

**Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará – ESMEC  
Curso de Especialização em Direito Público**

**Germano Leão Hitzschky Madeira**

**A Dignidade Humana como Núcleo Axiológico da Constituição  
Federal: discussão acerca da eficácia horizontal dos direitos  
fundamentais**

Fortaleza  
Dezembro – 2011

GERMANO LEÃO HITZSCHKY MADEIRA

**A Dignidade Humana como Núcleo Axiológico da Constituição  
Federal: discussão acerca da eficácia horizontal dos direitos  
fundamentais**

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Especialização em Direito Público, da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito Público.

Orientador: Prof. Ms. Flávio José Moreira Gonçalves

Fortaleza-Ceará  
2011

GERMANO LEÃO HITZSCHKY MADEIRA

**A Dignidade Humana como Núcleo Axiológico da Constituição  
Federal: discussão acerca da eficácia horizontal dos direitos  
fundamentais**

Monografia apresentada à banca examinadora e à  
Coordenação do Curso de Direito Público da  
Escola Superior da Magistratura do Estado do  
Ceará – ESMEC como requisito parcial para  
obtenção do título de Especialista em Direito  
Público – Turma I.

Monografia aprovada em: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_.

Orientador: \_\_\_\_\_  
Prof. Ms. Flávio José Moreira Gonçalves

1º Examinador: \_\_\_\_\_

2º Examinador: \_\_\_\_\_

Coordenador do Curso:

\_\_\_\_\_  
Prof. Dr. Edilson Baltazar Barreira Júnior

## AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer aos professores membros da banca, por terem aceitado o nosso convite para compor a mesa examinadora, e em especial ao meu orientador Prof. Flávio José Moreira Gonçalves, pela dedicação e esforço que tem me dispensado durante a realização deste trabalho.

Por fim, gostaria de registrar os nossos agradecimentos a todos os professores que formaram o Curso de Especialização em Direito Público – Turma I, da ESMEC, aos colegas e aos funcionários que de alguma forma contribuíram para que pudéssemos alcançar nossos objetivos.

## RESUMO

Os direitos fundamentais surgiram em resposta aos reclamos do pensamento liberal-burguês contra o Estado Absolutista Monárquico, com o fito de limitar o poder estatal, o qual, não raras vezes, agia com abuso de poder, invadindo a esfera particular do indivíduo. Todavia, percebeu-se que em tempos de globalização da economia vividos hodiernamente, grandes corporações privadas, ao lado do Estado, passaram a perpetrar graves violações aos direitos fundamentais. Assim, a constatação de que outras forças sociais poderiam intervir nas liberdades individuais aliada à percepção de que os direitos fundamentais possuem uma dimensão objetiva, tornou evidente a necessidade de aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, o que a doutrina convencionou chamar de eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Relações Privadas. Eficácia Horizontal.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> _____	06
<b>1 A NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL</b> _____	09
1.1 Pós-positivismo: o resgate dos valores e a elevação dos princípios ao patamar de normas jurídicas_____	12
<b>2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO NÚCLEO AXIOLÓGICO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL</b> _____	17
2.1 A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais_____	21
2.2 A dimensão objetiva dos direitos fundamentais_____	28
<b>3 A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS</b> _____	32
3.1 A eficácia horizontal dos direitos fundamentais na jurisprudência____	41
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> _____	46
<b>REFERÊNCIAS</b> _____	49

## INTRODUÇÃO

A passagem do juspositivismo para o pós-positivismo deu-se, precipuamente, a partir da constatação de que a legalidade estrita, isenta de conteúdo valorativo, deu azo à prática de uma série de atos desumanos. Como forma de reagir a estas agressões à dignidade humana, houve um resgate dos valores no ordenamento jurídico, o que ocorreu a partir da normatização dos princípios (plenamente carregados de conteúdo valorativo). Dentre os valores consagrados normativamente, e tida como núcleo axiológico, como valor supremo que deve orientar todo o ordenamento jurídico e, sobretudo os direitos fundamentais, destaca-se a dignidade da pessoa humana, tão desprezada e desconsiderada pelos positivistas.

Referido princípio da dignidade da pessoa humana está consagrado no nosso texto constitucional de 1988 no seu art.1º, III. Quando a Constituição acolhe a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, o que ela está fazendo não é atribuindo dignidade às pessoas, mas determinando que este valor (dignidade) seja protegido e promovido pelos Poderes Públicos.

É a partir da construção desta ideia, de que a dignidade é um valor que deve ser protegido e promovido, que podemos entender a relação da dignidade da pessoa humana com os direitos fundamentais, na medida em que aquela proteção e promoção é feita por meio destes direitos, tidos como princípios constitucionais especiais.

Consoante lição de Ingo Wolfgang Sarlet (2011), os direitos fundamentais devem ser encarados a partir de uma dupla perspectiva, a saber, na condição de normas objetivas e sob o enfoque de direitos subjetivos. É justamente a partir daquela perspectiva objetiva dos direitos fundamentais e de seus desdobramentos, notadamente no que se refere à sua eficácia irradiante, que orienta a aplicação e interpretação do ordenamento jurídico infraconstitucional, de onde brota o tema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, assunto este que, ante a sua relevância, vem migrando para a doutrina jurídica e para a prática jurisprudencial.

Desta forma, no decorrer deste trabalho monográfico, responder-se-á a determinados questionamentos, tais como: Uma vez constatada a possibilidade de a lesão à dignidade humana provir de comportamentos de outros atores sociais que não sejam os Poderes

Públicos, seria possível, em prol da proteção daquela dignidade, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, em que vigoram os princípios da autonomia da vontade e da liberdade contratual? Referida vinculação se daria de forma direta, imediata? Ou, por outro lado, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas ocorreria apenas de forma indireta, servindo como vetor interpretativo dos negócios jurídicos?

A justificativa para este trabalho repousa na constatação de que em nome da efetiva realização da dignidade humana, necessário se faz a proteção dos direitos fundamentais não apenas contra agressões perpetradas pelos entes públicos, como também contra os ataques e opressões advindas de poderes sociais não estatais, largamente presentes na sociedade contemporânea.

Tem-se, então, como objetivo geral, analisar o conteúdo doutrinário mais importante acerca da chamada dimensão objetiva dos direitos fundamentais, demonstrando-se quem integraria o rol dos sujeitos passivos daqueles direitos e discorrer sobre a eficácia horizontal propriamente dita, exemplificando situações em que particulares se vinculariam aos direitos fundamentais ora diretamente, ora de forma mediata, indireta. Por fim, analisar, a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho, como o assunto vem sendo discutido e aplicado por aqueles tribunais.

Em relação aos aspectos metodológicos, as hipóteses foram investigadas através de pesquisa bibliográfica, procurando explicar o problema através da análise da literatura já publicada em forma de livros, revistas, publicações avulsas e imprensa escrita, sobre o tema em análise, realçando as posições de Ingo Wolfgang Sarlet, Daniel Sarmiento, Ana Paula de Barcellos e Luis Roberto Barroso. No que tange à tipologia da pesquisa, isto é, segundo a utilização dos resultados, é pura, visto ser realizada com a finalidade de aumentar o conhecimento do pesquisador para uma nova tomada de posição e aplicada, porque tem por finalidade intervir na realidade. A abordagem é qualitativa, procurando aprofundar e abranger as ações e relações humanas, observando os fenômenos sociais de maneira intensiva. Quanto aos objetivos, a pesquisa é exploratória, procurando aprimorar idéias, ajudando na formulação de hipóteses para pesquisas posteriores e identificando os fatores que determinam ou contribuem para a ocorrência de fenômenos.



No primeiro capítulo, *A Nova Hermenêutica Constitucional*, buscaremos demonstrar, com base nas teorias defendidas por autores como Friedrich Müller e por Konrad Hesse, que a Constituição bem como os seus princípios, possuem uma força normativa capaz de ordenar e conformar a realidade social, de maneira que aqueles princípios devem ser levados em consideração quando da aplicação e interpretação do direito. Mencionada doutrina se apresenta como uma manifestação das tendências pós-positivistas, na medida em que se assenta nas duas idéias centrais daquela corrente jus-filosófica: a retomada dos valores e a normatividade dos princípios.

Em seguida, no segundo capítulo, *O Princípio Da Dignidade Humana Como Núcleo Axiológico da Constituição*, será evidenciado que a partir da assunção daquele novo constitucionalismo de valores, influenciado pelos ideais pós-positivistas, ganhará destaque a dignidade da pessoa humana, tida como valor supremo, intrínseco ao ser humano e cuja proteção e promoção é feita pelos direitos fundamentais, os quais se expressariam por meio de princípios constitucionais especiais. Tendo sido apontada a relação entre a dignidade humana e os direitos fundamentais, passaremos a discorrer de forma mais detida sobre estes mesmos direitos, quando então mostraremos que além de uma perspectiva subjetiva, também possuem uma dimensão objetiva.

No terceiro capítulo, *A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais*, será discutido o tema central deste trabalho, qual seja, a vinculação dos particulares às normas jusfundamentais, sendo, derradeiramente, colacionadas algumas jurisprudências com o fim de se analisar como assunto vem sendo tratado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Tribunal Superior do Trabalho.

Finalmente, como conclusão de tudo o que foi pesquisado, são apresentadas, de forma resumida, as principais considerações arroladas.

# 1 A NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

A concepção de uma nova interpretação constitucional está relacionada com ideário apregoado pelo professor alemão Konrad Hesse, que, em sua obra, “A força normativa da Constituição”, procurou demonstrar, com base na teoria defendida por Ferdinand Lassalle, o qual sustentava uma concepção sociológica de Constituição, que em razão de sua força normativa, a Constituição não é só um reflexo do que acontece, ou seja, não apenas deve reproduzir os fatores reais de poder (ser), mas também pode servir de instrumento de modificação da realidade (dever ser). Assim, em caso de confronto entre os fatores reais de poder e a constituição escrita, esta última não necessariamente cederá, podendo, inclusive, ordenar e conformar a realidade política e social.

A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. (HESSE, 1991, p. 15).

Percebe-se, portanto, que Konrad Hesse, admitiu, em parte, a teoria defendida por Ferdinand Lassalle, impondo, entretanto, algumas modificações. Para Lassalle, o fundamento da Constituição estava na sociologia, defendendo a existência de duas Constituições: a escrita (ou jurídica) e a real (ou efetiva). Seria a Constituição real de um Estado a soma dos fatores reais de poder e, desta forma, caso a Constituição escrita não reproduzisse esta soma, ela seria uma mera folha de papel. Em assim sendo, no caso de conflito entre a Constituição escrita e a real, esta sempre prevalecerá, uma vez que corresponde à soma dos fatores reais de poder que regem determinada nação.

Onde a Constituição escrita não corresponder à real, irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a Constituição escrita, folha de papel, sucumbirá necessariamente perante a Constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país. (LASSALLE, 2011, p. 43).

Por seu turno, Hesse admite que a Constituição jurídica é um conjunto de fatores reais do poder, é a expressão de uma realidade, mas não apenas isso, acrescentando que seu texto

normativo não é uma mera folha de papel, já que uma vez escrita é capaz de gerar direitos e criar obrigações, de forma que possui uma força normativa.

[...] a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. (HESSE, 1991, p. 24).

Acontece que, conclui HESSE, apesar de a Constituição escrita, jurídica, possuir aquela força normativa, ela não é capaz, por si só, de realizar algo, contudo poderá “impor tarefas”, transformando-se em força ativa se essas tarefas forem realizadas ou mesmo se for possível, de alguma forma, identificar a vontade de concretização dessa ordem, ou seja, se houver “vontade de Constituição”.

