ao contrário, é que deverão estar organizados em benefício dos indivíduos. Assim é que Kant sustenta a necessidade da separação dos poderes e da generalização do princípio da legalidade como forma de assegurar aos homens a liberdade de perseguirem seus projetos individuais. Além de fundar a dignidade no homem, o conceito kantiano é universal, estendendo a dignidade a todos os seres racionais.¹⁷

Assim, em certa perspectiva, compreende-se a dignidade da pessoa humana como a ideia de vedação à instrumentalização do homem, uma proibição de disponibilização do outro

¹⁴ FERNADES, Bernardo. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª. Ed. Salvador: Ed. Juspodivm. P 543

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 87

¹⁶ KANT, Emmanuel. *Metafísica dos Costumes*. In: SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen juris, p 129

¹⁷ BALERA, Wagner. **A dignidade da pessoa e o mínimo existencial**. In: SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006

como mero meio para certa finalidade, identificando-se a violação à dignidade humana a partir do objetivo da conduta, isto é, caso a exista a intenção de utilizar o outro como se objeto fosse, esquecendo a sua condição humana e o confundindo-o com uma coisa, tal conduta atacaria diretamente esse princípio.

Outrossim, a dignidade da pessoa humana não se restringe a um sentido único, sendo possível extrair da doutrina moderna uma releitura desse princípio para consolidar a ideia de homem como um fim, mas mais do que isso, como uma condição natural e indissociável do homem de auto afirmar-se, que gera o direito para ele de decidir de forma autônoma os rumos de sua vida e seus projetos de felicidade.

Nesse passo, é essencial ainda trazer a ideia de que a dignidade humana é inegavelmente ligada a uma necessária noção comunitária, pois essa dignidade que é de cada pessoa é ao mesmo tempo de todos, pois a existência de dignidade garantiria a existência de uma igualdade, ao menos teórica, entre todos os indivíduos, que partilhariam dos mesmos direitos e conseqüentemente deveriam atuar para concretizar o ideário geral de dignidade, nesse sentido Kant afirma:

é verdade que a humanidade poderia subsistir se ninguém contribuísse para a felicidade dos outros, contanto que também lhes não subtraísse nada intencionalmente; mas se cada qual se não esforçasse por contribuir na medida das suas forças para os fins de seus semelhantes, isso seria apenas uma concordância negativa e não positiva com a humanidade como um fim em si mesmo. Pois se um sujeito é um fim em si mesmo, os seus fins têm de ser quanto possível os meus, para aquela ideia poder exercer em mim toda a sua eficácia¹⁸

Nesse passo, apesar das noções gerais estabelecidas, das raízes históricas muito antigas e de um longo processo de desenvolvimento teórico, fato é, que não há entre os autores um conceito pacífico de dignidade da pessoa humana, o que não impede, todavia, a partir de noções defendidas pela teoria constitucional majoritária, erigir a dignidade humana como um meta-princípio, irradiante de valores e vetores de interpretação para todos dos direitos fundamentais, exigindo que o homem sempre seja tratado de maneira igualitária, como um fim em si mesmo, jamais como objeto, passível de negociação e uso para satisfação de interesses de terceiros.

A busca pela definição de dignidade de modo algum pode se reduzir a estabelecer uma suposta fórmula abstrata e geral, pois a complexidade de seu conteúdo não permite tal interim, o que todavia não impede ao menos para efeitos operacionais, a luz do caso concreto, uma

¹⁸ KANT, Emanuel. Fundamentos da Metafísica dos Costumes. In: SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006

definição de certa forma aberta e minimamente objetiva voltada à exigência de segurança e previsibilidade das relações jurídicas.

Partindo desse pressuposto percebe-se que a dignidade da pessoa humana é um princípio multidimensional, isto é passível de verificação sobre diferentes perspectivas, podendo ser conceituado segundo Ingo Wolfgang Sarlet como:

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em 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 as 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, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.¹⁹

Segundo o autor tal proposta de conceituação de forma alguma pode ser vista como um conceito fechado, mas apenas como um ponto de partida para a exata compreensão do princípio, que deve sempre ser levado em conta em relação com os direitos fundamentais, campo no qual a dignidade se torna operativa e realmente concreta e apta a produzir consequências na vida jurídica.

Nessa linha, vê-se a dignidade humana como “superprincípio”, de hierarquia superior, comungando a moral e o direito, dando base a todos os outros direitos fundamentais, que somente teriam uma justificativa se vistos a sua luz. Afirma Sarlet que “A função integradora e hermenêutica do princípio da dignidade da pessoa humana que serviria de parâmetro para a aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico”²⁰, segundo o autor a ideia de dignidade humana, acabar por ser uma referência indispensável de hierarquização axiológica inerente ao processo de criação e inovação jurisprudencial.

De outro giro, temos o pensamento de Dworkin, que vê a dignidade da pessoa humana como a conciliação entre a igualdade e a liberdade, afirmando a existência de duas dimensões da dignidade humana, a primeira de reconhecimento da importância de cada projeto da vida individual e a segunda como a proteção da autonomia individual na perseguição desse projeto, ou seja, a dignidade humana, é a garantia de “iguais liberdades subjetivas para a ação”. O

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 110

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 87

respeito à dignidade humana, não legitima apenas os direitos fundamentais, mas todo o ordenamento jurídico e até mesmo o próprio governo.

Por fim, cabe ainda trazer à tona as ideias de Jurgen Habermas, que por meio de sua Teoria Discursiva do Direito e da Democracia, afirma que a necessidade de não instrumentalização do homem decorre do princípio da democracia, que exige do Estado, na sua tomada de decisões a participação plena da sociedade, em uma construção racional, legitimada pelos participantes que são coautores do provimento, fins em si mesmos e não objeto da satisfação de outros interesses.

No plano internacional a Declaração Universal dos Direitos do Humanos estabelece de imediato, logo em seu preâmbulo a necessidade de proteção da dignidade humana, dispondo no seu art. 1º que “todos os seres humanos nascem livres e iguais, em dignidade e direitos”, da mesma forma os dois pactos internacionais - sobre direitos civis e políticos e o sobre direitos sociais, econômicos e culturais - da Organização das Nações Unidas - ONU, reconhecem que a dignidade é inerente à “família” humana, um atributo que lhe é próprio e independentemente de sua condição pessoal.

A dignidade não um direito autônomo, ou seja, não possui uma existência própria, abstrata, dissociada de outro direitos, pelo contrário, seja em diplomas internacionais, seja nos diplomas internos dos Estados, a dignidade é posta como fundamento geral dos direitos fundamentais, conferindo-lhes conteúdo ético e dando unidade axiológica aos sistema jurídico, no qual exista um substrato material suficiente a permitir a concretização dos direitos fundamentais.

A doutrina costuma estabelecer duas perspectivas distintas em relação à dignidade humana, qual sejam, a positiva e a negativa. A perspectiva positiva ou elemento positivo é a ideia de que a dignidade humana enquanto ideia que vê o ser humano como um ser especial, exige para a proteção desse ser, a existência de condições materiais mínimas de sobrevivência, é o que se denomina “mínimo existencial”, isto é, ao homem deve ser conferido ao menos o mínimo para viver dignamente, podendo, se quiser, desenvolver livremente suas capacidades.

Outrossim a perspectiva negativa ou elemento negativo, consiste basicamente na proibição imposta à todos e não somente ao Estado de impelir um tratamento ofensivo, desumano ou degradante ao ser humano.

Nessa linha, cabe ainda salientar no que tange a jurisprudência, em especial a do Supremo Tribunal Federal, apesar de existir um intenso uso da dignidade da pessoa humana como base e argumentação de decisões jurídicas, não há também entendimento sistematizado acerca do que viria ser esse princípio. Nessa oportunidade já assentou o ministro Ilmar Galvão,

relator do RE 349.703/RS, decretando a inconstitucionalidade da prisão do depositário infiel, que:

“Por isso mesmo, a ideia de dignidade da pessoa humana haverá de permear todo o texto da nova carta, inspirando suas normas, explícitas e implícitas, notadamente as garantidoras dos direitos fundamentais, seja na categoria de direitos subjetivos, cuja observância tem o titular o direito de exigir judicialmente, mas também como princípios objetivos básicos destinados a influir, de maneira decisiva sobre o ordenamento jurídico em seu conjunto, limitando o poder estatal, e criando, assim, um marco de convivência humana propício ao desenvolvimento livre da personalidade”²¹

A luz da posição do pretório excelso, cabe trazer à discussão, a constatação de que a dignidade humana, enquanto categoria jurídica costuma ter algumas funções ou usos habituais dentro da jurisprudência brasileira. A primeira é a de base para a criação jurisprudencial de novos direitos, como por exemplo, o direito “à busca pela felicidade”, reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal; a segunda forma de uso, seria como um parâmetro de interpretação inerente à aplicação do direito, isto é, a aplicação da norma jurídica ao mundo concreto, perpassaria necessariamente pelo filtro do princípio da dignidade da pessoa humana, um terceiro uso mais habitualmente aferível, é utilização da dignidade humana como uma fonte limitadora do poder estatal e por fim tem a dignidade como instrumento de baliza para a realização de juízos de ponderação e escolha proporcional acerca de qual situação jurídica ou princípio deve prevalecer nos casos de confrontos diretos, nesse último sentido é a decisão do Supremo Tribunal Federal que relativizou a coisa julgada em prol da dignidade da pessoa humana:

“O princípio da segurança jurídica não seria, portanto, absoluto, e que não poderia prevalecer em detrimento da dignidade da pessoa humana, sob o prisma do acesso à informação genética e da personalidade do indivíduo. Assinalou não se poder mais tolerar a prevalência, em relações de vínculo paterno-filial, do fictício critério da verdade legal, calcado em presunção absoluta, tampouco a negativa de respostas acerca da origem biológica do ser humano, uma vez constatada a evolução nos meios de prova voltados para esse fim”²²

Apesar de tudo o que foi exposto ainda é clara a inexistência de uma conceito geral e apto a definir de maneira objetiva o que é “dignidade da pessoa humana”, motivo pelo qual, é necessária a tentativa de se traçar parâmetros mínimos de cotejo, de modo a permitir a aplicação adequada da deste princípio ao mundo real, fazendo com que este não seja algo excessivamente

²¹ Ilmar Galvão, relator do RE 349.703/RS

²² (RE 363.889, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 7-4-2011, Plenário, Informativo 622, com repercussão geral)

abstrato, de um conteúdo vazio, fundamento de tudo e aos mesmo tempo de nada. Assim, tem-se que a dignidade humana pode ser identificada a partir das seguintes ideias:

a) Não Instrumentalidade: O homem não coisa, instrumento ou meio para um fim. É um “fim em si mesmo”.

b) Autonomia existencial: O indivíduo é livre pra escolher aquele caminho que melhor se adequa a suas pretensões de vida, desde que não sejam ilícitas ou interfiram de maneira indevida na vida de terceiro inocente. É o que se denomina de liberdade existencial, ou seja, a ampla possibilidade dos mais diferentes projetos de vida, em um mundo essencialmente plural;

c) Direito ao Mínimo Existencial: Deriva do constitucionalismo social que estabelece que todo indivíduo tem o direito possuir condições materiais básicas de uma vida digna, não pretendesse aqui, exigir para todos condições de igualdade material plena, mas que todos ao mínimo tenham uma base na qual possam desenvolver a sua vida e capacidades de forma digna, vivendo e não apenas sobrevivendo.

d) Direito ao reconhecimento: É a necessidade de respeitar as identidades singulares dos indivíduos, a sua imagem e honra e os direitos inerentes a sua autodeterminação.

2.3.1.1 A dignidade da pessoa humana como fundamento da ordem constitucional brasileira

A concepção que toma como essencial a proteção da dignidade humana, no que tange a ordem constitucional brasileira, não é nova, podendo ser percebida em diversas manifestações constitucionais atualmente já inexistentes, mas que auxiliaram em grande medida na construção daquilo que hoje, a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, se entende como um sistema que tem como base geral a dignidade da pessoa humana.

Nesse diapasão, a primeira Constituição brasileira, de 1824, já afirmava em seu art. 179 a “inviolabilidade dos Direitos Cívicos e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade”²³, ou seja, conferia proteção a determinados bens jurídicos, que eram considerados fundamentais a existência humana, o que, inegavelmente advém de uma perspectiva do ser humano como um ser digno de proteção.

Do mesmo modo a Constituição posterior de 1891, mantendo-se na mesma linha, traz novos dispositivos que tornam ainda mais concreta a proteção conferida aos indivíduos e sua

²³ BRASIL. **Constituição Política Do Império Do Brazil** (De 25 De Março De 1824). Rio de Janeiro, 22 abr. 2008. Disponível em http://www.pl.analto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm> Acesso em: 22 de janeiro de 2017.

dignidade, utilizando-se, por exemplo, do Habeas Corpus, como um instrumento constitucional, essencialmente voltado à garantia da liberdade de locomoção, direito fundamental inalienável. Por sua vez, na Constituição de 1934 é criado um capítulo exclusivo para Direitos e Garantias individuais, que passará a ser constante, com algumas ressalvas, em todos os textos constitucionais posteriores, afirmando ainda no seu art. 115 que “ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos *existência digna*” (grifo nosso).

Contudo, foi na Constituição de 1967, que, apesar de ter nascido em um regime ditatorial e de constante violação de direitos, consagrou-se o termo “dignidade humana”, afirmando em seu art. 157, inciso II que “A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana”²⁴, há nesta uma clara influência da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1945, garantindo aos indivíduos, ao menos formalmente, uma esfera juridicamente protegida, o que infelizmente posteriormente não veio a ser respeitado.

Visto esse contexto já existente, constata-se que é somente a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que, diga-se de passagem, nasceu como uma clara resposta a um período histórico anterior de autoritarismo, que há uma real positivação e consagração da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado brasileiro.

Nessa linha, tem-se que a ordem constitucional brasileira erigiu a dignidade humana à condição de norma jurídica, não concedendo dignidade por meio de uma norma, mas sim, reconhecendo-a como uma norma já existente, de necessária proteção, respeito e promoção.

A dignidade passa inegavelmente a ser um princípio fundamental, de conteúdo não tão somente ético e moral, mas constitucional, carregado de eficácia e alcançando todos os valores jurídicos de um sistema, sendo o seu fundamento axiológico geral. O que, todavia, não retira da dignidade uma dimensão também de “regra”, isto é, a dignidade da pessoa humana ao mesmo tempo que é princípio jurídico, também possui características de regra jurídica, ou seja, possui uma dupla dimensão, a primeira voltada a fundamentar o sistema jurídico, dando-lhe norte e valor e a segunda, uma dimensão proibitiva, impondo que as condutas sempre se pautem na sua observância.

A consolidação da dignidade da pessoa humana como princípio constitucional de conteúdo normativo-jurídico inegável, demonstra seu caráter vinculante frente ao sistema jurídico, isto é, todas as normas constitucionais, infraconstitucionais, ou mesmo infra legais só

²⁴ **Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1967.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm

poderão ser consideradas válidas, se quando confrontadas com este princípio, possa-se extrair sua compatibilidade material, pois, a dignidade passa ser um parâmetro de observância obrigatória, inafastável pelo direito, ou pelo exercício de qualquer outro direito, mesmo que constitucionalmente previsto.

2.4 As características dos direitos fundamentais

Como já afirmado, por mais de uma vez, a tarefa de conceituar os direitos fundamentais enfrenta uma série de dificuldades teóricas inerentes a sua natureza abstrata, o que torna essencial traçar características básicas desse direitos, de modo a facilitar a sua identificação no mundo jurídico. Todavia da mesma forma que achar um conceito geral de direitos fundamentais não é nada fácil, estabelecer-lhes as características é tarefa igualmente complexa.

De início cabe assetar que os direitos fundamentais são universais, isto é, titularizados por todos os indivíduos, sendo a condição humana requisito suficiente para ser objeto de proteção desses direitos, todavia essa universalidade deve ser compreendida em termos, haja vista que existem direitos fundamentais, no rol da CRFB/88, que não são titularizados por todos os indivíduos, mas apenas por uma parcela deles, detentora de alguma condição especial, como por exemplo os trabalhadores. Isso evidencia, que o poder constituinte originário, reconheceu a necessidade de privilegiar certos indivíduos que por suas características diferenciadas, necessitavam de uma proteção especial.

De outro lado, a universalidade por ser entendida como o fato dos direitos fundamentais vincularem e obrigarem a todos, seja o Poder Público, sejam os particulares. Nesse ponto cabe assentar, que a noção clássica de direitos fundamentais, nasceu da ideia de limitação do poder estatal, não havendo à época a concepção de que os particulares, em suas relações privadas deveriam respeitar os direitos fundamentais.

Esses direitos podem ser caracterizados ainda pela sua relatividade, ou seja, são direitos não absolutos que comportam limitações, principalmente quando contrapostos a outros valores igualmente constitucionais ou mesmo outros direitos fundamentais. Na Constituição brasileira é clara essa característica, haja vista que até vida, um dos principais, senão o principal direito fundamental aceita limitações, como a possibilidade de pena de morte em tempo de guerra.

