
VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS¹

*Pollyana Souza Rocha Borsato**

Sumário: 1 Introdução; 2 Breve histórico dos Direitos Humanos; 3 Princípio da dignidade da pessoa humana; 4 Os direitos sociais; 5 A eficácia dos direitos sociais fundamentais; 6 Vinculação dos particulares aos direitos fundamentais; 7 Considerações finais

Resumo: O trabalho tem a pretensão de demonstrar que a constitucionalização do direito privado vem propondo uma efetivação dos direitos fundamentais, em prol da dignidade da pessoa humana formal e material. A metodologia empregada foi a pesquisa doutrinária e jurisprudencial, compilando o método descritivo-dedutivo. Observa-se neste a dogmática alemã: a eficácia horizontal dos direitos fundamentais encaixa na axiologia do ordenamento jurídico brasileiro, cuja vinculação do Estado e do particular maximiza as garantias e defesas do homem.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Dignidade da pessoa humana. Vinculação aos particulares.

¹ Trabalho desenvolvido sob orientação do Professor Ms. Isael José Santana da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. Mestre em Direito pela UNIVEM.

* Bacharel em Direito e Pós-graduanda Lato Sensu em Direitos Humanos pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. Advogada militante na comarca de Iturama/MG. E-mail: pollyanarocha_5@hotmail.com.

1 Introdução

Este trabalho tem a pretensão de iniciar os estudos sobre a vinculação dos particulares a direitos fundamentais conquistados historicamente após a Segunda Guerra Mundial.

Primeiramente este buscará, sinteticamente, localizar e classificar os direitos humanos com especial ressaltos aos direitos sociais e ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais é tema novo na dogmática brasileira, assim, a proposta é desenvolver a pesquisa doutrinária e jurisprudencial em prol de averiguar como está se faz presente no ordenamento brasileiro e se tal teoria proporciona a concretização dos direitos fundamentais, no âmbito social, mas na relação privada, quebrando-se paradigmas de coisificação do ser humano.

Atualmente na doutrina brasileira paira a aplicabilidade direta e imediata dos direitos sociais nas relações privadas, tendo como expoentes professores como: Luís Roberto Barroso, Daniel Sarmento e Ingo Wolfgang Sarlet.

Deste modo se utilizará as pesquisas doutrinárias e acórdãos de Tribunais brasileiros corroborando, assim, o método descritivo-dedutivo, fundado na bibliografia nacional e estrangeira, que teve por escopo tratar da problematização, sem, no entanto esgotá-la.

Cabe destacar que este artigo faz parte da pesquisa que ve sendo desenvolvida como requisito do programa do curso de especialização *lato sensu* em Direitos Humanos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, cujo tema se delimita na vinculação destes direitos fundamentais na relação laboral (empregado e empregador), devendo o presente compor o texto final da monografia.

2 Breve histórico dos Direitos Humanos

A constitucionalização dos direitos fundamentais se deu a partir da *Virginia Bill of Rights* em 1776 e com a *Declation des Droits de l' Hommes et du Citoyen* em 1789. O homem passou a ser o centro e o fim do Direito. A *Virginia Bill of Rights* foi consequência da independência das antigas treze colônias britânicas da América do Norte em 1776, proporcionando uma limitação do poder governamental e o respeito aos direitos humanos (MORAES, 2006, p. 101).

Esse é o primeiro documento político que reconhece a par de

legitimidade da soberania popular, com a existência de direitos inerentes a todo ser humano, independentemente das diferenças de sexo, raça, religião, cultura ou posição social. Constitui-se assim, a emancipação do indivíduo perante os grupos sociais frente a organização religiosa e familiar.

A Declaração dos Direitos e do Cidadão, em 1789, representa o fim do *Ancien Regime*, constituída pela monarquia absoluta e pelos privilégios feudais. Essa declaração promulga a universalização dos direitos fundamentais, e segundo Comparato (2004, p. 131): “[...] o espírito da Revolução Francesa foi difundido, em pouco tempo, não só na Europa, como também em regiões tão distantes quanto a Índia, a Ásia Menor e a América Latina”.

Porém, estes direitos como o da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade encontram suas raízes na filosofia clássica, notadamente a greco-romana e no pensamento cristão, como é afirmado por Alexandre de Moraes (2005, p. 7): “a forte concepção religiosa trazida pelo Cristianismo, com a mensagem de igualdade de todos os homens, independente de origem, cor, raça ou credo, influenciou diretamente a consagração dos direitos fundamentais, enquanto necessários à dignidade da pessoa humana”.

Nesta época, os direitos de dimensão natural (subjéctiva-jusnaturalismo moderno) transformam-se em direitos absolutos, imutáveis e intemporais. cuja inerência advém da qualidade humana de seus titulares, os quais são núcleo restrito que se impõe a qualquer ordem jurídica.

Assim, esta concepção filosófica buscou a limitação dos poderes do Estado e surgiu positivada no final da Idade Média, por meio da Magna Carta inglesa, em 1215, reconhecendo direitos aos barões, com restrições ao poder absoluto do monarca (MORAES, 2005, p. 7).

Contudo, somente no século XVIII, com as Revoluções Francesa e Americana, foram editados os primeiros enunciados de direitos individuais. A primeira declaração foi a da Virgínia, em 1776, estabelecendo, entre outros, os princípios fundamentais: a igualdade de direitos, a divisão de poderes, a eleição de representantes, os direitos de defesa, a liberdade de imprensa e a liberdade religiosa.

Em seguida, merece destaque a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, após a Revolução Francesa, que consagrou a universalidade destes direitos, pois veio para validar as garantias a toda humanidade; e após a Segunda Guerra Mundial, em 1948, foi editada pela ONU a Declaração Universal dos Direitos do Homem, realçando a preocupação com o respeito aos direitos humanos em todos os países do

mundo.

Assim, os direitos humanos foram positivados no século XVIII e é definido doutrinariamente em gerações/dimensão de direitos fundamentais, os quais foram classificados evolutivamente de acordo com seu cunho protetivo em: Direitos Individuais; Direitos Sociais; Direitos Coletivos e Direitos à Globalização Política.

Os primeiros direitos fundamentais têm seu marco ligado à necessidade de limitação e controle dos abusos do poder do próprio Estado. Estas normas são de cunho negativo, pois objetivam um não-agir por parte do Estado em favor da liberdade do indivíduo, chamando estes direitos de primeira dimensão.

Segundo Paulo Bonavides (2004, p. 563- 564) ensina que:

[...] os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdade ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

É necessário esclarecer que, a terminologia usual “gerações” tem sido substituída por “dimensão”, pois aquela passa a ideia de ruptura que nela transparece, no qual cada geração teria começo e fim, ou seja, ideia de caducidade das gerações antecedentes de direito, sendo assim, o termo “dimensão” mais apropriado, pois há um acréscimo de novos direitos com o surgimento de uma nova geração.

Assim, os direitos de primeira geração - reflexo do paradigma liberal-são direitos de defesa das liberdades do indivíduo como: o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei, à participação política entre outros.