É justamente com o fito de consolidar e preservar aquela força normativa, ou seja, com vistas a realizar a vontade de Constituição, que a nova hermenêutica constitucional encontra guarida. Konrad Hesse (1991, p.22-23) já afirmava: “A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.”

Em razão de tudo o que foi dito até aqui, somos levados a concluir que HESSE buscou demonstrar que deve haver um equilíbrio entre a normatividade da Constituição e as condições da realidade, de maneira que a norma constitucional deve ser entendida e interpretada sem perder de vista a realidade subjacente, ou seja, ela (norma constitucional) não tem existência autônoma em face da realidade, não sendo, portanto, a Constituição, um sistema fechado de normas jurídicas, apto a solucionar todas as questões constitucionais. Justamente em razão desta alegativa, Hesse afirma que os métodos tradicionais de interpretação constitucional, decorrentes de um processo silogístico de subsunção do fato à norma, têm-se mostrado insuficientes na busca da concretização da norma constitucional. É nesse contexto que o Professor Luis Roberto Barroso (2008, p. 331) assevera:

[...] não é verdadeira a crença de que as normas jurídicas em geral – e as normas constitucionais em particular – tragam sempre em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem. A nova interpretação constitucional assenta-se no exato oposto de tal proposição: as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e **extremamente dependente da realidade subjacente**, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar. (grifamos).

Por fim, ainda parafraseando o ideário apregoado por Konrad Hesse, em “A força Normativa da Constituição”, vale salientar que a teoria defendida por referido autor apresenta pontos de convergência com o método normativo-estruturante idealizado por Friedrich Müller (2000), que, da mesma forma que Hesse, destaca o papel da realidade no processo de concretização da norma, a qual tem existência autônoma em relação àquela (realidade), acrescentando que, no referido processo de concretização, não podemos confundir o programa normativo com o domínio normativo (ou âmbito normativo). O primeiro corresponderia ao comando jurídico, enquanto que este último seria a realidade social. Müller preocupa-se em resgatar o valor que deve ser dado à realidade como elemento integrante da norma jurídica, aduzindo: “O resultado do conjunto formado pelo programa normativo e pelo âmbito normativo é a norma jurídica, **que deve ser formulada de maneira genérica e abstrata**” (MÜLLER, 2000, p.63, grifamos).

No mesmo sentido, afirma Canotilho (2001, p. 1179): "Componentes fundamentais da norma são o programa normativo e o domínio normativo e, por isso, a norma só pode compreender-se como uma articulação destas duas dimensões."

Ousamos afirmar, por conseguinte, que as teorias divulgadas e defendidas por autores como Friedrich Müller (2001) e por Konrad Hesse (1991), são expressões de concepções pós-positivistas, na medida em que suas bases teóricas se assentam na ideia da força normativa da Constituição e dos princípios que ela veicula e que, por este motivo, demonstram com clareza, à vista do caso concreto, a necessidade de reaproximação entre o ser e o dever ser, entre a norma e a realidade a ser ordenada, constituindo essa construção doutrinária em um importante pensamento orientador da nova hermenêutica constitucional. Em se tratando de pós-positivismo, será justamente este o assunto que iremos desenvolver no tópico seguinte.

## 1.1 Pós-positivismo: o resgate dos valores e a elevação dos princípios ao patamar de normas jurídicas.

O pós-positivismo surgiu com o escopo de buscar a superação da antiga polêmica entre o jusnaturalismo e o juspositivismo. Enquanto que o primeiro estava preocupado com a justiça como valor supremo, ínsito ao ser humano e superior, inclusive, a qualquer direito positivo vigente, o segundo tinha como seu baluarte a segurança jurídica, sobrelevando o aspecto científico do direito e, por conseguinte, ignorando o seu viés de justiça.

O poderio do positivismo jurídico, que enfraquecera os ideais jusnaturalistas, com o transcorrer da história, começou a decair, na medida em que se constatou que a legalidade formal, pregada pelo positivismo, poderia encobrir a barbárie, como ocorreu durante o nazismo na Alemanha e o fascismo na Itália. Foram as conseqüências desastrosas e desumanas provenientes dessa legalidade formal, estrita, que fez com que o positivismo jurídico entrasse em pleno declínio, resgatando-se, desta forma, a preocupação com a justiça, com os valores do direito e, no centro destes valores, como núcleo axiológico da própria Constituição Federal, com a **dignidade humana**.

No mesmo sentido, afirmam os autores Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos (2008, p.336):

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O *pós-positivismo* é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica constitucional*, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. (grifos originais).

Percebemos, portanto, que uma primeira grande característica do pós-positivismo é o resgate da preocupação com o conteúdo justo, com a ética, com os valores civilizatórios, enfim, com a dignidade da pessoa humana. Um outro aspecto do pós-positivismo, não menos importante que o primeiro e correlacionado com aquele, inclusive, é a elevação dos princípios à categoria de normas. É no pós-positivismo que os princípios finalmente atingem o seu auge normativo, passando a ser tratados como uma espécie de norma jurídica. (NOVELINO, 2010).

A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética. (BARROSO; BARCELLOS, 2008, p.334-335).

Corroborando o que dissemos acima e partindo dos ensinamentos de Paulo Bonavides (2010), a análise da juridicidade dos princípios deve ser feita de acordo com três fases distintas: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista.

No período do jusnaturalismo, apesar do reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa, inspiradora dos postulados de justiça, os princípios possuíam uma normatividade praticamente nula, pois estavam inseridos em uma esfera inteiramente abstrata.

A primeira – a mais antiga e tradicional – é a fase jusnaturalista; aqui, os princípios habitam ainda esfera por inteiro abstrata e sua normatividade, basicamente nula e duvidosa, contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de idéia que inspira os postulados de justiça (BONAVIDES, 2010, p. 259)

Com o advento do positivismo, não obstante o ingresso dos princípios nos Códigos como fonte normativa secundária, eles continuavam carecedores de normatividade, sendo tratados como meras pautas programáticas supraleais.

Mas o juspositivismo, ao fazer dos princípios na ordem constitucional meras pautas programáticas supraleais, tem assinalado, via de regra, a sua carência de normatividade, estabelecendo, portanto, a sua irrelevância jurídica. (BONAVIDES, 2010, p. 263).

Percebemos, desse modo, que tanto os jusnaturalistas quanto os juspositivistas não consideravam os princípios como normas jurídicas. Para eles, os princípios não tinham o caráter obrigatório, vinculante. Eram apenas diretivos, conselhos, ou seja, enquanto que a norma era tida como obrigatória, os princípios representavam apenas uma diretriz, um conselho, desprovidos de qualquer normatividade.

O pós-positivismo não trata princípios e normas como coisas distintas. As normas são o gênero e as espécies são os princípios e as regras, os quais constituem os elementos do sistema normativo atual.

A terceira fase, enfim, é a do pós-positivismo, que corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas do século XX. As novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais (BONAVIDES, 2010, p. 264).

Como advertimos no início deste capítulo, ao citarmos a teoria de Konrad Hesse, a Constituição possui uma força normativa e é justamente em decorrência de tal fato que o professor Marcelo Novelino (2010, p.192) se presta a afirmar:

Todos os dispositivos por meio dos quais uma Constituição emite seus comandos consubstanciam normas, ainda que de espécies distintas. A idéia de que a Constituição possui um caráter meramente político, com algumas disposições carentes de juridicidade, deve ser definitivamente afastada. É pouco sensato imaginar que o legislador constituinte, investido em tão relevante função, pudesse se dar ao trabalho de elaborar disposições ociosas, sem força cogente, de simples valor ético ou moral.

Cumpra ainda ressaltar, no que se refere à normatividade da Constituição, o pensamento dos professores J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira (1991, p. 43), para quem as normas constitucionais possuem uma eficácia normativa, muito embora possa ser variável a intensidade de sua “força conformadora” imediata.

Portanto, uma outra particularidade do pós-positivismo e que o distingue do jusnaturalismo e do juspositivismo, é a consagração da juridicidade dos princípios, os quais, junto com as regras, integram a seara das normas jurídicas.

As regras possuem uma aplicação imediata, ou seja, em ocorrendo as hipóteses nelas previstas, devem ser aplicadas automaticamente. A incidência da regra ao caso concreto dá-se através do mecanismo tradicional da subsunção lógica, segundo o qual a norma é a premissa maior, o fato é a premissa menor e a conclusão é a aplicação da norma ao fato (sentença). A regra não é mandamento de otimização, mas sim de definição, ou seja, ela é aplicada na exata medida de sua prescrição, obedecendo, desta forma, à regra do tudo ou nada. Não é aplicada mais ou menos, mas deve incidir no caso na forma como foi definida em seu texto. Daí não se falar em ponderação na aplicação das regras. Ocorrida a hipótese prevista na regra, esta deve ser aplicada ou não. Caso não seja aplicada, então é porque aquela regra não é mais válida. Dispondo no mesmo sentido, vejamos o que aduzem os doutrinadores Luiz Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos (2008, p.338):

Regras são, normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações. Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir, pelo mecanismo tradicional da subsunção: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão. A aplicação de uma regra se opera na modalidade tudo ou nada: ou ela regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida. Na hipótese do conflito entre duas regras, só uma será válida e irá prevalecer.

Quando um determinado valor é consagrado no plano normativo, a primeira norma que consagra este valor é exatamente o princípio. Destarte, os princípios são a primeira etapa (daí serem chamados de princípios) de consagração dos valores no plano normativo.

Os princípios representam o primeiro estágio de concretização dos valores jurídicos, seguidos das regras, que são concretizações dos princípios. [...]. A proximidade entre os princípios constitucionais e os valores supremos da sociedade maximiza ainda mais a sua importância como critério de decisão a ser considerado nos discursos normativos. (NOVELINO, 2010, p. 190).

Foi por esta razão que afirmamos que o resgate dos valores apregoados pelos jusnaturalistas e a consagração dos princípios no plano normativo, dois importantes aspectos do pós-positivismo, se correlacionam. Os valores são retomados e são admitidos pelo ordenamento jurídico por meio dos princípios, que possuem força normativa, ressaltamos. Com isso, podemos aferir que o pós-positivismo, na verdade, acabou por equilibrar os postulados defendidos pelos jusnaturalistas e pelos juspositivistas.

Ratificando o conteúdo valorativo que os princípios trazem consigo e a consequente imprescindibilidade de sua normatização na Constituição, vejamos:

Os princípios são muito importantes porque, pela sua plasticidade, conferem maior flexibilidade à Constituição, permitindo a ela que se adapte mais facilmente às mudanças que ocorrem na sociedade. Além disso, por estarem mais próximos dos valores, eles ancoram a Constituição no solo ético, abrindo-a para conteúdos morais substantivos. Por isso, seria inadmissível uma Constituição baseada apenas sobre regras. Ter-se-ia um sistema cerrado, incapaz de adaptar-se às mutações de uma sociedade cambiante, fechado tanto para o mundo da vida, como para o universo dos valores. (SARMENTO, 2010, p. 66).

Os princípios, no que se refere à sua aplicação, não são “mandamentos de definição”, mas de “otimização”, ou seja, o princípio não é aplicado na medida exata de suas prescrições, como ocorre com as regras, mas ele é aplicado na maior medida possível. Tendo em vista o



fato de os princípios serem normas abstrativíssimas, ou seja, os seus pressupostos fáticos são, *a priori*, indefinidos, não sendo possível, portanto, se definir todas as situações que se enquadram dentro daquela hipótese prevista no princípio, eles seguem a técnica da ponderação, ao contrário do que ocorre com as regras, cuja técnica de aplicação é a da subsunção.

