

DIREITOS FUNDAMENTAIS, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A APLICAÇÃO DA TEORIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL

Fabio Freitas Minardi¹

Sumário: 1. Introdução: Direitos Fundamentais. 2. O Elo de Concretização dos Direitos Fundamentais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 3. Teoria da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais. 4. Arremate Final: Aplicação da Teoria da Eficácia Horizontal com Base no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 5. Referências.

RESUMO

A Carta Magna de 1988 não contempla a hipótese da vinculação dos particulares aos preceitos de direitos e garantias fundamentais, como acontece, *e.g.*, em Portugal (artigo 18º/1 da CRP/76). A vinculação de entidades privadas, prevista na Constituição de Portugal, segundo JJ Gomes Canotillho, “significa que os efeitos dos direitos fundamentais deixam de ser apenas efeitos verticais perante o Estado para passarem a ser efeitos horizontais perante entidades privadas (efeitos externo dos direitos fundamentais)”. Este trabalho acadêmico tem por objetivo colacionar as principais correntes doutrinárias estrangeiras que tratam da vinculação dos direitos fundamentais nas relações privadas e qual a posição majoritária adotada pela doutrina brasileira, perfazendo-se uma imbricação com o princípio da dignidade da pessoa humana, mormente que os direitos fundamentais existem em razão desse princípio nuclear, previsto no ápice da Constituição da República de 1988 (artigo 1º, inciso III) e que representa o elo de harmonização do nosso ordenamento jurídico.

¹ Advogado trabalhista, especialista em Direito Processual e Material do Trabalho certificado pela Faculdade de Direito de Curitiba e pela Escola da Magistratura do Trabalho do Estado do Paraná, mestrando em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA, professor de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho da FAMEC e de Direito do Trabalho na UNIFAE.

PALAVRAS-CHAVE

Direitos fundamentais – Dignidade da pessoa humana – Eficácia horizontal

ABSTRACT

The Magna Letter from 1988 does not contemplate the hypothesis of the connection of the private parties to the precepts of fundamental rights and guarantees, as it happens in Portugal (article 18^o/1 of CRP/76). The connection of private entities, set forth in the Portuguese constitution, according to J.J. Gomes Canotillho “It means that the effects of fundamental rights are no longer mere vertical effects for the State. They are horizontal effects for private entities (external effects to the fundamental rights)”. This academic work intends to collate the main foreigner doctrinaire approaches which deal with the linkage of fundamental rights in the private relations and what is the majority position adopted by the Brazilian doctrine, by performing a imbrication with the principle of human dignity, mainly because the fundamental rights exist due to this nuclear principle, provided in the apex of the Constitution of 1988 (article 1^o, section III), and which represents the harmonization link of our juridical ordainment.

KEYWORDS

Fundamental rights, human dignity, horizontal effectiveness.

1 INTRODUÇÃO: DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 Compreensão da Expressão “Direito Fundamental”

Prefacialmente, importante investigar o significado da expressão “direitos fundamentais” antes de se adentrar no tema em foco.

De início, cabe gizar que o conceito de direitos fundamentais não se confunde com o de direitos humanos, embora essa terminologia tenha sido fundida por alguns autores para o fim de denominá-la como “direitos humanos

fundamentais”, seguindo de perto a terminologia da UNESCO, e também em que pese existam vários autores que sustentam a sua sinonímia.

A expressão “direitos fundamentais” é empregada principalmente pelos autores alemães, na esteira da Constituição de Bonn, que dedicava o capítulo inicial aos *Grundrechte*².

Até a Emenda Constitucional nº 1/1969, o Brasil adotava a expressão “direitos individuais”, conforme se infere do seu artigo 153 (Capítulo IV – Dos Direitos e Garantias Individuais), como sinônimo da moderna denominação de “direitos fundamentais”. Naquela época vingava a influência dos albos do liberalismo, e a sua visão eminentemente individualista, que não distinguia as liberdades coletivas e não conhecia a definição de pessoa.

*Ricardo Luis Lorenzetti*³ afirma que a expressão “direitos fundamentais” é a mais apropriada porque não exclui outros sujeitos que não sejam o homem e também porque refere-se àqueles direitos que são fundantes do ordenamento jurídico e evita uma generalização prejudicial.

Ingo Wolfgang Sarlet apresenta um traço de distinção, ainda que de cunho predominantemente didático, entre as expressões “direitos do homem”, “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, sendo a primeira de cunho jusnaturalista, ainda não positivados; a segunda relacionado à positividade no direito internacional; e, a terceira, como direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado⁴.

Com efeito, podemos afirmar que o direito fundamental decorre de um processo legislativo interno de um determinado país, que eleva à positividade, sendo então um direito outorgado e/ou reconhecido. Já os direitos humanos possuem caráter suprallegal, desvinculados a qualquer legislação escrita ou tratado internacional, pois pré-existe a eles.

Sidney Guerra explica que a partir da Declaração dos Direitos Humanos, adotada em 10 de dezembro de 1948, confirmou-se a idéia de que os direitos humanos extrapolam o domínio reservado dos Estados, invalidando o recurso

² TORRES, Ricardo Lobo. Direitos fundamentais. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p. 243.

³ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 151.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 36.

abusivo ao conceito de soberania para encobrir violações, ou seja, os direitos humanos não mais matéria exclusiva das jurisdições nacionais⁵.

Destarte, a positivação dos direitos humanos, dando origem aos direitos fundamentais, é a nítida amostra da consciência de um determinado povo de que certos direitos do homem são de tal relevância que o seu desrespeito inviabilizaria a sua própria existência do Estado. Aliás, ninguém mais nega, hoje, que a vigência de direitos humanos independe do seu reconhecimento constitucional, ou seja, de sua consagração no direito positivo estatal como direitos fundamentais⁶.