Passando a outra característica, tem-se que os direitos fundamentais são direitos essencialmente históricos, isto é, tem o seu conteúdo construído ao longo de um processo temporal, somente fazendo sentido quando compreendidos, segundo o contexto histórico/cultural de sua origem. O que explica o surgimento, desaparecimento ou mesmo a

modificação dos direitos fundamentais, pois os seus conteúdos são determinados por um constante processo de lutas em defesa de novas liberdades e de proteção de novas necessidades, de modo que esses direitos costumam se afirmar de maneira gradual, nesse sentido Gilmar Mendes afirma que:

a ilustração de interesse prático acerca do aspecto da historicidade dos direitos fundamentais é dada pela evolução que se observa no direito a não receber pena de caráter perpétuo. Tanto a Constituição atual quanto a anterior estabeleceu vedação à pena de caráter perpétuo. Esse direito, que antes de 1988 se circunscrevia à esfera das reprimendas penais, passou a ser também aplicável a outras espécies de sanções. Em fins de 1988, o STF, confirmando acórdão do STJ, estendeu a garantia ao âmbito das sanções administrativas. A confirmar o caráter histórico-evolutivo – e, portanto, não necessariamente uniforme – da proteção aos direitos fundamentais, nota-se, às vezes, descompasso na compreensão de um mesmo direito diante de casos concretos diversos. Assim, não obstante o entendimento do STF acima mencionado, a Corte durante bom tempo continuou a admitir a extradição para o cumprimento de penas de caráter perpétuo, jurisprudência somente revista em 2004.”²⁵

Assim, apreende-se que os direitos fundamentais, são direitos de um conteúdo fluído inegável, historicamente construídos e passíveis de modificação a depender do contexto no qual estejam inseridos.

Outra característica essencial dos direitos fundamentais é a sua inalienabilidade ou para alguns a sua indisponibilidade, que nada mais é do que a ideia de que os direitos fundamentais são impassíveis de qualquer ato de disposição, renúncia, compra ou venda, isto é, são direitos que não podem ser preteridos por um mero ato de vontade de seu titular. A inalienabilidade teria assento exatamente no princípio da dignidade da pessoa humana, que impede a coisificação do homem, não podendo este privar-se, por vontade própria, de sua dignidade.

É certa a ideia de que os direitos fundamentais são inalienáveis, todavia não há impedimento de que o exercício de certos direitos sofra restrição em prol de um determinado fim que é tolerado pela ordem constitucional.

Outras característica inerente aos direitos fundamentais é a sua constitucionalização, como já anteriormente afirmado o traço diferenciador dos direitos fundamentais é o fato destes encontrarem morada no direito positivo interno de determinado Estado, consagrados em preceitos positivos da ordem jurídica, os quais, no sistema brasileiro, são a Constituição.

A essencialidade de tais direitos exige um campo de proteção muito maior contra ingerências externas hábeis à relativiza-los ou mesmo esgotar o seu conteúdo, sendo assim, a

²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p.240.

constituição, desde que ao menos rígida, é o instrumento adequado de positivação dos direitos fundamentais, trazendo sérias consequências, dentre as quais, uma maior proteção e perenidade a tais direitos, que por situassem no ápice da hierarquia normativa possuem um caráter vinculante em relação a todo o Direito.

Os direitos fundamentais, pela sua própria essência e ainda mais por localizarem-se na Constituição são inegáveis cânones de organização e limitação dos poderes do Estado, nesse passo, da constitucionalização dos direitos fundamentais é possível extrair outras características deste, qual seja o caráter vinculante em relação ao Estado e seus poderes constituídos.

O poder legislativo é vinculado, seja pelo dever de respeitar, no exercício da sua atividade lefígerante, os limites impostos pelo sistema de direitos fundamentais, seja pela obrigação de legislar quando há imposição de regulamentação infraconstitucional para concretização normativa de determinados direitos, que por não possuírem um conteúdo completo dependem da atuação do legislador ordinário.

Há um verdadeiro dever de legislar por parte do poder legislativo, a constituição não confere discricionariedade a essa atuação, é dever de todos a efetiva concretização dos direitos fundamentais, sendo a inércia nesse sentido inconstitucional passível de controle por parte do judiciário, seja por meio de um mandado de injunção, seja por uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, o que não é aceitável é aquilo que se denomina como “síndrome da inefetividade das normas constitucionais”, na qual há uma imposição constitucional do dever de legislar, mas nada acontece, violando a constituição e lesando aqueles que não podem exercer plenamente seus direitos.

Ainda no que tange a vinculação do poder legislativo cabe trazer a tona a ideia de proibição de retrocesso, que nada mais é do que a concepção de que uma vez obtido um certo grau de realização dos direitos fundamentais não seria possível, ao legislador atuar de modo reverter quaisquer conquistas obtidas. Nesse sentido afirma Canotilho que:

“o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzem na prática de um anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial”²⁶

Essa ideia não é aceita de maneira pacífica pela doutrina, devendo-se acentuar que mesmo aqueles que aceitam o princípio da proibição de retrocesso, acolhem a tese de que há

²⁶ CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra, Almedina, 2005

sim a possibilidade de uma reforma na regulação dos direitos fundamentais, à luz do princípio da proporcionalidade.

A vinculação dos poderes por parte dos sistemas de direitos fundamentais é inegável, nesse passo há uma vinculação clara também do poder executivo, pois a administração, conceito que compreende não somente as pessoas jurídicas de direito público, mas também aquelas de direito privado no exercício de poderes públicos. A vinculação do poder executivo, exige deste uma atuação pautada no respeito aos direitos fundamentais, sob pena do cometimento de atos nulos.

Cabe assentar, ainda, a vinculação do poder judiciário, é dever constitucional deste atuar de na defesa de direitos violados ou mesmo ameaçados de violência, o poder judiciários na sua atuação essencial sempre deve ter como norte a maior efetividade dos direitos fundamentais, controle os atos dos outros poderes que por ventura venham a conflitar que com os direitos fundamentais postos.

Por fim, como característica inegável dos direitos fundamentais está a sua clara tendência de evolução. Desde que os direitos fundamentais deixaram de ser apenas teorias filosóficas e passaram a ser positivados dentro dos ordenamentos jurídicos estatais, ganhando uma real concretude e exigibilidade jurídica, passaram aos poucos a possuir um caráter cada mais universal, ampliando o seu campo de abrangência. Deixando de proteger interesses apenas comum, passando a se singularizar pela influência de situações sociais novas, nesse sentido afirma Gilmar mendes que “essa tendência de à especificação acarreta a multiplicação dos direitos. A especificação leva a necessidade de serem explicitados novos direitos, adequados às particularidades dos seres humanos na vida social”²⁷

2.5 Conflitos entre direitos fundamentais

A complexidade e variedade de conteúdo que os direitos fundamentais possuem, ocasiona situações na quais esses direitos que, em tese, possuem o mesmo fim acabem por entrar em rota de conflito, criando circunstâncias nas quais não vai ser possível que todos atuem em sua plenitude.

Essa concepção de que os direitos fundamentais, eventualmente, podem se contrapor, é vital para a compreensão do objeto do presente trabalho, haja vista que nos próximos capítulos tratar-se-á da eficácia dos direitos fundamentais nas relações particulares e sua inegável

²⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. Editora Saraiva: 2015.

contraposição com a autonomia individual e a liberdade de decisão, que também são direitos fundamentais. Sendo necessário desse modo, tecer ao menos algumas breves considerações sobre esse ponto.

Inicialmente para a compreensão devida acerca da solução a ser dada no caso de conflitos entre direitos fundamentais, é necessário partir da concepção de que a norma jurídica é um gênero, que comporta duas espécies, as regras e os princípios. Nessa linha, dispõe Barroso que:

a Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. A mudança de paradigma nessa matéria deve especial tributo às concepções de Ronald Dworkin e aos desenvolvimentos a ela dados por Robert Alexy. A conjugação das ideias desses dois autores dominou a teoria jurídica e passou a constituir o conhecimento convencional da matéria ²⁸

As regras são aquelas normas que diante de um determinado fato, exigem, permitem ou mesmo proíbem, não havendo um modo gradual do seu cumprimento, é tudo ou nada e no caso de conflitos, o problema se resolverá no campo da válida, segundo princípios clássicos, como a hierarquia, cronologia e especialidade.

Por sua vez, os princípios, como afirma Canotilho, são “Normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas”²⁹, são determinações, moldadas como mandados de otimização, para que um certo bem jurídico seja concretizado na maior medida possível, aceitando dessas forma diferentes graus de aplicação, conforme as circunstâncias do caso concreto. E é nessa categoria que se encaixam a maior parte dos direitos fundamentais.

O fato dos princípios terem uma existência mais abstrata, que aceita diferentes graus de concretização afeta de maneira direta, a questão de um eventual confronto entre princípios incidentes sobre a mesma situação concreta. Não irá se aplicar as mesmas soluções dadas às regras, mas sim deve-se “buscar a conciliação entre eles, uma aplicação de cada qual em extensões variadas, segundo a respectiva relevância no caso concreto, sem que tenha um dos princípios como excluído do ordenamento jurídico por irremediável contradição com o outro”³⁰.

²⁸ BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição, 7. ed. In DEMOULIS, Dimitri; MATINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 34

²⁹ CANOTILHO, Jose Gomes. Direitos Constitucional. In DEMOULIS, Dimitri; MATINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 34

³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Pulo: Ed. Saraiva, 2015, p. 546

A aplicação ou não do direito fundamental, ou sua eventual preponderância sobre outros direitos, deve-se dar pela leitura da norma em conjugação com outros fatores presentes na situação in concreto, não é possível exercer qualquer juízo abstrato de validade, haja vista que não haverá a anulação de um princípio pelo outro, mas apenas a prevalência, naquele caso, daquele princípio que seja mais adequado.

A aferição acerca de qual deve ser o princípio prevalente se dá por meio de um juízo de ponderação, que liga-se diretamente a ideia de proporcionalidade, exigindo que o sacrifício de um direito só ocorra quando for útil para a solução do problema, pondo – se em ação o princípio da concordância prática, de modo, a conformar os diferentes bens jurídicos em conflito, permitindo que coexistam na medida do possível e buscando-se sempre a preservação dos seus núcleos essenciais. Estabelece Paulo Gonet Branco que:

É importante perceber que a prevalência de um direito sobre o outro se determina em função das peculiaridades do caso concreto. Não existe um critério de solução de conflitos válido em termos abstratos. Pode-se, todavia, colher de um precedente um viés para a solução de conflitos vindouros. Assim, diante de um precedente específico será admissível afirmar que, repetidas as mesmas condições de fato, num caso futuro, um dos direitos tenderá a prevalecer sobre os outros³¹

Assim, tem-se que no conflito inegavelmente factível entre direitos fundamentais, não será possível estabelecer quaisquer regras prévias de solução, sendo necessário, à luz do caso concreto a definição daquele princípio que irá prevalecer, reduzindo de maneira momentânea o campo amplitude o outro direito, que de forma alguma deixará de existir.

Trazendo tal concepção para o objeto central do presente trabalho, têm-se que o processo de harmonização entre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e autonomia privada, passa necessariamente por um juízo de ponderação de modo a encontrar segundo as circunstâncias do caso concreto, bem como com aquilo disposto na CRFB/88, o ponto de equilíbrio entre esses dois fenômenos, protegendo o indivíduo em face de possíveis violações de direitos, sem contudo, diminuir em demasia seu campo de autodeterminação

³¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Pulo: Ed. Saraiva, 2015. p. 532

3. A DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A PERSONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

Os direitos fundamentais, enquanto instituto jurídicos de imensa complexidade, possuem inúmeras perspectivas pelas quais podem ser analisados, dentre elas têm-se as dimensões subjetiva e objetiva desses direitos, que revelam cada uma, diferentes efeitos que os direitos fundamentais possuem dentro do sistema jurídico vigente, em especial o brasileiro, no qual sua constituição tem como base a garantia plena da dignidade da pessoa humana e por consequência dos direitos fundamentais.

A concepção liberal de direitos fundamentais os coloca como limites imanentes ao poder do Estado, impondo a este um dever de abstenção e não ingerência nas relações privadas, um entendimento que traz para o direito constitucional uma categoria jurídica que foi criada e desenvolvida pelo direito civil, o que, à época, era perfeitamente aceitável, haja vista que direito privado possuía um grau de desenvolvimento muito mais significativo.

Nessa linha vê-se que a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais é muito ligada a essas raízes históricas, correspondendo a uma característica que se consubstancia em uma pretensão de um dado comportamento, na possibilidade de exigir-se um fazer ou não fazer de outrem ou mesmo o poder de modificar situações jurídicas. Nesse sentido afirma Gilmar Mendes que:

Nessa perspectiva os direitos fundamentais correspondem à exigência de uma ação negativa (em especial, de respeito ao espaço de liberdade do indivíduo) ou positiva de outrem e, ainda, correspondem à competências – em que não se cogita de exigir comportamento ativo ou omissivo de outrem, mas do poder de modificar as posições jurídicas³²

Apesar de inegavelmente a dimensão subjetiva ser a de maior presença na vida prática das pessoas, ela convive de maneira harmoniosa e complementar com a sua dimensão objetiva que aqui passar-se-á a tratar.

O advento do Estado social somando com o avanço dos estudos do direito constitucional, que passaram a se dissociar cada vez mais do direito civil, ocasionaram uma quebra de paradigma no que tange a concepção de direitos fundamentais. Novos direitos foram reconhecidos e positivados nos ordenamentos jurídicos internos, buscando cada vez a garantia de uma igualdade material efetiva, mas mais do que isso, os antigos direitos fundamentais, de perspectiva liberal, passaram ao longo do tempo e com a sua maturação histórica, por uma

³² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015, p. 321

releitura, buscando estabelecer outras possibilidades que ultrapassem a mera garantia de liberdade e limitação do poder do estado.

Os direitos fundamentais antes vistos apenas sobre um manto subjetivo, passam a ser analisados também de outra maneira, hábil a revelar novos efeitos destes, sendo reconhecidos desse modo sob uma perspectiva objetiva, a qual não despreza a dimensão subjetiva, apenas agrega-se a ela de modo a dar maior concretude aos direitos fundamentais.

A dimensão objetiva nada mais é do que o reconhecimento de que os direitos fundamentais dentro de um sistema jurídico constitucional, mais do que imporem ao Estado prestações positivas ou posições absenteístas, legitimam os valores mais importantes de uma comunidade política. Nessa linha afirma Viera de Andrade que:

Os direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto faculdades ou poderes de que estes são titulares, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe³³

O direitos fundamentais ultrapassam a mera limitação do poder estatal e tomam um real significado de verdadeiros princípios da ordem constitucional, fundando o Estado Democrático de Direito e sendo o norte para o exercício do poder, segundo Gilmar Mendes alcançam “a estatura de normas que filtram os valores básicos da sociedade política, expandindo-se para todo o direito positivo”³⁴.

Esses direitos passam a ser encarados como verdadeiros valores coletivos, que irradiam-se para todos os campos do Direito, orientando a atuação dos diferentes poderes da república, mas não somente destes, enquanto valores gerais de uma dada comunidade, o direitos fundamentais deixam de ser algo de observância apenas imputável ao Estado, passando a ser da sociedade como uma toda, sendo também desta o dever de sua proteção. Extingue-se a concepção individualista dos direitos fundamentais.

Ou seja, há um clara expansão do campo de atuação dos direitos fundamentais, antes restritos à relação desigual de homem-Estado, passam a abranger também as relações privadas entre homens, que, em tese, encontram-se em pé de igualdade, nesse sentido afirma Sarmiento que:

³³ VIERA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. P. 213

³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Pulo: Ed. Saraiva, 2015, p. 337

no mesmo diapasão, afirma-se que a dimensão objetiva expande os direitos fundamentais para o âmbito das relações privadas, permitindo que estes transcendam o domínio das relações entre cidadão e estado, às quais estavam confinados pela teoria liberal clássica reconhece-se então que tais direitos limitam a auto no mia dos ato res privados e protegem a pessoa humana da opressão exerci da pelos pode res sociais não estatais, difusamente presentes na sociedade contemporânea neste quadro, o legislador assume o encargo de promover os direitos fundamentais, e toda a legislação ordinária terá de ser revisita da sob uma nova ótica, dita da pela axiologia constitucional.³⁵

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais, toma esses, como valores em si, de necessária preservação por parte de todos, cobrando a tomada de ações voltadas a sua proteção e garantia, o que por vezes pode inclusive fundamentar a limitação de liberdade individuais em prol de um bem coletivo.

3.1 A Eficácia irradiante do direitos fundamentais

O reconhecimento de que os direitos fundamentais possuem uma dimensão eminentemente objetiva, identifica que esses mesmos direitos possuem uma eficácia irradiante, isto é, são diretrizes para interpretação, estudo e aplicação de todas as normas jurídicas presentes em todos os ramos do direito, sejam ele de natureza pública ou privada.