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que os *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. (ALEXY, 2008, p. 90, grifo original)

Pois bem, após ter sido claramente evidenciado que novo constitucionalismo está inserido em dois eixos fundamentais, quais sejam, o reconhecimento e tratamento dos princípios como normas jurídicas e a importância dos **valores** para a criação, aplicação e interpretação do direito, passaremos a discorrer no capítulo vindouro sobre o princípio dignidade da pessoa humana, tido como núcleo central daquele constitucionalismo pós-guerra, assentado nos valores, e elevado ao patamar de núcleo axiológico constitucional e valor jurídico supremo.

## 2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO NÚCLEO AXIOLÓGICO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Como asseveramos em linhas anteriores, a passagem do juspositivismo para o pós-positivismo deu-se, precipuamente, a partir da constatação, com o fim da 2ª Guerra Mundial, de que o positivismo jurídico, fundado em uma legalidade estrita, isenta de conteúdo valorativo, consoante ensinamentos de Hans Kelsen, em sua obra “Teoria Pura do Direito” (2006), dera azo à prática de uma série de atos desumanos.

Referido autor defendia não competir ao jurista a formulação de juízos de valor quando da aplicação da norma. Se esta integrasse a estrutura escalonada do Ordenamento Jurídico, deveria ser aplicada, independentemente do seu conteúdo, ou seja, justa ou injusta, deverá aquela norma, se válida, ser aplicada.

Aqui permanece fora de questão qual seja o conteúdo que tem esta Constituição e a ordem jurídica estadual erigida com base nela, se esta ordem é justa ou injusta; e também não importa a questão de saber se esta ordem jurídica efetivamente garante uma relativa situação de paz dentro da comunidade por ela constituída. Na pressuposição da norma fundamental não é afirmado qualquer valor transcendente ao Direito positivo. (KELSEN, 2006, p. 225).

Seria a norma fundamental supracitada o que Kelsen (2006) chama de Constituição em sentido lógico-jurídico, a qual serviria de fundamento de validade daquilo que ele alcunhou de Constituição em sentido jurídico-positivo. Destarte, conforme a doutrina daquele autor positivista, a ordem jurídica apresentaria uma estrutura escalonada, em que a Constituição em sentido jurídico-positivo seria a norma positiva suprema, fundamento de validade de todas as outras normas, encontrando-se no vértice do ordenamento jurídico e retirando seu fundamento de validade da norma fundamental hipotética (Constituição em sentido lógico-jurídico). Assim, a partir desta norma hipotética (pressuposta), se fecharia o sistema normativo, conferindo unidade ao Ordenamento Jurídico e afastando-se, assim, qualquer discussão sobre o conteúdo das normas, quando de sua interpretação e aplicação.

Como podemos perceber, mencionada doutrina positivista, despreocupada com questionamentos sobre a justiça das normas, mas, tão somente, comprometida com a sua validade, legitimou, durante regimes totalitários tal como o nazismo, a prática de uma série de

atrocidades ofensivas à dignidade humana. É justamente retratando este contexto histórico e político, em que todo o direito estaria reduzido às leis do Estado, que a filósofa alemã e naturalizada norte-americana Hannah Arendt, publica o livro “Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal” (2004), no qual, como correspondente da revista *The New Yorker*, faz uma exposição sobre o julgamento ocorrido na Casa da Justiça de Jerusalém, contra o servidor do regime nazista Adolf Eichmann, acusado da prática, dentre outros, de crime de genocídio contra judeus, durante a Segunda Guerra Mundial.

Naquela obra, Hannah Arendt (2004, p.37) expõe a opinião de psiquiatras que analisaram o acusado e traçando o seu perfil psicológico atestaram tratar-se de um indivíduo “não apenas normal, mas inteiramente desejável”. Inclusive reproduz o comentário de um sacerdote que visitava Eichmann regularmente na prisão e que referido sacerdote teria dito que o acusado era “um homem de idéias muito positivas”. Apesar do diagnóstico de “normalidade” psiquiátrica, Eichmann, a cada uma das acusações que lhe eram imputadas, relata Hannah Arendt (2004, p. 32), respondia ser: “Inocente, no sentido da acusação”. Assim, descreve aquela autora, que Eichmann, corroborando os termos da acusação, confessava ter, de fato, consciência dos seus atos, ou seja, sabia o que estava fazendo, entretanto não enxergava a natureza criminosa de suas atitudes, a sua crueldade, uma vez que se encontrava sob os auspícios da lei.

A acusação deixava implícito que ele não só agira conscientemente, coisa que ele não negava, como também agira por motivos baixos e plenamente consciente da natureza criminosa de seus feitos. Quanto aos motivos baixos, ele tinha certeza absoluta de que, no fundo de seu coração, não era aquilo que chamava de *innerer Schweinehund*, um bastardo imundo; e quanto a sua consciência, ele se lembrava perfeitamente de que só ficava com a consciência pesada quando não fazia aquilo que lhe ordenavam – embarcar milhões de homens, mulheres e crianças para a morte, com grande aplicação e o mais metucioso cuidado. (ARENDR, 2004, p. 36-37, grifo original).

Com o fito de desvendar as razões que motivavam Eichman a declarar-se inocente, Hannah Arendt criou a expressão “Mal Banal”. Eichmann nada mais era que um servidor do Terceiro Reich, um funcionário honesto e obediente e que, portanto, agia em conformidade com a ordem legal vigente na Alemanha daquela época. Experimentos médicos, torturas, penas de morte e demais atos de extrema crueldade contra seres humanos eram práticas habituais de homens como Eichmann, agentes do Führer, os quais não racionalizavam a “maldade” inerente àquelas condutas, tidas por “normais”. O mal era encarado como algo banal, relegado ao abandono.

No Terceiro Reich, o Mal perdera a qualidade pela qual a maior parte das pessoas o reconhecem – a qualidade de tentação. Muitos alemães e muitos nazistas, provavelmente a esmagadora maioria deles, deve ter sido tentada a não matar, a não roubar, a não deixar seus vizinhos partirem para a destruição (pois eles sabiam que os judeus estavam sendo transportados para a destruição, é claro, embora muitos possam não ter sabido dos detalhes terríveis) e, a não se tornarem cúmplices de todos esses crimes tirando proveito deles. Mas Deus sabe como eles tinham aprendido a resistir à tentação. (ARENDR, 2004, p. 167).

Como forma de reagir a estas agressões à dignidade humana, legitimadas pela própria ordem jurídica, tal como exposto no julgamento de Eichmann, houve um resgate dos valores no ordenamento jurídico, o que ocorreu a partir da normatização dos princípios (plenamente carregados de conteúdo valorativo). Dentre os valores consagrados normativamente, e tido como núcleo axiológico, como valor supremo que deve orientar todo o ordenamento jurídico e, sobretudo os direitos fundamentais, destaca-se, o princípio da dignidade da pessoa humana, tão desprezado e desconsiderado pelos positivistas.

O reconhecimento e a proteção da dignidade da pessoa humana pelas constituições em diversos países ocidentais teve um vertiginoso aumento após a segunda guerra mundial, como forma de reação às práticas ocorridas durante o nazismo e o fascismo e contra o aviltamento desta dignidade praticado pelas ditaduras ao redor do mundo. A escravidão, a tortura e, derradeiramente, as terríveis experiências com seres humanos feitas pelos nazistas fizeram despertar a consciência sobre a necessidade de proteção da pessoa com o intuito de evitar sua redução à condição de mero objeto. (NOVELINO, 2010, p.339).

O princípio da dignidade da pessoa humana está consagrado no nosso texto constitucional de 1988 no seu art.1º, III, que estatui *in verbis*:

Art 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:  
III – a dignidade da pessoa humana;

Quando a Constituição acolhe a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, o que ela está fazendo não é atribuindo dignidade às pessoas, mas determinando que este valor (dignidade) seja protegido e promovido pelos Poderes Públicos.

A dignidade em si não é um direito, mas um atributo inerente a todo ser humano, independentemente de sua origem, sexo, idade, condição social ou qualquer outro requisito. O ordenamento jurídico não confere dignidade a ninguém, mas tem a função de proteger e promover este valor. O reconhecimento da dignidade como fundamento impõe aos poderes públicos o dever de respeito, proteção e promoção dos meios necessários a uma vida digna. (NOVELINO, 2010, p. 340).

É a partir da construção desta idéia, de que a dignidade é um valor intrínseco ao ser humano e que deve ser respeitado, protegido e promovido, que podemos entender a relação da dignidade da pessoa humana com os direitos fundamentais, na medida em que aquela proteção e promoção é feita por meio destes direitos. Os direitos fundamentais gravitam em torno da dignidade da pessoa humana. É ela que vai conferir um caráter sistêmico e unitário aos direitos fundamentais (NOVELINO, 2010).

Por fim, é oportuno destacar que os direitos humanos cumprem a mesma função dos direitos fundamentais, qual seja, a proteção e promoção da dignidade humana, entretanto, o que os diferencia são apenas os planos em que estão consagrados. Enquanto que os direitos humanos encontram-se dispostos em tratados e convenções internacionais, os direitos fundamentais representam a consagração dos direitos do ser humano na constituição de cada país, ou seja, estão em um plano interno.

Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direitos constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). (SARLET, 2011, p. 29).

## 2.1 A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais

Quando falávamos que os direitos fundamentais tem um caráter unitário, ou seja, formam um sistema (de direitos fundamentais), estávamos afirmando que eles (direitos fundamentais) derivam de um mesmo valor, que é justamente a dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, todos os direitos fundamentais tem a dignidade como seu núcleo axiológico, por isso o caráter unitário, sistêmico daqueles direitos.

A dignidade da pessoa humana, em si, não é um direito fundamental, mas sim um atributo inerente a todo ser humano. Todavia, existe uma relação de mútua dependência entre ela e os direitos fundamentais. Ao mesmo tempo em que os direitos fundamentais surgiram como uma exigência da dignidade de proporcionar um pleno desenvolvimento da pessoa humana, somente através da existência desses direitos a dignidade poderá ser respeitada e protegida. (NOVELINO, 2007, p.160).

Ainda delineando a relação entre os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, cumpre mencionar o que pondera Willis Santiago Guerra Filho (2007, p.58), quando sustenta que os direitos fundamentais se expressariam normativamente no ordenamento jurídico por meio de “princípios constitucionais especiais”, os quais materializam, realizam ou, como diz aquele autor, “concretizam” a dignidade humana, tida como “princípio fundamental geral”.

Os direitos fundamentais, portanto, estariam consagrados objetivamente em “princípios constitucionais especiais”, que seriam a “densificação” (Canotilho) ou “concretização” (embora ainda em nível extremamente abstrato) daquele “princípio fundamental geral”, de respeito à dignidade humana.

Agora é claro que nem todos os direitos fundamentais vão proceder da dignidade da pessoa humana com a mesma intensidade, com a mesma força. Há direitos fundamentais que são derivações de 1º grau (derivações diretas) como, por exemplo, a liberdade e a igualdade.

Liberdade e igualdade formam dois elementos essenciais do conceito de dignidade da pessoa humana, que o constituinte erigiu à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito e vértice do sistema de direitos fundamentais. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p.403).