No Brasil, os direitos fundamentais estão preconizados no Título II da CRFB/88, sendo que o constituinte considerou ilegítima qualquer proposta tendente a aboli-los, *ex vi* do artigo 60, § 4º da Constituição (as chamadas cláusulas pétreas).

1.2 Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais

Daniel Sarmento traz à tona a chamada “dimensão objetiva dos direitos fundamentais”, realçando que, com o advento do Estado Social, a concepção de direitos fundamentais, até então visualizados numa perspectiva subjetiva pelo então Estado Liberal, cuidando-se apenas de identificar quais pretensões o indivíduo poderia exigir do Estado em razão de um direito positivado na sua ordem jurídica⁷, passou a adotar um novo efeito, qual seja: “a dimensão objetiva dos direitos fundamentais liga-se ao reconhecimento de que tais direitos, além de imporem certas prestações aos poderes estatais, consagram também os valores mais importantes em uma comunidade política, constituindo, como afirmou Konrad Hesse, as bases da ordem jurídica da coletividade”⁸. Continua:

Com efeito, na medida em que os direitos fundamentais exprimem os valores nucleares de uma ordem jurídica democrática, seus efeitos não podem se resumir à limitação jurídica do poder estatal. Os valores que tais direitos encarnam devem

⁵ GUERRA, Sidney. O direito internacional do trabalho e a dignidade da pessoa humana: breves reflexões. In: DARCANCHY, Mara Vidigal (Coord.). *Responsabilidade social das relações laborais: homenagem ao professor Amauri Mascaro Nascimento*. São Paulo: LTr, 2007. p. 265.

⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação dos direitos humanos*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 136.

⁷ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Lúmen Juris, 2006. p. 105.

⁸ SARMENTO, Daniel. *Idem*, p. 105-106.

se irradiar para todos os campos do ordenamento jurídico, impulsionando e orientando a atuação do Legislativo, Executivo e Judiciário. Os direitos fundamentais, mesmo aqueles de matriz liberal, deixam de ser apenas limites para o Estado, convertendo-se em norte de sua atuação. Tal fenômeno foi bem captado por Perez Luño, quando este assinalou que, com a passagem do modelo do Estado Liberal para o de Estado Social, “(...) los derechos fundamentales han dejado de ser meros límites al ejercicio de poder político, o sea, garantías negativas de los intereses individuales, para devenir un conjunto de valores o fines directivos de la acción positiva de los poderes públicos”.

Mas não é só. A dimensão objetiva do reconhecimento de que os direitos fundamentais condensam os valores mais relevantes para determinada comunidade política. E, como garantia de valores morais coletivos, os direitos fundamentais não são apenas um problema do Estado, mas de toda a sociedade. Neste sentido, é preciso abandonar a perspectiva de que a proteção aos direitos humanos constitui um problema apenas do Estado e não também de toda a sociedade. A dimensão objetiva liga-se a uma perspectiva comunitária de direitos humanos, que nos incita a agir em sua defesa, não só através dos instrumentos processuais pertinentes, mas também no espaço público, através de mobilizações sociais, de atuação de ONG’s e outras entidades do exercício responsável do direito de voto⁹.

Neste diapasão, *JJ Gomes Canotilho* reconhece a dimensão objetiva ao mencionar a “fundamentação objectiva” das normas consagradoras de direitos fundamentais, explicando:

Fala-se de uma fundamentação objectiva de uma norma consagradora de um direito fundamental quando se tem em vista o seu significado para a colectividade, para o interesse publico, para a vida comunitária. É esta fundamentação objectiva que se pretende salientar quando se assinala à liberdade de expressão uma função objectiva, um valor geral, uma dimensão objectiva para a vida comunitária (liberdade institucional)¹⁰.

Os direitos fundamentais, portanto, por concretizarem os valores máximos do ordenamento jurídico na forma propugnada na Lei Maior, devem subordinar toda a sociedade, nela incluída o Poder Público (Estado) e os particulares (pessoas físicas e jurídicas).

⁹ SARMENTO, Daniel. Obra citada, p. 106-107.

¹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1240-1241.

2 O ELO DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O elo de concretude dos direitos fundamentais, indene de dúvidas, é o princípio da dignidade da pessoa humana previsto no ápice da Carta Magna de 1988, do qual resulta a cláusula geral de tutela humana. *Ana Paula de Barcellos* esclarece que o conteúdo jurídico da dignidade se relaciona com os chamados direitos fundamentais ou humanos. Isto é: terá respeitada a sua dignidade o indivíduo cujos direitos fundamentais forem observados e realizados, ainda que a dignidade não se esgote neles¹¹. Já para *Luiz Edson Fachin*, os direitos fundamentais, neles incluídos os direitos sociais, são invioláveis e inerentes à dignidade da pessoa humana; neles se traduzem e concretizam as faculdades que são exigidas pela dignidade, assim como circunscrevem o âmbito que se deve garantir à pessoa para aquela se torne possível¹².

No Brasil, a Constituição da República de 1988 foi a primeira a estabelecer expressamente, como princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III). Certamente o constituinte originário de 1988 foi influenciado por outras Constituições que inseriam em seu texto a proteção à dignidade da pessoa, como fez, e.g., a Constituição Italiana de 1947 (artigo 3º: *Todos os cidadãos têm a mesma dignidade e são iguais perante a lei, sem discriminação de sexo, de raça, de língua, de religião, de opiniões políticas, de condições pessoais e sociais*) e a Constituição Portuguesa de 1976 (artigo 1º: *Portugal é uma República soberana, baseada, entre outros valores, na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária*).

Os países europeus, atônicos pela crueldade e pela degradação desumana das duas grandes guerras mundiais, buscaram na noção cristã de “dignidade humana” um instrumento de proteção contra os abusos do Estado. Em um primeiro momento histórico, apenas o Estado se subordinava aos comandos constitucionais, e não o indivíduo. Atualmente, no novo contexto econômico mundial da globalização e no resgate dos motes liberais, vislumbra-se a necessidade da incidência imediata do princípio da dignidade pessoa a toda a sociedade, e não somente ao Estado.