Outrossim, condiciona a atuação do poder legislativo na feitura de novos atos normativos que sempre, deverão pautar-se no respeito aos direitos fundamentais, bem como na atuação do poder judiciário, que ao exercer a jurisdição, aplicando o direito ao caso concreto, deverá sempre, dentro do possível observar os direitos fundamentais, tomando a decisão que mais se aproxime do modelo ali estabelecido. Nessa linha afirma Marinoni que:

A norma de direito fundamental, independentemente da possibilidade de sua subjetivação, sempre contém valoração. O valor nela contido, revelado de modo objetivo, espalha-se necessariamente sobre a compreensão e a atuação do ordenamento jurídico. Atribui-se aos direitos fundamentais, assim, uma eficácia irradiante [...]Fala-se, nesse sentido, em eficácia irradiante dos direitos fundamentais, no sentido de que esses, na sua condição de direito objetivo, fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional Tal eficácia irradiante é que faz surgir a tese da interpretação de acordo com os direitos fundamentais] ³⁶

³⁵ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.245

³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **O Direito À Tutela Jurisdicional Efetiva Na Perspectiva Da Teoria Dos Direitos Fundamentais**. Disponível em < <http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2016/08/MARINONI-O-DIREITO-%C3%80-TUTELA-JURISDICIONAL-EFETIVA-NA-PERSPECTIVA-DA-TEORIA-DOS-DIREITOS-FUNDAMENTAIS.pdf>. Acessado em: 22 de janeiro de 2017

A eficácia irradiante, ou seja, a influência perene dos direitos fundamentais em todo o ordenamento jurídico, impõem uma releitura do direito positivo, deixando, os direitos fundamentais, de serem meros limites e passando a ser o “eixo gravitacional” do ordenamento jurídico. É a partir da eficácia irradiante, que se revela um dos mais importantes desdobramentos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que é a sua eficácia nas relações privadas, bem como a inicialização de um irreversível processo de constitucionalização do direito privado, fazendo presente no direito infraconstitucional os valores mais substanciais adotados expressa e implicitamente na constituição.

Tomando como exemplo a nossa constituição de 1998, na qual foi cristalizada um rol de direitos de cunho evidentemente solidário, têm-se com mais força esse fenômeno, impondo que a legislação infraconstitucional, muitas vezes editadas sob uma concepção totalmente diversa da atual, passe por um processo de readequação à nova ordem constitucional instalada, o que, se costumou chamar de filtragem constitucional, isto é, as leis só terão aplicabilidade nos limites que os direitos fundamentais permitam.

3.2 A constitucionalização e personalização do direito privado

No paradigma histórico do Estado liberal, o Direito e a Constituição tinham muito pouca ingerência no campo das relações privadas, que eram regidas por poucos normas esparsas, mas principalmente pela autonomia privada dos indivíduos, que permitia a estes criarem para si, as regulações que melhor se adequassem as suas necessidades ou que entendessem que fossem mais pertinentes as relações ali estabelecidas.

Havia, àquela época, uma extrema proteção sobre as liberdades individuais, não admitindo-se de modo algum que o Estado interviesse, mesmo que indiretamente, no campo de “liberdade” dos indivíduos, pois não caberia a ele essa atividade, ademais, a autonomia individual e o poder de escolha de cada um, já seriam suficientes para suprir qualquer necessidade de normatização, isto é, existiria na vida privada uma auto-regulamentação criada pelos homens para definir suas relações entre si.

Esse contexto de extrema liberdade, controlada apenas por um suposta autolimitação, não se mostrou sustentável por muito tempo, tendo em conta principalmente o fato de permitir e perpetuar desigualdades sociais latentes, haja vista que por existirem indivíduos em situações distintas de vida, com força e poder em diferentes níveis, era inegável a possibilidade de que por meio da liberdade de definição das próprias relações, aqueles que detivessem mais poder impusessem aos mais vulneráveis suas vontades, não restando a estes outra alternativa a não

ser aceitar, o que, para o liberalismo, seria suficiente para demonstrar que o mais fraco, por ainda poder ou não aceitar, também era livre para decidir, o que ao fundo não era verdade.

Nesse circunstâncias, com o crescente surgimento de problemas sociais significativos, nasce a ideia de Estado social, pautando um poder público que passa paulatinamente a ser mais interventor, atuando de forma positiva na garantia de direitos sociais básicos, estabelecendo normas de ordem pública, que na necessidade de garantia de um bem coletivo, limitaram inegavelmente direitos individuais.

Percebeu-se que a plena liberdade de agir levaria inevitavelmente ao crescimento de desigualdade sociais e que ao invés de proteger direitos estaria ali apenas para garantir direitos de uma parcela da sociedade, detentora de poder econômico, político e social e que por isso poderia ditar o ritmo e modo de realização de uma relação entre indivíduos.

O Estado Social, também não sustentou-se ao longo do tempo, abrindo espaço para o ressurgimento do liberalismo, sob uma nova roupagem, o neoliberalismo, ao qual percebendo que não era possível manter os mesmos ideias do liberalismo clássico, tenta construir uma concepção de Estado no qual exista liberdade de agir, mas que de algum modo o direitos sociais também sejam garantido e não violados.

As constantes mudanças de concepções acerca da participação do Estado nas relações privadas não foram suficientes para reverter um processo que já tinha se iniciado, no qual a Constituição, enquanto lei maior de uma comunidade, ao poucos passou a ser o centro do ordenamentos jurídicos, norte guia da aplicação do das normas jurídicas, dotada de um caráter imperativo, abrangendo todo o Direito, inclusive o Direito privado e as relações particulares, é nesse sentido que Konrad Hesse afirma:

A constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar 'a força que reside na natureza das coisas', tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que e determina realidade política e social. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição, quanto mais forte mostrar-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional. Portanto, a intensidade da força normativa da Constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)³⁷

No mesmo sentido afirma Luís Roberto Barroso:

Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição

³⁷ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre. In: FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p. 456

era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos³⁸

Essa nova concepção acerca de Constituição, que envolve a expansão do seu papel dentro do Estado e conseqüente ingerência de seus princípios e regras em todos os ramos do direito, muda a próprio fim para o qual a constituição inicialmente nasceu, deixando de ser um mero limite para a contenção do poder do Estado e passando segundo Daniel Sarmento a ter “uma égide muito mais ambiciosa, no seu afã de fecundar o direito positivo com ideais humanitários presentes nas constituições contemporâneas”³⁹.

Nesse raciocínio é essencial trazer à baila o marco filosófico que deu base ao surgimento dessa nova concepção acerca do papel da constituição, que é o pós-positivismo, que apesar de complexa caracterização, pode ser compreendido em linha gerais como um ponto de coincidência entre duas correntes filosóficas antagônicas, o positivismo e o jusnaturalismo.

O jusnaturalismo, principalmente aquele desenvolvido ao longo do século XVI, considerado por muitos nada científico e extremamente metafísico, fundava a existência do Direito, na existência de uma ordem natural das coisas e de princípios universalmente válidos, que por consubstanciarem uma norma superiores, pré-existentes deveriam ser obrigatoriamente observadas, por outro lado, buscando uma objetividade científica, surge o positivismo, equiparando a lei ao Direito à lei, separando-o da moral, de discussões de justiça ou legitimidade.

Assim, é possível compreender o pós-positivismo como movimento filosófico que tenta conglobar as visões antagônicas do positivismo e do jusnaturalismo, buscando ultrapassar a legalidade estrita, mas sem esquecer do direito posto, tentar trazer a moral novamente para o Direito, mas sem contudo se ater a conceito metafísicos, de abstratividade exacerbada, há de se levar em conta ideias de justiça, que de forma alguma seriam separáveis do Direito. O pós-positivo, à luz do seu propósito estabelecido, tenta ao máximo compatibilizar moral e lei, seja pela atribuição de atribuição de normatividade aos princípios, seja pela promoção de uma nova forma de interpretar as normas e por conseguinte a Constituição.

Estabelecido isso, têm – se que a nova ideia acerca da constituição, não somente modificou a sua condição dentro dos sistemas jurídicos, mas permitiu também que os princípios, antes renegados e entendidos como meras ferramentas de interpretação passassem a

³⁸ BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**. In: SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2014, 345

³⁹ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2014. p.340

ser considerados como verdadeiras normas, de juridicidade significativa, aptas a gerar efeitos jurídicos e vincular todos.

A ascensão dos princípios, coincide com a derrocada do positivismo no pós 2ª guerra mundial e contrapõe frontalmente a duas ideias centrais daquele movimento, qual sejam, a separação entre direito e moral e de que o Direito só teria validade se fosse aplicado segundo um racionalidade estritamente formal, afirmando Daniel Sarmento que:

[...] na verdade, os princípios constitucionais encarnam juridicamente os ideais de justiça de uma comunidade, escancarando a Constituição para uma leitura moral, pois é sobretudo através deles que se dará uma espécie de positivação constitucional dos antigos valores do direito natural, tornado impossível uma interpretação axiologicamente asséptica da Constituição.⁴⁰

Trazendo essas ideias para uma análise acerca da função dos direitos fundamentais nas relações privadas e o inegável o processo de constitucionalização do direito privado, têm-se que os princípios são as principais ferramentas pelas quais esse processo consegue se realizar nos ordenamento jurídicos modernos, o efeito irradiante dos princípios e seu caráter imperativo penetram na seara privada e impõe que as condutas dos indivíduos, mesmo que pautadas na liberdade de agir, constitucionalmente garantida, realize-se tendo como limite imanente a necessária observância dos princípios, estes promovem um abertura do direito privado, permitindo os influxos de valores que apesar de externos ao direito, são com ele diretamente ligados.

Situação exemplar para ilustrar o papel dos princípios nas relações privadas, é a necessidade majoritariamente aceita de que os contratos (relação jurídica essencialmente privada) se formem com a observância obrigatória da boa – fé, que pode ser entendida, em linhas gerais, como um dever de comportar-se com o mínimo de ética e honestidade, ou seja, um conceito que coaduna a moral e o direito e que inegavelmente limita a autonomia privada, em prol do bem coletivo e de relações mais justas. Afirma, assim, Carlos Roberto Gonçalves que:

O princípio da boa-fé exige que as partes se comportem de forma correta não só durante as tratativas, como também durante a formação e o cumprimento do contrato. Guarda relação com o princípio de direito segundo o qual ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza. Recomenda ao juiz que presuma a boa-fé, devendo a má-fé, ao contrário, ser provada por quem a alega. Deve este, ao julgar demanda na qual se discuta a relação contratual, dar por pressuposta a boa-fé objetiva, que impõe ao contratante um padrão de conduta, de agir com retidão, ou seja, com probidade, honestidade e lealdade, nos moldes do homem comum, atendidas as peculiaridades

⁴⁰ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 324

dos usos e costumes do lugar. A regra da boa-fé, como já dito, é uma cláusula geral para a aplicação do direito obrigacional, que permite a solução do caso levando em consideração fatores metajurídicos e princípios jurídicos gerais⁴¹

Os limites estabelecidos pela Boa-fé, representam em grande medida o papel dos princípios dentro da dinâmica das relações privadas, como verdadeiros limites à liberdade dos homens, não podendo estes, fundamentando-se na sua “livre” escolha, criarem relações que afrontem diretamente a boa – fé e o dever de honestidade.

Nessa linha, cabe assentar que com o advento do Estado liberal e a clara ascensão de ideias burgueses de liberdade, também ergueu-se, como centro normativo do Direito privado, o Código Civil, como uma consagração de pretensões racionalizadoras advindas do iluminismo, que tinha como grande objetivo criar um sistema jurídico harmônico, no qual a segurança jurídica e a previsibilidade fossem continuamente presentes. Os diversos códigos de surgiram nessa cumprim o propósito para os quais foram criados que era proteger a propriedade privada e a autonomia contratual, permitindo tratativas jurídicas mais seguras.

Nesse modelo estabelecido, havia uma rígida separação entre o direito público e o privado, o primeiro regido pela Constituição e o segundo regido estritamente pelo seu código próprio, que segundo suas próprias pretensões, tinha a intenção de ser totalmente completo, não necessitando de qualquer ingerência de outros ramos para completar o seu sentido ou aplicação, segundo Gustavo Tepedino, funcionava conforme um papel que é corresponde ao de uma “Constituição” da relações privadas e da sociedades civil⁴²

Ocorre que as modificações sociais que se realizaram ao longo do últimos séculos, aos poucos foram desestabilizando essa hegemonia. Em primeiro lugar cabe trazer a cada vez maior autonomia do Direito do Trabalho, que paulatinamente, com a crescente complexidade das relações trabalhistas e contra a enorme exploração sofrida pelos trabalhadores e as tensões daí advindas, vinha cada vez mais impondo seus princípios claramente intervencionistas nas relações estabelecidas entre patrão e empregado, que deixaram de ser regidas pelo direito civil e passaram a constituir um ramo autônomo, no qual não havia a priorização das liberdades individuais, pelo contrário, estava-se criando um sistema no qual, por perceber-se que a desigualdade de posições jurídicas, protege-se o mais vulnerável. À luz desses fatos afirma Orlando Gomes que:

⁴¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol III. São Paulo: Saraiva, 2012, p.329

⁴² TEPEDINO, Gustavo. **Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil**. In: Temas do Direito Civil, Rio de Janeiro: Renovar, 2005

“[...] as transformações econômicas e políticas ocorridas alteraram consideravelmente a consciência jurídica dos povos cultos, suscitando ideias de valor diferente e não raro oposto, às que se consubstanciaram nos Códigos oitocentistas e do primeiro quartel do século XX (...) o propósito de dar equilíbrio social sentido mais humano e moralizador conduziu a política legislativa para vigorosa limitação da autonomia privada”⁴³

Nessa lógica, a autonomia privada e as liberdades individuais, apesar de ainda respeitadas e tidas como um princípio vital em um Estado Democrático de Direito, passaram a ser concebidas como ideais relativos, que de forma alguma poderiam ser aplicado às relações privadas de maneira absoluta, também era passíveis de limitação, sendo estas principalmente voltadas a possibilitar a criação de um sistema jurídico mais justo no qual os diferentes sujeitos ali estabelecido pudessem se relacionar em posições mais iguais.

O código civil, vai perdendo o seu papel centralizador para a Constituição, que, como já afirmado, deixa de ser uma norma de aplicação exclusiva á relações públicas verticalizadas, existentes entre Estado e indivíduo e passa a reger todo o Direito. Nesse sentido é a lição de Gustavo Tepedino:

Se o Código Civil mostra-se ineficaz – até mesmo por sua posição hierárquica – de infomar, com princípios estáveis, as regras contidas nos diversos estatutos, não parece haver dúvida que o texto constitucional poderá fazê-lo, já que o constituinte, deliberadamente, através de princípios e normas, interveio nas relações de direito privado, determinando, conseqüentemente, os critérios interpretativos de cada uma das leis especiais. Recupera-se, assim, o universo desfeito, reunificando-se o sistema⁴⁴

É esse processo, no qual constituição e seus princípios passam a ser o elementos centrais do sistema privado, é que se pode compreender como a constitucionalização do direito privado. Há aqui uma verdadeira releitura do código civil e das leis especiais à luz da constituição, todos os conceitos e institutos desse ramo como a propriedade, posse, contrato, relações parentais e familiares, tem que necessariamente se compatibilizar com a Lei Maior.

A ideia de constitucionalização é exatamente o fato das normas constitucionais e os seus conteúdos materiais e axiológicos se irradiarem, com força normativa para o campo das normas privadas, os princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade de todas as normas infraconstitucionais, incluindo aquelas que se aplicam tão somente na vida privada, não há espaço no qual a constituição não influencie.

A Constituição passa a ser um limite imanente ao legislador infraconstitucional privado, que de forma alguma poderá criar texto normativos que subvertam a ordem constitucional,

⁴³ GOMES, Orlando. **Obrigações**. In: Gonçalves, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol III. São Paulo: Saraiva, 2012

⁴⁴ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

mesmo que priorize nesse processo as liberdades individuais, outrossim tem a constituição como elemento de relevantes efeitos hermenêuticos, pois por ser bem mais do que um texto legal, consubstanciando em verdade em um conjunto de valores, acaba por condicionar a interpretação de normas privadas, que face as diversa intepretações possíveis de um dado texto seja ele legal ou contratual, deverá adotar aquela que for mais condizendo com a concretização dos ideais constitucionais.

Ademais, cabe salientar que a constituição, enquanto centro normativo, tem aplicação direta nas relações privadas, não há aqui no que se falar na necessidade de qualquer intermediação normativa, com regra geral. A constituição, é por si só, dotada de normatividade e imperatividade, o que lhe conferiria a possibilidade interferir diretamente nas relações que se realizam na seara particular, ocorre que diferentemente das aplicações derogatória e interpretativa, essa acepção da constituição, ainda hoje, sofre muitos questionamentos doutrinários, existindo corrente sólida que entende não ser possível tal aplicação direta.

