

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
CURSO DE DIREITO

MARÍLIA TERRIN PESSÔA

O DIREITO FUNDAMENTAL NAS RELAÇÕES PARTICULARES

MARÍLIA
2009

MARÍLIA TERRIN PESSÔA

O DIREITO FUNDAMENTAL NAS RELAÇÕES PARTICULARES

Trabalho de Curso apresentado ao Curso de Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador:
Prof. Dr. Ednílson Donizete Machado

MARÍLIA
2009

PESSÔA, Marília Terrin

O direito fundamental nas relações particulares / Marília Terrin Pessôa; orientador: Ednilson Donisete Machado. Marília, SP: [s.n], 2009.

52f.

Trabalho de Curso (Graduação em Direito) – Curso de Direito, Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM, Marília, 2009.

1. Direitos fundamentais. 2. Limite. 3. Particular. 4. Relações. 5. Divisão.

CDD: 341.27



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"

MANTENEDORA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
Curso de Direito

Marília Terrin Pessoa

RA: 35596-8

O DIREITO FUNDAMENTAL NAS RELAÇÕES PARTICULARES

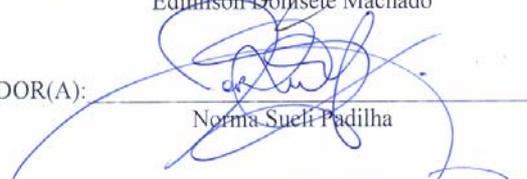
Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota: 9,5 (nove e meio)

ORIENTADOR(A):


Edmilson Donisete Machado

1º EXAMINADOR(A):


Norma Sueli Padilha

2º EXAMINADOR(A):


Benedito Buck

Marília, 23 de outubro de 2009.

A Aurino e Maria Luiza, com amor.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, pelas oportunidades e por cuidar de mim.

Aos meus pais, pela compreensão, pelo amor e por todas as oportunidades que me concederam;

A todos os funcionários do JEF de Lins pelo aprendizado e pelo crescimento profissional, em especial ao Dr. Cláudio Roberto Canata, pelas aulas de previdenciário ao final das audiências; ao Dr. Leandro Gonçalves Ferreira, por me ensinar que devemos lutar pelos nossos objetivos e sempre agir com justiça; ao Dr. André Wasilewski Duzczak pela confiança, palavras de compreensão, e por sempre estar disposto a me apoiar.

Agradeço a minha querida Selminha, que era mais do que uma supervisora, é a pessoa mais humana e dedicada em realizar a justiça que já conheci; ao Edvard pelas broncas necessárias, mas principalmente por sempre estar disposto a me socorrer; à Thalita e à Mary, pelas longas conversas e por fazerem as minhas manhãs mais agradáveis, sem esquecer da Madalena, que literalmente adoçava meus dias.

Agradeço aos funcionários do INSS de Lins, pela oportunidade do primeiro estágio, principalmente à Eliza minha primeira chefe, e ao Dr. Bruno Bianco Leal, que me ensinou a gostar mais do Direito em si.

Agradeço ao Guilherme, por escutar minhas neuras e angústias.

As pessoas que viajaram comigo nesses cinco anos, pelo companheirismo vivido.

As minhas amigas Franceli e Fernanda, pelo apoio, carinho e compreensão.

Aos amigos inesquecíveis feitos nesses cinco anos.

E por fim, mas não menos importante ao meu professor e orientador Dr. Ednilson Donizete Machado, pelos puxões de orelha, paciência e principalmente por compartilhar seu conhecimento.

'[...] a máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais não será levada a sério se tal eficácia e efetividade ficarem restritas ao domínio dos poderes públicos. A eficácia social dos direitos fundamentais, portanto, dependerá sempre de uma confluência entre a vinculação dos órgãos estatais e dos particulares, no contexto de uma tutela isenta de lacunas e que, por sua vez, dialogue com a dupla dimensão objetiva e subjetiva, assim como com a dupla função positiva e negativa de todos os direitos fundamentais.'

Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet

PESSÔA, Marília Terrin. **O direito fundamental nas relações particulares**. 2009. 52f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípedes de Marília, Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, Marília, 2009.

RESUMO

Os direitos fundamentais são frutos de uma evolução histórica, e, em cada momento da humanidade ele se faz presente, protegendo e limitando o poder tanto do Estado, quanto do indivíduo. Muito se discute sobre esses direitos em relação ao direito privado, alguns doutrinadores acreditam que essa intervenção não existe, pois estaria constitucionalizando o direito privado, tirando sua autonomia, outros acham que essa intervenção deve sim existir, e por conta dessa discussão apareceram inúmeras teorias sobre a junção. Assim como os direitos fundamentais são de evolução histórica, a divisão dicotômica do direito público e do privado também se fez dessa forma, uma atual distinção entre os dois é que o direito público só pode fazer o que a lei autoriza, já o direito privado pode fazer tudo o que a lei não proibir. A chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais é de grande importância para a proteção do indivíduo, vez que dessa forma eles possuem seus direitos garantidos também nas relações particulares e não somente nas relações do Estado – eficácia vertical. O que se deve ter em mente é que a eficácia horizontal deve ser limitada apenas em conter os abusos contra a pessoa humana, não podendo, de forma alguma, interferir demasiadamente nas relações particulares.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Limite. Particular. Relações. Divisão.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
CAPÍTULO 1 – DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	12
1.1 Conceito.....	12
1.2 Evolução histórica	13
1.2.1 Documentos de positivação de direitos fundamentais.....	14
1.3 As dimensões dos direitos fundamentais.....	15
1.3.1 Direitos de primeira dimensão.....	16
1.3.2 Direitos de segunda dimensão	17
1.3.3 Direitos de terceira dimensão	18
1.3.4 Direitos de quarta e quinta dimensão	19
1.4 Os direitos fundamentais como concretização da dignidade da pessoa humana.....	19
1.5 Os direitos fundamentais da Constituição Federal Brasileira de 1988.....	21
CAPÍTULO 2 – APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	25
2.1 Fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais.....	25
2.2 O limite em face do Estado.....	26
CAPÍTULO 3 – DAS RELAÇÕES PRIVADAS.....	31
3.1 Conceito de direito privado	31
3.2 A divisão do direito público e do direito privado.....	32
3.3 O direito privado e a Constituição	33
3.3.1 A tutela constitucional da autonomia privada	34
3.3.2 A proteção à autonomia privada na Constituição de 1988	36
3.3.3 As limitações da autonomia privada.....	38
3.4 A eficácia horizontal dos direitos fundamentais.....	39
3.4.1 Teoria da negação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.....	41
3.4.2 Teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais na esfera privada	42
3.4.3 Teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais na esfera privada	43
3.4.4 Teoria dos deveres de proteção e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.	45
3.5 A eficácia horizontal dos direitos fundamentais e o princípio da solidariedade	46
CONSIDERAÇÕES FINAIS	49
REFERÊNCIAS	51

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar como, e até onde os direitos fundamentais estão inseridos nas relações ente particulares. Muito se sabe como eles interferem e limitam a atuação do Estado com relação ao indivíduo (eficácia vertical), mas poucos sabem que as relações particulares (eficácia horizontal) também precisam respeitá-los, pois assim como o Estado, as relações privadas também são dotadas de desigualdade, opressão, provocando uma humilhação do indivíduo e até o desrespeito dos seus direitos sociais.

Essa relação, assim como os próprios direitos fundamentais – que possuem, desde a sua origem, a conotação de universalidade e ainda, por serem de caráter neutro, bastando apenas ser sujeito de direito para possuí-lo –, se estabeleceram e desenvolveram por meio dos anos, de acordo com o momento histórico e a necessidade de cada época.

A cada época, ou até pode-se dizer, nos momentos de crise, os direitos fundamentais foram evoluindo, e acabou por se dividir em dimensões, onde cada uma representa a necessidade do momento.

Não se pode olvidar que, apesar dessas dimensões representarem a necessidade momentânea da humanidade, uma não descartou a outra, ou seja, elas se completam e, atualmente pode-se dizer que, para garantir os direitos fundamentais sociais de cada indivíduo, bem como de toda a coletividade, é necessário uma junção de todas as dimensões.