¹¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: 2002. p. 110-111.

¹² FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 181.

Como bem observado por *Cármen Lúcia Antunes Rocha*, a produção da miséria não se faz apenas no sentido da rejeição do homem pelo mundo; o sinistro globalismo fascista, que busca dominar idéias e práticas políticas-econômicas contemporâneas, gera não apenas a expulsão do homem pelo outro, mas a sua rejeição por si mesmo, tal como posto na fórmula de Hannah Arendt. Antes, negava-se ao homem a sua plena integração; hoje, expulsa-se o homem do mundo; ou, o que é pior, faz-se com que ele se intimide e se dê por excluído, rejeite-se por não ter obtido o mérito de poder ser aceito, inclusive por si mesmo¹³.

Mas não é fácil delimitar o alcance do princípio da dignidade da pessoa humana, sob pena de esvaziá-lo na esfera da abstração absoluta. Por isso *Maria Celina Bodin de Moraes* esquadrinha que o substrato material da dignidade pode ser desdobrado em quatro postulados: “i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele, ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado”¹⁴.

Também preocupado com a vacatura no conceito da dignidade da pessoa humana, *Ingo Wolfgang Sarlet* apresenta uma conceituação jurídica que reúne a perspectiva ontológica e a busca da sua faceta intersubjetiva (relacional) e das suas dimensões negativa (defensiva) e positiva (prestacional):

*A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos*¹⁵.

¹³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Vida digna: direito, ética e ciência (os novos domínios científicos e seus reflexos jurídicos). In: ____ (Coord.). *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 29.

¹⁴ MORAES, Maria Celina Bodin. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 119.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana – parte II. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p. 223.

Como resultado dos novos estudos dos movimentos jurídicos em defesa do existencialismo, decorrente da “despatrimonialização”, ou também chamado de “constitucionalização”, do direito privado, *Luiz Edson Fachin* pelega em favor de um “patrimônio mínimo”¹⁶ da pessoa, conexaso ao princípio da dignidade da pessoa humana. Nessa tessitura, *Paulo Luiz Netto Lôbo* leciona:

*A constitucionalização do direito civil, entendida como inserção constitucional dos fundamentos de validade jurídica das relações civis, é mais do que um critério hermenêutico formal. Constitui a etapa mais importante do processo de transformação, ou de mudanças de paradigmas, por que passou o direito civil, no trânsito do Estado liberal para o Estado social. O conteúdo conceptual, a natureza, as finalidades dos institutos básicos do direito civil, nomeadamente a família, a propriedade e o contrato, não são mais os mesmos que vieram do individualismo jurídico e da ideologia liberal oitocentista, cujos traços marcantes persistem na legislação civil. As funções do Código esmaeceram-se, tornando-o obstáculo à compreensão do direito civil atual e de seu real destinatário; sai de cena o indivíduo proprietário para revelar, em todas suas vicissitudes, a pessoa humana. Despontam a afetividade, como valor essencial da família; a função social, como conteúdo e não penas como limite, da propriedade, nas dimensões variadas; o princípio da equivalência material e a tutela do contratante mais fraco, no contrato [...] Quando a legislação civil for claramente incompatível com os princípios e regras constitucionais, deve ser considerada revogada, se anterior à Constituição, ou inconstitucional, se posterior à ela. Quando for possível o aproveitamento, observar-se-á a interpretação conforme a Constituição. Em nenhuma hipótese, deverá ser adotada a disfarçada resistência conservadora, na conduta freqüente de se ler a Constituição a partir do Código Civil*¹⁷.

O termo “despatrimonialização” foi adotado por *Pietro Perlingieri*, civilista italiano, que suscitou o debate moderno para uma nova roupagem do direito privado, devendo prevalecer a “pessoa” sobre qualquer “valor patrimonial”. Para *Pietro Perlingieri*, deve ocorrer uma passagem da jurisprudência civil baseada nos interesses patrimoniais para uma mais atenta aos

¹⁶ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, p. 287.

¹⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil. Mundo Jurídico*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=64>. Acesso em: 03 set. 2007.

valores existenciais. Assim se posicionou: “com o termo, certamente não elegante, ‘despatrimonialização’, individua-se uma tendência normativa-cultural; se evidencia que no ordenamento se operou uma opção, que, lentamente, se vai concretizando, entre o personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim a si mesma, do produtismo, antes, e do consumismo, depois, como valores)”¹⁸.

Nesta quadra, é pertinente a lição de *Maria Celina Bodin de Moraes*, panegirista do princípio da dignidade da pessoa humana e da constitucionalização do direito civil, ao parafrasear *Kant*:

*No mundo social existem duas categorias de valores: o preço (preis) e a dignidade (Würden). Enquanto o preço representa um valor exterior (de mercado) e manifesta interesses particulares, a dignidade representa um valor interior (moral) e é de interesse geral. As coisas têm preço; as pessoas, dignidade. O valor moral se encontra infinitamente acima do valor de mercadoria, porque, ao contrário deste, não admite ser substituído por equivalente. Daí a exigência de jamais transformar o homem em meio para alcançar quaisquer fins. Em conseqüência, a legislação elaborada pela razão prática, a vigorar no mundo social, deve levar em conta, como sua finalidade máxima, a realização de valor intrínseco da dignidade humana*¹⁹.

Raimundo Simão de Melo acrescenta que o valor ou princípio da dignidade da pessoa humana deve ter sentido de normatividade e cogência e não de meras cláusulas “retóricas” ou de estilo ou de manifestação de bons propósitos²⁰.

Por isso, é mister dar tratamento adequado aos instrumentos de efetivação dos direitos que poderão realmente garantir a dignidade da pessoa, assim considerada a preocupação sobre a pessoa humana (valor existencial – “ser”) e não sobre o patrimônio (valor monetário – “ter”), como era propugnado pelos códigos oitocentistas (liberal-individualista).