Sustenta-se que essa eficácia direta da Constituição acabaria por “marginalizar” o legislador infraconstitucional, taxando sua atividade como desnecessária e deslegitimando o princípio da autonomia privada, criando um ambiente jurídico propício à total descaracterização do direito privado, sem qualquer segurança jurídica, haja vista que diferentemente da legislação infraconstitucional, mais objetiva e clara, a Constituição é formada com um texto eminente aberto e de cunho extremamente axiológico, permitindo inúmeras interpretações e sendo, em tese, imprestável para reger as relações privadas que inegavelmente necessitam de institutos de conteúdo certo e determinado. Outrossim, os defensores dessa corrente afirmam que permitir uma aplicação direta da constituição é abrir espaço para um ativismo judicial exagerado, que atuando em nome da concretização da constituição, acabaria por violar liberdades individuais, desvirtuando a própria ordem constitucional. Ademais a concretização da constituição não caberia ao juiz, mas sim ao representante democraticamente eleito, sujeito detentor da legitimidade devida para tal fim.

Apesar da pertinência das argumentações apresentadas, a moderna hermenêutica constitucional aceita de forma relativamente tranquila a aplicação direta da constituição nas relações privadas, principalmente em razão da necessidade cada vez maior de dar a devida efetividade às normas constitucionais, tendo como base principalmente o fato de que negar essa eficácia direta, seria negar a normatividade da constituição, que ficaria submetida à vontade de atuar do legislador ordinário.

Também, não seria adequado negar a aplicação direta das normas constitucionais, com base no princípio da separação de poderes, bem como sobre suposta a legitimidade exclusiva

para concretização da Constituição, pois é inegável, que nos tempos atuais a jurisdição constitucional, com base nas próprias previsões dispostas pelo poder constituinte originário, ganhou um papel muito mais significativo, no qual o judiciário, enquanto um poder instituído, tem como natureza a defesa e concretização da Constituição e dos direitos fundamentais ali estabelecidos.

Claro, que não se nega a existência de limites à atuação jurisdicional, pois a despeito da eficácia direta da constituição, o que ainda prevalece, por disposição da própria constituição é a liberdade individual, que só poderia ser relativizada nas hipóteses constitucionalmente permitidas, especialmente na situações nas quais houvesse a violação ou o perigo de violação de direitos fundamentais. Nessa linha, são as palavras de Ingo Wolfgang Sarlet:

Assim, reconhece-se, no âmbito da perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, que todos, Estado e particulares, se encontram a estes vinculados por um dever geral de respeito, situação que costuma ser identificada com uma eficácia externa dos direitos fundamentais, na qual os particulares assumem a posição de terceiros relativamente à relação indivíduo-poder, na qual está em jogo determinado direito fundamental. Fora das relações indivíduo-poder, isto é, quando se trata de particulares em condições de relativa igualdade, deverá, em regra (segundo os defensores desta concepção), prevalecer o princípio da liberdade, aceitando-se uma eficácia direta dos direitos fundamentais na esfera privada apenas nos casos em que a dignidade da pessoa humana estiver sob ameaça ou diante de uma ingerência indevida na esfera da intimidade pessoal⁴⁵

A eficácia direta da constituição, de modo algum pretende impossibilitar que o legislador infraconstitucional atue sobre o direito privado, o que seria até mesmo inviável, haja vista que em certas situações jurídicas, não será possível aplicar de maneira direta as normas constitucionais, em razão principalmente do fato de nem tudo estar disposto no texto constitucional. Sempre irá existir espaço para a atuação do poder legislativo, disciplinando a melhor forma de concretizar efetivamente as disposições constitucionais, principalmente referentes aos direitos fundamentais.

O que tem-se em mente é, a legislação infraconstitucional pode tranquilamente dispor sobre relações privadas e seria exatamente esse o papel dela no presente sistema jurídico, todavia tanto o poder judiciário, quanto o poder legislativo e executivo estariam necessariamente vinculados ao texto da Lei Maior, estando todos sujeitos a sua ingerência direta, não podendo ser aceito sob circunstância alguma, que uma regulação infraconstitucional possa modificar as disposições constitucionais já estabelecidas.

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. P. 401

Desse modo, trazendo essa discussão para a realidade brasileiras, à luz da Constituição da República Federativa de 1988, a aplicação direta e imediata das normas constitucionais à seara privada, demonstra-se mais adequada à realidade jurídica aqui instalada, devendo-se sempre levar em conta nessa acepção um juízo de ponderação, pois ao mesmo tempo que é possível impor uma obrigação ao particular, limitando a sua livre escolha, não é possível que se realize isso arbitrariamente; há de ser levar em conta também, a importância da autonomia privada como forma de regulamentação das relações privadas, sob pena de ao tentar concretizar a constituição acabar por vulnerá-la, haja vista que a “liberdade” e possibilidade de escolha livre dos indivíduos também são direitos fundamentais de suma importância para o Estado Democrático de Direito.

Posto isso, ainda na problemática acerca das eficácia ou não das normas constitucionais e por consequências dos direitos fundamentais, é essencial tecer algumas considerações acerca do papel do princípio da dignidade da pessoa humana nesse processo, principalmente no que tange a constitucionalização do direito privado e de seus institutos, a qual não se resume a uma mudança de “centro” normativo, mas em uma verdadeira transformação na forma de conceber e compreender os institutos jurídicos.

Nessa linha, partindo do fato de a CRFB/88, ter se estruturado de forma a priorizar os direitos fundamentais, bem como da inegável nova concepção e importância dada a esses direitos, que passaram a ter um posição de enorme destaque nesse novo regime, têm – se que o princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento maior dos direitos fundamentais, também foi erguido a um patamar elevado de normatividade, sendo disposto até mesmo como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, unificando e centralizando todo o sistema de direitos fundamentais; o que, conforme afirma Sarmiento, faz deste princípio “o epicentro axiológico da ordem 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 civil e no mercado”.⁴⁶A consagração do princípio da dignidade da pessoa humana é nada mais do que a constatação de que o homem e suas relações são as razões de existência do Direito, que em qualquer regime a primazia deve recair sobre o homem, nesse sentido afirma, Clemerson Merlin Cleve:

“(...) o estado é uma realidade instrumental (...). todos os poderes do estado, ou melhor, todos os órgãos constitucionais, têm por finalidade buscar a plena satisfação dos direitos fundamentais. Quando o estado se desvia disso ele está, do ponto de vista

⁴⁶ SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses**. Rio de Janeiro: Impetus, 2005, p.193

político, se deslegitimando, e do ponto de vista jurídico, se desconstitucionalizando.”⁴⁷

Assim, a dignidade da pessoa humana pode ser concebida como uma das razões para as normas constitucionais, principalmente aqueles que determinam os direitos fundamentais possuírem sim, uma eficácia direta em todas as relações presentes na vida cotidiana, pois ao mesmo tempo que funciona como um limite para a atuação estatal, protegendo as liberdades, traduz a necessidade uma conduta positiva do Estado, bem como dos diferentes sujeitos existentes nas relações jurídicas, há um dever constitucional imposto a todos de atuar tendo em vista a proteção ao “livre desenvolvimento da personalidade humana, com o asseguramento das condições mínimas para a vida com a dignidade”⁴⁸, ou com aquilo que se denomina mínimo existencial.

Tratando mais especificamente da atuação da dignidade da pessoa humana na seara privada, tem-se que a consagração de tal princípio como o paradigma axiológico da ordem jurídicas posta, acarreta o reconhecimento de valores existenciais do homem sobre os patrimoniais, tão presentes no Direito Privado, nesse ínterim dispõe Gustavo Tepedino que este princípio ao “(...) definir uma nova ordem pública, da qual não se podem excluir as relações jurídicas privadas, que eleva ao ápice do ordenamento a tutela da pessoa humana, funcionalizando a atividade econômica privada aos valores existenciais e sociais ali definidos”⁴⁹.

É nesse sentido que tem-se aquilo que se denomina como processo de “despatrimonialização” do Direito Privado, fenômeno no qual essa área do direito passa a ser cada vez mais influenciada por componentes, de conteúdo não econômico, o que, claramente não representa a perda total do caráter eminente patrimonial das relações privadas, haja vista, o fato desta ser inerente à vida humana em sociedade. O que a despatrimonialização ocasiona na verdade é que os bens e direitos de fundo econômico não são mais encarados como um fim em si mesmo, sendo vistos sim, como um instrumento de realização de um fim maior, qual seja, a garantia de uma vida digna ao homem. O “ter” deixa, em tese, de prevalecer sobre o “ser”, implicando necessariamente em uma modificação na definição dos institutos jurídicos patrimoniais, como a propriedade, a posse e o contrato.

⁴⁷ CLEVE, Clemerson Merlin. **O Controle de Constitucionalidade e a Efetividade dos Direitos Fundamentais**. In: SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.231

⁴⁸ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 213

⁴⁹ TEPEDINO, Gustavo. “**Direitos Humanos e Relações Privadas**”. IN. Temas de Direito Civil., p. 343

Há a superação do paradigma do individualismo, saindo-se do indivíduo e partindo para uma ideia de personalidade e socialização, com a maior infiltração de valores solidários no Direito Privado, elastecendo-se assim, as possibilidades de limitação da autonomia privada, que continua a ser de vital importância para a ordem jurídicas, mas, todavia, aceitando relativizações em prol de determinadas preocupações sociais. Posto isso afirma Sarmiento:

Os reflexos desta nova visão personalista do Direito Privado projetam-se sobre todos os seus campos. No Direito das obrigações relativiza-se o dogma da autonomia da vontade, e se incrementa a quantidade de normas de ordem pública editadas em prol de interesses coletivos, com a intensificação da tutela dos hipossuficientes. Avulta a preocupação com a boa-fé objetiva, com o equilíbrio contratual, e se reconhece a função social do contrato. No campo dos direitos reais, a função social da propriedade e da posse remodela aqueles institutos, no afã de compatibilizá-los com outros vetores constitucionais como o direito à moradia e a proteção ao meio ambiente. Na seara da responsabilidade civil, elas tecem-se as hipóteses de responsabilidade objetiva, fundadas na teoria do risco, e já ingressam as preocupações com a justiça distributiva, ao lado da lógica tradicional fundada na justiça comutativa. No Direito de Família, decai o patriarcalismo e a veneração incondicionada às instituições, como o casamento. A família se democratiza, com o reconhecimento da igualdade entre os cônjuges e do direito dos filhos de serem consultados nas decisões que lhes afetam. Destaca-se a preocupação com o afeto nas relações familiares e com a tutela prioritária do interesse da criança. No Direito Comercial, fala-se na função social da empresa, como elemento limitador e condicionador dos poderes do empresário e amplia-se a proteção das partes mais fracas.⁵⁰

Como explanado pelo eminente professor, os exemplos da eficácia direta das normas constitucionais e dos direitos fundamentais são os mais diversos, pois, este é um fenômeno, que apesar da inúmeras resistências que se apresentam, parece ser imodificável; a humanidade e por consequência o Direito perceberam que um sistema/regime de poder centrado em paradigmas patrimoniais, que esquece a sua própria razão de existência (ser humano) está fadado ao fracasso.

Ante o exposto ao longo todo o capítulo, verifica-se que é inegável a força normativa da Constituição, bem como o evidente caráter vinculante de suas disposições, as quais contribuíram diretamente para a constitucionalização do Direito Privado, permitindo que determinações que antes ficavam restritas ao Direito Público, adentrassem à seara privada, modificando as relações ali estabelecidas, de forma a transformar a forma como se realiza o Direito.

A proteção ao homem e a sua dignidade passaram a ser objetivos não somente do Estado, mas também de todos os sujeitos que direta ou indiretamente pudessem influenciar na vida dos outros, essa proteção passou a ser vista não apenas em forma de uma conduta absentéista, de

⁵⁰ SARMENTO. Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 234

não fazer, de não ferir o direito do terceiro, mas também positiva, da necessidade de fazer, de adotar uma conduta sempre pautada na proteção dos direitos fundamentais e da Constituição.

Esse processo de constitucionalização, implicou em uma verdadeira transformação de conceitos e de institutos, que devem ser necessariamente filtrados sob a nova ótica constitucional estabelecida, que não mais aceita a diminuição do homem frente ao Estado, ou mesmo frente a outros homens.

4. A CONCEPÇÃO E TUTELA DA AUTONOMIA PRIVADA E LIBERDADE INDIVIDUAL SOB O PARADIGMA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DE 1988

A liberdade, em uma concepção liberal clássica, pode ser definida em linhas gerais, como a capacidade de agir livremente, de autodeterminar-se, de agir por si só, de escolher o melhor caminho para a “felicidade”; seria aquilo que se considera como a condição humana de autonomia. Nessa linha, à luz dessa liberdade, não caberia ao Estado, ou mesmo à Constituição, definir de maneira pré-estabelecida, quais seriam os caminhos que o indivíduo deveria tomar na sua vida, tal decisão somente caberia a ele, segundo a sua própria consciência e vontade.

Compreender de maneira clara o que é a autonomia privada, bem como qual seria a tutela constitucional que lhe é conferida, é essencial em um trabalho que pretende tratar da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas, haja vista o fato da liberdade individual parecer ser o principal obstáculo a essa eficácia direta.

A aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas necessariamente ocasionará restrição à autonomia individual, pois ao proteger-se esses direitos, evidentemente, impossibilitar-se-á que os indivíduos, mesmo que de livre vontade, abram mão deles, ou seja, mesmo que a vontade do indivíduo se consubstancie na limitação de algum de seus direitos fundamentais, tal vontade não seria praticável, exatamente pela existência dessa eficácia horizontal, que vinculando o comportamento dos indivíduos, colocaria limites aquilo que eles podem querer ou não.

Antes de partir para uma análise mais profunda do tema, cumpre assinalar o seguinte ponto de diferenciação entre poder público e esfera privada: os poderes públicos não possuem autonomia privada, estando conectados à ordem jurídica de uma forma bem diferente das dos particulares. Via de regra, o Estado só pode atuar quando a lei o permite, possuindo o princípio da legalidade, para este, uma feição muito peculiar e rigorosa, freando a vontade estatal em benefício da liberdade dos indivíduos, condicionando a forma do exercício do poder executivo, político, jurisdicional e legislativo, razão pela qual os poderes públicos estão completamente vinculados aos direitos fundamentais, devendo sempre respeitá-los e mais do que isso, possuem o dever constitucional de garantir a sua efetividade real.

Por outro lado, os particulares são titulares de um tratamento totalmente diverso no que diz respeito à existência de condicionamentos de seu comportamento, isto é, para eles a regra geral é a plena liberdade, advinda de uma esfera juridicamente protegida, que reconhece a liberdade como elemento essencial para a sua dignidade humana. A existência desse campo no qual a autodeterminação é que rege a maior parte das relações, exige que a aplicação dos direitos

fundamentais a essa área se dê de forma adaptada, ou seja, conforme a realidade jurídica ali estabelecida, possibilitando-se ao máximo a incoerência de conflitos.

Essa “adaptação” para a esfera privada resolve-se, na maior parte das vezes, a partir de um juízo de ponderação, no qual será possível equilibrar os interesses em conflito, de modo a garantir que os dois possam existir de maneira mútua sobre a mesma situação, o que será tratado mais profundamente à frente.

É mais do certo que o princípio da autonomia privada ou a liberdade individual é um direito inerente à vida humana, fundamental a ela e relacionado diretamente com o princípio da dignidade da pessoa humana, pois não é possível conceber a proteção ao homem e a sua dignidade enquanto pessoa, sem proteção a sua liberdade, ou mesmo sem conferir ao ser humano o poder de decidir a sua própria vida.

Nesse raciocínio, é essencial assinalar que a noção de liberdade possui diversas perspectivas, podendo tomar-se duas como básicas, quais sejam, a liberdade do cidadão, de efetivamente participar na formação de vontade do Estado, bem como de suas decisões políticas e a liberdade burguesa, vinculada à ideia de autonomia privada, como poder de autodeterminação, estando as duas formas subordinadas à existência de determinadas “condições” de liberdade, que consubstanciam-se em exigências mínimas para que os titulares possam desfrutar da liberdade ou mesmo de sua autonomia. Assim, essas duas perspectivas dependem diretamente da existência de reais condições materiais de exercício para se realizarem, sob pena de se transformarem em meras liberdades de aparência, apenas formalmente previstas, mas sem qualquer aplicabilidade verdadeira.