Apesar da maioria das Constituições aceitarem os direitos fundamentais, e estabelecerem limites visando seu respeito, a exclusão social mundial ainda é gritante, sendo que em alguns países – como o Brasil, e os demais em desenvolvimento, onde, a necessidade da aplicação imediata dos direitos fundamentais é, sem dúvida, necessária –, esse quadro é ainda mais grave. Ficando, assim, indispensável que se criem novas estratégias (diga-se de passagem, que funcionem) para acabar, ou ao menos diminuir esses problemas sociais.

Ocorre que o Estado, sozinho não consegue desempenhar essa tarefa. E, para tanto, apareceu a sociedade civil, o chamado terceiro setor, que, apesar de ser público, não é estatal. Esse setor engloba as ONGs, os movimentos sociais, as pequenas associações, este possui um caráter social, e de certa forma a reintegração do marginalizado à sociedade, já que normalmente esses projetos, educam tanto as crianças quanto os adultos, dá a oportunidade dos jovens aprenderem uma profissão, entre tantas outras coisas.

Sendo assim, o terceiro setor ajuda a diminuir tanto a desigualdade, como cria oportunidades para uma vida digna; não podendo esquecer que evita as crianças e os jovens de escolherem o caminho da criminalidade.

O grande problema é que o poder demasiado, o status, e a opressão se encontram em todo lugar – seja em países desenvolvidos, ou em países ainda em desenvolvimento –, nas relações cotidianas, como em um simples contrato de compra e venda sempre vai haver desigualdade. E, nesse mundo onde “todos são iguais, mas alguns são mais iguais do que os outros” (George Orwell) a necessidade da aplicação dos direitos fundamentais sociais para a construção de uma sociedade realmente justa e democrática é indiscutível.

Por conta dessa desigualdade que aflige o mundo, muitas vezes, nem o Estado, nem o terceiro setor conseguem assegurar a dignidade dos indivíduos, os protegendo, para que se tornem iguais em um mundo desigual.

Desta forma, o direito privado deve tanto ser vinculado como sujeito ativo dos direitos fundamentais, quanto como sujeito passivo, sendo titular e destinatário desses direitos. Pois ele pode tanto ajudar o Estado nessa tarefa de construir um mundo melhor, como pode sofrer interferência dos direitos fundamentais em suas atividades.

O objetivo da presente tese, é mostrar que até mesmo as relações privadas necessitam, ou melhor, possuem direitos fundamentais implícitos e estes devem ser respeitados.

O próprio direito privado já defende inúmeros direitos dos cidadãos, como por exemplo, a criação do Pátrio poder, onde não há mais distinção do pai e da mãe, e os dois são titulares dos mesmos direitos e deveres em relação à família; à função social da posse, onde a necessidade coletiva prevalece sobre a vontade ou até necessidade individual, entre tantos outros.

Por conta dessa preocupação do direito privado em relação à igualdade, alguns doutrinadores acreditam que essa interferência dos direitos fundamentais no direito privado tiraria a característica autônoma, ou individual deste, caracterizando a Constitucionalização do direito privado, entendendo que essa situação seria negativa, já que o direito privado perderia suas características.

Para tanto, procurar-se-á demonstrar que o constituinte não pode interferir demasiadamente nas relações privadas, até porque os direitos fundamentais sociais também “pregam” a liberdade individual.

A Constituição deve abster-se nos casos onde a dignidade da pessoa humana não está sendo respeitada, ela deve intervir quando está em jogo o direito à vida do cidadão, e em menor potencial quando o assunto é relevante para a vida em sociedade.

O método utilizado para o desenvolvimento do presente trabalho foi o da pesquisa bibliográfica e o uso da internet, considerando encontrar nesse meio de comunicação um significativo conjunto de informações.

Por meio dessa pesquisa bibliográfica, tem-se como objetivo geral um breve estudo sobre os direitos fundamentais e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro e, como objetivo específico analisar como esses direitos interferem na esfera privada do direito.

Buscando, dessa forma, uma resposta para as seguintes indagações: até onde a Constituição pode intervir no direito privado? Qual o limite das relações particulares perante os direitos fundamentais?

Em um primeiro plano, o trabalho tecerá breves observações acerca dos direitos fundamentais (como eles evoluíram, qual a sua eficácia, em quais casos podem ser suspensos), para depois vinculá-lo às relações privadas brasileiras, onde as controvérsias do tema serão desenvolvidas, com destaque para essa chamada constitucionalização do direito privado.

No primeiro capítulo tratou-se dos direitos fundamentais como um todo, fazendo um breve ensaio sobre o real significado dos direitos fundamentais, qual a sua história, onde e com qual propósito surgiu; como evoluiu, em que momento surgiram as dimensões, porque elas surgiram e de que forma contribuíram com a sociedade e até onde deram certo. Foi feito ainda uma vinculação dos direitos fundamentais com a dignidade da pessoa humana e uma breve distinção de direitos fundamentais com direitos dos homens.

No segundo capítulo aparecem os direitos fundamentais ligados à Constituição Federal de 1988, em que aparece sua liberdade face à Ela, bem como seus limites, até onde os direitos fundamentais podem interferir ou “ir”, da eficácia dos direitos fundamentais e como eles se encontram no ordenamento jurídico brasileiro.

Já o terceiro capítulo diz respeito às relações privadas, em como elas se enlaçam com os direitos fundamentais, a evolução desse pensamento, bem como até onde a eficácia horizontal – que diz respeito da vinculação dos direitos fundamentais com as relações particulares – é eficaz, quais são suas teorias no âmbito jurídico e como são aplicadas. Há ainda, de como essa eficácia horizontal lida com o princípio da solidariedade, tão discutido na atualidade e, diga-se de passagem em falta no comportamento da humanidade.

O enlace dos direitos fundamentais com o direito privado é relativamente novo e ainda há muito o que considerar e ponderar, mas deve sempre ser lembrado que eles devem ser respeitados, porque além de estarem previstos na Constituição, são um direito de todos os cidadãos, e devem estar sempre em prática seja pelo Estado, seja pelo particular.

CAPÍTULO 1 – DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 Conceito

Os direitos fundamentais se construíram por meio da história, onde se busca a afirmação da dignidade da pessoa humana, eles estão previstos na Constituição Federal de 1988, do artigo 5º ao 17º. Estes artigos estabelecem que os direitos fundamentais possuem caráter individual e também coletivo, ao dispor que todos são iguais perante a lei; caráter social, quando protege o direito à uma vida digna com trabalho, lazer, educação, saúde, moradia, garantias a gestante, criança, trabalhador (rural ou urbano), quando garante o direito à previdência social, entre outros; ainda nesses artigos, a Constituição garante o direito à nacionalidade e os direitos políticos dos cidadãos.

O artigo 5º da Carta Magna dispõe que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”.

Esses direitos, inerentes à pessoa humana são imprescritíveis, irrenunciáveis, inalienáveis, invioláveis, universais e possuem aplicabilidade imediata, não carecendo, dessa forma de regulamentação do legislador para serem devidamente aplicados.

Por conta dessas “qualidades”, eles e os direitos humanos são frequentemente utilizados como sinônimos, mas não o são. Em síntese, pode-se dizer que direitos humanos são os direitos inerentes à pessoa humana reconhecidos pelo Direito Internacional, possuindo dessa forma, vocação à universalidade e que independem. Já os direitos fundamentais, são os direitos reconhecidos no plano constitucional.

Segundo Sarlet (2007, p.116) a Constituição Brasileira de 1988 também traça a distinção, de modo expresso, entre direitos humanos (considerados como posições jurídicas de qualquer pessoa humana, reconhecidas e tuteladas pelo direito positivo internacional) e direitos fundamentais (estes como positivados – expressa ou implicitamente – no âmbito do direito constitucional).