¹⁸ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 33.

¹⁹ MORAES, Maria Celina Bodin. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. *Idem*, p. 115-116.

²⁰ MELO, Raimundo Simão de. Dignidade da pessoa humana e meio ambiente do trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, ano 31, n. 117, p. 208, jan./mar. 2005.

3 TEORIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 Direitos Fundamentais X Relações Privadas – Correntes Doutrinárias

A questão colocada em estudo decorre da possibilidade em se aplicar ou não as normas consagradoras dos direitos fundamentais nas relações privadas, ainda mais em virtude do novo paradigma resultante dos estudos para fortalecer o princípio da dignidade da pessoa humana.

Trata-se da eficácia, como aplicação concreta da norma jurídica, que diz respeito à capacidade da norma em produzir efeitos, ou, em outras palavras, da aptidão para produzir relações jurídicas concretas.

Várias correntes são postas no mundo jurídico para atribuir a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

JJ Gomes Canotilho informa que a Constituição Portuguesa de 1976, em seu artigo 18º, consagra essa possibilidade ao estabelecer que: “1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”. A vinculação de entidades privadas, prevista na Constituição de Portugal, segundo o constitucionalista português, significa que os efeitos dos direitos fundamentais deixam de ser apenas efeitos verticais perante o Estado para passarem a ser efeitos horizontais perante entidades privadas (efeitos externo dos direitos fundamentais)²¹.

Deste ponto, o jurista português traz um estudo sobre a “eficácia externa”, ou também chamada de “eficácia em relação a terceiros” ou ainda, modernamente, de “efeitos horizontais”, para se entender como se concebe esta eficácia. Para tanto, se reporta a duas teorias: 1) teoria da eficácia direta ou imediata (*unmittelbare, direkte drittwirkung*) e 2) teoria da eficácia indireta ou mediata (*mittelbare, indirekte drittwirkung*), assim explicadas:

De acordo com a primeira teoria – a teoria da eficácia directa –, os direitos, liberdades e garantias e direitos de natureza análoga aplicam-se obrigatória e directamente no comércio jurídico entre entidades privadas (individuais ou colectivas). Teriam, pois, eficácia absoluta, podendo os indivíduos, sem qualquer

²¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. Obra citada, p. 1269.

necessidade de mediação concretizadora dos poderes públicos, fazer apelo aos direitos, liberdades e garantias. Para a teoria referida em segundo lugar – a teoria da eficácia indirecta –, os direitos, liberdades e garantias teriam uma eficácia indirecta nas relações privadas, pois a sua vinculatividade exercer-se-ia prima facie sobre o legislador, que seria obrigado a conformar as referidas relações obedecendo aos princípios materiais positivados nas normas de direito, liberdades e garantias²².

Após a compreensão do tema, *JJ Gomes Canotilho*²³ adotou uma posição moderada com relação à disposição da Constituição de Portugal, embora ainda seja fiel à corrente da eficácia imediata, sugerindo a necessidade de “soluções diferenciadas” em decorrência da multifuncionalidade ou pluralidade de funções dos direitos fundamentais, de forma a possibilitar soluções diferenciadas e adequadas, consoante o referente de direito fundamental que estiver em causa no caso concreto²⁴.

Em estudo pormenorizado, *Daniel Sarmento* colaciona as várias correntes para negar ou admitir a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas. Vejam-se as três principais, sendo as duas primeiras igualmente referidas por *Canotilho*:

²² CANOTILHO, J. J. Gomes. Obra citada, p. 1268-1269.

²³ Canotilho apresenta cinco grupos com diferentes aplicações da eficácia horizontal: grupo I – eficácia horizontal expressamente consagrada na Constituição, quando o particular pode invocar imediatamente a norma constitucional; grupo II – eficácia horizontal através da mediação do legislador no âmbito da ordem jurídica privada, quando vincula o legislador “da ordem jurídica privada” a aplicar e cumprir as normas de direitos, liberdades e garantias; grupo III – eficácia horizontal imediata e mediação do juiz, quando afirma que os Tribunais devem encontrar uma solução justa para o caso de conflitos de posições fundamentais; grupo IV – poderes privados e eficácia horizontal, onde se encontram os casos mais delicados da problemática da eficácia vinculativa das normas de direitos fundamentais, onde é maior a complexidade por resultar não apenas dos poderes públicos, mas também de poderes privados (associações, empresas, igrejas etc.), inclusive citando exemplos na esfera do direito do trabalho; e, grupo V – o núcleo irreduzível da autonomia pessoal, trazendo a possibilidade de soluções diferenciadas para cada caso concreto, de forma justa, sem desprezar o valor dos direitos, liberdades e garantias e não podendo ser base de justificativa para a chamada “dupla ética”, que ocorre, como exemplo, quando se considera como violação da integridade física e moral a exigência de testes de gravidez às mulheres que procuram um emprego público e, ao mesmo tempo, se toleram e aceitam esses mesmos testes quando o pedido de emprego é feito a entidades privadas, em nome da “produtividade das empresas” e da “autonomia contratual e empresarial”.

²⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. Idem, p. 1271.

A primeira corrente – da eficácia indireta ou mediata (*mittelbare indirekte Drittwirkung*) – liderada pelo alemão GÜNTER DÜRIG (obra publicada em 1956), é até hoje adotada pela maioria dos juristas alemães. Em resumo, segundo *Daniel Sarmiento*, a teoria da eficácia mediata nega a possibilidade de aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas porque, segundo seus adeptos, esta incidência acabaria exterminando a autonomia da vontade, e desfigurando o Direito Privado, ao convertê-lo numa mera concretização do Direito Constitucional²⁵. Via de conseqüente, para os seguidores dessa corrente, cabe, antes de tudo, ao legislador privado a tarefa de mediar a aplicação dos direitos fundamentais sobre os particulares, estabelecendo uma disciplina das relações privadas que se revele compatível com os valores constitucionais²⁶.