Em que pese a liberdade ser derivação direta da dignidade, é a partir da concepção de dignidade formulada por Kant (2003), o qual se utilizava da “fórmula do objeto” para defini-

la, que podemos vislumbrar situações em que aquela liberdade, tida como direito fundamental de 1ª dimensão, ao invés de proteger a dignidade, acabaria por transgredi-la. De acordo com aquela “fórmula do objeto”, o ser humano deve ser tratado como um fim em si mesmo e não como um objeto. Assim, podemos afirmar que a dignidade seria violada toda vez que essa lógica não fosse respeitada, ou seja, quando o homem fosse tratado não como um fim, mas sim como um meio, como um objeto para se alcançar determinado fim.

No mesmo sentido, vejamos:

Respeita-se a dignidade da pessoa quando o indivíduo é tratado como sujeito com valor intrínseco, posto acima de todas as coisas criadas e em patamar de igualdade de direitos com os seus semelhantes. Há o desrespeito ao princípio, quando a pessoa é tratada como objeto, como meio para a satisfação de algum interesse imediato. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p.418)

Nestes termos, exemplo claro de violação da dignidade humana ocorreria nos casos de exposição pela mídia de indivíduos presos pela suspeita da prática de delitos. Dentre as liberdades consagradas no rol dos direitos fundamentais, temos a liberdade de expressão, trazida pela Constituição Federal no art. 5º, IV e art.220 e seus §§ 1º e 2º, dispositivos estes que rezam, *in verbis*:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Como dissemos, os direitos fundamentais têm como núcleo axiológico a dignidade da pessoa humana e, destarte, deverão ser afastados em ocasiões que, ao invés de protegê-la e promovê-la, acabam por feri-la. Deste modo, é isso o que acontece quando seres humanos, ante a previsão constitucional da presunção de inocência (art.5º, LVII), têm suas imagens expostas na mídia televisiva (liberdade de expressão), já sendo apontados como verdadeiros culpados das acusações que lhes são imputadas.

O ser humano não pode ser exposto – máxime contra a sua vontade – à mera curiosidade de terceiros, para satisfazer instintos primários, nem pode ser apresentado como instrumento de divertimento alheio, com vistas a preencher o tempo de ócio de certo público. Em casos assim, não haverá exercício legítimo da liberdade de expressão. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p.418).

Veja que em situações como essas, temos seres humanos postos ao escárnio da sociedade, submetidos ao seu pré-julgamento, tendo sido atingidos, primeiramente, na sua dignidade e, por conseguinte, no direito fundamental da presunção do seu estado de inocência. Percebemos aí um exemplo claro de situação em que devemos aplicar o critério da ponderação de interesses, mecanismo que nos é apresentado pelo pós-positivismo, diante da colisão entre princípios, consoante já dissemos anteriormente.

Antes que o pós-positivismo entrasse em voga e quando apenas as regras eram tidas como normas jurídicas, era a técnica da subsunção a forma tradicional de aplicação e interpretação do direito, segundo a qual a norma seria a premissa maior, que incidiria sobre os fatos – premissa menor, tendo como conclusão a decisão judicial, ou seja, aplicação da hipótese normativa ao caso concreto. Deste modo, as regras se aplicariam ao caso concreto de forma automática, obedecendo à regra do tudo ou nada e caso entrassem em conflito, uma deveria ser aplicada em detrimento da outra, não havendo a possibilidade de serem compatibilizadas, consoante já expusemos em momento oportuno. Assim, esse processo hermenêutico silogístico consistia em um eficaz método de interpretação para um período em que apenas as regras eram dotadas de normatividade.

Acontece que, pelos motivos já apresentados, reassumiu-se o compromisso com os valores, especialmente com a dignidade da pessoa humana, a qual tornou-se o centro da ordem jurídico-constitucional de diversos países. Assim, os princípios, em decorrência de sua elevada carga axiológica, passaram a gozar de juridicidade, sendo elevados ao patamar de normas jurídicas, tal como as regras.

Em razão de seu conteúdo aberto e por serem bastante abstratos, é freqüente os princípios entrarem em rota de colisão, ou seja, vários princípios podendo incidir diante de um mesmo caso, e a subsunção, neste particular, se apresenta como uma fórmula ineficiente, já que os princípios não obedecem àquela regra do tudo ou nada. Diante de um caso concreto, é necessário se avaliar, dentre os princípios que podem ser aplicados àquele caso, qual terá um



peso maior, ou seja, qual deverá prevalecer, sem que, para tanto, os demais percam sua validade.

Essa técnica da ponderação, aplicável aos chamados “casos difíceis”, em que temos a colisão de princípios, consoante doutrina de Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos (2008, p.346-348), passa por um processo constituído de três etapas, sendo a última destas etapas aquela que irá conferir à ponderação uma peculiaridade que lhe diferenciá do modelo tradicional da subsunção.

Vejamos, resumidamente, quais são aquelas três etapas da ponderação, conforme a doutrina supracitada:

Na primeira etapa, cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas. [...].

Na segunda etapa, cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos. [...].

[...]. É na terceira etapa que a ponderação irá singularizar-se, em oposição à subsunção.

É nesta terceira etapa que haverá, à luz daquele caso concreto, a atribuição de pesos entre os princípios colidentes, e, assim se chegará a uma conclusão de qual princípio deverá ser aplicado.

Pois bem: nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso. (BARROSO; BARCELLOS, 2008, p.348).

A técnica da ponderação nada mais é, na verdade, que a aplicação do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, em que há o sopesamento de valores (princípios) devendo um ser afastado em relação àquele que, diante do caso concreto, protege mais a dignidade da pessoa humana.

Ainda sobre o princípio da proporcionalidade, como exigência para a melhor realização da dignidade da pessoa humana, vale citar a doutrina de Willis Santiago Guerra Filho (2007, p. 58). Como já havíamos nos referido anteriormente, reproduzindo os ensinamentos deste autor, os direitos fundamentais, neste particular, a liberdade de expressão,

manifestam-se objetivamente por meio de “princípios constitucionais especiais”, que buscam concretizar o “princípio fundamental geral”, qual seja, a dignidade humana. Assim, conclui Guerra Filho, que deste princípio fundamental geral, decorre também o princípio da proporcionalidade, utilizado para a solução de casos em que há a colisão de direitos fundamentais.

Dele, também, se deduziria o já mencionado “princípio da proporcionalidade”, até como uma necessidade lógica, além de política, pois se os diversos direitos fundamentais estão, abstratamente, perfeitamente compatibilizados, concretamente se dariam as “colisões” entre eles, quando então, recorrendo a esse princípio, se privilegiaria, circunstancialmente, algum dos direitos fundamentais em conflitos, mas sem com isso chegar a atingir outro dos direitos fundamentais conflitantes em seu conteúdo essencial.

Perceba que essa aplicação dos princípios, através da ponderação, em que, diante de um caso concreto, específico, um princípio acaba por ter um peso maior que outro, exige do aplicador o uso da argumentação, ou seja, exige-se uma fundamentação mais profunda do que ocorre na subsunção, como forma de se combater uma das maiores críticas feitas à técnica da ponderação: o excesso de subjetivismo do intérprete, a discricionariedade judicial em contraponto à objetividade, comprometendo-se, assim, a própria justiça, fim último do direito.

A existência de ponderação não é um convite para o exercício indiscriminado de ativismo judicial. O controle de legitimidade das decisões obtidas mediante ponderação tem sido feito através do exame da argumentação desenvolvida. (BARROSO; BARCELLOS, 2008, p. 350).

Mesma crítica é feita pelo professor George Marmelstein Lima, que após chamar atenção para os pontos principais da teoria dos princípios de Alexy, a qual sugere a aplicação da técnica da ponderação diante do conflito de princípios constitucionais que consagram valores colidentes, cuida, logo em seguida, de advertir que o ideário jurídico apregoado por aquele doutrinador tem sofrido sérias distorções quando passou a integrar a jurisprudência dos nossos tribunais.

Assim, George Marmelstein aduz que alguns aplicadores do direito, motivados em usar a técnica da ponderação, perdem de vista um dos pontos mais importantes que Robert Alexy tem ressaltado, que é justamente a necessidade da argumentação jurídica quando do sopesamento dos valores colidentes, com o fito de se impedir decisões arbitrárias e irracionais. Tendo evidenciado o mal uso da ponderação, ou seja, onde repousa sua principal crítica, conclui aquele autor:

O que deve ser feito é tentar melhorar a argumentação jurídica, buscando dar mais racionalidade ao processo de justificação do julgamento, através de uma fundamentação mais consistente, baseada, sobretudo, em dados empíricos e objetivos que reforcem o acerto da decisão tomada. (LIMA, 2008, online).

Um outro exemplo em que o argumento de proteção à liberdade, à autonomia da vontade, acaba que, ao invés de proteger, macular a dignidade, na medida em que o ser humano é tratado como um mero objeto para o deleite de outros, é o famoso caso do arremesso de anões. Na França, locais destinados ao divertimento público, tais como bares e boates, estavam oferecendo aos seus clientes um serviço consistente no arremesso de anões. Esses seres humanos, vestindo alguns acessórios de segurança, tal como capacete, e roupas com alças, eram arremessados pelos clientes em colchões e ganharia aquela “competição” quem atingisse a maior distância com o lançamento do anão.

Inconformado, o Prefeito de uma cidade francesa de nome Morsang-sur-Orge, com fundamento em dispositivos do Código dos Municípios e argumentando o seu poder de polícia, decidiu interditar um estabelecimento que aderira à prática do lançamento de anões, pois violava a ordem pública, já que ofendia a dignidade humana.

O anão, Sr. Wackenheim, a fim de combater aquela decisão do prefeito, reclamou junto ao Conselho de Estado francês, órgão máximo da jurisdição administrativa daquele País, a sua liberdade na escolha do trabalho que bem quisesse desenvolver e ofensa à dignidade ocorreria, ao revés, com o tolhimento ao seu direito ao trabalho e à livre iniciativa, que lhe garantiam condições mínimas de uma vida digna.

Mesmo diante dos argumentos apresentados pelo Sr. Wackenheim, tanto o próprio Conselho de Estado francês como o Comitê de Direitos Humanos da ONU, reconheceram que o lançamento de anão ofende a dignidade humana, a despeito de sua autonomia privada, ou seja, de sua liberdade em consentir com aquela “profissão”.

Assim, somos levados a concluir que a dignidade humana conecta-se tanto com a liberdade como também com o compromisso do Estado em garantir aos indivíduos condições mínimas de subsistência e é neste particular que surge a discussão acerca do mínimo existencial.

Conforme lição de Ana Paula de Barcellos (2011, p. 292, grifo original): “(...) o chamado *mínimo existencial*, formado pelas condições materiais básicas para a existência,

corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva ou simétrica.”

Assim, ao referir-se ao mínimo existencial como o núcleo da dignidade humana dotado de eficácia jurídica positiva, o que Ana Paula de Barcellos está a afirmar é que seria o mínimo existencial a parcela do princípio da dignidade humana que deve ser tratada como uma regra e, por este motivo, diante de situações em que esse mínimo encontra-se em colisão com outros princípios de direitos fundamentais, não caberia aí a aplicação daquela técnica da ponderação, sob pena de se comprometer o conteúdo da própria dignidade humana. Portanto, deverá ser o mínimo existencial sempre garantido pelo Poder Público, o qual não poderia argumentar a reserva do possível como forma de justificar a sua inobservância.

Ao lado do campo meramente político, uma fração do princípio da dignidade da pessoa humana, seu conteúdo mais essencial, está contida naquela esfera do consenso mínimo assegurada pela Constituição e transformada em matéria jurídica. É precisamente aqui que reside a eficácia jurídica positiva ou simétrica e o caráter de regra do princípio constitucional. Ou seja: a não realização dos efeitos compreendidos nesse mínimo constitui uma violação ao princípio constitucional, no tradicional esquema do “tudo ou nada”, podendo-se exigir judicialmente a prestação equivalente. Não é possível ponderar um princípio, especialmente o da dignidade da pessoa humana, de forma irrestrita, ao ponto de não sobrar coisa alguma que lhe confira substância: também a ponderação tem limites. (BARCELLOS, 2011, p. 296).