De certo, os direitos fundamentais nascem com a condição humana e estão previstos da Constituição Federal/88, mas é preciso ressaltar que eles não se restringem aos elencados na Carta Magna, eles englobam a consciência do povo, desde que sejam essenciais para a dignidade da pessoa humana, o que de certo modo está previsto no artigo 5º, §2º, “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos

princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

É de se notar que os direitos fundamentais existem para garantir uma convivência digna, livre e igual a todos os indivíduos que, em cada momento histórico, concretizam a exigência dessas garantias que afetam seu desenvolvimento integral como pessoa, exigindo o respeito do Estado e dos demais homens em uma sociedade democrática (de pessoas livres) e devem ser reconhecidos pelos textos constitucionais, com possibilidade do Estado coagir em caso de infração.

A problemática acerca do tema é que mesmo disposto na Lei Maior que todos são iguais perante a lei, não é dessa forma na prática, e, muitas vezes o que mais se vê é a desigualdade do ser humano em todos os aspectos, causando assim o desrespeito com os direitos fundamentais.

1.2 Evolução histórica

A idéia dos direitos fundamentais do homem como conhecemos é recente, mas isso não quer dizer que os antigos não se preocupavam com o bem estar, ou com a mínimo para garantir a dignidade da pessoa humana.

De acordo com Sarlet (2007, p.30), tanto no Antigo, quanto no Novo Testamento podemos encontrar referencias no sentido de que o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus, premissa da qual o cristianismo extraiu consequência de que o ser humano é dotado de um valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento.

O principal documento medieval foi a *Magna Charta Libertatum* assinada em 1215, que teve seu texto considerado como o primeiro instrumento legal de limitação do poder estatal. Sendo sua finalidade a determinação de um convívio entre os aristocratas e o soberano. Cabe ainda ressaltar que a *Magna Charta Libertatum* foi o início do ciclo dos documentos ingleses de positivação dos direitos fundamentais.

As diversas Declarações de Direitos marcam uma importante fase na evolução dos direitos fundamentais. Para Moraes (1997, p.43), na Inglaterra e nos Estados de sua família constitucional, as Declarações de Direitos foram concebidas empiricamente, por intermédio de provimentos jurisdicionais, dotadas de concretude e cunho nacionalista, enquanto que, na França e nos Estados de sua família constitucional, as Declarações de Direitos foram

formuladas dedutivamente, por meio de normas jurídicas escritas, dotadas de abstração e cunho universalista, porquanto apresentavam, como destinatário, o gênero humano.

1.2.1 Documentos de positivação de direitos fundamentais

Ainda de acordo com Moraes (1997, p.44), os estatutos asseguratórios de direitos fundamentais constituintes do ciclo de documentos ingleses de positivação dessa classe de direitos, cuja origem comum foi a *Magna Charta Libertatum*, não correspondem a Declarações de Direitos propriamente ditas, limitando-se ao estabelecimento de normas jurídicas consuetudinárias de asseguramento dos direitos fundamentais.

Os documentos ingleses de maior relevância para a construção dos Direitos Fundamentais são:

- **Petition of Rights** ou Petição de Direitos, de 1628, que requeria o reconhecimento de direitos e liberdade aos súditos do Rei;
- **Habeas Corpus Amendment Act** de 1679, visava anular as prisões arbitrárias, sendo portanto, a maior garantia de liberdade do homem;
- **Bill of Rights** ou Declaração de Direitos, de 1689, onde a Monarquia passou a ser Constitucional, vez que foi submetida a soberania popular, sendo dessa forma, relevante positivador dos Direitos Fundamentais, já que limitou o poder político do Monarca.

A partir do século XVIII, após o Bill of Rights, começou a ser declarado uma série de direitos individuais, obras do pensamento social, moral e político dessa época. Sendo os mais influentes:

- **Virginia Bill of Rights** a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia de 1776 é considerada pela grande maioria da doutrina como a primeira Declaração de Direitos propriamente dita, pois não se reduzia à limitação do poder do monarca. Porém deve-se lembrar que, assim como a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, o nacionalismo predomina.
- **Declaração Norte Americana**, datada de 04 de julho de 1779 não possuía natureza jurídica que assegurasse os direitos fundamentais da pessoa humana (apesar de ter estabelecido que todos os homens são titulares de direitos inalienáveis). A Declaração passou a versar sobre Direitos Fundamentais quando, em 1791, foram aprovadas as dez primeiras

Emendas Constitucionais, e passou a ser conhecida como “Declaração de Direitos do Povo Americano”.

- **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**, constitui o Preâmbulo da primeira Constituição francesa de 1791, e é datada de 1789, ela enumera a liberdade, propriedade e segurança, como direitos do homem; e o direito de resistência a opressão e aos direitos políticos, correspondentes aos direitos do cidadão, o que representou um grande progresso na história dos direitos fundamentais do homem.

- **Exemplos de Constituições Sociais:** Constituição Mexicana de 1917, Constituição Alemã ou de Weimar de 1919, Constituição Espanhola de 1931, Constituição Brasileira de 1934, entre outras.

- **Tratado de Versales** de 1919, o acordo consubstanciou os direitos dos trabalhadores para os trinta e dois Estados que assinaram o documento, uma vez que nele se encontra a Constituição da Organização Internacional do Trabalho.

1.3 As dimensões dos direitos fundamentais

Em primeiro lugar, cabe fazer uma breve análise acerca da nomenclatura a ser utilizada, alguns autores dividem os direitos fundamentais em gerações, outros em dimensões. No presente trabalho utilizar-se-á a expressão dimensão, não que a expressão geração esteja errada, mas ela remete a uma idéia de que a próxima geração substituiu à primeira, o que de fato não acontece.

Os direitos fundamentais são indivisíveis, sendo que o de primeira dimensão não foi substituído por outra, pode sim ter sofrido algumas modificações, mas a idéia principal prevalece. Uma vez que a liberdade (da primeira dimensão) não deixou de existir, só foi melhor “aplicada” na dimensão seguinte, uma vez que ela, sem o mínimo de igualdade não é útil, e uma vez conquistada a igualdade, é necessário ser livre para usufruí-la.

Dessa forma, tem-se que os direitos fundamentais englobam todas as dimensões para serem devidamente aplicados. É necessário entender que essas dimensões são frutos da história, uma vez que os direitos fundamentais evoluíram gradativamente, o que tornou possível distinguir suas dimensões de acordo com a condição ou problema do momento em que foram concebidas.

É possível distinguir cinco dimensões de direitos e garantias fundamentais constitucionalmente reconhecidas. Sendo elas direitos de primeira, segunda, terceira, quarta e

quinta dimensão. A presente tese entende que o direito de quarta e de quinta dimensão são correlacionados, porque são frutos da evolução tecnológica e intelectual do homem.

1.3.1 Direitos de primeira dimensão

Os direitos fundamentais de primeira dimensão surgiram quando o poder que era concentrado na mão da Monarquia começou a “sufocar” a burguesia, já que esta não possuía os mesmos privilégios e regalias da nobreza. Eles correspondem ao Constitucionalismo liberal dos séculos XVIII e XIX, quando a burguesia se valeu dos ideais *iluministas*, com necessidade de se conceder ampla liberdade à pessoa humana, até porque a intervenção do Estado na vida privada das pessoas estava influenciando e, assim, frustrando suas metas políticas e seu desenvolvimento econômico.

A conquista se deu em meio das revoluções Americana (1776) e Francesa (1789) e teve como centro de suas atenções o indivíduo. Tratou-se do preparo de um ambiente com a mínima intervenção estatal, quando surgiria o Estado *Liberal* de Direito, onde o Direito particular era mais importante que o público.

Neste quadro, foram conquistados os direitos civis e os direitos públicos do homem, tendo maior relevo o direito a vida, a liberdade, propriedade e igualdade perante a lei, bem como liberdade política e de expressão coletiva, essa conquistas acabaram correspondendo ao início do Constitucionalismo no Ocidente.

Com a liberdade conquistada, veio a participação das decisões da comunidade, e, com essa participação na formação da vontade pública o cidadão passa a “obedecer a si mesmo” (CRUZ, 2008 p.246).