Nessa acepção, as duas formas de liberdade são igualmente importantes para a construção de um Estado Democrático de Direito, subsistindo de maneira recíproca e interdependente, com efeito a existência de um ambiente político no qual as liberdades individuais são violadas, não passará de um regime autoritário, da mesma forma somente existência de liberdades individuais, sem possibilitar a todos a plena participação política na formação da vontade do Estado, nada mais é do que o regime exclusivista, que ao fundo nada garante aos seus cidadãos, como afirma Fábio Konder Comparato “(...) a liberdade política sem as liberdades individuais não passa de um engodo demagógico de Estados autoritários ou totalitários. E as liberdades individuais, sem a efetiva participação política do povo no governo, mal escondem a dominação oligárquica dos mais ricos”.⁵¹

⁵¹ COMPARATO, Fábio Konder. **Ética - Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011

É interessante observar que essa diferenciação conceitual, em muito se assemelha com outra clássica distinção, a separação entre as “liberdades positivas” e as “liberdades negativas”, as primeiras concebidas como possibilidade de um sujeito tomar suas decisões em determinado sentido, sem se ver condicionado pela vontade de terceiros, tratando-se de uma liberdade que exige mais do que a mera inexistência de constrangimentos externos, mas pressupõe que o indivíduo reúna em si as condições necessárias para agir e colocar em prática o seu querer, por sua vez as liberdades negativas podem ser entendidas como a possibilidade do sujeito poder agir ou não, segundo a sua própria vontade, ou seja, uma liberdade enquanto a ausência de obstáculos à realização das escolhas.

Assim, demonstra-se, que apesar das diferentes visões postas sobre a liberdade, é quase um consenso que o mero reconhecimento de liberdades jurídicas (previsão formal em lei) é insuficiente, exigindo-se condições mínimas para que os seus titulares possam desfrutá-las, nesse sentido são claras as lições de Fabio Konder Comparato:

(...) toda uma série de direitos individuais consagrados na Constituição, tanto os civis – como o direito de propriedade privada, o direito à liberdade de locomoção, à liberdade de expressão do pensamento, à liberdade do exercício profissional – quanto os políticos – direito de votar e ser votado – supõem, para a sua existência efetiva, o concurso de precondições econômicas e sociais bem definidas: alimentação, saúde, instrução, rendimentos mínimos garantidos. Onde faltem, largamente, estas exigências preliminares, aqueles direitos constituirão um luxo do qual apenas usufruem, os *beati possidendi*⁵²

Outrossim, essas condições não devem ser pensadas apenas no que diz respeito à limitação da opressão estatal, mas em verdade deve ser estabelecida conforme a complexidade da sociedade, de múltiplas relações de poder, que permite que a opressão advenha de outras fontes, como afirma Bobbio “Não importa tanto que o indivíduo seja livre no que diz respeito ao Estado, se depois não é livre na sociedade. Não importa que o Estado seja liberal, se depois a sociedade subjacente é despótica. Não importa, que o indivíduo seja livre politicamente se não é socialmente(...) e, então, para chegar ao coração do problema da liberdade, é necessário dar um passo atrás: do Estado a sociedade civil”.

Trazendo a análise da liberdade para a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, observa-se logo de início, no título referente à Direitos e Garantias Fundamentais, em seu art. 5º, inciso II, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”, ou seja, a regra geral é a liberdade e capacidade de autodeterminação, há na

⁵² COMPARATO, Fábio Konder. **Liberdades Formais e Liberdades Reais**. In MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 345

própria constituição a construção da referida esfera de liberdade juridicamente protegida, a qual passou a existir de uma forma natural, pois a nossa Constituição nasceu como resposta a um período autoritário anterior, no qual a supressão de liberdades era constante, sendo assim mais do que normal o atual texto constitucional possuir um tutela tão efetiva das liberdades.

Nessa linha, observa-se que ao longo da Lei Maior a presença de inúmeros mecanismos de proteção à liberdade e autonomia privada, como um rol não exaustivo de direitos fundamentais e de remédios criados exatamente para a sua garantia. A constituição ao conferir proteção à liberdade, não adotou uma posição que pretendesse assegurar uma liberdade meramente formal, restrita à falta de constrangimentos externos ao comportamento humano, pelo contrário, é evidente no texto constitucional a presença de inúmeras disposições voltadas para uma real efetividade da liberdade, com a garantia de condições materiais para o seu exercício, pois o constituinte percebeu a insuficiência de mandamentos proibitivos, que unicamente obstassem a limitação da liberdade, entendeu que mais do que garantir o espaço para agir livremente, é necessário que o indivíduo tenha as condições para agir dessa maneira livre, o que conforme afirma Sarmiento se evidencia pelo “generoso preambulo, de amplo rol de direitos sociais que ela consagra e ainda dos princípios norteadores da ordem econômica e da ordem social que ela acolhe”⁵³.

O mero absentismo do Estado não é suficiente para manifestação natural da liberdade, tendo-se que além de evitar arbítrios estatais, reconhecer que a ausência de condições sociais mínimas, é a real limitadora da efetivação da liberdade. Representa muito claramente essa forma de tratar a liberdade e autonomia privada, o art. 1º, da constituição que aponta como um dos fundamentos da república, a livre iniciativa, mas não essa tão somente, segundo o texto, são fundamentos da república os “valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”, ou seja, há um claro condicionamento da liberdade à preceitos de índole social, formando verdadeiramente uma moldura axiológica em volta da proteção conferida a liberdade de agir.

Outrossim, a Constituição na construção do seu regime de proteção da liberdade individual e poder de autodeterminação, por razões axiológicas e inerentes às bases nas quais é assentada, conferiu de forma diversa proteção às liberdades existenciais e as liberdades econômicas. As primeiras relacionadas com dados da privacidade, de manifestação, de religião, de expressão, de associação, de exercício profissional, possuem, inegavelmente, uma proteção bem mais intensa do que aquela realizada para com as liberdades econômicas, o que não quer

⁵³ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006, p. 240

dizer que a primeira seja absoluta, pois naturalmente como qualquer outro direito fundamental aceita relativizações ou conformações.

Ademais no que se refere especificamente às liberdades econômicas, que envolvem as liberdades patrimoniais, de conteúdo negocial, há um claro condicionamento daquela à função social, ligada a valores de justiça e solidariedade, colocando-se o “ser” sobre o “ter”, conforme afirma Edson Luiz Fachin: “(...) a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais, refletindo uma nova perspectiva, atentam para valores não patrimoniais, ou seja, para a dignidade da pessoa humana, sua personalidade, para os direitos sociais e para a justiça distributiva”⁵⁴.

Assim percebe-se que essas liberdades, em específico, tem o seu conteúdo delimitado pela função social, razão pela qual o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Moreira Alves, nos autos da ADIN nº. 319-4, exarou o seguinte voto:

(...) as atividades empresariais – qualquer que seja o campo em que se exerçam (...) – não têm, nos princípios da liberdade de iniciativa e da livre concorrência, instrumentos de proteção incondicional. Esses postulados constitucionais – que não ostentam valor absoluto – não criam em torno dos organismos empresariais qualquer círculo de imunidade que os exonere dos gravíssimos encargos que a imposição, fundada na supremacia do bem comum e do interesse social, deriva do texto da própria Carta da república. (...) a regulação normativa, pelo estado, das políticas de preços traduz competência constitucionalmente assegurada ao Poder Público cuja atuação regulatória é ditada por evidentes razões de interesse público, especialmente por aquelas que visem a preservar os postulados da livre concorrência, a fomentar a justiça social e a promover a defesa dos direitos e dos interesses do consumidor(...) ⁵⁵

A autonomia privada, tem o seu exercício condicionado a um campo constitucionalmente delimitado, no qual é possível realizar as suas vontades enquanto indivíduo, sem, contudo, lesar ou vulnerar direitos de terceiros. A liberdade de forma alguma pode ser concebida como uma ideia absoluta, pois, como já afirmado, é um direito por sua própria natureza relativo, haja vista, que a sua efetividade somente será possível se de alguma forma existir a limitação da liberdade.

Ideia a qual, apesar de inicialmente contraditória, toma sentido quando se percebe que a absoluta liberdade levaria a um estado social no qual, todos os indivíduos plenamente livres, poderiam fazer tudo aquilo que fosse sua vontade, inclusive quando estas se consubstanciassem na ofensa à bens jurídicos de terceiros, incluindo aí suas liberdades, ou seja, é clara a impossibilidade de sustentação dessa forma de sociedade.

⁵⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo: à luz do novo Código Civil brasileiro e da Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 45

⁵⁵ ADIN nº. 319-4, RJT nº149

Outrossim, como certa é a proteção conferida à autonomia privada, é também evidente que essa mesma proteção possui diferentes graus de intensidade na Constituição, sendo muito mais presente naquilo que refere às escolhas existenciais, de vida, do que naquelas meramente patrimoniais ou de conteúdo exclusivamente econômico.

Além dessa diferenciação na formas e graus de proteção da autonomia privada, a análise correta acerca da liberdade de agir no caso concreto deve levar em conta as condições efetivas de liberdade, pois é extremamente questionável a existência de uma liberdade plena entre sujeitos particulares totalmente diversos, que apesar de formalmente “iguais”, são em sua substância bem diferentes, seja pelo concentração de poder econômico, seja pela detenção de poder político, bastando ter como exemplo a clássica relação trabalhador/patrão, na qual o trabalhador é inegavelmente a parte mais fraca, que depende daquela relação para manter a si e a sua família, o que, diga-se de passagem, diminui em muito seu poder de escolha, razão pela qual Aldacy Rachid Coutinho afirma de forma interessante:

O enunciado do caráter tutelar ou protetor do direito do trabalho está articulado em torno da noção de hipossuficiência da pessoa trabalhadora. O reconhecimento da desigualdade dos sujeitos na relação de emprego é resultante não da deficiência de condições econômicas do trabalhador – ainda que crescente a precarização das condições de trabalho –, nem de sua situação social ou reduzido nível de escolaridade ou, ainda, de vícios de vontade presumidos. Trata-se de uma garantia do cidadão – trabalhador de fiscalizar, punitivo; um poder quase absoluto que o caracteriza na contratualidade, agasalhado juridicamente e não legislado, de forma a permanecer intocável.

Assim, tomando o exemplo acima exposto é mais do que evidente as assimetrias matérias entres os particulares, motivo o qual, por vezes, torna-se essencial a intervenção estatal nessa relações, de modo a garantir um mínimo de direitos aquela parte substancialmente mais frágil, que sozinha nada poderia negociar, apenas aceitar as imposições de terceiros.

4.1 A limitação à autonomia privada

A autonomia privada como exaustivamente explanado é um dos componentes da liberdade, significando o poder de cada sujeito realizar suas próprias escolhas, segundo o que lhe melhor lhe aprouver, através de um juízo racional, o que conforme Canotilho baseia-se no “princípio antrópico que acolhe a ideia pré-moderna e moderna de dignitas-hominis, ou seja,

do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projecto espiritual”⁵⁶.

A autonomia privada é pressuposto do Estado Democrático de Direito, ou seja, possui um grau importância inegavelmente significativo, todavia a despeito dessa magnitude, não é absoluta, devendo ser conciliada com uma série de outros direitos, dentre eles e em um primeiro momento, com a própria autonomia dos outros sujeitos, que partilham do mesmo espaço e também querem exercer o seu poder de autodeterminação.

Assim, é inegável que a autonomia privada, como qualquer outro direito fundamental aceita limitações, as quais, em certo sentido, podem ser entendidas como inerentes a esse direito, pois caso contrário, em um regime no qual inexistisse limites à liberdade de escolha, todos poderiam tomar as condutas que entendessem convenientes, o que inevitavelmente geraria lesões a bens juridicamente tutelados e conflitos com terceiros, que também estariam exercendo “legitimamente” a sua liberdade individual, criando um estado de crise insustentável, assim, resta clara a necessidade para a harmonia social que a liberdade seja limitada, ao menos para permitir a coexistência pacífica entre os indivíduos, nesse sentido afirma Karl Larenz:

A vida conjunta em comunidade, que satisfaça as condições de um Estado de Direito, todos têm que aceitar certos limites de sua liberdade, sem as quais não seria possível. Todo direito de liberdade encontra por isso seu limite no direito da liberdade do demais e dos deveres que o direito impõem a cada um em benefício da paz jurídica e de todos os benefícios da existência de uma comunidade erigida sobre a ideia de direito.⁵⁷

Portanto, é impossível que o Estado não intervenha na autonomia dos indivíduos, seja para proteger a liberdade dos outros indivíduos, seja para proteger a harmonia dentro do sistema jurídico. Tal limitação em um Estado de Direito, baseado na legalidade, dá-se principalmente por meio da lei, produzida por representantes eleitos, manifestando a autonomia pública do cidadãos, ou seja, ao fim, ao menos em um sentido mais amplo a principal forma de limitar a liberdade – lei -, nada mais é do que o produto dessa própria liberdade.

Os homens, intentando viver em uma sociedade mais justa e menos propensa à crises e exercendo sua “natural” liberdade, abrem mão de parcela dela em favor do Estado, para que este, objetivando construir uma suposta “paz” possa limitar a realização da vontade dos homens.

⁵⁶ CANOTILHO, Jose Gomes. **Direito Constitucional e a Teoria da Constituição**. In: TAVARES, André Ramos. **Tratado de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 235

⁵⁷ LARENZ, Karl. *Direito Justo*. In: SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p, 239

Ocorre que mesmo essa possibilidade de limitação possui limites (limites dos limites), pois existem dimensões da liberdade, que de tão significativas necessitam de proteção em face do próprio legislador (Estado). Na nossa Constituição certas liberdades foram garantidas até contra a atuação legislativa, como a liberdade de religião e de expressão, que via de regra, não são passíveis de limitação em abstrato por qualquer ato normativo, quer dizer, não seria constitucionalmente possível que um ato abstrato advindo do legislador, limitasse esses direitos, que por sua natureza e conteúdo devem ser exercidos plenamente.

Essa proteção mais efetiva, conferida contra a própria lei a determinado grupo de direitos, não pode ser considerada como a conferência a essas liberdades específicas, de um caráter absoluto, pois mesmo que em um juízo abstrato não possam sofrer limitações legais, haverá sim, a possibilidade de relativização, no caso concreto, principalmente quando verificar-se o conflito entre esses direitos fundamentais e outros direitos de fundamentalidade equivalente, no qual o exercício dum liberdade acaba por lesar outro direito fundamental ou princípio constitucional de relevância similar.

Verificada essa situação conflituosa in concreto, será necessário, diante das peculiaridades fáticas, restringir a liberdade em conflito, segundo um juízo de otimização entre bens jurídicos diferentes e igualmente importantes, ponderando interesses divergentes, conforme o princípio da proporcionalidade e razoabilidade.

Nesse juízo, buscando determinar ao menos uma ideia inicial para a solução de situações conflituosas envolvendo direitos fundamentais, é necessário tecer algumas considerações acerca do princípio da proporcionalidade, principal instrumento de harmonização de direitos fundamentais colidentes e, em consequência, também do conflito entre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e a autonomia privada, que ao fundo nada mais é, do que conflito entre direitos fundamentais naturalmente equivalentes.

A proporcionalidade, enquanto conceito e princípio jurídico, já encontra-se enraizada no pensamento jurídico-constitucional contemporâneo. Desenvolvida originalmente, nos seus moldes jurídico-dogmáticos que aqui interessam pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão a partir da década de 50, sendo exportado para o mundo, inclusive para o Brasil.

A vinculação dos três poderes e principalmente do legislador ordinário aos direitos fundamentais, exigiu dos aplicadores do Direito o desenvolvimento de um critério minimamente adequado para aferir as intervenções estatais que de alguma forma condicionassem o exercício dos direitos fundamentais; passando-se a se exigir que essas medidas, ou qualquer outro ato que afetasse os direitos fundamentais, só fossem aceitos na

medida que fossem aplicados segundo o mandamento da proporcionalidade, nesse sentido afirma Sarlet:

O princípio da proporcionalidade, que constitui um dos pilares do Estado democrático de direito brasileiro, desponta como instrumento metódico de controle dos atos – tanto comissivos quanto omissivos – dos poderes públicos, sem prejuízo de sua eventual aplicação a atos de sujeitos privados. Neste contexto, assume relevância, por sua vez, a conhecida e já referida distinção entre as dimensões negativa e positiva dos direitos fundamentais, com destaque para a atuação dos direitos fundamentais como deveres de proteção ou imperativos de tutela, implicando uma atuação positiva do Estado, obrigando-o a intervir, tanto preventiva, quanto repressivamente, inclusive quando se trata de agressões oriundas de particulares.⁵⁸

Em linhas gerais, a proporcionalidade pode ser compreendida como um mandamento de base constitucional que objetiva precipuamente verificar a constitucionalidade das intervenções do Estado a direitos fundamentais, mediante a aferição da licitude, bem como da licitude dos fins pretendidos, observando a adequação e necessidade da intervenção para fomentar determinada finalidade.

De acordo com a posição majoritária da doutrina, a proporcionalidade na sua função de critério de controle de constitucionalidade pode ser desdobrada em três outros elementos ou subcritérios como preferem alguns: a) adequação ou conformidade, no sentido de que a medida a ser tomada seja viável, possível no mundo fático, sendo desproporcional qualquer medida factualmente impraticável; b) necessidade, aqui entendida como a tomada ou utilização dos meios menos gravosos para a restrição dos direitos; c) proporcionalidade em sentido estrito, vista como a exigência de manutenção do equilíbrio, de uma proporção entre os meios escolhidos e os fins almejados, o que para muitos corresponderiam ao que denomina como razoabilidade.