Aqui, destaca-se a dicotomia público/privado, cuja supremacia advém deste que, é regido pelo Código Civil. Assim, sintetizando com o nobre Prof. Sarmiento (2010, p. 12):

dentro deste paradigma, os direitos fundamentais acabaram concebidos como limites para a atuação dos governantes, em prol da liberdade dos governados. Eles demarcavam um campo no qual era vedada a interferência estatal, estabelecendo, desta forma, uma rígida fronteira entre o espaço da sociedade civil e do Estado, entre a esfera privada e a pública, entre o ‘jardim e a praça’. Nesta dicotomia público/privado, a supremacia recaía sobre o segundo elemento do par, o que decorria da afirmação da superioridade do indivíduo sobre o grupo e sobre o Estado

A partir do reconhecimento dos direitos fundamentais de segunda geração (dimensão), tais como os direitos sociais, culturais e econômicos; é que as normas passaram a exigir uma atuação positiva por parte do Estado, requerendo uma política ativa dos Poderes Públicos de responsabilidade e efetivação dos direitos humanos fundamentais, cuja vinculação será discutida neste trabalho.

Os direitos sociais são estas garantias que se traduzem em deveres comissivos, positivos do Poder Público; são direitos como assistência social, saúde, educação, trabalho, habitação, previdência social, subsistência, o amparo à velhice e à doença.

Assim, tais direitos advêm do paradigma social e muitos destes estão na mera formalidade dogmática, pois sua materialização ainda é discutida no campo jurídico social. Porém, observará fundamentos neste trabalho a concretização dos ensinamentos de Sarmiento (2010, p. 21), com a vênua:

[...] durante boa parte do século XX, a doutrina dominante negava a possibilidade de tutela judicial dos direitos sociais e econômicos consagrados nas constituições, rotulando as normas que os positivavam como de caráter meramente programático. Tal posição encontra-se teoricamente ultrapassada, pois mesmo a doutrina ideologicamente mais próxima do liberalismo tem reconhecido alguma eficácia jurídica aos direitos sociais, pelo menos no que se relaciona à proteção do mínimo essencial.

Cabe destacar, a modificação da dicotomia público/privado, citando mais uma vez o grande jurista Sarmiento (2010, p. 24):

neste cenário, a tradicional dicotomia, de origem romana, Direito Público/ Direito Privado, sofre grande impacto, em razão da progressiva publicização do Direito Privado, e da sua 'invasão' pela norma constitucional. Se no Estado Liberal havia o primado do privado sobre o público, seja pelo predomínio da 'liberdade dos modernos' sobre a 'liberdade dos antigos', seja em razão do respeito não apenas ao sacrossanto espaço da autonomia individual, mas também ao livre jogo das forças do mercado, no Estado social invertem-se os termos desta equação. O primado do público sobre o privado no Estado Social expressa-se pelo aumento da intervenção estatal e pela regulação coativa dos comportamentos individuais e dos grupos intermediários.

Os direitos fundamentais de terceira geração (dimensão) são direitos de titularidade coletiva e difusa. Estes direitos não se destinam especificamente à proteção dos interesses dos indivíduos de um grupo ou de um determinado Estado, mas sim, direitos inerentes a grupos de indivíduos, como, a família, o povo e a nação.

Surge esse direito dotado de altíssimo caráter de humanismo e universalismo, pois visa, como mencionado anteriormente, direitos coletivos, ligados ao ideal de fraternidade e de solidariedade. Tais direitos traduzem no meio ambiente, na paz social e no desenvolvimento sustentável.

Por fim, os direitos de quarta dimensão, são definidos por Paulo Bonavides (2004, p. 571) como: “globalização política na defesa da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social”. Aqui se observa direitos inerentes à legitimação da globalização política, tais como: os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo.

Pode-se notar acima, que após a Segunda Guerra Mundial, houve a universalização dos direitos humanos, cuja conquista é salutar à sociedade. Porém, tais direitos esbarram em diversos paradigmas à sua efetivação.

Assim, hoje grande parte da doutrina caminha para desmistificação desta tendência positivista liberal, a qual passaremos a discorrer.

Contudo, antes de adentrar ao objeto deste trabalho, apontaremos subsídios à dogmática desta eficácia horizontal dos direitos fundamentais na relação particular no ordenamento jurídico brasileiro, trazendo os embasamentos, segundo Daniel Sarmento, da força normativa da Constituição e dos seus princípios no caráter vinculativo ao Direito Privado.

A força normativa da Constituição, atualmente, proporciona sua vinculação tanto no Direito Público como no Direito Privado. Antes, no Estado liberal, esta se restringia a organizar a estrutura do Estado e garantir direitos individuais. No Estado Social está passou, também, a garantir os direitos sociais e econômicos; e, proporcionar mecanismos aos Poderes Públicos de concretização destas políticas – de cunho formal.

Assim, sintetizando com ensinamentos de Sarmento (2010, p. 51):

a ampliação da Constituição pagou no primeiro momento um preço caro: a crise da sua juridicidade. Daí sedimentou-se a doutrina que dividia as normas constitucionais em auto-aplicáveis e não auto-aplicáveis, lançando as últimas num verdadeiro ‘limbo’ jurídico, ao negar-lhes qualquer eficácia vinculante.

Destarte, *a priori*, as normas constitucionais são dependentes do legislador ordinário, cujo judiciário fica amarrado além da discricionariedade deste; também, ao administrador.

No plano prático temos a aplicação da teoria de Kelsen e Herbert Hart, a qual restringe a solução de um fato dentro das possibilidades presentes

em uma moldura da norma ou excepcionalmente, nos casos difíceis, da vontade do jurisdicionado (SARMENTO, 2010).

Assim, esta proposta de que o ordenamento jurídico é composto simplesmente por normas positivadas, ou seja, aplicação de fato e norma, tal qual, o papel do magistrado aqui, é apenas de subsunção.

O Prof. Barroso destaca esta proposta antiga com a nova, quando diferencia as interpretações jurídicas, veja:

a interpretação jurídica tradicional desenvolveu-se sobre duas premissas: (i) quanto ao papel da norma, cabe a ela oferecer, no seu relato abstrato, a solução para os problemas jurídicos; (ii) quanto ao papel do juiz, cabe a ele identificar, no ordenamento jurídico, a norma aplicável ao problema a ser resolvido, revelando a solução nela contida. Vale dizer: a resposta para os problemas está integralmente no sistema jurídico e o intérprete desempenha uma função técnica de conhecimento, de formulação de juízos de fato. No modelo convencional são percebidos como regras, enunciados descritivos de condutas a serem seguidas, aplicáveis mediante subsunção. Com avanço do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixam de ser integralmente satisfatória. Assim: (i) quanto ao papel da norma, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relevo abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao papel do juiz, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis. < http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf> Acesso em: 23 jun. 2011.