Segundo Sarmiento (2008, p., 15), essa perspectiva liberal manifestou-se em nossas Constituições de 1824 e 1891, porém, o Brasil jamais vivenciou o liberalismo em sua pureza, já que nossa economia, desde os seus primórdios, sempre gravitou em torno de um Estado Cartorial. Como registrou o saudoso Jose Guilherme Merquior, “em nosso Estado patrimonial-protecionista, digno senhor de uma sociedade senhorial e patriarcal, o liberalismo foi, com frequência, mais fachada que substância”. O patrimonialismo, e a perene confusão entre o público e o privado, tão característicos da cultura política nacional, mergulham suas raízes na própria formação da Nação, e tornam incerta a existência de uma fase liberal em nossa trajetória histórica.

1.3.2 Direitos de segunda dimensão

A idéia de Estado Liberal acabou cometendo um grave erro, tratar de forma igual os desiguais, foi constatado que esses ideais só ganhariam sentido se algumas condições mínimas fossem estabelecidas. Dessa forma o Estado teve de voltar a intervir na vida das pessoas, pois esses erros se tornaram de grande dimensão, e acabaram causando tensão entre a burguesia (meio de produção) e o proletariado (mão de obra).

Com as crises econômicas e liberdade irrestrita, a Revolução Industrial começou a fazer as vezes de vilã, houve a exploração da classe trabalhadora, que trabalhava por longos períodos sem salário digno.

O socialismo utópico juntamente com a Igreja e o marxismo, aliados pela classe dos trabalhadores explorados, começaram a exercer pressão ficando cada vez mais nítida a necessidade da reforma no constitucionalismo liberal. O capitalismo cresceu, e junto com ele os grandes monopólios surgiram, acabando com a livre concorrência; sendo, sem dúvida, caso de intervenção Estatal.

As Constituições Mexicana (1917) e de Weimer (Alemanha-1919), representam o auge da crise do Estado Liberal, e a ascensão do Estado Social, correspondente ao constitucionalismo social do pós I Guerra Mundial, trouxeram melhoria para a condição de vida das pessoas menos favorecidas, tendo ênfase a classe trabalhista, que era a vítima do momento. Elas reorganizaram o Estado em função da sociedade e não do indivíduo, como antes. O Estado deve intervir nas relações hipossuficientes, para que haja equilíbrio entre os mais e os menos favorecidos.

Acerca do assunto Cruz (2008 p.247):

Difícilmente – e isto soaria até engraçado, não fosse trágico – poderá se aplicar o direitos à inviolabilidade do domicilio àqueles que não têm casa ou o direito à Liberdade pessoal àquele que é dependente de outro para sua mera subsistência.

Por conta desses acontecimentos, no início do século XX surgiu uma nova fase política a do Estado do Bem Estar Social (*Welfare State*), que despontou o valor de igualdade. Sobre o Paradigma social que surgiu nos direitos de segunda geração, Sarmiento (2008, p.17) observa que: “[...] com o passar do tempo, foi se consolidado a convicção de que, até para o efetivo desfrute dos direitos individuais, era necessário garantir condições mínimas de existência para cada ser humano”.

Dessa forma, as vezes de perigoso inimigo figurada pelo Estado mediante o Estado Liberal de Direito havia ficado para trás, o Estado passou a figurar como aliado no Estado Social de Direito, onde passou a intervir ao máximo na realidade privada para garantir o bem estar social. Sendo que uma das formas de intervenção foi a garantia dos direitos sociais.

Não se pode esquecer que para os direitos sociais são direitos de prestação e, para que possa existir é necessário a disponibilidade de recursos econômicos, e não só a vontade da Constituição. Pois não há como distribuir prestações sem a criação de riquezas.

1.3.3 Direitos de terceira dimensão

Os direitos de terceira dimensão são denominados de direitos de solidariedade e fraternidade. Eles correspondem aos direitos coletivos com finalidade de proporcionar o bem estar dos grandes grupos, relativos a bens antes considerados como naturais e inesgotáveis, culturais e base da vida, começaram a se tornar escassos e cujo desaparecimento ameaçaria a coletividade como um todo – direitos relativos à paz, desenvolvimento, comunicação, solidariedade e segurança mundial, proteção ao meio ambiente e conservação do patrimônio comum da Humanidade – passaram a ocupar grande destaque na preocupação das sociedades.

O Estado não deve mais garantir a felicidade social, mas sim a consciência do povo de preservar o meio ambiente, de serem solidários, de proteger bens comuns que são essenciais para a qualidade de vida de cada ser humano; sempre alicerçado em programas de interesse coletivo.

Surgiu um novo paradigma, o de Estado Democrático de Direito, que ultrapassa as concepções anteriores. Os direitos provenientes dele possuem aspecto coletivo e difuso limitados aos interesses de grandes grupos ou até mesmo de toda a humanidade.

Dessa forma, na teoria, há uma restrição na liberdade de cada indivíduo, bem como das grandes indústrias para proteger o bem comum (meio ambiente). Uma vez que se cada pessoa não se preocupar em economizar água, energia, não poluir o meio ambiente (da forma mais simples que seja); se cada indústria não se preocupar em não poluir os rios, o ar, o solo; não existirá meio ambiente saudável e equilibrado para o ser humano.

1.3.4 Direitos de quarta e quinta dimensão

Os direitos humanos de quarta e quinta dimensão são os que surgiram recentemente, devido ao grau avançado de desenvolvimento tecnológico da humanidade, eles são relativos à ciência na área de informática e na área de manipulação genética; que devem estar regulados nas constituições como forma de proteção ao ser humano.

As pesquisas genéticas devem ter limites, devem estar de acordo com a moral e, no caso de necessitar “cobaias”, estas devem ser de livre e espontânea vontade, se esse mínimo de restrição não acontecer, voltaremos à época nazista, onde eram feitas experiências utilizando prisioneiros.

Essa proteção deve ser tanto no sentido de o Estado garantir o respeito à vida propriamente dita, regulando os avanços genéticos, como no de proteger valores como a imagem, a honra e todos os outros princípios da dignidade da pessoa humana frente aos novos meios de comunicação.

Essa relação é muito complexa, tendo em vista o vasto número de pessoas que expõem suas vidas em sites de relacionamentos e diversas vezes acabam sendo prejudicadas com fotos injuriosas, por exemplo, em outros casos, essa facilidade de obter informações sobre a vida particular do cidadão, acaba sendo utilizada por criminosos, como estupradores e pedófilos.

A preocupação consiste em achar um meio de controlar e regular essas atividades que querendo ou não, mexem com a vida e com a qualidade de vida de toda a população, direta ou indiretamente. Uma vez que os avanços genéticos, por mais vidas que salvem, colocam muitas vezes a moral de lado, da mesma forma, o avanço da informática em diversos casos prejudica o ser humano.

1.4 Os direitos fundamentais como concretização da dignidade da pessoa humana

Não se pode separar a dignidade da pessoa humana do direito fundamental, pois os dois se completam. Para uma pessoa possuir o mínimo de dignidade, é necessário que seus direitos fundamentais sejam assegurados. Sempre deve ser lembrado que a dignidade da pessoa humana, além de ser uma garantia do homem contra qualquer tipo de humilhação e uma tarefa que o Estado tem que cumprir, é uma espécie de limite do poder público na

autonomia do cidadão. Sendo exatamente nesse sentido que a dignidade da pessoa humana acaba por possuir grande relevância na fundamentação dos direitos sociais.

Sarlet (2007, p.87) alega que:

Em suma, o que se pretende sustentar de modo mais enfático é que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que “atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais”. Exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferimos). Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhes são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade.

Ocorre que muitos autores defendem que a dignidade da pessoa humana é um direito individual e deve prevalecer sobre o coletivo. Sim, esta é individual, e justamente por possuir caráter individual é que se deve associá-la ao caráter social/coletivo, vez que nenhum indivíduo pode ser digno se conviver em um mundo onde a desigualdade prevalece.