A segunda corrente – da eficácia direta ou imediata – (*unmittelbare direkte Drittwirkung*), igualmente com raízes no direito alemão, sendo seu precursor HANS CARL NIPPERDEY (início da década de 1950). Referida tese, embora não tenha logrado grande aceitação da Alemanha, é majoritária em países europeus, como por exemplo, Portugal, diante da previsão do artigo 18º/1 da sua Constituição, bem como na Espanha e Itália. Essa corrente reconhece a ampla oponibilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas, eis que não é apenas o Estado o agente capaz de violar os mesmos. Outrossim, essa corrente não nega a necessidade de ponderação do direito fundamental em jogo com a autonomia privada dos particulares envolvidos. E além disso, reconhece a unidade do ordenamento jurídico e “a impossibilidade de se conceber o Direito Privado como um gueto, à margem da Constituição e dos direitos fundamentais”, conforme afirmou *Robert Alexy*, parafraseado por *Daniel Sarmiento*.

A terceira corrente nega a oponibilidade dos direitos fundamentais entre particulares, sendo a adotada pelos norte-americanos, mas conhecida como doutrina da *state action*. Essa corrente dispõe que apenas o Estado está sujeito à observância das garantias fundamentais, isto é, os direitos fundamentais vinculam apenas os Poderes Públicos. Naquele País é praticamente consenso o fato de que o *bill of rights*, Carta que veicula os direitos fundamentais naquela nação, impõe limitação apenas aos poderes públicos, não atribuindo aos particulares direitos fundamentais frente a outros particulares, como exceção da 13ª Emenda, responsável por coibir a escravidão. Por outro lado, há nessa corrente uma certa margem de tolerância, posto que ressalva a oponibilidade de direitos fundamentais entre particulares se um deles

²⁵ SARMENTO, Daniel. Obra citada, p. 198.

²⁶ SARMENTO, Daniel. Idem, p. 200.

estiver no exercício de atividades de natureza tipicamente estatal, assim como vincula à observância de direitos fundamentais aqueles particulares que recebem benefícios fiscais e subsídios do Estado (os norte-americanos chamam de *public function theory*)²⁷. Com sapiência, e acertadamente, *Daniel Sarmento* tece sua opinião sobre a referida doutrina, no seguinte sentido:

*Enfim, parece-nos que a doutrina da state action, apesar dos erráticos temperamentos que a jurisprudência lhe introduziu, não proporciona um tratamento adequado aos direitos fundamentais, diante do fato de que os maiores perigos e ameaças a estes não provêm apenas do Estado, mas também de grupos, pessoas e organizações privadas. Ademais, ela não foi capaz de construir standars minimamente seguros e confiáveis na jurisdição constitucional norte-americana. Tal teoria está profundamente associada ao radical individualismo que caracteriza a Constituição e a cultura jurídica em geral do Estados Unidos [...]*²⁸

Como visto, as três correntes possuem pontos de inegável consistência jurídica para negar ou admitir a eficácia horizontal.

3.2 Posição da Doutrina Brasileira

Diferentemente do que ocorre em Portugal, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não estabeleceu qualquer regra expressa de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Por outro lado, a doutrina pátria é homogênea em aceitar a eficácia horizontal, com algumas variantes para cada jurista.

Ingo Wolfgang Sarlet lança sua posição favoravelmente ao reconhecimento da eficácia imediata dos direitos fundamentais na seara privada, embora também reconheça que a incidência dependerá, para cada caso concreto, de uma ponderação com o princípio da autonomia privada. Anota-se seu ensinamento:

²⁷ Essa mitigação foi aplicada no caso *Marsh v. Alabama*, julgado em 1946, ocasião em que a Suprema Corte Norte-Americana declarou inválida a proibição, levada a efeito por uma empresa privada detentora de terras no interior das quais se localizavam ruas, residências, estabelecimentos comerciais, de que houvesse a pregação de Testemunhas de Jeová no interior de sua propriedade, conquanto ao manter uma “cidade privada”, a empresa se equiparava ao próprio Estado, se sujeitando à 1ª Emenda da Constituição Norte-Americana, que assegura a liberdade de culto.

²⁸ SARMENTO, Daniel. Obra citada, p. 196-197.

A propósito, verifica-se que a doutrina tende a reconduzir o desenvolvimento da noção de uma vinculação também dos particulares aos direitos fundamentais ao reconhecimento da sua dimensão objetiva, deixando de considerá-los meros direitos subjetivos do indivíduo perante o Estado. Há de acolher, portanto, a lição de Vieira de Andrade, quando destaca os dois principais e concorrentes da problemática, quais sejam, a constatação de que os direitos fundamentais, na qualidade de princípios constitucionais e por força do princípio da unidade do ordenamento jurídico, se aplicam relativamente a toda a ordem jurídica, inclusive privada, bem como a necessidade de se protegerem os particulares também contra atos atentatórios aos direitos fundamentais provindos de outros indivíduos ou entidades particulares²⁹.

Destaca-se, também, a ilação de *Gustavo Tepedino*, para o qual a cláusula geral da dignidade da pessoa humana é o principal instrumento de tutela da pessoa nas relações entre particulares, representando um valor máximo do nosso ordenamento pátrio e ponto de referência para a defesa da pessoa. E remata:

*A dignidade da pessoa humana constitui cláusula geral, remodeladora das estruturas e da dogmática do Direito Civil Brasileiro. Opera a funcionalização das situações jurídicas patrimoniais às existenciais, realizando assim processo de verdadeira inclusão social com a ascensão à realidade normativa dos interesses coletivos, direitos de personalidade e renovadas situações jurídicas existenciais, desprovidas de titularidades patrimoniais, independentemente destas ou mesmo em detrimento destas. Se o direito é uma realidade cultural, o que parece hoje fora de dúvida, é a pessoa humana, na experiência brasileira, quem se encontra no ápice do ordenamento, devendo a ela se submeter o legislador ordinário, o intérprete e o magistrado [...]*³⁰.