Com a aplicação da força normativa da Constituição, esta vertente é modificada (da interpretação tradicional), pois há uma emancipação jurisdicional da Constituição. Propondo-se que, as normas jurídicas são compostas por princípios e regras. E segundo Dworkin (apud SARMENTO, 2010, p. 61): “os princípios são *standards* juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça [...] as regras são normas vinculativas meramente funcional”.

Sarmento (2010, p. 59) conclui, que:

A concepção hermenêutica do normativismo de Kelsen e Hart, embora superior e mais realista do que a advogada pelo positivismo clássico, retira a possibilidade de discussão racional sobre as escolhas dos operadores do direito realizadas dentro da moldura da norma, ou nos casos difíceis, confinando-as ao

decisionismo incontrolável do intérprete ou juiz. A teoria moderna dos princípios vai se insurgir contra estas ideias, pois ela vai insistir na necessidade de não deixar os atos de aplicação do direito fora do âmbito da argumentação racional e do controle social. Neste sentido, ela se casa com o processo de revalorização, no universo jurídico, da racionalidade prática, importando na adoção de uma compreensão muito mais rica da hermenêutica jurídica.

Destarte, observa-se o início de uma ruptura dogmática positivista liberal, na qual a aplicação do direito é um mecanismo automático – juízes operadores de máquinas.

3 Princípio da dignidade da pessoa humana

Como foi mencionado, o reconhecimento dos direitos fundamentais no direito constitucional positivo se dá no final do século XVIII, por meio da consagração desses direitos pelas primeiras constituições liberais.

Os direitos humanos buscam se erigir e organizar a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e na dignidade do ser humano, por meio da sua pacífica convivência no meio social/contrato social.

Segundo Jorge Miranda (apud MORAES, 2005, p. 1) os direitos humanos se inseriram no ordenamento jurídico-político, pois necessitava de: “limitação e controle do abuso de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas e a consagração dos princípios básicos de igualdade e da legalidade como regentes do Estado moderno e contemporâneo”.

José Afonso da Silva (1997, p. 177) caracteriza os direitos humanos: “em garantias de uma convivência digna, livre e igual a todas as pessoas”.

Então, pode verificar que, os direitos humanos traduzem situações jurídicas, objetivas e subjetivas, no direito positivo interno, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana; e claro, contra o arbítrio do poder estatal.

Assim, segundo a classificação do Prof. Paulo Bonavides lecionada por Carl Schmitte, são estabelecidos dois critérios formais de caracterização dos direitos fundamentais, sendo (apud BONAVIDES, 2004, p. 561):

Pelo primeiro critério, todos os direitos fundamentais são garantidos, nomeados e especificados no instrumento constitucional; Pelo segundo critério, são direitos fundamentais os que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantias ou de segurança, ou são imutáveis ou de mudança dificultada.

Dentre estes direitos fundamentais, tratar-se-á neste trabalho dos direitos sociais, cujo pilar será o princípio da dignidade da pessoa humana, que é mais do que simplesmente uma garantia constitucional positivada no ordenamento interno, mas de forma abrangente constitui a base das constituições liberais presentes em todas as dimensões.

Inicialmente, cabe redefinir princípios, segundo a dogmática neoliberal, que são ordenações que se irradiam por todo sistema, dando-lhe contorno e inspirando o legislador; tais são mandamentos de otimização, ou seja, normas ordenando que algo seja cumprido na maior medida possível, de acordo, com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes, consoantes aos ensinamentos de Robert Alexy (apud PESSOA, p. 47), o qual é ilustrado:

Alexy define o sistema jurídico como um conjunto integrado de regras, princípios e procedimentos. Para ele, as regras são mandamentos definitivos, enquanto os princípios são mandamentos de otimização. Daí decorre sua principal distinção, já que os princípios não requerem a realização integral de seu dispositivo, podendo ser aplicado em diferentes graus. É necessário, porém, que o juiz recorra à ponderação na hipótese de conflito entre eles. A aplicação das regras, ao contrário, é necessariamente excludentes, sendo resolvida em termos de validade jurídica ou social.

O doutrinador Fábio Konder Comparato (2004, p. 21- 22) explica que:

a dignidade da pessoa não consiste apenas no fato do ser humano, ao contrário das coisas, ser considerado como um fim e não como um meio, mas também no fato de que por sua vontade racional só a pessoa humana é autônoma para guiar-se pelas próprias leis que elabora.

Assim, o ser humano é dotado naturalmente da dignidade; e essa pressupõe a autonomia vital relativa ao indivíduo frente ao Estado, portanto, a dignidade da pessoa humana consagra pelo reconhecimento do homem como limite e fundamento do domínio político do Estado Democrático de Direito, porém, não exime a responsabilidade do Estado e do particular dar subsídios/mínimo essencial à efetivação desta garantia constitucional.

Enfim, de acordo, com Alexandre de Moraes (2005, p. 23):

os direitos humanos fundamentais se relacionam diretamente com a garantia de não-ingerência do Estado na esfera individual e a consagração da dignidade humana, tendo um universal reconhecimento por parte da maioria dos Estados, seja em nível constitucional, infraconstitucional, seja em nível de direito consuetudinário ou mesmo por tratados e convenções internacionais.

Daí tal princípio ser a base do direito jusnatural e positivista, catalogado no ordenamento jurídico brasileiro, sendo vinculado diretamente e indiretamente ao Estado e ao particular, consoante a síntese de Flávia Pessoa (2009, p. 32):

convém ressaltar que a dignidade da pessoa humana deve ser vislumbrada em seus aspectos positivo e negativo. Assim, o princípio da dignidade impõe não apenas um dever de abstenção de violação, mas também condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a dignidade individual. Conforme assinala Sarlet (2006, p. 124), deve ser ressaltada a função instrumental integrado e hermenêutica do princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que serve como parâmetro para aplicação, interpretação e integração [...] de todo ordenamento jurídico, imprimindo-lhe, além disso, sua coerência interna.

Desta forma, a dignidade da pessoa humana está presente nas quatro dimensões vistas; e é consolidada como um direito fundamental de eficácia e aplicabilidade imediata, como os direitos sociais, consagrado no parágrafo primeiro do art. 5º da Carta Magna.

O que afirma Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade (2006, p. 140):

O texto constitucional é por demais claro e evita a perenidade das normas programáticas no tocante aos direitos e garantias fundamentais. Todo e qualquer direito previsto na CF 5.º (sic) pode ser desde já invocado, ainda que não exista norma infraconstitucional que o regule. Caso seja necessário, pode ser utilizado o mandado de injunção, por meio do qual o juiz fixa, no caso concreto, a forma e o meio do exercício do direito constitucional que ainda não se encontra regulamentado [...].

Este princípio é o valor básico do Estado Democrático de Direito, tanto que vem positivado como pilar da democracia brasileira, no art. 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988.

Celso Ribeiro Basto e Ives Gandra Martins definem esse inciso como (1998, p. 425):

A referência à dignidade da pessoa humana parece englobar em si todos aqueles direitos fundamentais, quer sejam os indivíduos clássicos, quer sejam os de fundo econômico e social. Em última análise, a dignidade tem uma dimensão também moral. São as próprias pessoas que conferem ou não dignidades às suas vidas. Não foi este sentido, todavia, o encampado pelo constituinte. O que ele quis significar é que o Estado se erige sob a noção da dignidade da pessoa humana.