Sobre esse assunto, ainda citando Sarlet (2007, p. 53-54), tem-se que:

[...] 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 até de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Como transcrito acima, para que a dignidade humana seja assegurada, é necessário que seus direitos fundamentais – de todas as dimensões – sejam respeitados. Pois, nenhum homem pode ser digno se não for tratado com igualdade, não possuir liberdade, se o Estado não propiciar isso aos hipossuficientes, e se Ele aos menos não tentar conscientizar a população de que o meio ambiente é de todos e precisa estar equilibrado para que possamos viver nele.

Sobre o assunto Sarmiento (2008, p.89) dispõe que:

O princípio da dignidade da pessoa humana nutre e perpassa todos os direitos fundamentais que, em maior ou menor medida, podem ser considerados como concretizações ou exteriorizações suas. Ademais, ele desempenha papel essencial na revelação de novos direitos, não inscritos no catálogo constitucional, que poderão ser exigidos quando se verificar que determinada prestação omissiva ou comissiva revela-se vital para a garantia da vida humana com dignidade.

É dessa forma que a dignidade da pessoa humana passa de individual para coletiva, pois quando todos os indivíduos possuem liberdade, igualdade, meio ambiente equilibrado, conhecimento, lazer etc. não haverá desigualdade ou “indignidade” social/coletiva.

Deve ser lembrado que a dignidade da pessoa humana, além de ser uma garantia do ser humano contra qualquer tipo de humilhação e de ser tarefa que o Estado tem que cumprir é uma espécie de limite do poder público na autonomia do cidadão. Sendo exatamente nesse sentido que a dignidade da pessoa humana acaba por possuir grande relevância na fundamentação dos direitos sociais.

Outra consideração importante acerca da concretização da dignidade da pessoa humana é que com a participação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988, ela também é protegida pelo direito privado, isso ocorre quando o direito civil – conforme já visto –, por exemplo, disserta sobre a função social da posse, do contrato, da possibilidade de o indivíduo ser indenizado pelo Estado, entre outros.

1.5 Os direitos fundamentais da Constituição Federal Brasileira de 1988

Antes de dissertar sobre os direitos fundamentais da Constituição de 1988, é válido entender um pouco do crescimento desses direitos no ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda durante o regime escravocrata, durante o Império, no ano de 1824, surgiu a primeira Constituição Federal Brasileira, que dispunha basicamente sobre os direitos de liberdade, seu artigo 179 afirmava que: “A inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte”. Apesar de esta Constituição possuir diversas discriminações, ela estabeleceu o direito a educação primária e gratuita aos cidadãos.

Com o passar dos anos, os direitos fundamentais sociais foram aumentando sua participação na Constituição brasileira. A de 1891 possuía um capítulo denominado “Declaração de Direitos”; a de 1934, além de assegurar direitos à liberdade, segurança individual e propriedade, assegurava também o direito à subsistência, tanto do indivíduo quanto de sua família, devendo o Poder Público amparar – de acordo com a lei – os que não possuíam trabalho honesto, e apresentava ainda uma série de direitos trabalhistas, previu também que a saúde era de competência legislativa da União e dos Estados.

É de se lembrar que a Constituição Federal de 1934 foi a primeira que trouxe um capítulo dedicado à ordem econômica e social (Título IV), e ainda o vinculou com a garantia de vida digna. Tem-se no artigo 115 que: “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica”.

A Constituição de 1937 alterou o direito à educação tendo ficado estabelecido no artigo 130: “O ensino primário é obrigatório e gratuito. A gratuidade, porém, não exclui o dever de solidariedade dos menos para com os mais necessitados; assim, por ocasião da matrícula, será exigida aos que não alegarem, ou notoriamente não puderem alegar escassez de recursos, uma contribuição módica e mensal para a caixa escolar”.

No entanto, não pode ser esquecido que apesar dos diversos direitos sociais elencados na Constituição acima citada, o Brasil se encontrava no regime ditatorial e a previsão desses direitos era somente uma previsão (MATEUS, 2008, p.47).

Com o final da Segunda Grande Guerra foi promulgada a Constituição de 1946 que elencava do artigo 141 ao 175 diversos direitos e garantias a pessoa humana, e para muitos acabou por ser a Constituição mais cidadã do Brasil. A Constituição de 1967 contemplou uma série de direitos trabalhistas e direito a educação, saúde, entre outros, juntamente com sua emenda de 1969.

Nota-se que com o passar dos anos, os direitos fundamentais sociais acabaram por tomar grande espaço nas Constituições brasileiras, e, em 1988 foi promulgada a atual Constituição, que previu pela primeira vez, com nomenclatura própria os Direitos e Garantias Fundamentais, e assegura a dignidade da pessoa humana como fundamento da República. Tal ato não deixa de ser um reflexo do fim da ditadura, lembrando que, a dignidade da pessoa humana é prevista no texto constitucional em diversos dispositivos.

Sobre os direitos fundamentais da atual Constituição Brasileira, Sarlet (2007, p.63) dispõe que:

[...] o Constituinte deixou transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive (e especialmente) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, que igualmente integram (juntamente com os princípios fundamentais) aquilo que se pode – e neste ponto parece haver consenso – denominar de núcleo essencial da nossa Constituição formal e material.

Acerca do mesmo assunto, Moraes (1997, p.29):

[...] divisão e organização de Poderes + consagração e asseguramento de direitos fundamentais + ordem econômica e social = Constituição Social. Portanto, as normas que imprimem existência constitucional aos direitos fundamentais são dotadas de extrema relevância no âmbito do sistema de princípios e de normas que estabelecem a estrutura fundamental do Estado, visto que “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

Tem-se ainda, previsto pelo constituinte que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio de atividade estatal (BLECKMANN; STAATSRECHT II; GRUNDRECHTE apud SARLET, 2007, p.68).

Ainda citando Sarlet (2007, p.116), os direitos sociais não podem ser compreendidos como sendo (pelo menos não exclusivamente) típicos direitos a prestações sociais estatais, visto que a concepção mais ampla de direitos sociais agasalhada pelo Constituinte de 1988 também abrangem a proteção (negativa) da liberdade e de bens jurídicos de pessoas em posição social e/ou econômica de desvantagem.

Os direitos fundamentais na Constituição não passam de direitos que foram fundamentados na soberania popular (na democracia). Ocorre que não é somente o Estado quem deve proteger os direitos fundamentais, o particular também deve respeitá-lo, como exemplo disso tem-se o direito social da posse, no Direito Civil. Eles são vinculados ao bem estar da coletividade (não se esquecendo do indivíduo – já que como dito acima – o indivíduo também pertence ao coletivo) e o Estado, assim como o particular devem respeitá-los e promovê-los.

A Constituição, no § 1º do artigo 5º, conferiu aplicabilidade imediata, e acabou por potencializar mais ainda os direitos fundamentais, dessa forma todos os direitos já conhecidos como fundamentais sócias acabam se tornando normas com vigência automática e possuem auto-aplicabilidade. Porém, o constituinte deixou vago em face de quem os direitos fundamentais poderiam ser opostos.

Para solucionar essa questão, existem duas teorias, a da “Eficácia Vertical dos Direitos Fundamentais” e a da “Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais”.

A eficácia vertical dos direitos fundamentais diz respeito ao limite do Estado em face do indivíduo, como forma de proteção. Já a eficácia horizontal diz respeito ao efeito dos direitos fundamentais em relação aos particulares.

A eficácia vertical dos direitos fundamentais nada mais é do que a prática das suas dimensões. Essa eficácia dispõe sobre os limites do Estado, dando liberdade ao indivíduo,

proibindo sua intervenção na vida particular das pessoas, mas também protege o cidadão, o que ocorre quando o Estado precisa intervir em uma situação onde há, por exemplo, hipossuficientes. Enfim, essa eficácia condiz com a relação do indivíduo com o Estado, por isso ela é vertical, já que – querendo ou não – o Estado está acima do indivíduo.

A eficácia horizontal diz respeito às relações dos particulares, de dois indivíduos, em que também devem ser respeitados os direitos fundamentais, essa eficácia possui grande aceitação no ordenamento jurídico, porém é motivo de controvérsias, por isso se dividiu em diversas teorias, que cada país aplica a que o ordenamento jurídico achar válida.