Na perspectiva do Direito Civil-Constitucional, *Luiz Edson Fachin*³¹ manifestou-se afirmando que a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 338-339.

³⁰ TEPEDINO, Gustavo. Do sujeito de direito à pessoa humana. In: _____. *Temas de direito civil* – tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 342.

³¹ Para o ilustre professor paranaense, a dignidade da pessoa é o princípio fundamental da República Federativa do Brasil. É o que se chama de princípio estruturante, constitutivo e indicativo das idéias diretas básicas de toda a ordem constitucional. Tal princípio ganha concretização por meio de outros princípios e regras constitucionais formando um sistema interno harmônico, e afasta, de pronto, a idéia de predomínio do individualismo atomista do

à relações privadas é derivada da própria natureza intrínseca da dignidade da pessoa humana com princípio fundamental que promove a integração normativa do ordenamento jurídico. Eis o fio condutor da travessia para o Direito Civil contemporâneo³².

Outros doutrinadores referendam a corrente da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. *Daniel Sarmiento* em sua obra “Direitos fundamentais e relações privadas”, coteja o entendimento dos seguintes autores³³:

- 1) *Wilson Steinmetz*, em tese de Doutorado defendida perante a UFPR, é favorável à vinculação direta dos particulares nos direitos fundamentais, mas deve ser aplicada de forma “matizada” (graduada) por estruturas de ponderação, ordenadas pelo princípio da proporcionalidade. Ademais, quando o legislador privado concretizar uma norma em obediência à Constituição, esta norma deve ser respeitada pelo Judiciário, em razão do princípio da democracia e da separação dos poderes.
- 2) *Virgílio Afonso da Silva*, em tese de livre-docência de Direito Constitucional da USP, aborda o tema e concluiu que se deve romper a dicotomia entre efeitos diretos e indiretos, conciliando-se na mesma construção teórica. Afirma que, sempre que possível, os efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas serão indiretos, através da mediação do legislador privado, mas, quando isso não for possível (por omissão ou insuficiência legislativa), os efeitos poderão ser diretos.
- 3) *Luís Roberto Barroso*, altivo estudioso do Direito Constitucional, também endossa a tese da eficácia imediata, sendo ela a mais adequada para a realidade brasileira. Admite, como a maioria da doutrina, que a questão levanta a necessidade de ponderação entre o direito fundamental em jogo e o princípio da autonomia privada, destacando a relevância dos seguintes fatores no processo ponderativo: igualdade ou desigualdade

direito. Aplica-se como leme a todo o ordenamento jurídico nacional compondo-lhe o sentido e fulminado de inconstitucionalidade todo preceito que com ele conflitar. É de um princípio emancipatório que se trata. (FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 179-181).

³² FACHIN, Luiz Edson; RUZIK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo código civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.p. 93.

³³ SARMENTO, Daniel. Obra citada, p. 246-249.

material; manifesta injustiça ou falta de razoabilidade de critério; preferência para valores existenciais sobre os patrimoniais; e, risco para a dignidade da pessoa humana.

Entre outros, estas são as posições mais respeitadas da doutrina nacional, sintetizadas com percuciência por *Daniel Sarmento*, que, aliás, também é defensor da teoria da eficácia horizontal, ao delinear:

No Brasil, considerando a moldura axiológica da Constituição de 88, é indubitoso que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é direta e imediata, ressalvados aqueles direitos que, pela sua própria natureza, só podem produzir efeitos em face do Estado (e.g, direitos do preso). A Carta de 88 não chancelou a clivagem absoluta entre o público e privado, na qual se assentam as teses que buscam negar ou minimizar a incidência da Constituição e dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

[...]

O reconhecimento da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas não importa em amesquinamento do papel do legislador nesta seara. Cabe ao legislador, num primeiro momento, concretizar os direitos fundamentais na esfera privada, empreendendo a ponderação de interesses necessária com a autonomia individual dos particulares. As ponderações do legislador, em princípio, devem ser respeitadas pelo Judiciário, diante da presunção de constitucionalidade das leis, que deriva do reconhecimento da sua intrínseca legitimidade democrática. Porém, em face da ausência de norma adequada, ou quando a que tiver sido editada pelo legislador afasta-se dos parâmetros axiológicos extraídos da Constituição, deverá o Judiciário aplicar diretamente os direitos fundamentais na resolução dos litígios privados³⁴.

Ainda nesta esteira, *Maria Celina Bodin de Moraes*, que eleva a importância da hermenêutica jurídica, assevera que mesmo quando o legislador ordinário permanece inerte devem o Juiz e o Jurista proceder ao inadiável trabalho de adequação da legislação civil, através de interpretações dotadas de particular ‘sensibilidade constitucional’ que, em última análise, e sempre, verifiquem o teor e o espírito da Constituição³⁵.

³⁴ SARMENTO, Daniel. Obra citada, p. 328-329.

³⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista Estado, Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro, Departamento de Ciências Jurídicas da PUC/RJ, vol. 1, 1991. Não paginado.

Para *Gilmar Ferreira Mendes*³⁶, os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Assim, enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos seus titulares a possibilidade de impor seus interesses não só em face dos órgãos obrigados, como diz o constitucionalista em comento, mas também em face de particulares, determinando a abstenção de atos que impeçam a realização daqueles interesses legítimos do cidadão, ou, ainda, que venham a propiciar o pleno gozo e fruição dos mesmos. Essa posição foi defendida por *Gilmar Ferreira Mendes* enquanto Ministro do Supremo Tribunal Federal, em caso concreto, no Recurso Extraordinário 201819, cuja ementa abaixo se transcreve em textual:

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

³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direitos constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 2-4.