Sarmento (2010, p. 85-86) reitera tal afirmativa quando sintetiza que:

o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, CF), e que costura e unifica todo o sistema pátrio de direitos fundamentais, representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relação privada que se desenvolvem no seio da sociedade civil e no mercado.

Portanto, o constituinte originário quis estabelecer que o fim maior deste Estado é propiciar as condições adequadas para que as pessoas vivam com dignidade – mesmo que seja efetivando o mínimo essencial mas também traz a socialização deste com o indivíduo/terceiro, ou seja, este também é vinculado a obrigações perante o seu semelhante.

4 Os direitos sociais

Sintetizando a parte histórica, após as conseqüências deixadas pela Segunda Guerra Mundial, a consolidação dos direitos dos homens foi impositiva frente aos horrores da guerra e seus resultados nefastos. Assim, esse novo período social, político, econômico e institucional proporcionou o impulso da universalização dos direitos fundamentais; e claro, dos direitos sociais (FERREIRA FILHO, 2007).

Porém, observa-se numa composição retórica que os direitos sociais tiveram seu marco consagrado pela Constituição Mexicana, em 1917, com a grande influencia da Declaração Russa, 1918 e da consagração do Tratado de Versalhes, em 1919.

Em 1919, fim da primeira Guerra Mundial, tem-se um cenário de grande destruição e conflito na Alemanha. A esquerda lutava para tomar o poder em prol dos operários. Elaborou-se a Constituição Alemã Republicana, a qual, consoante Ferreira Filho (2007, p. 49), destaca:

sujeição da propriedade à função social - com a célebre fórmula: a propriedade acarreta a obrigações. Seu uso deve visar o interesse geral (art. 153), a repar-

tição das terras -reforma agrária (art. 155), a possibilidade da socialização de empresas (art. 156), a proteção ao trabalho (art. 157), o direito de sindicalização (art. 159), a previdência social (art. 161), a co-gestão das empresas (art. 165).

Destarte, um novo Estado se estabelece cujos dogmas são consolidados em outros países da Europa e até mesmo no Brasil de 1934, 1946 e 1988 (FERREIRA FILHO, 2007).

Este momento, segundo Flávia Moreira Pessoa (apud Silva Neto, 2006) é de um constitucionalismo social cujo fundamento:

de ordem sociológica, política e jurídica. Sob prisma sociológica, ressaltam-se os movimentos sociais contestadores da estrutura vigente. No aspecto político, é resultado da decisão levada a efeito pelas forças políticas predominantes à época da manifestação constituinte. Finalmente, o fundamento jurídico encontra suporte na constatação da necessidade de se introduzir, na norma maior os elementos sociais como forma de expressar mais marcadamente o compromisso do Estado com a questão social, bem assim, impedir ou dificultar sua retirada pelo legislador ordinário (PESSOA, 2009, p. 23).

Isto posto, embora consagrados os direitos sociais em 1919, estes são intensificados após a Segunda Guerra Mundial no direito internacional costumeiro (com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1948) ou/e no direito interno das nações (Constituições do Estado do bem estar social).

Os direitos Sociais como os direitos a liberdade, como visto acima, são garantias institucionais, os quais cabe ao Estado ou/ e ao “Particular” efetivá-los.

Segundo Ferreira Filho, os direitos sociais são direitos subjetivos, porém não advém propriamente dos direitos naturais da ideia iluminista, mas da sociedade (2007, p. 51). Vejamos:

Na sociedade, existe a necessidade da cooperação e apoio mútuo. Nela, como o esforço de todos beneficia cada um, todos devem auxiliar-se ou socorrer-se uns aos outros, tal auxílio ou socorro é evidentemente tão mais imperativo quanto mais grave a necessidade por que passa o semelhante.

Assim, são direitos de contraprestação de serviços/ garantias. Porém, nem sempre são concretizados, por isso que, nosso ordenamento jurídico traz as proteções jurídicas, tais como: remédios constitucionais, o controle concentrado, difuso e outros.

Todavia, tais proteções jurídicas ou até mesmo doutrinárias como o mínimo essencial; a reserva do possível, a eficácia horizontal e vertical dos direitos

fundamentais tendem à efetivação; tendo sempre como parâmetro à dignidade da pessoa humana, o que se verifica nos ensinamentos do Prof. Barroso:

ao término da 2ª Guerra Mundial, tem início a reconstrução dos direitos humanos, que se irradiam a partir da dignidade da pessoa humana, referência que passou a constar dos documentos internacionais e das Constituições democráticas, tendo figurado na Carta brasileira de 1988 como um dos fundamentos da República (art. 1º, III). **A dignidade humana impõe limites e atuações positivas ao Estado, no atendimento das necessidades vitais básicas**, expressando-se em diferentes dimensões [...] (g.n) < http://www.luisroberto-barroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf> Acesso em: 23 jun. 2011.

Assim, passamos a discorrer sobre a vinculação dos direitos sociais aos particulares, tendo sempre como parâmetro a dignidade da pessoa humana, a qual constitui o pilar deste Estado Democrático de Direito.

5 A eficácia dos direitos sociais fundamentais

Cabe inicialmente ressaltar a eficácia normativa dos direitos sociais, haja vista serem prestação positiva do Estado conforme enunciado no Capítulo II, Dos Direitos Sociais, arts. 6º ao 11 da Constituição Federal e disciplinarem tutelas como: a educação; o lazer, a seguridade e previdência social, a proteção à maternidade e à infância; a assistência aos desamparados; o direito à moradia e o direito ao trabalho.

Ainda se discute na doutrina e na jurisprudência a caracterização formal e material dos direitos sociais, ou seja, se são direitos fundamentais ou meras normas programáticas dependentes totalmente da atuação do Poder Público para sua vinculação.

Ingo Wolfgang Sarlet disserta que os direitos sociais são direitos fundamentais como os individuais, com a vênua (2005, p. 293):

Embora aparentemente estejamos diante de uma obviedade, o fato de existirem segmentos da doutrina, ainda que bem intencionados e mesmo amparados em argumentos de relevo, que estejam negando a condição de autênticos direitos fundamentais dos direitos sociais (existe até quem negue a própria existência de direitos sociais!) ou torna oportuna a lembrança de que ao se tratar de direitos fundamentais na Constituição não há como abrir mão de uma perspectiva dogmática-jurídica (mas não formal-positiva), da abordagem, reafirmando-se, de tal sorte, a necessidade de uma leitura constitucionalmente adequada da própria fundamentação (inclusive filosófica) tanto da fundamentação quanto do conteúdo dos direitos sociais.