A eficácia horizontal será melhor abordada no próximo capítulo.

CAPÍTULO 2 – APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 Fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais

A análise dos direitos fundamentais consiste de certa forma dividi-los em formal ou material. Ou seja, entender a forma como os mesmos podem manifestar-se dentro do ordenamento jurídico que os reconheceu ou os criou. Tendo como critério a diferenciação entre direitos formalmente fundamentais e direitos materialmente fundamentais a partir da qualidade a ser atribuída a cada um (MATEUS, 2008, p.24).

Porém, existe uma grande discussão acerca da fundamentalidade dos direitos fundamentais, alguns doutrinadores acreditam que os direitos sociais não fazem parte da Lei Maior porque a própria Constituição não é explícita nesse assunto.

Ocorre que, conforme já foi dito acima, o artigo 5º, §2º, dispõe que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Como conceito formal dos direitos fundamentais, tem-se que é todo aquele direito previsto na Constituição e os dotados de maior proteção pelo constituinte. Este segundo conceito é que causa dúvida, por conta do Título VII onde é tratada a Ordem Social.

Os dispositivos que tratam da ordem social encontram – em sua grande maioria – respaldo nos direitos fundamentais, como, por exemplo, o direito a saúde tratado no artigo 196. O problema está na maioria dos dispositivos encontrados nesse Título, pois os critérios formais são insuficientes para distinguir os artigos que são ou não direitos fundamentais sociais.

Após a formação do Estado Social de Direito e com tanta ênfase nos direitos de cunho social, que exigem uma posição ativa do Estado, a dúvida de como “classificar” esses direitos acabou por aumentar, vez que para identificar os direitos fundamentais existentes fora da Carta Magna, é necessário utilizar o critério de ordem material.

A fundamentalidade material dos direitos sociais, não é utilizada somente para identificar os direitos fundamentais não elencados no Título II da Constituição Federal, mas se revela também para informar o interprete dos princípios e valores difundidos na sociedade e que possuem a mesma importância dos direitos elencados na Constituição.

Assim sendo, o conceito material sempre está ligado as questões políticas, éticas e filosóficas de cada país, e cada época. E com ele também se pode estabelecer um direito fundamental além do coletivo, mas um direito fundamental voltado para a proteção do mínimo existencial, o mínimo que cada pessoa precisa para poder fazer parte da coletividade.

A dignidade da pessoa humana – apesar de possuir o mesmo “princípio” no decorrer dos anos – se constrói de acordo com o momento histórico em que se encontra, e isso acontece com o conceito material dos direitos fundamentais. A dignidade no trabalho, o direito ao descanso e a proteção ao idoso são partes do conceito material, vez que o constituinte os reconhece como primordiais – reflexos da dignidade da pessoa humana – e é um direito que provém das experiências políticas e da época em que se vive.

É de se ressaltar que os direitos fundamentais não são o único critério utilizado para se identificar o conceito material do direito fundamental ainda existem os critérios de importância e de substância. Esses critérios são utilizados para identificar como direitos fundamentais materiais, os que, apesar de não estarem contidos da Carta Magna, possuem a mesma importância.

Portanto, pode-se concluir que os direitos fundamentais possuem tanto uma fundamentalidade formal, quanto material; a formal consiste nos direitos elencados na Constituição, enquanto a material é decorrente dos princípios adotados no país – como na dignidade da pessoa humana – desde que possua a mesma relevância. Resta agora entender como os direitos fundamentais são, na prática, aplicados.

2.2 O limite em face do Estado

Antes de explicar o limite dos direitos fundamentais em face do Estado é válido compreender a expressão “restrição de direitos fundamentais”. A restrição de um direito fundamental nada mais é do que sua diminuição tanto no âmbito material, quanto no âmbito pessoal, e essas restrições no dispositivo jurídico tanto podem ser abstratas quanto concretas.

De acordo com Cruz (2008, p.259):

[...] a liberdade manifestada nos Direitos e Garantias Fundamentais constitucionalmente reconhecidos deve ser compatível com os requisitos de Sociedade juridicamente ordenada e integrada por inúmeros indivíduos. A liberdade, desta forma, não pode ser ilimitada. Este fato traz à discussão a questão dos limites dos Direitos Fundamentais.

Destarte, deve-se esclarecer que essa restrição é distinta à colisão de direitos fundamentais, esta ocorre quando o direito fundamental de um indivíduo entra em conflito com o direito fundamental de outro. Alguns direitos fundamentais possuem vasto alcance, e por isso fica praticamente impossível que um desses direitos não entre em colisão com outro (ressaltando que não são todos os direitos fundamentais, são alguns). Um exemplo de restrição ao direito fundamental é o direito a educação, todos possuem esse direito, mas nem por isso pode-se cursar uma faculdade na hora que se quiser.

Cumpra assegurar que não há hipótese onde o direito fundamental é limitado de modo abstrato, já que sua diminuição ou restrição só pode existir quando há um interesse constitucional, ou quando dois direitos fundamentais entram em conflito.

O conflito concreto existe quando a colisão dos direitos fundamentais se dá na questão da aplicação, nos casos dos incisos IX e X da Constituição atual (liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação; e a inviolabilidade da intimidade, da vida, da honra e da imagem das pessoas).

Deve-se ter em mente que a vida em sociedade sem limites seria impossível, deve-se ter limite ao direito de propriedade ou ainda o limite derivado à proteção do meio ambiente, esses são só alguns exemplos de limites que devem ser tomados para que a coletividade viva em harmonia.

Já o limite dos direitos fundamentais em face do Estado é uma espécie de mecanismo de defesa deste. Quando o Estado se encontra em períodos normais não há necessidade de restringir os direitos fundamentais sociais, o mesmo não se pode dizer em períodos excepcionais, ou situações de crise.

De acordo com Moraes (1997, p.214) as situações de crise correspondem a agitações sociais, políticas, econômicas, ideológicas ou afins, não havendo a possibilidade de manutenção da ausência de limitação imposta a direitos fundamentais ou da presença das garantias constitucionais, instala-se o sistema de legalidade extraordinária, também denominado de sistema de crise ou estado de exceção constitucional, próprio de períodos de anormalidades, determinado pela restrição a direitos fundamentais e suspensão das garantias constitucionais.

Este sistema de crise, que será estudado de acordo com Moraes, possui dois pressupostos; o pressuposto da necessidade, que se caracteriza por situações graves, em que há a necessidade da preservação da ordem constitucional; e o pressuposto da temporariedade, que impõe uma duração determinada para a exceção constitucional de restringir os direitos fundamentais. E ainda pode se dividir em sistema de crise flexível e rígido.

O sistema de crise flexível é quando não se possui medidas excepcionais a serem tomadas, onde é autorizada a realização das atividades que são necessárias para a normalização do ambiente, essas atividades são relacionadas a cada caso concreto.

Já o sistema de crise rígido é onde existem diversas “regras” ou proibições a serem cumpridas. Como exemplo desse sistema tem-se o estado de sítio e o de defesa, onde o Estado tem que tomar diversas atitudes para restabelecer a ordem, é onde surgem as medidas excepcionais.

Para restabelecer a ordem nacional, existem mecanismos constitucionais de defesa do Estado, eles estão estabelecidos na Carta Magna e são o estado de defesa e o estado de sítio. O estado de defesa apresenta restrições aos direitos fundamentais, com conservação das garantias e remédios constitucionais. No estado de sítio, não há a suspensão dos direitos fundamentais sociais, mas há a suspensão das garantias constitucionais (os remédios constitucionais não são suspensos). O capítulo I do Título V da Constituição Federal de 1988 trata dos estados excepcionais (o de defesa e o de sítio).

O artigo 136, caput traz que:

O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.

O estado de defesa suspende algumas garantias individuais do cidadão. A medida pode ser decretada "para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional". Para que ele seja instaurado, é necessário que o Poder Público não consiga restabelecer a ordem com os meios coercitivos normais.