A proporcionalidade deve ser entendida como o elemento disciplinador do limite à competência constitucional atribuída aos diferentes órgãos de Estado, de restringir direitos fundamentais, ou seja, seria a resposta jurídica aos problemas envolvendo a vinculação do poder legislativo aos direitos fundamentais, configurando um limite dos limites, segundo Dimitri:

Trata-se do limite *material* por excelência imposto ao poder do Estado de restringir a área de proteção de um direito fundamental. A determinação da inconstitucionalidade da ação do legislador não pode se limitar a critérios formais, sob pena de perda da concretude e da utilidade de seu vínculo aos direitos fundamentais. Sua decisão política de tutelar (de certa maneira, privilegiar) um bem jurídico-constitucional em

⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. P. 421

detrimento de outro só pode prevalecer se a forma dessa escolha poupar o máximo possível o direito restringido.⁵⁹

A proporcionalidade não pode ser entendida dentro da dogmática dos direitos fundamentais como uma regra de equidade, de prudência, de moderação ou mesmo bom senso. A proporcionalidade é um instrumento juridicamente delineado para resolver problemas de constitucionalidade de atos infraconstitucionais, trata-se tão somente de verificação da conformidade da norma infraconstitucional aos direitos fundamentais outorgados pela Constituição, se a limitação imposta aos direitos fundamentais, ou se a solução adotada no conflito entre direitos fundamentais está condizente com aquilo disposto no texto constitucional.

A despeito da falta de previsão expressa na Constituição da República Federativa de 1988, é indubitosa a adoção desse princípio pela nossa constituição, por duas razões. Em primeiro lugar, o fato do art. 5º, § 1º e a própria força normativa da constituição estabelecerem uma verdadeira vinculação do Estado aos direitos fundamentais, demonstra a exigência de respeito máximo a esses direitos, respeito esse que deve ser garantido inclusive nas hipóteses de limitação dos direitos fundamentais, existindo, em verdade, um poder e dever de limitar os direitos fundamentais apenas na estrita medida do necessário para otimizar seu exercício, a proporcionalidade apresenta-se como critério inerente à atividade legislativa, pois estaria essa, na atuação de conformação dos direitos fundamentais, obrigada a sempre buscar a sua máxima efetividade, o que só seria possível através da aplicação da proporcionalidade como critério de aferição.

Em segundo lugar, pode-se conceber a plena aceitação da proporcionalidade como critério de análise da constitucionalidade por nossa constituição a partir daquilo disposto no art. 5º, § 2º, permite reconhecer garantias de direitos fundamentais que não sejam expressamente previstas na Constituição, mas decorrem dos princípios por ela adotados.

Outrossim, no que tange a relação estabelecida entre a proporcionalidade e razoabilidade é necessário trazer algumas considerações, principalmente referentes as diferenciações entre esses dois conceitos. Não são novas as divergências doutrinárias envolvendo o conteúdo e aplicação da proporcionalidade e razoabilidade, existindo forte posição de parte da doutrina, que sustenta uma verdadeira equivalência entre os dois, existindo nesse ponto uma verdadeira fungibilidade, por outro lado, a outra parte da doutrina entende que

⁵⁹ DIMITRI, Demoulis; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Atlas, 2012

os dois não se confundem, pelo menos no que diz respeito ao sentido amplo de proporcionalidade.

Nessa relação é essencial entender que a proporcionalidade em sentido estrito, nada mais é do que um juízo de comparação entre a “importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais”⁶⁰, examinando-se em síntese, se as vantagens produzidas pela adoção do meio superam as desvantagens advindas de sua utilização. Nesse ponto é evidente a conexão existente entre proporcionalidade e razoabilidade, bem como com o método da ponderação, que se releva muito mais presente nesse terceiro elemento, razão pela qual a razoabilidade muitas vezes é entendida como a proporcionalidade em seu sentido estrito. Assim, se vislumbraria ao menos uma diferença, no que tange a proporcionalidade e a razoabilidade, haja vista o fato da primeira demandar para a sua aplicação a realização de um juízo bem mais complexo, que foge a mera análise do que é razoável.

Desse modo, a proporcionalidade, para ter realmente aplicação demanda a realização de um juízo que envolva, os seus 3 (três) elementos – adequação, necessidade, proporcionalidade em sentido estrito – caso contrário, não se estará tratando da utilização do critério proporcional, mas apenas parcela dele, qual seja a proporcionalidade em sentido estrito, que em sua substância pode sim, ser entendida como razoabilidade, isto é, a necessidade de que o ato estivesse dentro do que é mais justo, não configurando excesso.

Por fim, ainda no que se refere à proporcionalidade e as limitações a direitos fundamentais, é necessário compreender que sempre o núcleo essencial do direitos deve ser preservado, ou seja, a parcela de seu conteúdo sem a qual ele perderia o mínimo de eficácia constitucionalmente aceitável, deixando assim de ser reconhecido como um verdadeiro direito fundamental, com efeito, a possível limitação de um direito fundamental e aqui inclui-se a própria autonomia privada.

A base dessa ideia é a existência de conteúdos direitos fundamentais que são invioláveis, posições mínimas indisponíveis e impassíveis de limitação, a qual se ocorresse destruiria a própria fundamentalidade do direito, tais conteúdos mínimos seriam oponíveis ao Estado, bem como aos particulares, isto é, mesmo na hipóteses constitucionalmente permitidas de limitação de direitos, haveria a necessidade de respeito ao seu conteúdo mínimo.

Assim, a limitação da autonomia privada em prol de outro direito fundamental, ou vice versa, há de observar a garantia do conteúdo mínimo do direito, de maneira preservar-lhe o mínimo de eficácia prevista na Constituição. A proteção ao núcleo essencial apesar de não

⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 239

expressamente prevista na CRFB/88, tem sido utilizada largamente pelo STF para interpretar as limitações materiais ao poder de reforma, e conflitos entre direitos fundamentais, nesse sentido firmou-se que “as limitações materiais ao poder constituinte de reforma (...) não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege”⁶¹

Outrossim, ainda dentro da temática envolvendo a limitação ao direitos fundamentais e por consequência à autonomia privada, temos ao lado da proporcionalidade e razoabilidade, o método/técnica da ponderação como um instrumento indissociável da harmonização entre a liberdade individual e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, se dará de forma a respeitar a autonomia dos mesmos, conformando-se os diferentes direitos fundamentais com essa autonomia, pois é possível, que essa coexistência leve a um conflito, porque, como já afirmado, a liberdade que cada um tem de decidir os próprios caminhos pode levar a situações nas quais esta vontade ocasiona a supressão de direitos. Na seara privada é ampla a possibilidade de criação livre de obrigações entre os indivíduos, sendo esta uma manifestação mais primordial da liberdade, entretanto, essa possibilidade de ajuste, não pode ocasionar acordos nos quais uma das partes sai extremamente vulnerada em seus direitos, mesmo que essa “vulneração” nasça da sua vontade.

Assim a ponderação, enquanto um instrumento apto a determinar, no caso concreto, a solução juridicamente adequada, buscar exatamente definir, à luz as circunstâncias concretas, quais os limites da autonomia da vontade ou da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, estabelecendo a melhor forma de harmonizar interesses que por alguma razão entraram em rota de conflito, sendo nesse interim, sempre necessária o sacrifício de pelos menos um dos direitos colidentes, segundo a melhor solução a luz da proporcionalidade.

A ponderação de forma alguma leva a extinção de direitos, atua tão somente na diminuição das suas aplicações em determinado caso concreto; no mundo abstrato os diferentes direitos continuarão a existir de forma harmônica, cada um no seu campo, como afirma Sarlet “a despeito de inexistirem normas constitucionais originárias inconstitucionais – uma interpretação sistemática implica, necessariamente, uma hierarquização dos valores em pauta, sem que disto resulte a exclusão de um valor constitucional em detrimento de outro.”⁶².

⁶¹ Neste sentido, v. o julgamento da ADI 2024, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 22 de junho de 2007

⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012

A ponderação, enquanto técnica de resolução de conflitos, toma os direitos fundamentais como normas de conteúdo principiológico, que opõem-se ao conceito de regra jurídica que só conhece a resposta bipolar: regra cumprida/regra descumprida, ou seja, a aplicação de um direito no lugar do outro, não leva a um juízo de revogação ou mesmo anulação daquele desconsiderado no caso concreto. Há nos direitos fundamentais, uma tessitura normativa aberta, que aceita conformações segundo as exigências e circunstâncias que se apresentam.

Trazendo tal ideia para o objeto central do presente trabalho, tem-se que o conflito entre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e a autonomia privada, será resolvida caso a caso, segundo um juízo de proporcionalidade, que terá como base a Constituição e o regime de direito que ela pretendeu criar, razão pela qual dessa forma afirma Virgílio Afonso da Silva que “a solução para o caso somente pode ser encontrada na aplicação do chamado princípio da proporcionalidade. Seria necessário, diante disso, que se examinasse se a restrição contratual ao direito fundamental é adequada, necessária e proporcional em sentido estrito. (...)”⁶³, ou seja eventuais restrições, seja da autonomia ou de outro direitos fundamental sempre terão que ser analisadas sobre esses três aspectos.

É inegável que assim como o poder público, os particulares encontram em uma posição de sujeição no que diz respeito aos direitos fundamentais, pois igualmente se encontram vinculados a esses direitos de base constitucional, que mais do que reger o Direito Público, determinam a forma de estruturação de toda a ordem jurídica.

O problema existente se situa no grau de vinculação, isto é, em estabelecer o quanto de liberdade que os particulares podem exercer, sem contudo desrespeitar o regime de direitos fundamentais, assim, a chave é a determinação de um ponto de equilíbrio que evite a limitação demasiada das vontades ao mesmo tempo que proteja a dignidade da pessoa humana, não vulnerabilizando os dois sentidos, que possuem igualmente grau de importância significativo em um Estado Democrático de Direito.

Desse modo, na presente ordem constitucional, cabe estabelecer que a regra geral será sempre que as pessoas podem livremente ditar os rumos de suas vidas, desde que não violem direitos de terceiros, ao Estado somente caberá atuar como uma espécie de “auxiliar”, que cria as condições necessárias para que cada um possa realizar de maneira efetivamente livre as suas escolhas, devendo limitar a execução dessa vontade apenas em situações excepcionais, quando

⁶³ SILVA, Luís Virgílio Afonso. **Direitos Fundamentais e Relações Entre Particulares**. Disponível em < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35274/34>. Acessado em 21 de janeiro de 2017

restar evidente a necessidade de sua atuação para permitir a coexistência com outros direitos de importância também significativa.

Cabe salientar ainda que as diferentes manifestações da autonomia da vontade receberão tratamento distinto quanto à possibilidade de limitação ou mesmo maior proteção, à medida, que sejam mais importantes para a promoção da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, a autonomia no que se refere a escolhas existenciais será muito mais presente do que naquelas de conteúdo meramente econômico, pois vislumbra-se na primeiras, uma inegável importância para a construção do ser humano, somente a partir delas será possível realmente respeitar a dignidade humana na sua plenitude.

Posto isso e como já afirmado anteriormente, é essencial reforçar a ideia de que somente haverá liberdade em seus diversos sentidos, quando na sociedade existirem as condições efetivas do exercício desse poder de autodeterminação, sob pena desta se resumir a uma liberdade aparente, de fachada. É natural em uma sociedade de complexidade tão elevada como a contemporânea, que os diversos indivíduos se encontrem em posições jurídicas desiguais, principalmente em razão das diferenças existentes no poder econômico entre os sujeitos, de modo que essas desigualdades latentes possibilitam constrangimentos sobre a vontade dos mais vulneráveis, ou seja, não haverá liberdade plena, ao menos, para um dos lados, sendo assim vital a atuação do Estado, para tornar mais justa e equânime a relação, impossibilitando, desse modo, a exploração do homem pelo homem. Razão pela qual explica Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins que,

O reconhecimento do efeito horizontal parece ser necessário quando encontramos, entre os particulares em conflito, uma evidente desproporção de poder social. Uma grande empresa é juridicamente um sujeito de direito igual a qualquer de seus empregados. Enquanto sujeito de direito, a empresa tem a liberdade de decidir unilateralmente sobre a rescisão contratual. Na realidade, a diferença em termos de poder social, ou seja, o desequilíbrio estrutural de forças entre as partes juridicamente iguais é tão grande que poderíamos tratar a parte forte como detentora de um poder semelhante ao do Estado⁶⁴

Por isso, quando o Direito intervém nas relações materialmente desiguais, ditando normatizações, ele não está desconsiderando a autonomia privada, pelo contrário, está ali para garanti-la, como afirma Konrad Hesse:

(...) pressupõem uma situação jurídica e fática aproximadamente igual dos interessados. Onde falta tal pressuposto, a autonomia privada de um conduz a falta de

⁶⁴ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

liberdade do outro, desaparece todo o fundamento e transpassa todos o limite, o indispensável equilíbrio deve então ser encontrado por outra via, a regulação estatal, cuja eficácia frequentemente requer uma conexão de preceitos do Direitos Público e Privado⁶⁵

Tal entendimento somente foi possível com a superação com o ideal liberal-burguês de Estado, o qual tinha como principal objetivo, sustentar um modelo ligado à proteção extrema de direitos privados e do individualismo econômico, político e social. A plena autonomia individual, mesmo que gerando graves problemas sociais, era a regra quase que absoluta. A liberdade negocial era extremamente valorizada, como uma autêntica expressão da vontade humana, com uma amplitude enorme; o sujeito estava totalmente livre para contratar ou não, definindo ilimitadamente os termos do ajuste, ao final do qual estaria definitivamente obrigado, não havia preocupações com ideias de justiça ou de igualdade, pois o contrato como produto das vontades livres das partes, era visto como sempre justo, não sendo possível qualquer análise externa de legitimidade, haja vista que a aquelas obrigações recíprocas teriam sido firmadas por sujeitos de posições jurídicas iguais, sendo estas as pessoas mais legítimas para definir os seus próprios interesses.

Nesse contexto, qualquer intervenção estatal nesse campo era considerada como um abuso de poder e ofensa à liberdade de cada indivíduo definir aquilo pelo qual queria se obrigar, era uma perturbação no livre mercado e invasão do poder público em uma área que não lhe dizia respeito, prejudicando uma suposta “mão invisível que rege o mercado” ou mesmo a ordem espontânea da coisa, que seria naturalmente equilibrada e boa.

Entretanto, esse modelo de Estado e sociedade, com a crescente democratização, bem como dos inúmeros problemas sociais daquela época, caiu, levando à derrocada do liberalismo clássico, permitindo a criação de um contexto político, no qual é possível a maior participação do Estado na relações privadas, seja para tentar proteger as partes mais frágeis, seja para garantir algum interesse coletivo ameaçado.

A referida mudança paradigmática permitiu a criação de regimes jurídicos constitucionais, nos quais a Constituição passou a ser o centro normativo do ordenamento, regendo todas as relações jurídicas e impondo obrigações tanto ao poder público quanto ao sujeitos privados, criando para estes uma vinculação anteriormente inexistente, passaram necessariamente a ter que observar as regras constitucionais e os direitos ali previstos, a

⁶⁵ HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. In: ALVES, Cristiane Paglioni. **A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais**. Disponível em < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revistaartigoosleitura_artigo_id=8. Acessado em 20 de janeiro de 2017

concretização das normas constitucionais deixou de ser uma atividade exclusivamente do Estado e passou a ser concebida como uma obrigação geral.

5. A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEU TRATAMENTO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Ao longo do presente trabalho, restou claro, que no sistema jurídico brasileiro é inegável a extensão dos direitos fundamentais às relações privadas, seja pela fato da atual sociedade ser desigual, necessitando assim da atuação do Direito em prol de uma das partes nas inúmeras relações jurídicas existentes, seja pelo fato da Constituição de 1988, ter reconstruído todo o ordenamento, de modo a priorizar a proteção do ser humano e da sua dignidade.

Avançando na compreensão do tema, e principalmente no que se refere à contraposição com a autonomia privada é essencial entendermos a forma como essa eficácia horizontal se dá, levando em consideração duas questões, o “como” e o “em que medida”, haja vista que não é possível simplesmente transplantar para o particular a posição de sujeito passivo do direitos fundamentais, de forma similar ao poder público, pois aquele, diferentemente do Estado, é detentor também de direitos fundamentais, investido de um poder de autodeterminação que se encontra dentro de uma esfera juridicamente protegida, sendo essa diferenciação que cria a enorme celeuma doutrinária e jurisprudencial acerca da aplicação (ou não) dos direitos fundamentais às relações entre particulares.

A grande questão reside no encontro de uma “fórmula” que seja capaz de compatibilizar uma tutela efetiva dos direitos fundamentais, sem contudo agredir ou mesmo violar a autonomia privada, privilegiando uma coexistência harmônica, conforme seja possível, como afirma Izabel Preis Welter “as colisões acontecem quando o exercício de um direito fundamental entra em conflito com outro ou com outros preceitos constitucionais. Como consequência dessa situação, o trabalho (...) é traçar limites que permitam o exercício harmônico daqueles direitos fundamentais colidentes”⁶⁶, assim busca a harmonização entre essas duas esferas, que ao fundo possuem o mesmo objetivo, que nada mais é do que proteger o homem e a sua dignidade.