Ana Carolina Lopes Olsen (2008, p. 26) explica que há uma diferenciação na classificação dos direitos, cujo pensamento é influência portuguesa de Joaquim José Gomes Canotilho, Vital Moreira e Jorge de Miranda. “Os direitos, liberdades e garantias seriam direitos de libertação do poder e direitos à proteção do poder, os direitos sociais corresponderiam a direitos de libertação da necessidade, e direitos a promoção”.

Assim, os direitos sociais não seriam meras normas programáticas, mas normas que estão vinculadas aos direitos fundamentais consagrados na Constituição, cuja fruição depende do poder/dever do Estado. E tais normas não estão excluídas da eficácia imediata prevista do §1º do art. 5º da CF.

Mais uma vez citando o nobre Sarlet (2005, p. 299):

Se optarmos por um argumento não embasado numa interpretação de viés eminentemente literal (textual), verificaremos que também uma interpretação sistemática e teleológica conduziria aos mesmos resultados. Neste sentido, percebe-se desde logo, que o Poder Constituinte Originário não pretendeu (e nem é possível presumir isso!) excluir os direitos políticos, de nacionalidade do âmbito do art. 5º, §1º, de nossa Carta, que **assim como os direitos sociais, integram o conjunto dos direitos cuja fundamentalidade foi expressamente afirmada na Constituição.** (g.n)

Seguindo esta corrente de maximização da eficácia de todos os direitos fundamentais –no sentido do mandamento de otimização de Robert Alexy 1990–, observa-se que, os direitos sociais são consagrados no rol dos direitos fundamentais na Constituição Cidadã, cuja aplicabilidade é imediata.

Para ilustrar tal arguição se consideram dois grupos de normas (SARLET, 2006, p. 282):

em virtude de sua insuficiência normativa – não se encontram em condições de, independentemente de uma *interpositio legislatoris*, gerar a plenitude de seus efeitos, e aquelas normas que – por dotados de suficiência normatividade – não reclamam ato de natureza concretizadora para que possam ser imediatamente aplicáveis aos casos concretos e alcançar, desde logo, sua plena eficácia.

Assim, com esta distinção pode-se interpretar o art. 5º, §1º (SARLET, 2006, p 287):

somos levados a crer que a melhor exegese da norma contida no art. 5º, §1º, de nossa Constituição é a que parte da premissa de que se trata de cunho inequivocadamente principiológico, considerando-a, portanto, uma espécie

de mandamento de otimização (ou maximização), isto é, **estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais.** (g.n)

Destarte, abordando a corrente da maximização das normas supremas, verifica-se que este ordenamento é dotado de uma eficácia normativa imediata, vinculando aos poderes públicos o dever de plena eficácia das normas constitucionais – direitos de liberdade e direitos sociais-, o que se estende ao particular, que passa a discorrer.

6 Vinculação dos particulares aos direitos fundamentais

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais ou eficácia privada ou eficácia em relação a terceiros é um tema novo na doutrina e na jurisprudência brasileira cuja dogmática é influência constitucional alemã, a qual advém, como visto, do inevitável dissenso doutrinário sobre a forma de atuação da Constituição, por meio do Estado, na proteção dos direitos fundamentais em todas as relações: seja público e privado; privado e público.

Assim, amarrando com o contexto, o reconhecimento da força normativa dos princípios e valores da Constituição proporciona diretamente a sua vinculação ao público e especificamente, ao privado.

Tendo assim, como efeito desta força constitucional, segundo a summa do Prof. Barroso:

a Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema. < http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf> Acesso em: 23 jun. 2011.

Desta forma, os direitos fundamentais não estarão restritos a limitação jurídica do poder estatal; e, conseqüentemente, tais valores irradiam para toda esfera institucional do nosso país, legitimando assim, a dimensão objetiva – sem querer descartar a subjetiva - dos direitos fundamentais em nosso ordenamento jurídico.

Sarmiento (2010, p. 107) com grande propriedade destaca que:

a dimensão objetiva expande os direitos fundamentais para o âmbito das relações privadas, permitindo que estes transcendam o domínio das relações

privadas entre cidadão e Estado, às quais estavam confinados pela teoria clássica. Reconhece-se então que tais direitos limitam a autonomia dos autores privados e protegem a pessoa humana da opressão exercida pelos poderes sociais não estatais, difusamente presentes na sociedade contemporânea. Neste quadro, o legislador assume o encargo de promover os direitos fundamentais, e toda a legislação ordinária terá de ser revista sob uma nova ótica, ditada pela axiologia constitucional.

Portanto, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais difunde a ideia de que a dignidade da pessoa humana não repousa apenas na mão do Estado, mas no âmbito societário. Esta dimensão desenvolve as teorias que serão vista abaixo.

Cabe destacar, *a priori*, a diferença da eficácia horizontal e vertical. A eficácia vertical consiste na vinculação positiva e negativa do Estado – por meio dos seus poderes – aos direitos fundamentais, pois de um lado deve ser abster de intervir na esfera individual de liberdade do cidadão, e, de outro, cabe-lhe a promoção e proteção dos direitos e garantias dos cidadãos. Já na horizontal, só há uma vinculação negativa aos direitos fundamentais de se abster de qualquer atuação que vulnere a Constituição.

Assim, a eficácia irradiante (*Austrahlungswirkung*) divide a vinculação dos direitos fundamentais nas relações jurídicas-particulares em três teorias predominantes.

Entretanto, antes de adentrar nestas classificações, é necessário fazer um amparo da eficácia irradiante. Segundo Sarmiento (2010, p. 124):

Uma das mais importantes conseqüências da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é o reconhecimento da sua eficácia irradiante. Esta significa que os valores que dão lastro aos direitos fundamentais penetram por todo o ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas legais e atuação como impulso e diretrizes para o legislador, a administração e o Judiciário. A eficácia irradiante, neste sentido, enseja a ‘humanização’ da ordem jurídica, ao exigir que todas as suas normas sejam, no momento da aplicação, reexaminadas pelo operador do direito com novas lentes, que terão as cores da dignidade humana, da igualdade substantiva e da justiça social, impressas no tecido constitucional.

Destarte, esta proposta consagra um eixo gravitacional da Constituição, na qual esta atingirá todas as esferas dos poderes estatais e da ordem jurídica, alcançando também, os particulares em prol dos direitos fundamentais efetivos.

Barroso ratifica esta irradiação quando resume sua aplicação, vejamos:

a ideia de constitucionalização do direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Com o intuito, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares [...] relativamente ao Legislativo, a constituição (i) limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação da elaboração das leis em geral e (ii) impõe-lhe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais. No tocante à Administração Pública, além de igualmente (i) limitar-lhe a discricionariedade e (ii) impor a ela deveres de atuação, ainda (iii) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário. Quanto ao Poder Judiciário, (i) serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental e por ação direta), bem como (ii) condiciona a interpretação de todas as normas do sistema. Por fim, para os particulares, estabelece limitações à sua autonomia da vontade, em domínio como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais. < http://www.luísrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf> Acesso em: 23 jun. 2011.