A decretação do estado de defesa depende de dois pressupostos: a ameaça de grave e iminente instabilidade institucional e atingimento por calamidade de grandes proporções na natureza. Um exemplo de ameaça a instabilidade institucional foram os ataques do PCC, e de calamidade por grandes proporções na natureza tem-se as chuvas que atingem o norte e o sul do país, causando imensa destruição.

Para que o estado de defesa seja decretado é necessário o pronunciamento do Conselho da República e da manifestação do Conselho de Defesa Nacional, conforme consta nos artigos 90 e 91 da atual Constituição Brasileira. O decreto que institui o estado de defesa

deve conter o período, a área abrangida (ou áreas) e as medidas coercitivas a serem tomadas nesse período (estando de acordo com o §1º do artigo 136 da Constituição).

Ainda segundo Moraes (1997, p.218) o estado de defesa é sujeito a duas ordens de controle, isto é, controle político e jurisdicional, de forma que o primeiro é efetuado pelas Casas do Poder Legislativo, ao passo que o segundo é realizado por órgãos jurisdicionais.

O controle político é posterior ao ato, ocorre depois que ele foi decretado, acontece em dois momentos o primeiro deles é quando ocorre a apreciação do decreto de instauração e prorrogação do estado de defesa, uma vez que o Presidente da República, em vinte e quatro horas, deverá submeter o ato – justificado – ao Congresso Nacional, que apreciará a medida por maioria absoluta, e esta será concluída com sua aprovação ou rejeição, se for aprovado sua execução continua com os mesmo efeitos, e se for rejeitado os efeitos serão cessado imediatamente.

O segundo momento acontece quando o estado de defesa termina. As medidas de segurança que foram tomadas nesse período são relatadas especificamente pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, com justificação dos atos tomados e, se o Congresso não aceitar as justificações dadas, fica caracterizado crime de responsabilidade em especial o de atentado aos direitos individuais (que são suspensos nesse período).

É de bom tom que o Congresso analise os atos realizados, pois assim, os atos arbitrários e sem motivos ficam caracterizados como crime. O que institui certa segurança aos indivíduos.

Mesmo no estado de defesa, o judiciário continua funcionando normalmente, com sua plenitude de poderes, o controle jurisdicional se encontra no §3º do artigo 136 da Constituição, prevendo prisão por crime contra o Estado, onde o executor da medida (no caso a decretação da prisão) fica incumbido de comunicar imediatamente o juiz competente e, no caso da prisão ser ilegal, o juiz a relaxará imediatamente e fica facultado ao preso requerer exame de corpo de delito à autoridade policial. Sendo a comunicação acompanhada de declaração dada pela autoridade do estado físico e mental do individuo detido quando se deu sua prisão. A detenção não poderá ser superior a dez dias, salvo se o Poder Judiciário autorizar. Não existindo essa autorização caracteriza-se constrangimento ilegal, sendo cabível habeas corpus.

Ainda sobre o estado de defesa é válido fazer algumas observações. Uma delas é que o Congresso Nacional deve estar em funcionamento durante todo o estado de defesa, e se estiver em recesso proceder-se-á a convocação extraordinária (§§ 5º e 6º do artigo 136). A

outra é que se o Decreto instituidor do estado de defesa ou de sua prorrogação for rejeitado, os atos tomados nesse período devem cessar automaticamente (§ 7º do artigo 136).

Sobre o estado de sítio, o artigo 137, estabelece que:

O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio nos casos de: I – comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa; II – declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira.

Como o presente tópico é sobre o limite dos direitos fundamentais em relação ao Estado não nos cabe entrar em discussão acerca do estado de sítio, já que não restringe os direitos fundamentais sociais.

Depois de feitas essas breves considerações sobre os direitos fundamentais e sua aplicabilidade na Constituição, passar-se-á, no próximo capítulo a entender como esses direitos se relacionam com o direito privado, nas relações particulares.

CAPÍTULO 3 – DAS RELAÇÕES PRIVADAS

3.1 Conceito de direito privado

Direito Privado é o que disciplina as relações estabelecidas entre os particulares, e os interesses privados. Para que essa relação aconteça de modo lícito é necessário que os agentes sejam capazes, o objeto a ser negociado seja lícito e que os indivíduos que estão estabelecendo a relação possuam vontade livre.

Enquanto que o Estado, o Poder Público (ligados ao direito público) só podem fazer o que a Lei autorizar, o direito privado e seus agentes (no caso os cidadãos) podem fazer tudo o que a Lei não proibir.

O direito privado possui como principal instrumento de vinculação, o princípio da autonomia da vontade, onde se pode fazer o que a Lei não proibir. Deve-se ressaltar que mesmo nessa chamada autonomia da vontade é necessário respeitar a autonomia da vontade, devendo sempre ter em mente que a liberdade moral e jurídica do homem é, ao lado do direito à vida, um direito inviolável da pessoa humana.

Esse direito é dotado de autonomia, que é entendida como a capacidade do indivíduo de determinar seu comportamento, escolher o que fazer, não cabendo ao Estado interferir na vontade do indivíduo.

Essa autonomia do indivíduo de poder escolher o que fazer, acaba quando ele lesa o direito de terceiro. Esse direito, nada mais é do que um pressuposto da liberdade, que é um dos componentes da democracia, e esta instantaneamente ligada à dignidade da pessoa humana.

Ocorre que em algumas das relações jurídicas entre os privados as partes não estão em posição de igualdade, tendo, dessa forma, levado o direito a tomar alguma atitude para proteger o hipossuficiente, que foi relacionar os direitos fundamentais com o direito privado.

Sobre o assunto, Lorenzetti (1998, p.119): “é evidente que gigantescos grupos privados exercem um poder de fato não menos ameaçador que o Estado, convertendo em pura ilusão a teórica da igualdade das partes e a autonomia da vontade”.

É de se ressaltar que essa autonomia privada varia de acordo com o caso concreto, e com a natureza da questão em jogo. Quando trata-se de natureza econômica ou processual, o Estado deve intervir de forma menos incisiva, porém quando o direito privado estiver em

confronto com um direito inerente à vida humana, essa intervenção deve ser, sem sombra de dúvida bem enfática.

As relações entre direitos fundamentais e o Direito Privado é um tema relativamente novo aqui no Brasil, bem como nos países subdesenvolvidos, que normalmente são os mais necessitados dessa intervenção. O que é diferente na Alemanha (e outros países europeus), onde esse tema já vem sendo discutido há mais ou menos meio século.

Os primeiros estudos e considerações sobre o tema foram feitos por autores que tratam de Direito Privado, depois de certo tempo que os constitucionalistas começaram a tratar do tema e relacionar os direitos fundamentais com o direito privado. Porém, antes se passa a verificar a divisão do direito público e o direito privado.

3.2 A divisão do direito público e do direito privado

A distinção entre direito público e direito privado, acabou por se tornar uma das grandes dicotomias do pensamento jurídico, essa divisão deveria ser total, de forma que nenhum dos dois se pertencessem, mas que se completassem.

O direito público é o concernente a coisa pública, de utilidade e finalidade comum. E o direito privado é tudo aquilo que não é público. Conforme já foi citado, o direito público pode realizar tudo o que a Lei permitir e o direito privado pode realizar tudo o que a Lei não proibir (acaba possuindo mais liberdade jurídica).

Alguns autores defendem a tese de que o direito público é um direito que remete à relações de subordinação, Facchini (2006, p.16) é contrário a essa teoria, dispondo que:

[...] percebe-se cada vez mais que o Estado nem sempre se relaciona com os sujeitos privados sob a forma de subordinação, pois, percebendo sua incapacidade para atuar diretamente em todas as áreas em que modernamente passa a intervir, transfere cada vez mais à iniciativa privada, mediante concessões, autorizações, delegações, algumas de suas funções. As relações que surgem entre os entes envolvidos são presididas mais por um de coordenação que por um de subordinação.

De acordo, as relações jurídicas passam a possuir somente o caráter de *coordenação* visto que todos os indivíduos estão em plano de igualdade.