Aplicando a ideia do mínimo existencial para o caso do arremesso de anões, torna-se mais fácil a compreensão de que, a dignidade humana ocupa-se tanto com a liberdade quanto com a concepção de um consenso mínimo. Destarte, ousamos afirmar que aquele anão (Sr. Wackenheim), se gozasse das garantias de um mínimo existencial, certamente, não se sentiria motivado em alegar o seu direito à livre iniciativa, ao trabalho, como forma de garantir o seu próprio sustento. Melhor dizendo, o compromisso do Estado em assegurar condições materiais mínimas para uma vida digna é requisito imprescindível para o efetivo exercício das liberdades constitucionais. Em suma, não podemos falar em liberdade no plano meramente abstrato, se a fome, o desemprego, a falta de moradia ou de saúde impedem ou inviabilizam seu exercício concreto.

Por ser, o mínimo existencial, como afirma Ana Paula de Barcellos, o “núcleo sindicável da dignidade da pessoa humana”, o Sr. Wackenheim deveria, ao invés de questionar a decisão da Corte Francesa, exigir judicialmente que o Estado lhe garantisse

aquele consenso mínimo, sem o qual o princípio da dignidade humana não teria como prosperar.

O multireferido “mínimo existencial” encontra-se concatenado com o que a doutrina convencionou chamar de “dimensão objetiva dos direitos fundamentais”, na medida em que ambos procuram dar uma maior efetividade ao princípio vetor de toda nossa Ordem Jurídica, qual seja, a dignidade da pessoa humana. Assim, não basta se assegurar aquele consenso mínimo, é necessário também, além da proteção dos direitos fundamentais em face do Poder Público, que os mesmos direitos sejam resguardados das violações advindas de terceiros (dimensão objetiva), e assim se potencializaria a proteção, promoção e respeito à dignidade humana.

Sob esse prisma, passa-se a entender que não basta que os Poderes Públicos se abstenham de violar tais direitos, exigindo-se que eles os protejam ativamente contra agressões e ameaças provindas de terceiros. Além disso, caberá também ao Estado assegurar no mundo da vida as condições materiais mínimas para o exercício efetivo das liberdades constitucionais, sem as quais tais direitos, para os despossuídos, não passariam de promessas vãs. Ademais, o Estado tem o dever de formatar seus órgãos e os respectivos procedimentos de um modo que propicie a proteção e efetivação mais ampla possível aos direitos fundamentais (SARMENTO, 2010, p.107).

## **2.2 A dimensão objetiva dos direitos fundamentais**

No contexto do Estado Liberal, os direitos fundamentais eram encarados apenas a partir de uma perspectiva subjetiva, uma vez que tinham como finalidade tão somente a proteção dos particulares em face do arbítrio do Estado, impondo a este um dever jurídico de abstenção. Destarte, direitos fundamentais, inicialmente, só eram aplicados para esta relação entre Estado e particular, atribuindo deveres àquele e conferindo direitos a este. Tendo em vista o fato de a relação Estado x particular ser hierarquizada, a doutrina convencionou chamar a aplicação dos direitos fundamentais a esse tipo de situação de eficácia vertical dos direitos fundamentais. (NOVELINO, 2010).

Acontece que os estudos em torno dos direitos fundamentais evoluíram e passou-se a falar em uma dupla dimensão daqueles direitos, de maneira que, além daquela faceta subjetiva, segundo a qual os direitos fundamentais eram tidos como direitos subjetivos de proteção do indivíduo em face de atos do Estado, referidos direitos também possuíam uma

dimensão objetiva, de acordo com a qual a eficácia dos direitos tidos por fundamentais deveria se espalhar por todo o ordenamento jurídico, na medida em que a opressão e a violência contra os seres humanos, ou seja, contra a dignidade da pessoa humana (valor que aqueles direitos fundamentais se propunham a defender), não decorria apenas de atos do Poder Público, mas também de terceiros. Assim, assuntos como constitucionalização do direito privado e eficácia horizontal dos direitos fundamentais passaram a adquirir importância crescente no mundo jurídico.

Corroborando o que acabamos de afirmar, vale citar a doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet (2011, p. 143), que, com o fito de conceituar a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, apresenta o paradigmático caso *Lüth*, cujo julgamento ocorrera no ano de 1958, tendo a Corte Federal da Alemanha assentado, segundo ponderações daquele autor, que:

[...] os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos.

O mencionado caso *Lüth*, trata-se de um importante episódio da história alemã, ocorrido na década de 50 e que influenciara, sobremaneira, o constitucionalismo pós-guerra daquele país. Veit Harlan era um cidadão alemão, diretor de cinema, cuja história de vida fora marcada por um período sombrio, notadamente quando atuara como cineasta servindo ao regime nazista, sendo encarregado de produzir vídeos divulgando o ideário nazista e, ao mesmo tempo, encorajando o antissemitismo.

Já após o Terceiro Reich, quando Veit Harlan estava prestes a estrear o seu novo filme, “Amada Imortal”, cujo conteúdo não tinha resquício algum de natureza antissemita ou nazista, referido diretor fora surpreendido com a manifestação de judeus de forte influência na mídia, incitando o boicote àquele filme. Dentre estes judeus, merece destaque a pessoa de Eric Lüth, presidente do Clube da Imprensa de Hamburgo, que escrevera um manifesto conclamando o povo alemão a não assistir ao filme “Amada Imortal” e pedindo aos proprietários de salas de cinema e empresas de distribuição de filmes que não incluíssem em seus programas aquela película.

Em razão daquele boicote, o resultado não seria outro senão o do total fracasso nas bilheterias do filme dirigido pelo alemão e ex-integrante do regime nazista, Veit Harlan. Em razão de tal fato, Veit Harlan, bem como empresas que despenderam recursos financeiros que viabilizassem aquela obra cinematográfica, ingressaram com uma ação judicial alegando violação ao Código Civil Alemão, o qual preconizava que todo aquele que causa prejuízo a outrem, deve cessar o ato danoso bem como reparar os danos causados. Referida tese prevalecera em todas as instâncias inferiores, inclusive perante o próprio Tribunal Estadual de Hamburgo.

Inconformado com aquela decisão, Eric Lüth interpusera uma Reclamação Constitucional perante o Tribunal Constitucional Federal Alemão, alegando a sua liberdade de expressão do pensamento, tendo o seu pleito sido acolhido por aquela Corte. Assim, o que parecia apenas uma disputa judicial de âmbito cível, ganhara proporções bem maiores, na medida em que a decisão exarada pela Corte Constitucional alemã lançou as bases para a atual teoria dos direitos fundamentais, tratando de assuntos tais como: dimensão objetiva dos direitos fundamentais, segundo a qual os direitos fundamentais não são oponíveis unicamente em face do Estado, mas vão além disso, na medida em que correspondem a uma ordem objetiva de valores; eficácia horizontal dos direitos fundamentais, os quais se expressam através de princípios básicos e, assim, possuem uma “eficácia irradiante” sobre todo o sistema jurídico e, por fim, a necessidade de aplicação do mecanismo da ponderação em caso de colisão de direitos fundamentais. Como podemos perceber, todos estes assuntos encontram-se diretamente relacionados com toda aquela doutrina pós-positivista a que temos continuamente nos referido.

A concepção de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais produz uma série de desdobramentos de relevante valor jurídico, dentre os quais, cumpre destacar a questão da eficácia horizontal destes direitos, objeto de estudo do presente trabalho.

Assim, como uma primeira consequência decorrente da ideia de que os direitos fundamentais não devam ser encarados, exclusivamente, a partir de uma perspectiva subjetiva, individual, pelo contrário, devem também ser vistos como direitos que consagram valores transindividuais, valores básicos da sociedade e que se expandem por todo o sistema jurídico, é o reconhecimento de que os direitos fundamentais possuem uma eficácia irradiante, o que quer dizer que os mesmos direitos tratam-se de verdadeiras diretrizes para a aplicação e

interpretação de todo o ordenamento jurídico infraconstitucional. A esta eficácia irradiante, agrega-se a idéia da eficácia horizontal. No mesmo sentido, merece destaque a doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet (2011, p.147-148):

Como primeiro desdobramento de uma força jurídica objetiva autônoma dos direitos fundamentais, costuma apontar-se para o que a doutrina alemã denominou de uma eficácia irradiante (*Ausstrahlungswirkung*) dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, na sua condição de direito objetivo, fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, o que, além disso, apontaria para a necessidade de uma interpretação conforme aos direitos fundamentais, que, ademais, pode ser considerada – ainda que com restrições – como modalidade semelhante à difundida técnica hermenêutica da interpretação conforme à Constituição. Associada a este efeito irradiante dos direitos fundamentais, encontra-se a problemática de sua eficácia na esfera privada, também abordada sob a denominação de eficácia horizontal, ou *Drittwirkung*, se preferirmos a expressão paradigmática oriunda da doutrina alemã.



### 3 A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais vão despontando gradativamente no curso da história, daí se falar em dimensões dos direitos fundamentais. Os de primeira dimensão surgiram em resposta aos reclamos do pensamento liberal-burguês contra o Estado Absolutista Monárquico, tendo por escopo a limitação do poder estatal, o qual, não raras vezes, agia com abuso de poder, invadindo a esfera particular do indivíduo. Deste modo, o que se buscou, em um primeiro momento, com a consagração dos direitos fundamentais, foi a defesa das liberdades individuais, de maneira que ao Estado cabia o respeito à autonomia individual, abstendo-se da prática de condutas que a pusesse em risco. É justamente em decorrência desse abstencionismo estatal que os direitos fundamentais de primeira dimensão, também chamados de direitos de defesa, possuem um caráter negativo.

Os direitos fundamentais, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, são o produto peculiar (ressalvado certo conteúdo social característico do constitucionalismo francês), do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho “negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. (SARLET, 2011, p. 46-47).

Ligados ao valor Igualdade, os direitos fundamentais de 2ª dimensão surgiram a partir do século XIX com a Revolução Industrial deflagrada pelo proletariado. Também conhecidos como direitos prestacionais, ao contrário dos de 1ª dimensão, possuem um caráter positivo, ou seja, visam a redução das desigualdades sociais a partir de condutas positivas do Estado. De acordo com Paulo Bonavides (2010), os direitos de segunda dimensão seriam os direitos sociais, econômicos e culturais.

A doutrina cita ainda uma terceira dimensão dos direitos fundamentais, a qual, segundo Paulo Bonavides (2010), surgira em razão das grandes diferenças entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos. Tratam-se de direitos de fraternidade e solidariedade daqueles que podem mais (países ricos) em relação aos que podem menos (países pobres). Exemplos de alguns direitos considerados desta dimensão são: direito ao meio ambiente,

direito ao progresso (desenvolvimento), direito de auto-determinação dos povos, direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade.

Percebemos, portanto, que os direitos fundamentais tem em sua origem, como sujeito passivo, como destinatário precípua das obrigações decorrentes destes mesmos direitos, o Estado, ao qual caberia um dever jurídico de abstenção, a fim de se proteger os direitos de 1ª dimensão, ou, ao contrário, uma conduta positiva, com vistas a promover os direitos fundamentais de 2ª dimensão.