Enfim, consoante o Prof. Sarmiento (2010, p. 125) no plano prático atual: “[...] a eficácia irradiante dos direitos fundamentais manifesta-se sobretudo em relação à interpretação e aplicação das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, presentes na legislação infraconstitucional”.

Retornando na classificação, a primeira, eficácia indireta ou mediata (*indirekte/ mittelbare Drinttwirkung*), formulada por *Gunther Durig*, é aplicada sobre a ótica da ordem fundamental liberal democrática, dividida em duas dimensões: proibitiva, a qual é voltada para o legislador que está impedido de editar lei que viole os direitos fundamentais; e, positiva, regressada para legislador que implemente os direitos fundamentais, ponderando esta relação. Segundo Steinmetz (2004, p. 138):

a teoria mediata, os direitos fundamentais não incidem nas relações entre particulares como direitos subjetivos constitucionais, mas como normas objetivas de princípio (princípios objetivos) ou, para usar uma terminologia axiológica dos direitos fundamentais, como sistemas de valores (*Wertsystem*) ou uma ordem objetiva de valores.

Assim, a teoria mediata pressupõe – com o fim de interceder (os poderes públicos) nas relações particulares– que as normas privadas criadas pelo legislador estão em conformidade às normas de direito fundamental sob pena de inconstitucionalidade; e, ao Judiciário cabe interpretá-las, mediante a eficácia dos direitos fundamentais por meio do próprio direito privado, utilizando-se das cláusulas gerais (valores sociais e morais como: a ordem pública, os bons costumes, à boa-fé e o abuso de direito).

Portanto, tal dogmática engessa o sistema–opinião ilustrada pelo Magistrado Fábio Rodrigues Gomes (2005, p. 55):

a fim de aplacar a insegurança jurídica decorrente desta perigosa liberdade de movimentos judiciais, os defensores da eficácia mediata afirmavam que a primazia da proteção dos direitos fundamentais estaria nas mãos do Poder Legislativo e que somente este, por razões de conveniência e oportunidade, poderia abrir caminho para a intervenção do Poder Judiciário através das cláusulas gerais (ou dos conceitos jurídicos indeterminados), que permitiriam a utilização dos valores constitucionais no processo de reconstrução (interpretação) de sentido do comando normativo. Assim, a norma de direito privado demarcaria o espaço dentro do qual o juiz poderia se mover, compatibilizando o seu agir com os Poderes da Separação de Poderes e da Democracia.

Porém, é defendida, haja vista o caráter da normatividade objetiva que irradia os efeitos dos valores constitucionais à lei civil no limite do positivismo. Cabe destacar os argumentos dos adeptos à teoria imediata, segundo Sarmento (2010, p. 200):

os adeptos da teoria da eficácia indireta, 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 constitucionais. Competiria ao legislador proteger os direitos fundamentais na esfera privada, mas sem descurar-se da tutela da autonomia da vontade. Portanto, caberia ao Legislativo proceder a uma ponderação entre interesses constitucionais em conflito, na qual lhe é concedida certa liberdade para acomodar os valores contrastantes, em consonância com a consciência social de cada época. Nesta perspectiva, dentre as várias soluções possíveis no conflito entre direitos fundamentais e autonomia privada, competiria à lei a tarefa de fixar o grau de cedência recíproca entre cada um dos bens jurídicos confrontantes. Esta primazia do legislador em detrimento do juiz na conformação dos direitos fundamentais no âmbito privado conferiria, por um lado, maior segurança ao tráfico jurídico; e, por outro, conciliar-se-ia melhor com os princípios da democracia e da separação de poderes.

A segunda corrente, a eficácia direta ou imediata (*direkte/unmittelbare Drittwirkung*), formulada por Hans Carl Nipperdey², advoga que os direitos fundamentais são aplicados independentemente de intermediação do legislador; é uma eficácia absoluta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, os quais não podem contrariar a ordem básica ou ordem pública.

Assim sendo, as normas constitucionais – dimensão objetiva – são oponíveis tanto aos poderes públicos como aos particulares, independentemente da mediação do poder legislativo, cabendo sempre ao Estado a defesa desses direitos. Amaral denota esta vinculação, quando simplifica que (2007, p. 69):

segundo essa teoria, as relações jurídicas estabelecidas entre os sujeitos privados estão sujeitas às disposições constitucionais dos direitos fundamentais, de forma direta ou imediata, sem qualquer intervenção do legislador, razão pela qual as normas de direitos fundamentais contidas na Constituição geram, conforme a sua respectiva natureza, direitos subjetivos dos cidadãos oponíveis *erga omnes*, ou seja, tanto em face do Estado como perante os demais indivíduos.

O Prof. Sarmiento destaca que, apesar da teoria da eficácia horizontal direta e imediata dos direitos fundamentais terem sido concebida na Alemanha está se faz predominante na Espanha, Portugal, Itália e Argentina (SARMENTO, 2010).

Cabendo destacar entre estes países³, Portugal, onde traz expressamente na sua Lei Maior, art. 18.1 está vinculação direta, qual reza: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas” (SARMENTO, 2010, p. 208).

Assim, para a lei fundamental portuguesa os direitos dos homens valem com efeito *erga omnes*, sendo aplicados independente da mediação do legislador.

² [...] com a finalidade de desenvolver essa teoria – *Drittwirkung der Grundrechte* -, em meados do século XX (1950), na Alemanha, Hans Carl Nipperdey – Presidente do Tribunal Federal do Trabalho, no período compreendido entre 1954 até 1963 -, publicou o seu célebre ensaio sobre a igualdade salarial da mulher – *Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung* -, abordando pela primeira vez a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, e, neste caso, em especial, a sua incidência do princípio da igualdade no âmbito das relações de trabalho, visto que preconiza igual salário para mulher de mesma performance. (AMARAL, 2005, p. 58).

³ Daniel Sarmiento em magnífica obra **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**, traz na II Parte, Capítulo I, Item 4 “A teoria da Eficácia Direta e Imediata dos Direitos Fundamentais na Esfera Privada” argumentos utilizados por doutrinadores defensores desta teoria nestes diversos países.

Tal assertiva tem como expoente Canotilho, Vital Moreira e Ana Prata (SARMENTO, 2010), destacando a visão da Professora, com a vênua:

Ana Prata aderiu, de modo incondicional, à tese da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Segundo ela, no quadro da Constituição de Portugal, que se assenta sobre uma concepção substancial de igualdade e de liberdade, e que se preocupa com a eliminação da exploração e da opressão do homem pelo homem, não teria sentido rejeitar a eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais em nome da proteção da autonomia privada. Segundo ela, portanto, '(...) as entidades privadas têm de respeitar de forma directa e necessária os direitos constitucionalmente garantidos', independentemente de qualquer manifestação de mediação legislativa (apud SARMENTO, 2010, p. 211).