Tal problemática leva a diversas outras discussões, em especial aquela que envolve a relação entre Poder Judiciário e o Poder Legislativo, e os papéis no que diz respeito à concretização dos direitos fundamentais, havendo posições que são mais favoráveis a um maior ativismo judicial e outras que primam por uma separação mais rígida de poderes, colocando o poder legislativo como único sujeito constitucionalmente legitimado a regular e implantar a eficácia dos direitos fundamentais.

⁶⁶ WELTER, Izabel Preis. **Uma Colisão De Direitos Fundamentais: A Autonomia Privada e Direito fundamental à Moradia**. Disponível em < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/=516cc95dbaf5a0b>>. Acessado em 15 de janeiro de 2017

5.1 As teorias acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas

5.1.1 Negação da eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada

Como já anteriormente afirmado, hoje, principalmente no sistema jurídico brasileiro, é quase consensual a ideia de que os direitos fundamentais possuem um grau de influência significativo nas relações privadas, subsistindo as discordâncias no que tange a forma e intensidade de como se dá essa influência.

Posto isso, cabe, porém, ponderar que inicialmente com o surgimento da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais surgiu também forte oposição a essa ideia, que baseando-se, em especial, em uma visão de mundo moldada pelo liberalismo clássico, mantinha a posição de que os direitos fundamentais representavam tão somente direitos de defesa em face do Estado.

Os defensores dessa visão argumentavam que a referida eficácia acabaria por violar mortalmente a autonomia privada, destruindo a identidade e estruturação do Direito Privado, que fora construído em volta da plena liberdade de escolha, que acabaria, de certo modo, absorvida pelo Direito Constitucional, permitindo um poder exagerado aos juízes em detrimento do poder legislativo, formado por aqueles democraticamente eleitos para efetivar os direitos fundamentais, tal teoria foi logo rechaçada, pois peca pelo radicalismo, restringindo a um âmbito extremamente diminuto, os direitos fundamentais.

Todavia, nos Estados Unidos da América a negação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas teve grande aceitação, o que se mantém até hoje. É quase um consenso no direito norte-americano que os direitos fundamentais previstos na sua constituição “Bill of Rights” somente são direcionados ao Estado, não vinculando de qualquer forma os particulares, tendo como única exceção a 13ª emenda que proibiu a escravidão, consubstanciando aquilo que se denomina como doutrina do “state action”, que busca preservar o âmbito de autonomia dos estados-membros para legislar sobre direito privado, vedando à União ingerência sobre essa matéria, razão pela qual os tribunais federais lá não podem interferir nessa seara, ainda, que sob o argumento de aplicar a Constituição.

Tal posição tão fechada em volta da inaplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre indivíduos se baseia principalmente na literalidade do texto do “Bill of Rights”, que não expressa efetivamente qualquer vinculação dos particulares, direcionando seus mandamentos aos poderes públicos. Outrossim há também argumentos de cunho teórico, que têm como base a própria história norte-americana que sempre foi assentada em ideias de

liberdade e autonomia privada muito fortes, com os quais a eficácia horizontal dos direitos fundamentais seria incompatível, motivo pelo qual afirma Laurence Tribe:

(...) imunizando a ação privada do alcance das proibições constitucionais, impede-se que a Constituição atinja a liberdade individual – denegando aos indivíduos a liberdade de fazer certas escolhas, como as de com que pessoas se associar. Essa liberdade é básica dentro de qualquer concepção de liberdade, mas ela seria perdida se os indivíduos tivessem de conformar sua conduta às exigências constitucionais.⁶⁷

A referida impossibilidade, apesar de ser universalmente aceita pela jurisprudência e doutrina norte-americanas, sofreu ao longo do tempo, sem contudo ser negada, algumas relativizações, como por exemplo o advento da “public function theory”, na qual a Suprema Corte passou a entender que quando os particulares atuassem em funções típicas do Estado, estariam aqueles vinculados às limitações constitucionais, impedindo em certa medida que os poderes públicos se livrassem de suas limitações, apenas delegando a sua atuação para um ente privado. Ocorre que essa relativização, principalmente a partir da década de 70, é extremamente restritiva, permitindo a existência de um enorme campo no qual os direitos fundamentais não tem penetração alguma. Nesse sentido é a clara síntese do *state action* extraída do julgamento do *Lugar v. Edmondson Oil Co*, *in verbis*:

nossos precedentes têm insistido em que a conduta supostamente causadora da privação de um direito constitucional (federal) seja razoavelmente atribuível ao Estado. Esses precedentes traduzem uma abordagem bipolar do problema da “atribuição razoável”. Em primeiro lugar, a privação tem que decorrer do exercício de algum direito ou prerrogativa criada pelo Estado ou por uma pessoa pela qual o Estado seja responsável. (...) Em segundo lugar, a pessoa acusada de causar a privação há de ser alguém de quem razoavelmente se possa dizer que se trata de um “ator estatal”. Isto por ser ele uma autoridade do Estado, por ter atuado juntamente com uma autoridade estatal ou por ter obtido significativa ajuda de agentes estatais, ou por que a sua conduta é de alguma forma atribuível ao estado.⁶⁸

Ou seja, a regra geral quase que absoluta nos EUA é a plena liberdade dos indivíduos, mesmo que essa liberdade leve a violação de direitos fundamentais, haja vista que diferentemente do Estado, não estão vinculados à observância de direitos fundamentais, gerando uma inegável clivagem de forma de tratamento público/privado, uma coexistência de estrutura jurídicas, em uma, a pública, há o respeito à princípios democráticos e direitos humanos, na outra, a particular, não há essa necessidade.

⁶⁷ TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*. In SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 304

⁶⁸ 457 U.S. 922 (1982)

5.1.2 Eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais na esfera privada

A teoria da eficácia mediata ou indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas foi desenvolvida em especial na Alemanha, pelo autor Günter Düring⁶⁹ tornando-se até hoje a concepção majoritariamente aceita naquele país. Trata-se, ao fundo, de uma proposta intermediária estabelecida entre a simples negação de vinculação dos particulares e aquela que fomenta uma incidência direta dos direitos fundamentais na esfera privada.

Para essa teoria os direitos fundamentais, no que se refere às relações privadas, não se consubstanciam em direitos subjetivos dos sujeitos particulares, que possam ser invocados a partir da constituição. A proteção jurídico-constitucional da autonomia privada permitiria que os indivíduos pudessem livremente atuar e externalizar as suas vontades, mesmo que estas ocasionassem, de algum modo, a renúncia de um direito fundamental, o que somente não seria possível nas relações verticais com o poder público.

Essa concepção, fundamenta a sua posição na necessidade proteção da autonomia privada, pois a incidência direta dos direitos fundamentais a essas relações acabaria por desfigurar toda a estruturação do Direito Privado, o transformando apenas na concretização de preceitos constitucionais que foram construídos em uma moldura totalmente distinta, ademais afirmam os seus defensores que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais importaria em um excessivo poder ao judiciário, que em nome da concretização da Constituição, desvirtuaria as relações privadas, minando a liberdade individual; pois inexisteriam determinações normativas suficientemente claras para direcionar a atuação deste poder, haja vista a excessiva abstração do texto constitucional, que não estabelece de forma determinada as condutas, comprometendo nesse contexto, de maneira inaceitável, a liberdade individual.

Essas razões são as que levam os defensores da eficácia mediata a entenderem que a Constituição não outorga aos particulares direitos subjetivos privados, sendo suas normas impregnadas apenas de um caráter objetivo, apto a influenciar indiretamente com seus valores as normatizações privadas, sendo essa a posição de Konrad Hesse, que rejeita a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, sustentando:

“(...) mediante el recurso inmediato a los derechos fundamentales amenaza con perderse la identidad del Derecho Privado, acuñada por la larga historia sobre la que descansa, en perjuicio de la adecuación a su propia materia de la regulación y de su desarrollo ulterior, para lo cual depende de especiales circunstancias materiales que no cabe procesar sin más con criterios de derechos fundamentales. Aparte de ello, correría peligro el principio fundamental de nuestro Derecho Privado,

⁶⁹ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva

*la autonomía privada, si las personas en sus relaciones recíprocas no pudieron renunciar a las normas de derechos fundamentales que son indisponibles para la acción esta tal.*⁷⁰

Ou seja, a posição daqueles que defendem a eficácia indireta dos direitos fundamentais é uma atenuação da que defende a total inaplicabilidade às relações privadas, todavia com uma diferença essencial, a de que os direitos fundamentais apesar de não incidirem diretamente, estabelecem uma ordem de valores que irradiam por todos os campos do Direito, inclusive no Direito Privado.

Para essa teoria, os direitos fundamentais não seriam destituídos de proteção na seara privada, esta ocorreria, todavia, não advinda diretamente da Constituição, mas sim de mecanismos criados pelo próprio Direito Privado, isto é, por meio da necessária atuação do legislador ordinário, como afirma Vieira de Andrade “(...) quando muito, os preceitos constitucionais serviram como princípios de interpretação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados suscetíveis de concretização, clarificando-os, acentuando ou desacentuando determinados elementos do seu conteúdo”.⁷¹

Assim, caberia apenas ao legislador mediar por meio da atividade lefigerante a aplicação dos direitos fundamentais, sendo ele o legitimado a realizar a ponderação de interesses constitucionais, de modo a compatibilizar a autonomia privada e a necessária garantia de direitos. Ao judiciário restaria o dever de aplicar a lei em seu sentido estrito, preenchendo, se necessário, possíveis cláusulas indeterminadas presentes na legislação infraconstitucional, tendo inicialmente, os direitos fundamentais apenas um papel de parâmetro interpretativo, sendo totalmente excepcional a hipótese de aplicação direta de direitos fundamentais às relações privadas.

O que, diga-se de passagem, mesmo na Alemanha, recebeu inúmeras críticas, que alegam, que a referida eficácia meramente indireta dos direitos fundamentais, ao contrário de proteger o indivíduo contra as ingerências estatais, estabelecendo um ambiente de segurança jurídica e respeito às liberdades individuais, permite a criação de um sistema no qual o Estado não viola direitos, mas o particular sim, haja vista, ao menos diretamente não ter seu comportamento vinculado a nenhum dever constitucional maior, podendo livremente definir as

⁷⁰ HESSE, Konrad. Derecho Constitucional y Derecho Privado. IN: SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006

⁷¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 272

suas condutas, mesmo que essas adentrem à esfera de terceiro tirando-lhe parcela da sua proteção.

Sustenta-se ainda que essa teoria, onde é aplicada, não permite a real efetivação dos direitos fundamentais, pois da existência de uma série de garantias voltadas ao homem, este permaneceria sendo alvo de violação de direitos, sendo a sua dignidade posta de lado, em razão de uma suposta proteção à liberdade individual. Outrossim a teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais às relações privadas desconsideraria a própria ideia de que a Constituição possui uma força que lhe é inerente, pois, por vezes, a legislação infraconstitucional e a vontade das partes teriam mais força do que a norma que estrutura o Estado.

5.1.3. Teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais na relações privadas

A teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais às relações privadas nasce na Alemanha como reação à teoria da eficácia mediata, concebendo que apesar de ser inegável que alguns direitos fundamentais vinculam apenas o Estado, também é inegável a existência de outros direitos fundamentais, que poderiam ser invocados pelo particular em face de outro particular, independentemente de qualquer mediação legislativa, possuindo estes uma eficácia erga omnes. Tal ideia estaria embasada nas insuficiências da teoria anterior, isto é, de que a necessidade de proteger o homem não poderia ser vista apenas em relação ao Estado, mas também de poderes sociais e terceiros em geral. Nesse sentido afirma Fernandes que:

Seus defensores afirmam que os direitos fundamentais, tal como previstos no texto constitucional, já trazem condições de plena aplicabilidade nas relações entre particulares, dispensando qualquer tipo de mediação infraconstitucional, não necessitando, portanto, da atuação (sindicabilidade) do legislador nem mesmo da interpretação da legislação infraconstitucional à luz da Constituição. Nesse sentido, com base na perspectiva da máxima efetividade a Constituição (com seu rol de direitos fundamentais) deveria ser aplicada diretamente nas relações entre particulares⁷²

Outrossim, não seria possível entender o Direito privado como uma área à margem Direito Constitucional, ou seja, se o sistema é uno, não é possível a existência de compartimentos do Direito que são autônomos e existem por si só. Cabe assentar que os adeptos da presente teoria não negam de forma alguma que a aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas é eivada de especificidades, haja vista a evidente relação de contraposição existente com a liberdade individual, sendo necessário uma ponderação de interesses para a

⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012, p. 410

conformação dos diferentes bens jurídicos. Ao contrário do que afirmam os seus opositores, não é uma teoria radical que prega a desconsideração da autonomia privada, pelo contrário busca em última medida, como explicando anteriormente, garanti-la.

Para os seus defensores, a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas representa a superação de uma visão histórica antiquada desses direitos, que passaram a ser verdadeiros instrumentos de modificação social, combatendo as desigualdades decorrentes da forma como se realizam as relações privadas.

Da mesma maneira, tal eficácia seria uma decorrência direta da força normativa da constituição, quer dizer, do fato da Lei Maior ser o centro normativo do ordenamento, sendo ao mesmo tempo o seu norte e base, o que não permitiria a existência de parte do Direito não abrangida por sua influência, estando todo sistema, inclusive o privado condicionado à forma como a Constituição determina os comportamentos e protege os direitos. Desse modo, trazendo tal concepção para uma realidade de Constituições mais garantistas como a Constituição da República Federativa de 1988, restaria inegável a eficácia direta dos direitos fundamentais, sob pena de negação da própria Constituição. Há assim uma vinculação do particular, este não encontra-se fora da esfera jurídica Constitucional, motivo pelo qual Sarlet afirma que:

Assim, reconhece-se, no âmbito da perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, que todos, Estado e particulares, se encontram a estes vinculados por um dever geral de respeito, situação que costuma ser identificada com uma eficácia externa dos direitos fundamentais, na qual os particulares assumem a posição de terceiros relativamente à relação indivíduo-poder, na qual está em jogo determinado direito fundamental⁷³

Não seria possível submeter a eficácia da constituição à vontade do legislador, ela por sua natureza já seria capaz de determinar ao menos de maneira geral as condutas, concretizando proibições de comportamentos que de algum modo possam contrariar os seus dispositivos.

5.2 A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

De início para compreender bem esse ponto, como já anteriormente exposto, é essencial assentar que a Constituição brasileira de 1988, mais do que representar a transição entre diferentes períodos históricos, consubstanciou-se em uma verdadeira transformação paradigmática do ordenamento jurídico pátrio, trazendo para este uma toda nova carga

⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012, p. 326

axiológica, de inegável respeito aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana, o que deve ser levado em conta na análise da matéria.

A constituição de 1988 claramente adotou uma posição mais protecionista em relação aos direitos fundamentais, o que gera para esta um caráter bem mais intervencionista do que o anteriormente verificado, nesse sentido é claro o art. 3, inciso I, da CFRB/88, que determina como objetivo fundamental da República “Construir uma sociedade livre, justa e solidária”, ou seja, há pelo menos em tese a tentativa de instalação de um Estado Social, voltado para a promoção da igualdade em seu sentido substancial e não meramente formal. Outrossim, ela não se sustenta nos ideias ideológicos que defendiam uma separação total entre Estado e sociedade civil. Assim, é clara a incompatibilidade da constituição brasileira com o a teoria radical da inexistência de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

A partir desse novo sistema estabelecido é possível compreender que a autonomia privada é um valor e direito de extrema importância, porém não é absoluto, que admite sim a ponderação com outros direitos constitucionais, em especial aqueles relacionados à proteção do homem. Reconhece-se que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais também tem como objetivo garantir a própria liberdade e autonomia privada, pois estas só poderão ser efetivamente realizadas quando os diferentes sujeitos tiverem condições mínimas para o exercício dessa liberdade, por isso afirma Sarmiento afirma que “Pensar na autonomia privada, num sentido pleno, é pensar também nos constrangimentos impostos a ela por agentes não estatais, no contexto de uma sociedade profundamente assimetria e excludente.”⁷⁴

Portanto a aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais às relações individuais não ofende a liberdade, mas pelo contrário, busca promove-la, criando na medida do possível uma relação de igualdade entre os diferentes sujeitos, que se encontram em posições materialmente diferentes, pois não possível compreender como justa e livre uma relação na qual uma das partes detenha muito mais força do que a outra, haja vista a inegável possibilidade do uso dessa diferença de força para constranger a vontade de outro e limitar assim a autonomia, razão pela qual afirma José João Nunes Abrantes “(...) a autonomia privada e a liberdade negocial só fazem sentido se forem exercidas de forma livre e esclarecida, isto é, pressupõe, para serem reais, a possibilidade de uma verdadeira autodeterminação daqueles sujeitos”⁷⁵.