Inclusive, é oportuno destacar que a própria Constituição Federal reconheceu competir ao Estado, em um primeiro momento, a proteção e promoção dos direitos fundamentais, preceituando em seu art. 5º, §1º o postulado da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais, estatuinto, *in verbis*: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” Os princípios consagradores de direitos fundamentais, nos dizeres de Ingo Sarlet (2011), devem ser encarados como mandamentos de otimização, ou seja, a sua aplicabilidade ocorrerá na maior medida possível e não na exata medida de suas prescrições, como ocorre com as regras.

Assim, arremata mencionado autor que compreender o art. 5º, §1º como um mandamento de otimização importa no reconhecimento da vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais e que, com o fito de concretizá-los, dando-lhes a maior eficácia possível, deverão os mesmos poderes atuar ora protegendo aqueles direitos, por meio de uma simples abstenção na esfera particular dos titulares dos direitos fundamentais, ora promovendo-os.

Do efeito vinculante inerente ao art. 5º, §1º, da CF decorre, num sentido negativo, que os direitos fundamentais não se encontram na esfera de disponibilidade dos poderes públicos, ressaltando-se, contudo, que, numa acepção positiva, os órgãos estatais se encontram na obrigação de tudo fazer no sentido de realizar os direitos fundamentais. (SARLET, 2011, p. 366).

Acontece que, a constatação de que outros atores sociais, não integrantes da estrutura do Poder Público, também poderiam desrespeitar referidos direitos fundamentais, aliada à percepção de que os multicitados direitos possuem uma faceta objetiva, ou seja, consagram, princípios, valores básicos da ordem jurídica e da sociedade, contribuiu para que a doutrina pudesse afirmar que também entidades privadas poderiam figurar como sujeitos passivos das

normas jusfundamentais, ou seja, as relações privadas também estariam submetidas àquelas normas.

Os desdobramentos históricos, originados pelas crises sociais e econômicas do século XX, tornaram evidente que não se poderia mais relegar o Estado ao simples papel de vilão dos direitos individuais. (...). Afinal, tornou-se claro que outras forças sociais, como grupos econômicos ou políticos de peso, poderiam, da mesma forma, trazer para o indivíduo vários dos constrangimentos que se buscavam prevenir contra o Estado.

Ganhou alento, simultaneamente, a percepção de que os direitos fundamentais possuem uma feição objetiva, que não somente obriga o Estado a respeitar os direitos fundamentais, mas que também o força a fazê-los respeitados pelos próprios indivíduos, nas suas relações entre si. (BRANCO, 2002, p. 170).

Desta forma, somos conduzidos a asseverar que os direitos fundamentais vinculam tanto o Estado, incluindo a Administração Pública, o legislador e o Poder Judiciário, bem como os particulares e é justamente essa submissão das pessoas privadas aos direitos fundamentais, ou seja, de sua aplicação às relações de âmbito privado, o que a doutrina convencionou chamar de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, eficácia privada ou ainda, eficácia externa, que constitui o objeto deste trabalho.

Por tratar-se de assunto de tão elevada importância, diversos países passaram a enfrentar esta problemática da eficácia horizontal, e aqui merece destaque a Constituição portuguesa de 1976 que em seu artigo 18º, item 1, cuidou expressamente da vinculação não só das entidades públicas como também das privadas, aos direitos fundamentais, estatuidando, *in verbis*: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.”

Não repetindo a ousadia da portuguesa, a Constituição brasileira de 1988 foi mais tímida em reconhecer, de forma expressa, a vinculação de entidades privadas às normas fundamentais, restringindo-se a decretar no art. 5º, §1º, a sua aplicabilidade imediata.

Diversamente do que enuncia o art. 18/1 da Constituição Portuguesa, que expressamente prevê a vinculação das entidades públicas e privadas aos direitos fundamentais, a nossa Lei Fundamental, neste particular, ficou silente na formulação do seu art. 5º, §1º, limitando-se a proclamar a imediata aplicabilidade das normas de direitos fundamentais. (SARLET, 2011, p. 365).

Acontece que, conclui aquele autor, embora o nosso texto constitucional não tenha sido expresso em declinar quem são os sujeitos passivos dos direitos fundamentais, isso não

quer dizer que não podemos afirmar que os particulares, assim como os poderes públicos, não estejam submetidos àqueles direitos, como decorrência lógica de sua dimensão objetiva e da constatação de que outros atores sociais, afora o Poder Público, sobretudo os detentores de relevante poder social e econômico, poderão intervir nas liberdades individuais.

Ainda no tocante à possibilidade de vinculação dos particulares às normas jusfundamentais, vale frisar que referida possibilidade se torna ainda mais evidente em tempos de globalização da economia vividos hodiernamente, quando é fácil constatar que os direitos fundamentais estão sujeitos a sofrer vulnerações de grandes corporações privadas, dotadas de elevados poder econômico e constituindo-se de verdadeiras potências privadas.

A idéia, enfim, é de que a realização efetiva da dignidade da pessoa humana, no quadro de uma sociedade complexa, onde o poder não repousa apenas nas mãos do Estado, mas antes se dilui por múltiplas instancias sociais capilares, depende da existência de políticas públicas, de procedimentos e de instituições adequadas, sem as quais as promessas emancipatórias dos direitos fundamentais não passarão de mera retórica. (SARMENTO, 2010, p. 109).

Em que pese termos evidenciado, com base em respeitada doutrina pátria, que os direitos fundamentais, além de vincularem todos os poderes públicos, também exercem eficácia vinculante nas relações privadas, não podemos nos furtar do dever de advertir que referido tema (eficácia horizontal) apresenta controvérsia quanto à forma e ao alcance dessa vinculação, alternando a doutrina entre os que sustentam uma eficácia mediata (indireta) e os que defendem uma vinculação imediata (direta). Mencionada polêmica se faz presente inclusive no direito português, que prevê expressamente a eficácia horizontal e que se intensifica, portanto, em sistemas jurídicos como o nosso, ante a ausência de norma similar.

Se até mesmo no direito lusitano, no qual a Constituição vigente expressamente consagra uma vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais (art.18/1), não se registra um consenso quanto ao alcance e à forma desta vinculação, o que não dizer do direito constitucional pátrio, no qual inexiste cláusula similar? (SARLET, 2011, p. 375).

Ingo Sarlet (2011) ao apresentar o ponto controvertido do assunto em voga, cuida logo em seguida de deixar assentado o entendimento de que estariam excluídos da discussão acerca da eficácia horizontal, especialmente de uma eficácia direta nas relações privadas, todos os direitos fundamentais que tem como único sujeito passivo os órgãos estatais, e, assim, apresenta como exemplos parte dos direitos sociais, os direitos políticos, algumas garantias de caráter processual, a exemplo do habeas corpus e do mandado de segurança, excluindo-se

deste catálogo as garantias concernentes ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa, as quais, consoante jurisprudência do próprio STF, devem ser observadas inclusive nas relações privadas.

No tocante aos direitos fundamentais sociais, a questão que surge é quanto à possibilidade de vinculação direta dos particulares à dimensão prestacional daqueles mesmos direitos. Para enfrentarmos esta celeuma, é necessário reproduzir a distinção que a doutrina faz, e aqui citamos Daniel Sarmento (2010), entre direitos sociais originários e derivados. Os primeiros são aqueles que possibilitam aos titulares, a partir do que prevê a Constituição, exigir diretamente do Poder Público alguma prestação material. Os direitos sociais derivados, por sua vez, para a sua efetiva prestação, necessitam de mediação legislativa e, em geral, estão previstos sob a forma de normas programáticas.

Assim, conclui aquele autor que seria possível particulares exigirem de outros particulares prestações materiais relacionadas a direitos sociais originários, excluindo-se, a princípio, a possibilidade daquela eficácia horizontal em relação às prestações decorrentes de direitos sociais derivados, as quais, para serem exigidas, até mesmo do próprio Estado, exigem concretização legislativa, requerem formulação e implementação de políticas públicas para tanto.

Ora, o que discutimos no caso é a possibilidade de particulares, com base apenas na Constituição, reclamarem de outros particulares certas prestações materiais ligadas a direitos sociais. Parece, portanto, que esta possibilidade deve ser, a princípio, excluída em relação aos direitos sociais derivados, que, para vincularem positivamente o próprio Estado, carecem de concretização legislativa. Isto não quer dizer, frise-se bem, que os direitos sociais cuja eficácia plena dependa da *interpositio legislaore* não vinculem os particulares, mas apenas que esta vinculação não vai ao ponto de permitir a extração de algum direito subjetivo positivo, válido no âmbito da relação jurídico-positiva. (SARMENTO, 2010, p. 303).

A partir da citação acima, é importante salientar que aquele doutrinador não fala em um total afastamento dos direitos sociais derivados das relações privadas, mas discorre acerca de uma exclusão apenas a princípio, o que não impediria, portanto, que mesmo aquelas prestações sociais decorrentes de direitos derivados possam ser reclamadas de um particular por outro, quando, diante da aplicação do mecanismo da ponderação, respeitando as particularidades do caso concreto, se constatar, de forma tópica, portanto, que aquela prestação social que se reivindica é abrangida pelo conceito de mínimo existencial e assim se

estaria protegendo com maior vigor a dignidade da pessoa humana, valor este erigido ao patamar de núcleo axiológico da Constituição e que deve ser respeitado por todos, quer pelos poderes públicos, quer pelos próprios particulares.

De outro giro, um fator adicional que deve ser considerado na ponderação é o que concerne à relevância da prestação social em discussão, para a proteção da dignidade da pessoa humana de quem reclama. Parece claro que, quando a prestação correlacionar-se ao mínimo existencial, haverá um forte argumento para o reconhecimento da eficácia horizontal direta, que estará ausente sempre que se tratar de controvérsia envolvendo aspecto menos relevante do direito social em causa, que não atenda a uma necessidade humana tão essencial. Tal idéia, aliás, pode ser inferida da vinculação direta e imediata dos particulares ao princípio da dignidade da pessoa humana – que é reconhecida até mesmo por alguns adeptos da teoria indireta. (SARMENTO, 2010, p. 304).

Aqui estamos mais uma vez demonstrando a estreita relação do mínimo existencial com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, sempre com vistas à maior proteção possível da dignidade da pessoa humana. No tópico que se segue, veremos algumas jurisprudências em que se tem aplicado a vinculação dos particulares aos direitos sociais na sua dimensão prestacional.

A título de exemplo, colacionaremos a seguir um acórdão proferido pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em que se admitiu a vinculação direta de uma entidade particular a um direito social prestacional, integrante do conceito de mínimo existencial, qual seja, o direito à saúde.

FUNCIONÁRIO CONTRATADO PELA CLT - PENA DE SUSPENSÃO – ASSISTÊNCIA MÉDICA-HOSPITALAR – MEDIDA LIMINAR CONCEDIDA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – RECURSO DESPROVIDO. Agravo, Concessão de liminar obrigando a empresa a prestar assistência médica e hospitalar à empregada afastada da mesma por motivo de saúde. A suspensão, pela empresa/empregadora, colocou em risco a vida da empregada. Saúde é um direito social a todos garantido, como prevê o disposto no art 6º da Carta da República. Manutenção do decisum. Conhecimento e improvemento do recurso. (AI 9845, TJRJ, Rel. Des. Raul Celso Lins e Silva, DJRJ 24/3/1999, fls. 7352/7354).