Enfim, sintetizando com Sarlet, que claramente relata estas duas teorias como (2006, p. 399):

a primeira corrente, que pode ser reconduzida às formulações paradigmáticas do publicista alemão Durig, 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 intermediados do direito privado à luz dos direitos fundamentais, falando-se, neste sentido, de uma recepção dos direitos fundamentais pelo direito privado. Já para a corrente oposta, liberada originalmente por Nipperdey e Leisner, uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais encontra respaldo no argumento de acordo com o qual, em virtude de os direitos fundamentais constituírem normas de valor válidos para toda a ordem jurídica (princípio da unidade da ordem jurídica) e da força normativa da Constituição, não se pode aceitar que o direito privado venha a formar uma espécie de gueto à margem.

E, por fim, a terceira teoria, que é a dos deveres de proteção (Schutzpflicht), formulada por Canaris, estabelece que o Estado é o destinatário dos direitos fundamentais, assim, (apud Gomes, 2005, p. 55) a eficácia dos:

direitos fundamentais servem tanto para a defesa de intervenções por parte do Estado nos bens jurídicos dos seus cidadãos (*Eingriffsverbote und Abwehrrechte*), quanto para obrigar o Estado à proteção dos seus cidadãos, caracterizando à tutela ou deveres de proteção (*Schutzgebote*).

Amaral reitera tal afirmação, ensinando (2007, p. 73):

para essa corrente doutrinária, segundo uma concepção objetiva dos direitos fundamentais, tem-se que o Estado não deve apenas respeitar os direitos dos

cidadãos em face das ofensas perpetradas pelos órgãos dos poderes públicos, mas, de igual maneira, tem o dever de garantir o exercício dos direitos fundamentais perante eventuais afrontas originárias de atos praticados pelos sujeitos particulares. Os direitos fundamentais, portanto, deixam de ser exclusivamente direitos de defesa para serem concebidos também como deveres de proteção, e o Estado deixa de ser tido como o potencial agressor, assumindo o papel de protetor de tais direitos.

Sarmiento também fundamenta tal ótica lecionando, que (2010, p. 128):

A teoria contemporânea dos direitos fundamentais afirma que o Estado deve não apenas abster-se de violar tais direitos, tendo também de proteger seus titulares diante de lesões e ameaças provindas de terceiros. Este dever de proteção envolve a atividade legislativa, administrativa e jurisdicional do Estado, que devem guiar-se a promoção dos direitos da pessoa humana. Tal aspecto constitui um dos mais importantes desdobramentos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, e está associada à ótica emergente do Welfare State, que enxerga no Estado não apenas um 'inimigo' dos direitos do Homem, que por isso deve ter as suas atividades limitadas ao mínimo possível (Estado mínimo), mas uma instituição necessária para a própria garantia destes direitos na sociedade civil.

Desse modo, esta teoria proporciona argumentos à aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, uma vez que substancia a obrigação do Estado no seu dever específico de tutela dos direitos fundamentais, e não como mero protagonista de preenchimento das cláusulas gerais. Porém, tal teoria não corresponde ao ideal de vinculação dos direitos fundamentais ao particular, o que é explicado pelo Prof. Sarmiento (2010, p. 220):

a teoria dos deveres de proteção baseia-se na ideia correta de que cabe ao Estado proteger os direitos fundamentais dos particulares ameaçados pela conduta de outros particulares. Contudo, a premissa em que ela se lastreia – de que só o Estado estaria vinculado aos direitos fundamentais-, parece francamente inadequada à realidade da vida moderna, além de eticamente injustificável. Não bastasse, aceitar a existência dos deveres de proteção e negar a vinculação imediata dos particulares aos direitos fundamentais encerra uma evidente contradição, já que, do ponto de vista lógico, só faz sentido obrigar o Estado a impedir uma lesão a um direito fundamental causado por particulares, se aceitar também que ao particular em questão não é lícito causar aquela lesão – vale dizer, que ele também está vinculado ao respeito do direito fundamental.

Entretanto, esta teoria vem acrescentar; e, o mesmo mestre Prof. Sarmiento (2010, p. 136) destaca a teoria do dever de proteção na nossa axiologia constitucional, a qual ilustra-se:

a alusão à segurança, como direito fundamental social (art. 6º da CF), induz à ideia de que o Estado tem não apenas a missão política, mas também o dever jurídico de agir no plano social para proteger os indivíduos da violação dos seus direitos fundamentais por ato de terceiros. E o princípio do Estado de Direito, que confere ao Estado o monopólio do uso legítimo da força, negando aos particulares, em princípio, a capacidade de autotutela dos seus direitos, também pode ser invocado para amparar o reconhecimento dos deveres estatais de proteção dos direitos fundamentais. Os deveres de proteção podem, por outro lado, ser inferidos caso a caso em relação a inúmeros direitos fundamentais explicitados ao longo do texto magno. Por exemplo, em relação ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no art. 225 do Estatuto Constitucional, a presença do dever de proteção é cristalina, e se evidencia através da leitura das diversas tarefas cometidas ao Estado nos incisos do artigo em questão. Da análise dos mencionados preceitos, torna-se evidente que cabe ao Estado não apenas abster-se de violar o referido direito fundamental de 3ª geração, incumbindo-lhe também protegê-lo ativamente de ameaças e lesões perpetradas por particulares.

Enfim, observa-se que, o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais consagra a irradiação da norma e dos princípios constitucionais por todo ordenamento jurídico, impondo ao Estado não apenas abster de violar direitos humanos, mas proteger estes de si e de terceiros, assim, verifica-se na doutrina brasileira a tendência da aplicação da teoria da eficácia direta e imediata, o que se extrai do nobre Barroso:

O ponto de vista da aplicabilidade direta e imediata afigura-se mais adequado para a realidade brasileira e tem prevalecido na doutrina. Na ponderação a ser empreendida, como na ponderação em geral, deverão ser levadas em conta os elementos do caso concreto. < http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf> Acesso em: 23 jun. 2011.

Antes de dar prosseguimento, cabe trazer a negativa destas teorias acima, chamada pelo Prof. Sarmiento de “Negação da Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas e a doutrina da State Action”, tendo como país em destaque os Estados Unidos da América.

Segundo o Prof. Sarmiento esta teoria é resultado da aplicação da axiologia do liberalismo clássico, onde os direitos fundamentais representam exclusivamente direitos e defesas em face do Estado (SARMENTO, 2010).

Assim, aqui os mandamentos constitucionais valem apenas ao Estado, exonerando os particulares da efetivação de direitos fundamentais em prol da autonomia privada e do pacto federativo.

Sarmento traz um trecho do julgamento do caso *Lugar v. Edmondson Oil Co*, que sintetiza a aplicação da teoria do *state action*, vejamos:

nossos precedentes têm insistido em que a conduta supostamente causadora da privação de um direito constitucional (federal) seja razoavelmente atribuível ao Estado precedentes traduzem uma abordagem bipolar do problema da 'atribuição razoável'. Em primeiro lugar, a privação tem que decorrer do exercício de algum direito ou prerrogativa criada pelo Estado ou por uma pessoa pela qual o Estado seja responsável [...]. Em segundo lugar, a pessoa acusada de causar a privação há de ser alguém de quem razoavelmente se possa dizer que se trata de um 'ator estatal'. Isto por ser ele uma autoridade do Estado, por ter atuado juntamente com uma autoridade estatal ou por ter obtido significativa ajuda de agentes estatais, ou porque a sua conduta é de alguma forma atribuível ao Estado. (apud SARMENTO, 2010, p. 193-194).