Outrossim, deve ser afastada a alegação de um suposto caráter antidemocrático da aplicação direta dos direitos fundamentais, pois a referida teoria não questiona a legitimidade

⁷⁴ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2016, p. 244

⁷⁵ ABRANTES, Jose João Nunes. **Direito do Trabalho e Constituição**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990

do legislador para realizar a ponderação entre a autonomia privada e outros direitos fundamentais, todavia entende que essa legitimidade não se fecha no legislador, pois, em nome da eficácia da constituição, é plenamente possível ao judiciário na ausência de norma infraconstitucional, ou mesmo quando esta se mostrar insuficiente, tomar uma posição mais ativa na concretização dos direitos fundamentais.

Não há aqui qualquer ofensa à separação de poderes, busca-se tão somente garantir a efetividade das normas constitucionais, o que é um dever de todos os poderes constituídos e que não pode ficar condicionado à existência de lei ou mesmo a vontade de legislar, sob pena de subverter a ordem normativa, colocando um poder sobre outro e até mesmo a lei sobre a constituição.

A concretização da Constituição deve ser o norte, razão pela qual atuação do poder judiciário na garantia de direitos fundamentais é possível, mesmo que essa ocorra dentro de uma relação privada, devendo-se sempre respeitar a proporcionalidade e razoabilidade quando se intervir nesse campo da liberdade individual.

No que se refere a um possível incremento da insegurança jurídica, em razão da maior abstração do preceitos constitucionais quando comparados à legislação infraconstitucional, apesar de ser uma alegação verdadeira não pode ser utilizada como um obstáculo apto a por si só impedir a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, pois despeito da importância da segurança jurídica, essa não o único bem protegido pelo Direito, assim com a autonomia individual, aceita relativizações e ponderações com outros direitos constitucionalmente protegidos, é viável, sem ofender a ordem constitucional, diminuir a abrangência da segurança jurídica de modo que outros direitos também sejam apreciados.

Por fim, o fato da nossa constituição ter erigido o princípio da dignidade da pessoa humana como centro da ordem jurídica, valor condicionante e modelador dos Direito posto, faz com que se adote uma proteção mais efetiva dos direitos fundamentais, os necessitam de uma aplicação direta às relações privadas para se efetivarem concretamente. Com efeito, os direitos fundamentais nada mais são do que a materialização da dignidade da pessoa humana, de uma noção de que o homem é um ser digno e que necessita de proteção do Direito, de forma que essa proteção de maneira alguma pode ficar restrita a determinados campos da vida, não atingindo outros, sob pena de ao invés de garantir, a Constituição permitir uma violação de direitos, dessa vez não pelo Estado, mas sim pelo próprio homem.

Nesse sentido afirma Sarmiento que “na verdade, reconhecer na dignidade da pessoa humana o epicentro axiológico da ordem constitucional importa em postular uma *vis expansiva* para os direitos fundamentais, o que não se compatibiliza com construções que intentem atenuar

seu impacto, diluir sua normatividade ou confiná-los a fronteiras já superadas.”⁷⁶. Assim, reconhece-se um caráter eminentemente progressista da Constituição.

Dessa maneira, partindo para outro ponto, no que se refere à jurisprudência brasileira, não são escassas as decisões, que baseando em princípios constitucionais aplicam diretamente os direitos fundamentais no intuito de dirimir conflitos privados, porém, essas mesmas decisões não tem preocupação em fundamentar teoricamente essa aplicação. Nesse ínterim, aplicando diretamente os direitos fundamentais às relações privadas, é o entendimento já consolidado no âmbito do STF, que estabeleceu a impossibilidade da prisão civil do depositário infiel, mesmo sendo esta permitida por meio da legislação ordinária, nesse sentido é a ementa *in verbis*:

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\$ 86.858,24, 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

Assim, vê-se que há na nossa jurisprudência uma certa aceitação, ainda não muito clara, da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, exatamente pela necessidade de garantir a efetividade da constituição, bem como dos direitos nela garantidos.

5.3 Ponderação entre a autonomia privada e eficácia horizontal dos direitos fundamentais

É consenso, mesmo em relação aqueles que adotam a teoria da eficácia direta, que os direitos fundamentais quando aplicados às relações privadas, devem ser vistos segundo as peculiaridades existentes no que se refere aquelas relações estabelecidas entre particulares, principalmente em razão destes (ao contrário do Estado) possuírem também direitos fundamentais e uma esfera de autonomia juridicamente protegida.

Por isso, ante a necessidade de se harmonizar diferentes bens jurídicos potencialmente conflitantes, diz-se que o problema de fixação dos limites da eficácia horizontal dos direitos fundamentais é um problema de ponderação, sendo esta realizada em primeiro lugar por meio do legislador e apenas no caso de insuficiência passada para as mãos do judiciário. Nessa linha,

⁷⁶ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2016

ante o fato da ponderação ser uma atividade inerente à aplicação de direitos fundamentais, normas de caráter eminente principiológico, que aceitam relativizações, é essencial assentar de forma clara como ela deve se dar, sob pena de cair em mera intuições jurídicas e não um uso científico desse instrumento.

Em primeiro lugar é necessário se ter em mente que a eficácia dos direitos fundamentais só possui existência em razão da desigualdade material presente na sociedade, que permite uma discrepância exacerbada de forças entre diferentes sujeitos que encontram-se no mesmo plano privado. Essa desigualdade é a que exige, à luz do princípio da isonomia, a atuação estatal e aplicação direta dos direitos fundamentais, de modo a equiparar as relações privadas, permitindo que as vontades sejam exercidas de maneira efetivamente livre, desse modo quanto maior a desigualdade, maior deve ser aplicação do direitos fundamentais, motivo pelo qual o grau de vulnerabilidade é um parâmetro a ser aferindo na realização de um juízo de ponderação.

Outrossim, nesse juízo há de se levar em conta, o grau de autonomia constitucionalmente garantindo ao indivíduo, pois não duvida-se que a liberdade individual é um direito constitucionalmente garantido, mas essa proteção de realiza de maneira bem diferente a depender do seu objeto central. A CRFB/88, pelas próprias bases em que é assentada, toma como mais significativa a proteção da liberdade no que se refere à vontade para fazer escolhas de cunho existencial, colocando de certa forma em patamar “inferior” aquelas de conteúdo meramente patrimonial. Ademais, quando pondera-se diferentes princípios em conflito, sempre se deve considerar a essencialidades dos bens jurídicos, prevalecendo, em regra, aquele que seja mais essencial para a vida humana, portanto o peso da autonomia privada quando confrontada com outros direitos fundamentais irá variar.

Nessa linha, cabe ressaltar ainda que a lesão de direitos dentro das relações particulares, tanto pode advir de uma vontade unilateral de um sujeito como de uma decisão bilateral, não ofensor e ofendido participam, fato essencial para definir o limite de proteção da autonomia privada. No primeiro caso, tendo em vista o fato de afetado não participar dos eventos que violaram a sua esfera de proteção, a autonomia tem um peso bem menor, pois de forma alguma é possível compreender o exercício de uma liberdade que ofenda um terceiro, por sua vez quando o violando participa, mesmo que apenas consentindo, é indispensável ter em consta a autonomia da partes envolvidas.

Essa questão liga-se diretamente ao problema da renúncia do exercício dos direitos fundamentais, que claramente encontra duas limitações, em primeiro lugar, a vontade deve ter sido efetividade livre, o que diga-se de passagem é muito difícil em uma relação desigual, além disso essa renúncia não pode representar uma ofensa ao núcleo essencial do direito

fundamental, bem como ao princípio da dignidade da pessoa humana. Por mais livre que um sujeito possa ser, a ordem constitucional não pode permitir que ele se submeta de maneira voluntária a situações que ofendam a sua condição de ser humano.

Outrossim, é necessário levar em conta que o juízo de ponderação realizada para a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, além da desigualdade material, há de levar em conta outras questões, principalmente aquelas relacionadas as heterogeneidades do caso concreto; nessa atividade não existem formas pré estabelecidas capazes de por si só resolver o problema, dispondo o grau de limitação da autonomia privada.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente trabalho inúmeras questões direta ou indiretamente conexas com os direitos fundamentais foram analisadas, principalmente aquelas que possuem algum grau de importância para a compreensão acerca dos aspectos que envolvem a possibilidade (ou não) da eficácia dos direitos fundamentais dentro das relações que se realizam na seara privada, de modo a se alcançar algumas constatações.

Em primeiro lugar estabeleceu-se que os direitos fundamentais, como direitos inegavelmente históricos, são originados de determinadas necessidades políticas e sociais de um dado momento temporal, assim, de certa forma, correspondem em grande medida às circunstâncias fáticas nas quais estão inseridos; razão pela qual em sua noção clássica, advinda do liberalismo burguês, colocam-se como meros direitos de defesa dos indivíduos ou como limites ao poder estatal, pois eram estas as necessidades que se apresentavam, referindo-se muito pouco ou quase nada às relações privadas, haja vista o fato de aquela época, não haver, em tese, motivo para a sua aplicação nessas relações, nas quais, a autonomia seria suficiente, existindo um suposto equilíbrio natural.

Todavia, o advento da concepção de “Estado Social” permitiu que se torna-se cada vez mais clara a patente desigualdade presente entre os diferentes sujeitos privados, que supostamente, segundo os ideais liberais deveriam estar nos mesmos patamares de direitos, compartilhando igualmente das possibilidades da vida, o que não se verifica na realidade. Motivo pelo qual os direitos fundamentais passaram a ser submetidos a outra visão, mas condizente com a realidade que se apresentava, de modo que expandiu a sua área de atuação para fora da relação Estado-Homem.

Os regulamentos privados perderam espaço e a Constituição se consolidou como centro normativo dos sistemas jurídicos, como uma norma estruturante do Estado, que vincula a todos, inclusive os particulares. Há um processo de constitucionalização do Direito Privado, que passa a ser necessariamente analisado segundo as disposições constitucionais, perde a sua plena autonomia, ficando antes de tudo condicionado ao devido respeito aos preceitos constitucionalmente estabelecidos. Assim, fica posto que a Constituição possui uma força normativa que lhe é inerente e capaz de determinar ou ao menos influenciar todos os aspectos do Direito, não restando áreas intangíveis.

Em decorrência de tais ideias, progride a concepção de que os direitos fundamentais são aplicáveis às relações particulares, em primeiro lugar como uma limitação à atuação do

legislador ordinária, mas também como uma norma diretamente incidível nas relações privadas, de modo a vincular o comportamento dos indivíduos.

Essa vinculação do particular passou a fundamentar eficácia horizontal dos direitos fundamentais, isto é, uma eficácia fora daquela concepção vertical (Estado-Homem) clássica. Todavia também cria uma nova tensão, dessa vez com a autonomia privada, haja vista que a referida vinculação inegavelmente diminuirá o campo de liberdade e autodeterminação dos indivíduos.

Entretanto é essencial assentar que a liberdade apesar de, certa forma, contrapor-se a uma incidência dos direitos fundamentais às relações privadas, não é desconsiderada por essa nova concepção, pelo contrário, a liberdade de escolha e de ação continua a ser vista como um direito de significativa importância e constitucionalmente protegido, sendo garantida ao homem uma esfera de liberdade, todavia essa passa a ser dependente de uma necessária harmonização com proteção dos direitos fundamentais, quer dizer, o exercício da liberdade é legítimo desde que se encontre dentro daquilo que a Constituição estabelece como condizente com o respeito à dignidade da pessoa humana.

O condicionamento de comportamento de sujeitos privados advindo da eficácia dos direitos fundamentais, consagra a necessidade de intervenção estatal quando verificar-se relações privadas substancialmente desiguais, pois não é possível estabelecer como plenamente equânime uma relação estabelecida entre atores em posições de vida tão distintas, que permita o condicionamento da vontade não pelo Estado, mas sim por outros sujeitos particulares, que reúnam mais poder e assim possam injustamente influenciar a escolha de um terceiro. Tal situação demonstra o fato de por vezes a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas não consagrar uma limitação da liberdade, mas sim a sua garantia, pois ao fundo, busca-se estabelecer a igualdade, de maneira que todos possam livremente exercer as suas vontades, sem que a diferenças possam ser utilizadas como instrumento de pressão.

A incidência dos direitos fundamentais tratada ao longo de todo o presente trabalho possui peculiaridades inerentes, principalmente relacionadas ao fato dos sujeitos individuais também serem detentores de direitos fundamentais, motivo pelo qual não é possível uma extensão incondicionada desses direitos às relações privadas, sob pena de subverter a ordem constitucional, privilegiando certos direitos em detrimento de outros e comprometendo diretamente o equilíbrio que o Estado de Direito requer.

Dessa forma, o problema da eficácia dos direitos fundamentais às relações privadas, é ao fundo um problema de harmonização entre diferentes bens jurídicos constitucionalmente protegidos, que não podem se invalidar, mas devem coexistir. Tal coexistência será encontrada

por meio de um juízo de ponderação, que à luz do caso concreto, deverá determinar qual o direito que deve prevalecer, tendo sempre como norte a garantia da dignidade da pessoa humana.

A forma como essa ponderação se realiza varia de acordo com as bases nas quais a ordem constitucional é assentada, prevalecendo como afirmado ao longo do trabalho, três diferentes teorias, a da negação de eficácia, a de uma eficácia mediata e de eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais às relações privadas.

Conforme o já exposto e tomando como parâmetro as concepções e valores estabelecidos na Constituição da República Federativa de 1988, têm-se que a nossa realidade jurídica consagrou uma eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais às relações privadas, ressalvados aqueles direitos que só possam ser exercidos em face do Estado. Inúmeros argumentos foram contrapostos a essa aplicação, principalmente relacionados a um possível esvaziamento da autonomia privada, o que todavia não procede em razão da possibilidade de relativização deste direito, bem como pelo fato de ser necessário também a garantia de outros direitos fundamentais e não somente um; outrossim como já afirmado a extensão dos direitos fundamentais a seara privada, não invalida a liberdade, apenas condiciona o seu exercício, sendo essencial ressaltar, que esse condicionamento ocorrerá em primeiro lugar pela ação do legislador e apenas posteriormente pelo judiciário, priorizando a separação de poderes.

Por fim, mais uma vez, cabe trazer à baila que o problema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas e sua tensão com a autonomia privada é uma questão a ser resolvida por um juízo de ponderação de interesses, que tomará para a sua realização as circunstâncias concretas do caso, mas que inegavelmente deve levar em conta alguns parâmetros determinados como o grau de assimetria entre os diferentes sujeitos, bem como qual a autonomia protegida, a existencial ou econômica, pois deve sempre privilegiar a primeira, que liga-se diretamente aos aspectos mais importante da vida e é o que deve ser protegido, devendo ainda respeitar-se sempre o pluralismo, não impondo qualquer padrão pré-estabelecido, até por que, pelo o que já foi exposto isso não é possível, tendo em conta que a ponderação sempre deve partir do concreto e ser aplicado suas próprias circunstâncias.

7. REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria do Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BOBBIO, Noberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2012.
- BRASIL. **Constituição Política Do Império Do Brazil** (De 25 De Março De 1824). Rio de Janeiro, 22 abr. 2008. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm> Acesso em: 22 de janeiro de 2017.
- BRASIL, **Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1967**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CUNHA JUNIOR, Dirley da. **A efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível**. Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. 3ª. ed., Salvador: Editora Juspodivm.
- DEMOULIS, Dimitri; MATINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2012.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **O Direito À Tutela Jurisdicional Efetiva Na Perspectiva Da Teoria Dos Direitos Fundamentais**. Disponível em < <http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2016/08/MARINONI-O-DIREITO-%C3%80-TUTELA-JURISDICCIONAL-EFETIVA-NA-PERSPECTIVA-DA-TEORIA-DOS-DIREITOS-FUNDAMENTAIS.pdf>. Acessado em: 22 de janeiro de 2017
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 10ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.
- RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 3ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2ª. ed. São Paulo: Ática, 2000.
- SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4ª. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

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

SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais estudos de direito constitucional**. 1º Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Luís Vírgilio Afonso. **Direitos Fundamentais e Relações Entre Particulares**. Disponível em < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35274/34>. Acessado em 21 de janeiro de 2017

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

WELTER, Izabel Preis. **Uma Colisão De Direitos Fundamentais: A Autonomia Privada e Direito fundamental à Moradia**. Disponível em < <http://www.publicadireito.com.br/artigos516cc95dbaf5a0b>>. Acessado em 15 de janeiro de 2017

Mendes Marques, Allan.

A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS :

Harmonização entre a autonomia privada e a garantia da dignidade humana / Allan Mendes Marques. - 2017.

76 f.

Orientador(a): Lucylea Gonçalves França.

Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2017.

1. Direitos. 2. Eficácia. 3. Fundamentais. 4. Horizontal. 5. Liberdade. I. Gonçalves França, Lucylea. II. Título.