Após termos demonstrado quais direitos fundamentais estariam excluídos, a princípio, de uma eficácia horizontal, ressaltando a polêmica quanto aos direitos sociais prestacionais, é oportuno destacar, ao revés, que não remanesce dúvida, até mesmo por uma razão lógica, que os direitos sociais previstos no art. 7º da Constituição Federal, que cuida dos direitos dos trabalhadores, aplica-se, obviamente, às relações privadas, até porque os empregadores, em

geral, são entes privados. Além destes, Ingo Sarlet (2011) relaciona como direitos que também estariam claramente direcionados aos particulares, o direito à indenização por dano moral ou material no caso de abuso do direito de livre manifestação do pensamento (art. 5º, IV e V, da CF), o direito à inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI, da CF) e o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas (art. 5º, XII, da CF).

Bom, até aqui nos preocupamos em traçar os extremos a partir dos quais não remanesce maiores dúvidas, ressaltando a questão dos direitos sociais prestacionais, quanto à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. De um lado, cuidamos de situações em que referida vinculação é claramente excluída, de outro citamos casos em que dita vinculação é manifestamente admitida. Cumpre agora tratarmos daquela polêmica a que havíamos mencionado, que se situa justamente entre um e outro extremo e consiste em hipóteses cuja vinculação (ou não) dos particulares não se mostra tão evidente. Trata-se justamente da discussão acerca da amplitude e da intensidade, queremos dizer, do alcance e da forma da vinculação, ou seja, se todas as pessoas privadas poderiam figurar como sujeitos passivos ou se apenas algumas, como também se a vinculação dos particulares se dá de forma direta (imediata) ou indireta (mediata).

É oportuno destacar o que afirma Paulo Gustavo Gonet Branco (2002) que, em face de tamanha controvérsia doutrinária e jurisprudencial que envolve o tema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, há quem sequer reconheça uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, embasados na própria origem histórica destes direitos, no âmbito do Estado Liberal, e voltados exclusivamente contra as arbitrariedades dos Poderes Públicos, na defesa das liberdades individuais. Além disso, a intromissão dos direitos fundamentais nas relações privadas acabaria por colocar em risco o princípio da autonomia privada, da liberdade de contratar. Este é o mesmo entendimento sustentado pela doutrina norte-americana *state action*.

De acordo com a teoria da eficácia direta ou imediata, os direitos fundamentais deverão ser, de pronto, aplicáveis, em uma primeira hipótese, às relações privadas quando os sujeitos passivos das obrigações decorrentes daqueles mesmos direitos tratarem-se de pessoas detentoras de elevado poder social e econômico, ou mesmo quando um dos particulares, em favor do qual deve ser aplicado o direito fundamental, se encontrar num situação de subordinação fática ou jurídica em relação ao outro.

A teoria da eficácia direta ou imediata sustenta que os direitos fundamentais devem ter pronta aplicação em face de entidades privadas que desfrutem de considerável poder social, ou em face de indivíduos que estejam, em relação a outros, numa situação de supremacia de fato ou de direito. (BRANCO, 2002, p. 172).

Portanto, quando pessoas jurídicas de direito privado, tais como cooperativas, sociedades civis e associações, quiserem excluir quaisquer de seus associados, deverão garantir-lhes direitos fundamentais concernentes à garantia do devido processo legal, quais sejam, o contraditório e a ampla defesa. Esse é um claro exemplo da aplicação da teoria da eficácia direta, quando temos um considerável desequilíbrio entre as partes da relação processual, estando uma delas em uma relação de subordinação fática ou jurídica.

Nesta primeira hipótese, caracterizada por relações de poder, de manifesta desigualdade entre as partes, há um certo consenso na literatura jurídica quanto à aplicação direta das normas jusfundamentais na esfera privada, o que ocorreria de forma semelhante à vinculação do Poder Público. Por outro lado, tal como afirma Ingo Wolfgang Sarlet (2011), referida aplicação direta não tem se mostrado tão evidente quando há relativa igualdade entre os particulares daquela relação e é neste contexto, afirma aquele autor, que ganha relevo a teoria da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, segundo a qual multicitados direitos nada mais são que a representação de valores básicos que devem ser respeitados por todos, Estado e particulares, com vistas à concretização do princípio maior da dignidade da pessoa humana, vetor interpretativo de toda nossa ordem jurídica.

Em assim sendo, em situações em que os particulares daquela relação encontrarem-se em uma situação de igualdade, deverá ser ponderado, à luz do caso concreto, se uma eficácia direta do direito fundamental em pauta constitui um requisito essencial para a concretização dignidade da pessoa humana, caso contrário deverá prevalecer o princípio da liberdade contratual, da autonomia privada.

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 pessoal. (SARLET, 2011, p. 381).



Já a teoria da eficácia mediata ou indireta, busca precaver o princípio da autonomia privada e da liberdade contratual de uma violação imediata em razão da aplicação direta de um direito fundamental no âmbito daquela relação entre particulares. Com isso, o que se pretende é evitar que o Estado se agigante, vindo a invadir as relações privadas, sob o pretexto da proteção dos direitos fundamentais. Desta forma, vemos que os direitos fundamentais, à luz da teoria indireta, são aplicados no âmbito das relações privadas com uma intensidade atenuada em relação à teoria da eficácia direta.

Já a teoria da eficácia indireta ou mediata, pretendendo maior resguardo do princípio da autonomia e do livre desenvolvimento da personalidade, recusa a incidência direta dos direitos fundamentais na esfera privada, alertando que uma tal latitude dos direitos fundamentais redundaria num incremento do poder do Estado, que ganharia espaço para uma crescente ingerência na vida privada do indivíduo, a fim de fiscalizar o cumprimento dos deveres resultantes da incidência dos direitos fundamentais sobre as relações particulares. (BRANCO, 2002, p. 174).

Assim, de acordo com a teoria da eficácia indireta, os direitos fundamentais se aplicariam às relações privadas a partir de um “processo de transmutação”, consistente na concepção dos direitos fundamentais como sendo verdadeiras diretrizes interpretativas com vistas à aplicação e integração das cláusulas gerais e conceitos indeterminados do direito privado. É exatamente isso o que afirma Ingo Wolfgang Sarlet (2011, p. 379), ao referir-se à teoria da eficácia mediata (indireta):

(...) os direitos fundamentais – precipuamente direitos de defesa contra o Estado – apenas poderiam ser aplicados no âmbito das relações entre particulares após um processo de transmutação, caracterizado pela aplicação, interpretação e integração das cláusulas gerais e conceitos indeterminados do direito privado à luz dos direitos fundamentais, falando-se, neste sentido, de uma recepção dos direitos fundamentais pelo direito privado.

Diante do que foi afirmado até aqui, arrematamos este tópico perfilhando a mesma conclusão apresentada por Paulo Gustavo Gonet Branco (2002), segundo a qual ambas as teorias (eficácia direta e eficácia indireta), estão assentadas em princípios igualmente importantes para a ordem jurídica e a escolha da solução adequada dependerá da análise detida do caso concreto, ponderando-se os valores em pauta e buscando-se, assim, uma concordância prática daqueles mesmos valores, optando-se sempre por aquela decisão que mais prestigie e proteja o princípio da dignidade da pessoa humana. Por fim, vale salientar que a teoria da eficácia imediata tem por escopo assegurar o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, procurando conferir a maior eficácia possível àqueles direitos, em

respeito ao que dispõe a própria Constituição, em seu art.5º, §1º (aplicabilidade imediata das normas jusfundamentais). Já a teoria da eficácia mediata busca a garantia da autonomia individual e da segurança jurídica.

### 3.1 A eficácia horizontal dos direitos fundamentais na jurisprudência

Decidimos incluir este derradeiro tópico com o objetivo de analisar como o assunto em voga (eficácia horizontal dos direitos fundamentais) vem sendo tratado e aplicado pela Suprema Corte do Poder Judiciário – STF, bem como pelo órgão máximo da justiça trabalhista – TST, onde é comum o julgamento de casos que envolvam a violação de direitos fundamentais por empregadores e, para tanto, colacionaremos algumas jurisprudências referentes a casos paradigmáticos.

Inicialmente, apresentaremos o Recurso Extraordinário nº 158.215/RS, por meio do qual o STF se pronunciou pela primeira vez acerca do presente tema, cujo julgamento ocorrera no ano de 1996, sob a relatoria do Em. Min. Marco Aurélio, estando a ementa disposta nos termos seguintes:

DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM.

A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIADO - CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL. **Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa.** Simple desafio do associado à assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa. (STF, 1996, p. 19830, grifamos).

Referido caso julgamos tratar-se de um evidente exemplo de eficácia direta dos direitos fundamentais, em que há uma certa subordinação fática e jurídica de uma parte em

detrimento da outra. Portanto, temos no presente caso a vinculação de cooperativa, pessoa jurídica de direito privado, a direitos fundamentais de cunho eminentemente processual, qual seja, as garantias decorrentes do devido processo legal – contraditório e ampla defesa.

Em caso similar ao primeiro, a Suprema Corte, por meio do julgamento do RE nº 201.819/RJ, relatado pela Min. Ellen Gracie, em 10/10/2005, mais uma vez decidiu pela vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, e, com esteio na doutrina de Konrad Hesse, alegou que em razão de sua força normativa as normas constitucionais podem incidir até mesmo nas relações privadas, em contraponto às liberdades individuais e frisamos aqui a autonomia negocial.

SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO.

I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS.

As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.

II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. **O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados.** A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, **pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.**

III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo

legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. **O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88).**  
 IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. (STF, 2006, p. 0064, grifamos).

No RE 161.243/DF, tendo como relator o Eminentíssimo Ministro Carlos Velloso, a Suprema Corte entendeu, em que pese a autonomia da empresa ré, esta deverá respeitar o princípio da igualdade, direito fundamental consagrado no *caput* do art. 5º da CF. Vejamos a transcrição do referido acórdão:

CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, *caput*.

I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, *caput*).

II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846 (AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465.

III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso.

IV. - R.E. conhecido e provido. (STF, 1996, p.057).

Não pode, portanto, a empresa francesa, sob o argumento de sua autonomia negocial, estabelecer em seu Estatuto Pessoal cláusulas que prevejam vantagens em benefício apenas aos empregados de nacionalidade francesa. Assim, em homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana, deverá incidir nesta relação privada o princípio da isonomia, vinculando diretamente aquela empresa.

A partir de agora colacionaremos dois julgados do Tribunal Superior do Trabalho e em ambos os casos veremos que aquela Corte da Justiça Especializada decidiu impor aos empregadores o respeito às normas jusfundamentais, principalmente em decorrência da situação de desigualdade entre as partes, fato este muito comum na justiça trabalhista, na medida em que o empregado é a parte hipossuficiente da relação empregatícia.

A primeira decisão trata-se do Recurso de Revista nº 462888/1998-0, cujo julgamento ocorrera em 10/09/2003, encontrando-se assim ementado:

RECURSO DE REVISTA. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA POR IDADE. NULIDADE. ABUSO DE DIREITO. REINTEGRAÇÃO.