Pode-se observar nesta parte do julgamento, que esta teoria permite a violação da liberdade da Constituição em favor dos direitos individuais. Sem embargos, tal posicionamento é válido ao um país de cultura individualista e narcisista como as dos norte-americanos, o que, não corresponde à axiologia na nossa Carta Magna, que é ratificado pela visão do Sarmento (2010, p. 196-197):

parece-nos que a doutrina da *state action*, apesar dos erráticos temperamentos que a jurisprudência lhe introduz, 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 standards 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 que geram dos Estados Unidos. Nesta questão, diversamente do que ocorreu em tantas outras, o direito constitucional norte-americano não se beneficia dos sopros renovadores da jurisprudência e da doutrina, tão necessários para adaptar o bicentenário texto magno daquele país às necessidades de um mundo que é inteiramente diverso daqueles em que viveram os Founding Fathers.

Destarte, diante destas teorias afirmativas da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, estes são aplicados (numa visão prática-ideológica) independentemente de permissão ou proibição do legislador, vinculado a força normativa da constituição ao epicentro das atividades públicas e privadas.

Desde modo, estas teorias afirmativas proporcionam argumentos à aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, uma vez que,

substancia a obrigação do Estado no seu dever específico de tutela dos direitos fundamentais; e não como mero protagonista de preenchimento das cláusulas gerais.

O Brasil tende a adotar nos tribunais a teoria da eficácia direta e imediata, como se verifica no RE n. 201.819/RJ, Ministro julgador, do STF, Gilmar Mendes, julgado dia 11 de outubro de 2005, o qual foi aplicado os princípios fundamentais da ampla defesa e do devido processo legal sobre o princípio da autonomia privada ao fato de exclusão do sócio de uma entidade particular, com a vênua:

EMENTA: 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 INTEGRAR 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.

(Rel: Gilmar Mendes; publicação: DJ 27/10/2006)

E ainda, mais recente o AI n. 9.845 do TJRJ, Relator Des. Raul Celso Lins e Silva, DJRJ 24/3/1999, o qual deu conhecimento à eficácia direta e imediata à saúde do obreiro em uma relação de labor-privada, vejamos:

EMENTA: FUNCIONÁRIO CONTRATADO PELA CLT – PENA DE SUSPENSÃO – ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR – MEDIDA LIMINAR CONCEDIDA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – RECURSO DESPROVIDO.

Agravo. Concessão de liminar obrigando 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 garantindo, como prevê o disposto no art. 6º, da Carta da República. Manutenção do *decisum*. Conhecimento e improvemento do recurso” (SARMENTO, 2010, p. 304).

Destarte, observa-se uma grande evolução dogmática e jurisdicional à aplicação dos direitos fundamentais nas relações contratuais privada, cuja ponderação é analisada no caso concreto – o qual o estudo se estende.

Assim, pode-se acreditar na concretização da dignidade da pessoa humana nas relações privadas, num futuro real em prol sempre da efetividade dos direitos fundamentais e na desmistificação da precarização do homem.

7 Considerações finais

O presente trabalho buscou demonstrar a origem dos direitos fundamentais e a base deste que é a dignidade da pessoa humana, o qual está presente num contexto público e privado – Estado e particular; privado e privado – particular e particular.

Primeiramente, buscou-se, sinteticamente, localizar e classificar os direitos humanos com especial atenção aos direitos sociais e ao princípio da dignidade da pessoa humana, o qual constitui a base das constituições liberais.

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais é uma dogmática nova. Assim, a proposta foi iniciar a pesquisa doutrinária e jurisprudencial em prol de averiguar como esta se faz presente no ordenamento brasileiro; e se tal teoria proporciona a concretização dos direitos fundamentais,

no âmbito social, na relação privada, uma vez que, na esfera pública – a eficácia vertical – os estudos são unânimes na vinculação do dever poder do Estado em concretizar as garantias constitucionais por meio das Políticas Públicas utilizando-se de princípios como o mínimo essencial e a reserva do possível.

Compete enfatizar a diferença da eficácia horizontal e vertical, consistindo esta na vinculação positiva e negativa do Estado – por meio dos seus poderes – aos direitos fundamentais, pois de um lado deve se abster de intervir na esfera individual de liberdade do cidadão, e, de outro, cabe-lhe a promoção e proteção dos direitos e garantias dos cidadãos. Já naquela só há uma vinculação negativa aos direitos fundamentais de se abster de qualquer atuação que vulnere a Constituição.

Destarte, esta vinculação dos particulares aos direitos fundamentais corresponde um grande avanço social, cujo fim é garantir a concretização da dignidade da pessoa humana numa conjuntura máxima dos direitos fundamentais, quebrando paradigmas de separação entre público e privado.

Enfim, o presente trabalho teve a pretensão de trazer a dogmática alemã da eficácia horizontal dos direitos fundamentais presente na relação privada, substanciada na axiologia constitucional do Brasil, a fim de propor uma consolidação formal destes direitos em prol da dignidade da pessoa humana não limitada ao raio de ação do Estado.

Attachment of individuals to fundamental rights

Abstract: The work has the aim to demonstrate that the constitution-alisation of private law is proposing a fulfillment of fundamental rights; for the sake of the formal and material dignity of the human person. The methodology employed was doctrinal and jurisprudential research, compiling descriptive-deductive method. Following german dogmatic: the horizontal as the effectiveness of fundamental rights fits in the Brazilian legal system, axiology which bind the State and the individual maximizes man's guarantees and defences.

Keywords: Fundamental rights. Dignity of the human person. Attachment to individuals.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Deferimento do recurso extraordinário n. 201.819/RJ. União Nacional de Compositores – UBC *versus* Arthur Rodrigues Villarinho. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 11 de outubro de 2005. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/246_Caso%20UBC%20-%20RE_201819.pdf acesso em 24 fev. 2011.

BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (**O Triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**). Disponível em: < http://www.luísrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

GOMES, Fábio Rodrigues. **A eficácia dos direitos fundamentais na relação de emprego**: algumas propostas metodológicas para a incidência das normas constitucionais na esfera juslaboral. Brasília: Revista do TST, nº 3, setembro/dezembro, 2005.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

_____. **Direitos Humanos Fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson Nery; NERY Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos

Tribunais, 2006.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais: Efetividade Frente à Reserva do Possível**. Curitiba: Editora Juruá, 2008.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. **Curso de Direito Constitucional do Trabalho**. Bahia: Editora Jus Podivm, 2009.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade**. Coimbra: Editora Coimbra, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Os direitos fundamentais sociais na Constituição Federal de 1988: Resistências à sua Eficácia e Efetividade**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

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

☒ Recebido: abril/2011 Aprovado: novembro/2011