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 DESPROVIDO³⁷.

Cabe destacar o seguinte trecho do voto do Min. Celso de Mello no mencionado Recurso Extraordinário:

É por essa que 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

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 201819, da 2ª Turma. Recorrente: UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES – UBC. Recorrido: ARTHUR RODRIGUES VILLARINHO. Redator do Acórdão Min. Gilmar Mendes. DJU 27/10/2006, p. 64. *Juris Síntese IOB*, Porto Alegre, n. 68, nov./dez. 2007. Não paginado. CD-ROM.

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.

Na seara dos juslaboristas, cabe enfatizar *José Affonso Dallegrave Neto*, encomiástico defensor dos direitos sociais e adepto da aplicação dos preceitos constitucionais na ordem privada, que bem salienta a necessidade premente de uma hermenêutica axiológica baseada na Constituição da República de 1988:

Findou o tempo em que o magistrado acolhia somente os pedidos fundamentados na rigorosa interpretação literal da lei. Isso ocorreu na era do Positivismo Científico dos séculos XVIII e XIX quando, em nome da ‘segurança jurídica’, sequer se admitia a hipótese de existência de lacunas dentro do direito positivo. Vive-se hoje uma nova ordem jurídica em que os princípios e valores estampados na Constituição Federal e nas legislações esparsas vinculam o operador jurídico. Um tempo em que a exegese sistêmica prefere a gramática³⁸.

Veja-se, portanto, que a doutrina pátria, pelo menos a sua grande maioria, é adepta à corrente da eficácia imediata, principalmente em razão do princípio da dignidade da pessoa humana, que, frise-se, é um princípio fundamental da República Federativa do Brasil. A mitigação da teoria da eficácia horizontal também é defendida pela maioria da doutrina, adotando-se um critério de ponderação com o princípio da autonomia privada, desde que jamais viole os motes axiológicos da Carta Magna de 1988, em especial o mencionado princípio da dignidade da pessoa humana.

4 ARREIMATE FINAL: APLICAÇÃO DA TEORIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL COM BASE NO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Embora já existam várias leis que determinam a aplicação concreta de direitos fundamentais previstos na CRFB/88, especialmente de cunho trabalhista³⁹,

³⁸ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 141.

³⁹ Como exemplo, cita-se a Lei nº 9.799, de 26 de maio de 1999, que inseriu na Consolidação das Leis do Trabalho – artigo 372-A; artigos 390-A à 390-E; e, artigo 392, § 4º, regras sobre o acesso

sendo presumível afirmar que ter-se-ia adotado no nosso país a teoria da eficácia indireta ou mediata (*mittelbare indirekte Drittwirkung*), o fato é que, longe de discordar com essa corrente, mesmo porque entenda-se que o legislador privado deve sempre atuar em defesa do cidadão e também porque os direitos fundamentais não são normas programáticas, é perfeitamente possível e absolutamente necessário, portanto, a aplicação da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais (*unmittelbare direkte Drittwirkung*) – eficácia horizontal.

Não se olvide que o Brasil constitui uma nação emergente, em que o desenvolvimento humano ainda está longe do ideal e por isso a Constituição estabeleceu os direitos fundamentais, dentro de uma concepção solidarista oriunda do Estado do “Bem Estar Social”. Acontece que de nada adianta a existência desse preceito se não for possível aplicá-lo. E também não basta reconhecer que os direitos fundamentais seriam oponíveis tão-somente contra o Estado, devendo, sim, vincular as relações privadas.

da mulher ao mercado de trabalho, de forma a dar plena eficácia do disposto no inciso XX do artigo 7º da CRFB/88. Vejamos o teor do artigo 372-A da CLT:

Art. 372-A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado:

I – publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir;

II – recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível;

III – considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional;

IV – exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego;

V – impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez;

VI – proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não obsta a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher.

Entretanto, considerando a hipótese de conflito de direitos fundamentais entre particulares, será necessário o socorro ao critério de ponderação, ou, como afirmou *JJ Gomes Canotilho*, adotar “soluções diferenciadas”, aplicando aquele direito fundamental que é mais potencialmente valorativo, sendo possível utilizar o critério sugerido por *Luís Roberto Barroso*, antes referido, destacando a relevância dos seguintes fatores no processo ponderativo: igualdade ou desigualdade material; manifesta injustiça ou falta de razoabilidade de critério; preferência para valores existenciais sobre os patrimoniais; e, risco, principalmente, para a dignidade da pessoa humana.

José Carlos Viera de Andrade também compartilha dessa idéia, pois reconhece a possibilidade de conflitos de direitos fundamentais entre particulares, e apresenta a seguinte solução passível: aceitar a liberdade de atuação individual, mas só desde que não prejudique intoleravelmente a idéia da dignidade da pessoa humana⁴⁰. Acrescenta:

[...] lembrar-se-á que as normas de direito privado contém cláusulas gerais que também permitem à jurisprudência graduar, dentro de certos limites, a influência dos princípios constitucionais, ponderando, consoante as circunstâncias concretas dos casos, numa perspectiva de adequação social, a medida em que o sentimento jurídico comunitário exige a restrição da liberdade de cada indivíduo para a defesa da liberdade e da dignidade dos outros homens.

Fica, pois, aberta a possibilidade de o legislador ou o juiz comprimirem a liberdade individual para a preservação ou repressão de situações de injustiça e que o abuso da liberdade por vezes conduz, quando sejam intoleráveis para o sentimento jurídico geral⁴¹.

Com efeito, reveste-se de suma importância o Poder Judiciário na nossa sociedade, como legítimo controlador do Estado, embora seja comum pequena parte da doutrina apontar a falta de legitimidade do Judiciário para tanto, posto que não eleito pelo voto popular e também porque haveria sempre a necessidade de manter-se o princípio da separação dos poderes. Todavia, em caso de omissão do legislador privado, ou na hipótese de norma jurídica contrária aos preceitos insculpidos na

⁴⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 295.