Se das premissas fáticas emergiu que a empresa se utiliza da prática de dispensar seus funcionários quando estes completam 60 anos, imperioso se impõe ao julgador coibir tais procedimentos irregulares, efetivados sob o manto do -poder potestativo-, para que as dispensas não se efetivem sob a pecha discriminatória da maior idade. Embora o caso vertente não tivesse à época de sua ocorrência previsão legal especial (a Lei 9.029 que trata da proibição de práticas discriminatórias foi editada em 13.04.1995 e a dispensa do reclamante ocorreu anteriormente), cabe ao prolator da decisão o dever de valer-se dos princípios gerais do direito, da analogia e dos costumes, para solucionar os conflitos a ele impostos, sendo esse, aliás, o entendimento consagrado pelo art. 8º, da CLT, que admite que a aplicação da norma jurídica em cada caso concreto, não desenvolve apenas o dispositivo imediatamente específico para o caso, ou o vazio de que se ressente, mas sim, todo o universo de normas vigentes, os precedentes, a evolução da sociedade, os princípios, ainda que não haja omissão na norma. Se a realidade do ordenamento jurídico trabalhista contempla o direito potestativo da rescisão unilateral do contrato de trabalho, é verdade que o exercício deste direito guarda parâmetros éticos e sociais como forma de preservar a dignidade do cidadão trabalhador. A despedida levada a efeito pela reclamada, embora cunhada no seu direito potestativo de rescisão contratual, estava prenhe de mácula pelo seu conteúdo discriminatório, sendo nula de pleno direito, em face da expressa disposição do art. 9º da CLT, não gerando qualquer efeito, tendo como consequência jurídica a continuidade da relação de emprego, que se efetiva através da reintegração. **Efetivamente, é a aplicação da regra do § 1º do art. 5º da Constituição Federal, que impõe a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, pois, como apontando pelo v. acórdão, a prática da dispensa discriminatória por idade confrontou o princípio da igualdade contemplado no caput do art. 5º da Constituição Federal. Inocorrência de vulneração ao princípio da legalidade e não configurada divergência jurisprudencial.** Recurso de Revista não conhecido relativamente ao tema. (TST, 2003, grifamos).

A partir da leitura deste julgado constatamos que aquela Corte Trabalhista deixou assentado o entendimento de que a empresa reclamada, apesar de seu direito potestativo da rescisão unilateral do contrato de trabalho bem como da ausência, à época do fato, de previsão legal que a impedisse de dispensar seus funcionários quando estes completam 60 anos, ainda assim, tal prática configura uma latente violação da dignidade humana. Portanto, com base no princípio da aplicação imediata dos direitos fundamentais, conforme previsto no art. 5º, §1º da Constituição Federal, a dispensa imotivada de empregados que completam 60 anos de idade, ainda que haja lei autorizadora, viola o princípio da igualdade, que incidiria de forma imediata, portanto, naquela relação trabalhista.

Por fim, trazemos à colação o Embargo em Recurso de Revista nº 439041/1998-5, julgado em 05/05/2003, cuja ementa é a seguinte:

REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA.

1. Caracteriza atitude discriminatória ato de Empresa que, a pretexto de motivação de ordem técnica, dispensa empregado portador do vírus HIV sem a ocorrência de justa causa e já ciente, à época, do estado de saúde em que se encontrava o empregado.

**2. O repúdio à atitude discriminatória, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (artigo 3º, inciso IV), e o próprio respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento basilar do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, inciso III), sobrepõem-se à própria inexistência de dispositivo legal que assegure ao trabalhador portador do vírus HIV estabilidade no emprego.**

3. Afronta aos artigos 1º, inciso III, 5º, caput e inciso II, e 7º, inciso I, da Constituição Federal não reconhecida na decisão de Turma do TST que conclui pela reintegração do Reclamante no emprego.

4. Embargos de que não se conhece. (TST, 2003, grifamos).

Mais uma vez estamos diante de uma situação em que o TST entendeu haver violação ao princípio da igualdade, caracterizada pela atitude discriminatória do empregador em dispensar seu empregado em razão de ser portador do vírus HIV. Como demonstramos no corpo deste trabalho, o princípio da dignidade da pessoa humana constitui-se no núcleo axiológico da Constituição Federal, vetor interpretativo de toda nossa ordem jurídica e valor supremo e, desta forma, tal como alegou aquele Tribunal, “sobrepõe-se à própria inexistência de dispositivo legal que assegure ao trabalhador portador do vírus HIV estabilidade no emprego.”

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, o novo constitucionalismo encontra-se arraigado aos ideais apregoados pelo pós-positivismo, o qual, buscando superar duas importantes correntes doutrinárias da filosofia do direito que lhe antecederam, quais seja, a jusnaturalista e a juspositivista, lançou as bases teóricas de uma nova hermenêutica constitucional, profundamente marcada pela concepção da força normativa da Constituição e de seus princípios, aptos a ordenar e conformar a realidade política e social, consoante doutrina de Friedrich Müller (2001) e de Korad Hesse (1991).

Diante das maiores atrocidades praticadas contra seres humanos, legitimadas inclusive pela própria ordem jurídica, tal como ocorrera durante o regime nazista, imperiosa se mostrou a necessidade de se abolir o positivismo jurídico, resgatando-se, assim, a preocupação com a justiça, com os valores do direito, os quais são densificados no plano normativo pelos princípios. É neste contexto que ganha destaque o princípio dignidade da pessoa humana, tido como núcleo central deste novo constitucionalismo de valores.

Em assim sendo, somos conduzidos à afirmação de que a doutrina pós-positivista acabou por equilibrar os postulados jusnaturalistas e juspositivistas, na medida em que se preocupou com a retomada dos valores, concretizando-os no plano normativo por meio dos princípios do direito, os quais, por sua vez, passaram a ser dotados de normatividade, ou seja, de juridicidade e que, juntamente com as regras, formam os elementos do nosso sistema normativo.

Por tratarem-se de normas abstrativíssimas, de conteúdo aberto e caráter *prima facie*, não sendo definidas, *a priori*, todas as hipóteses sobre as quais devem incidir, é freqüente os princípios entrarem em rota de colisão e é nesse contexto que se sobressai o mecanismo da ponderação, de acordo com o qual, diante de um caso concreto, é necessário se aferir qual daqueles princípios prevalecerá, ou seja, qual conferirá um maior prestígio à dignidade humana.

Elevado ao patamar de núcleo axiológico da Constituição Federal, a partir daquela corrente jus-filosófica pós-positivista, o princípio da dignidade da pessoa humana trata-se de um valor supremo inerente ao ser humano e que deve ser protegido e promovido pela ordem

jurídica. Destarte, é por meio dos direitos fundamentais, tidos como princípios constitucionais especiais, conforme doutrina de Willis Santiago Guerra Filho (2007), que aquele princípio fundamental geral, de respeito à dignidade humana, é concretizado, ou seja, é protegido e promovido.

Com isso, evidenciamos que os direitos fundamentais, que se expressam por meio de princípios, instrumentos aptos à implementação dos valores constitucionais, tem como fim último a proteção da dignidade humana – valor supremo. Tendo sido exposta essa relação entre os direitos fundamentais e a dignidade humana, cuidamos de demonstrar que referida proteção não se dá apenas em face de atos do Poder Público, como também de entidades privadas. É neste contexto que ganha relevo a doutrina da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, decorrente da constatação de que aqueles direitos, além de uma faceta subjetiva, também possuem uma dimensão objetiva.

Discorrendo acerca daquela dimensão objetiva e evidenciando quem são os sujeitos passivos dos direitos fundamentais, chegamos à conclusão de que mencionados direitos devem incidir inclusive no âmbito das relações privadas, sob o fundamento de sua “eficácia irradiante” aliada à concepção da força normativa da Constituição e de seus princípios.

Apesar de termos demonstrado, com base em respeitada doutrina pátria, a possibilidade de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, cuidamos de ressaltar que a polêmica envolvendo referido tema se intensifica ainda mais quando se tenta traçar os limites desta vinculação em relação aos direitos sociais, bem como quando se busca definir a sua forma e alcance.

No tocante aos direitos fundamentais sociais, arrematamos que parte destes direitos, estariam, evidentemente, excluídos da discussão acerca da eficácia horizontal, pelo simples fato de terem como único sujeito passivo os órgãos estatais. Por outro lado, existe um rol de direitos fundamentais sociais que não escapam daquela discussão, quais sejam, os direitos sociais prestacionais. Desta forma, chegamos à conclusão de que quando a prestação do direito social que se reclama correlacionar-se ao mínimo existencial, poderemos admitir uma eficácia horizontal direta. De outro modo, quanto aos direitos sociais dos trabalhadores, previstos no art. 7º da Constituição Federal, não há maiores dúvidas acerca de sua aplicabilidade às relações privadas, até porque os empregadores, em sua maioria, tratam-se de



entes privados, com elevado poder econômico e social, estando, portanto, em uma relação de desigualdade quanto ao empregado.

Quanto à forma da vinculação, constatamos na doutrina uma certa predominância da teoria da eficácia direta nas relações privadas, sobretudo quando as partes se encontrarem em uma situação de desigualdade. Agora é claro que não podemos afirmar que sempre que houver essa desigualdade entre as partes, ocorrerá a aplicação imediata do direito fundamental. A decisão acerca desta aplicação se dá casuisticamente, a partir da ponderação dos valores envolvidos, sempre com vistas àquela decisão que mais prestigie e proteja a dignidade humana.

Se por outro lado, encontrarem-se as partes daquela relação privada em certa simetria, a aplicação da teoria da eficácia imediata não se mostrará tão evidente, se sobressaindo, em tais casos, a eficácia indireta ou mediata, de acordo com a qual se buscará o resguardo da autonomia privada, evitando-se um incremento do poder do Estado, que poderia acabar por intervir nas relações privadas indevidamente, sob a justificativa da proteção dos direitos fundamentais. A eficácia destes direitos só atingiria o âmbito privado a partir de um “processo de transmutação”, em que as normas de direitos fundamentais serviriam de modelo para a interpretação das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados do direito civil.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). **A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 3.ed. São Paulo: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. 3.ed. São Paulo: Renovar, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição República Federativa do Brasil**, Brasília-DF, Senado, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 5.ed. São Paulo: RCS Editora, 2007.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução de Edson Bini. 1.ed. São Paulo: EDIPRO, 2003.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma constituição?** Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 3.ed. Campinas: Russel Editores, 2011.

LIMA, George Marmelstein. Alexy à Brasileira ou a Teoria da Katchanga. **Direitos Fundamentais**. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2008/09/18/alexys-a-brasileira-ou-a-teoria-da-katchanga/>>. Acesso em: 14 dez. 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Mártires Inocência; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. 1.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho de direito constitucional**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Método, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

## JURISPRUDÊNCIAS

RE 158215/RS. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento em: 29/04/1996, publicado no DJ de 07-06-1996, p. 19830. Acessado em 11-12-2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/744133/recurso-extraordinario-re-158215-rs-stf>>.

RE 201819/RJ. Relatora: Min. Elles Gracie. Julgamento em: 10/10/2005, publicado no DJ de 27-10-2006, p. 064. Acessado em 11-12-2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/762997/recurso-extraordinario-re-201819-rj-stf>>.

RE 161243/DF. Relator: Min. Carlos Velloso. Julgamento em: 28/10/1996, publicado no DJ de 19-12-1997, p. 057. Acessado em 11-12-2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/743268/recurso-extraordinario-re-161243-df-stf>>.

RR 4628885619985095555 462888-56.1998.5.09.5555. Relator: Min. André Luís Moraes de Oliveira. Julgamento em: 10/09/2003, publicado no DJ de 26/09/2003. Acessado em 11-12-2011. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1578038/recurso-de-revista-rr-4628885619985095555-462888-5619985095555-tst>>.

RR 4390412019985025555 439041-20.1998.5.02.5555. Relator: Min. Carlos Francisco Berardo. Julgamento em: 13/06/2001, publicado no DJ de 10/08/2001. Acessado em 11-12-2011. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1922046/recurso-de-revista-rr-4390412019985025555-439041-2019985025555-tst>>.

AI 9845/RJ. Relator: Des. Raul Celso Lins e Silva. Publicada no DJRJ de 24/03/1999. Jurisprudência colhida em SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 304.