⁴¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Idem*, p. 295-296.

Constituição da República de 1988, deve sim, o Judiciário, adotar uma postura que garanta ao cidadão o efetivo cumprimento de seus direitos fundamentais, em uma leitura proeminente da Constituição, de forma a concretizar os objetivos do Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, *Lênio Luiz Streck* defende a importância da aplicação efetiva da Constituição:

É preciso, pois, dizer o óbvio: a Constituição constitui (no sentido fenomenológico-hermenêutico); a Constituição vincula (não metafisicamente); a Constituição estabelece as condições do agir político-estatal. Afinal, como bem assinala Miguel Angel Pérez, uma constituição democrática é, antes de tudo, normativa, de onde se extraem duas conclusões: que a Constituição contém mandatos jurídicos obrigatórios, e que estes mandatos jurídicos não somente são obrigatórios, mas muito mais do que isso, possuem uma especial força de obrigar, uma vez que a Constituição é a forma suprema de todo o ordenamento jurídico. Para além disso, é preciso comunicar esse óbvio de que uma norma (texto) só será válida se estiver em conformidade com a Lei Maior! É, em síntese, o que se pode chamar de validade do texto condicionado a uma interpretação em conformidade com o Estado Democrático de Direito. Esse óbvio, entretanto, é mera aparência, diria Heidegger, isto porque o óbvio, para manter-se “como” óbvio, deve permanecer escondido/ocultado. A obviedade somente exurgirá “como” obviedade a partir de seu des-velamento (algo como algo). E é, finalmente, esta a nossa tarefa: des-velar as obviedades do óbvio! Não esqueçamos, até porque poesia é poiesis, as palavras do poeta Hölderlin:

‘O fogo mesmo dos deuses dia e noite nos empurra a seguir adiante. Venha! Olhemos os espaços abertos, busquemos o que nos pertence, por mais distante que esteja⁴².

Um bom exemplo foi a 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, realizada em novembro do ano de 2007, onde foram aprovados setenta e nove enunciados⁴³ que poderão subsidiar a jurisprudência trabalhista. Os dois primeiros tratam dos direitos fundamentais (e sua dimensão objetiva), e

⁴² STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 323.

⁴³ Disponível em: <http://www.anamatra.org.br/jornada/anexos/ementas_aprovadas.pdf>. Acesso em: 22 abril. 2008.

demonstram a preocupação da magistratura trabalhista na concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, *in verbis*:

1. *DIREITOS FUNDAMENTAIS. INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO. Os direitos fundamentais devem ser interpretados e aplicados de maneira a preservar a integridade sistêmica da Constituição, a estabilizar as relações sociais, e, acima de tudo, a oferecer a devida tutela ao titular do direito fundamental. No Direito do Trabalho, deve prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana.*

2. *DIREITOS FUNDAMENTAIS – FORÇA NORMATIVA.*

I – ART. 7º, INC. I, DA CONSTITUÇÃO DA REPÚBLICA, EFICÁCIA PLENA. FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO. DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEVER DE PROTEÇÃO. A omissão legislativa impõe a atuação do Poder Judiciário na efetivação da norma constitucional, garantindo aos trabalhadores a efetiva proteção contra a dispensa arbitrária.

II – [...]

III – [...]

Para dar efetividade a essa conjectura, é importante destacar a chamada “jurisprudência dos valores”, oriunda do sistema jurídico alemão, cuja orientação é buscar na interpretação da lei os valores por ela tutelados. Ensina *Torquato Castro Junior* que a vigência do direito positivo não é negada, ao contrário, é confirmada, mas suas palavras ganham vida, ganham luz, não são mais simples palavras, são “valores”; “deixou-se para trás o apego descritivo positivista, em favor de uma abordagem crítico-valorativa. Substitui-se a ênfase no descrever pela do compreender”⁴⁴.

Nesse desiderato, a jurisprudência dos valores emite efeitos reflexos no Brasil, onde o aplicador do direito deve almejar a interpretação da Constituição da República de 1988 com esteio na sua condição de Estado Democrático de Direito e perscrutar os valores da legislação ordinária com espreque no artigo 1º da Carta Magna, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana, como elo de harmonização do nosso ordenamento jurídico e, via de corolário, no efetivo respeito aos direitos humanos fundamentais.

⁴⁴ CASTRO JUNIOR, Torquato. *Jurisprudência dos interesses*. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p. 489.

5 REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

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

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CASTRO JUNIOR, Torquato. Jurisprudência dos interesses. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

_____. Sistema jurídico e proeminência da constituição. *Revista Trabalhista da Anamatra*, Rio de Janeiro, v. IV, p. 127-153, 2003.

FACHIN, Luiz Edson; RUZIK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo código civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GUERRA, Sidney. O direito internacional do trabalho e a dignidade da pessoa humana: breves reflexões. In: DARCANCHY, Mara Vidigal (Coord.). *Responsabilidade social das relações laborais: homenagem ao professor Amauri Mascaro Nascimento*. São Paulo: LTr, 2007.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. *Mundo Jurídico*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=64>. Acesso em: 03 set. 2007.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

MELO, Raimundo Simão de. Dignidade da pessoa humana e meio ambiente do trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, ano 31, n. 117, p. 204-220, jan./mar. 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direitos constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista Estado, Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro, Departamento de Ciências Jurídicas da PUC/RJ, vol. 1, 1991. Não paginado.

NUNES, Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Vida digna: direito, ética e ciência (os novos domínios científicos e seus reflexos jurídicos). In: _____. (Coord.). *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Dignidade da pessoa humana – parte II. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coordenador). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. Do sujeito de direito à pessoa humana. In: _____. *Temas de direito civil – tomo II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. Direitos fundamentais. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.