A dicotomia referida acima, chegou ao fim, visto que nem o direito público, nem o privado, são como antes. O público deixou de exercer a subordinação do cidadão em face do Estado e o privado não prega mais a vontade individual, tendo em vista a incidência dos direitos fundamentais nesse ramo do direito.

Não se pode esquecer que, sob o prisma jurídico o direito privado e o direito público tentem a convergir. Tal convergência gera duas situações distintas. A primeira delas é que cada vez mais o direito público se utiliza do privado para a realização de algumas de suas tarefas, esse fenômeno é conhecido como privatização do direito público. Por outro lado, com a Constituição brasileira de 1988, o direito privado passou a se deslocar em direção ao público, vez que é necessário (conforme se verá adiante) que o particular exerça algumas funções para garantir os direitos fundamentais.

3.3 O direito privado e a Constituição

Segundo Sarlet (2007, p.120), a relação entre a Constituição e o Direito Privado pode ser descrita pelo menos a partir de duas perspectivas: a do Direito Privado na Constituição e a da Constituição no Direito Privado.

Ocupando um papel de destaque, e em primeiro lugar situa-se a eficácia da Constituição no Direito Privado, ou, como muitos doutrinadores preferem, a “Constitucionalização do Direito Privado”.

Constitucionalizar o direito privado consiste em um processo de relevante modificação na maneira de se encarar os conceitos e instituições desse ramo do direito. Essa transformação aconteceu no Brasil com a Constituição de 1988, denominada de “Constituição Cidadã”, a sociedade passava pelo término da ditadura e a Carta foi o resultado de um processo de redemocratização. Conforme já foi visto no primeiro capítulo do presente trabalho.

Sobre a “constitucionalização do direito privado”, Sarlet (2006, p.9) alega que:

[...] “Constitucionalização do direito privado”, fenômeno que – a despeito de alguma resistência cada vez mais isolada – tende a afirmar-se nos cenários jurídicos nacional e internacional, ainda que com variações significativas de parte a parte.[...] estamos vivenciando um salutar processo de humanização e despatrimonialização de toda a ordem jurídica, com especial ênfase na seara do direito privado, sem que com isso estejamos a refutar (justamente em função da influência da Constituição sobre a totalidade do ordenamento jurídico) a tese da imbricação dialética e dinâmica das esferas pública e privada, com a superação da idéia de uma recíproca indiferença.

Essa “constitucionalização” se projetou em todos os campos do Direito Privado; e, de acordo com Sarmento (2008, p.95) deu-se da seguinte maneira:

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

Os exemplos de como a Constituição de 1988 modificou o direito são inúmeros, mas não é objetivo do presente trabalho tratar disso. Tem-se com os exemplos citados acima que a “constitucionalização do direito privado” trouxe inúmeros benefícios ao cidadão, tendo praticamente como objetivo colocar em prática todas as dimensões do direito que já foram objeto de estudo no primeiro capítulo.

Dessa forma, não há como continuar a interpretar, por exemplo, o direito das coisas sem pensar na função social da propriedade. Com a Constitucionalização do Direito Privado não há como desvincular o direito privado da Constituição, devendo àqueles serem interpretados de acordo com as normas desta.

Sobre o assunto, Facchini (2006, p.41) alega que a Constituição não é um programa político desenvolvido pelo legislador e pela administração, mas contém normatividade jurídica reforçada. Reforçada porque suas normas são superiores as outras normas do ordenamento jurídico já que versa sobre os valores essenciais à convivência social.

O que deve se ter em mente é que a constitucionalização do direito privado não implica que este será englobado totalmente pelo direito constitucional.

3.3.1 A tutela constitucional da autonomia privada

A Constituição não apenas interfere no direito privado, ela também o protege, protege sua autonomia. Em primeiro lugar cabe fazer uma breve análise acerca da liberdade do direito privado.

Cumpra esclarecer o que é liberdade, de acordo com Ferreira (1975, p.835):

Liberdade. [Do lat. *Libertate.*] S. f. **1.** Faculdade de cada um se decidir ou agir segundo a própria determinação: *Sua liberdade, ninguém a tolhia.* **2.** Poder de agir, no seio de uma sociedade organizada, segundo a própria determinação, dentro dos limites impostos por normas definidas: *liberdade civil; liberdade de imprensa; liberdade de ensino.* **3.** Faculdade de praticar tudo o que não é proibido por lei. **4.** Supressão ou ausência de toda a opressão considerada anormal, ilegítima, imoral: *liberdade não é libertinagem; liberdade de pensamento é um direito fundamental do homem.* **5.** Estado ou condição de homem livre: *dar liberdade a um prisioneiro, a um escravo.* **6.** Independência, autonomia: *O Brasil conquistou a liberdade política em 1822.* [...]

Ocorre que a liberdade, ainda mais no âmbito do direito, não é tão simples assim, ela envolve uma série de questões filosóficas. Porém, não cabe fazer toda essa análise filosófica sendo que o buscamos é associar a proteção constitucional da liberdade privada.

Conforme já esclarecido, a autonomia privada, na presente dissertação é entendida como a capacidade do cidadão de escolher o que é melhor para sua vida – escolher seu caminho, religião, profissão, se pretende ou não constituir família, entre tantas outras opções – sempre respeitando essa mesma liberdade dos outros cidadãos, para assim poder conviver em harmonia.

Porém, segundo Sarmiento, a autonomia privada também engloba outra dimensão, concernente à celebração de contratos e diversos negócios jurídicos que possuem caráter patrimonial.

Nem o Estado e nem a Constituição podem obrigar o que cada ser humano quer escolher para sua vida, ocorre que na atualidade, não se pode pensar que só eles que podem cercear a liberdade do indivíduo, a própria sociedade possui inúmeras relações que, podem também prejudicar essa liberdade, e algumas vezes de forma mais profunda e com maior impacto do que o próprio Estado.

Essa é a idéia de autonomia privada relacionada com os direitos fundamentais, já que estes pregam que cada cidadão tem o direito de ser livre, e seguindo esse pensamento, ser livre é poder fazer escolhas sem a influência do Estado.

O estudo sobre a eficácia dos direitos fundamentais na autonomia privada, nada mais é do que conciliar esses dois horizontes, ao contrário do direito público, que não possui autonomia privada, pois conforme já esclarecido, o Poder Público só pode fazer o que a lei estabelece, portanto sua vinculação com os direitos fundamentais é incondicionada. Já os

particulares não; eles podem fazer tudo o que a lei não proíbe, e por isso não são vinculados incondicionalmente com os direitos fundamentais.

Sobre o assunto, Sarmiento (2008, p.154) dispõe que:

[...] a garantia tanto da autonomia pública do cidadão – associada à democracia –, como da sua autonomia privada – ligada aos direitos individuais – são vitais para a proteção jurídica integral da liberdade humana. Da mesma forma, é lícito dizer que é amplamente dominante a concepção, de resto até intuitiva, de que a liberdade é esvaziada quando não são asseguradas as condições materiais mínimas para que as pessoas possam desfrutá-la de forma consistente. Por isso, não haverá também liberdade onde existirem miséria, fome, analfabetismo ou exclusão social em patamares eticamente inaceitáveis.

Essa concepção remete ao princípio da solidariedade, que será estudado mais adiante, onde compete ao particular (pessoa física ou jurídica), ajudar o Estado a cumprir o papel de promover o bem estar social.

3.3.2 A proteção à autonomia privada na Constituição de 1988

A Constituição brasileira trata da liberdade como uma forma de proteção do hipossuficiente. Propondo reduzir a desigualdade que impera no país, como condição de assegurar o mínimo de dignidade ao marginalizado. Até porque se não houver uma certa igualdade a liberdade não é válida.

Apesar dessa preocupação, Ela não afasta o regime capitalista de produção. Sendo assim, a liberdade da autonomia privada também possui fundamento econômico e o direito a propriedade privada não deixa de ser um direito fundamental. Esse posicionamento acarreta no problema da constante preocupação com a justiça social e a solidariedade.

Por conta dessa discórdia, o constituinte libera a esfera privada para usufruir da sua autonomia, mas não sem uma certa fiscalização, para quando ocorrer um desrespeito com a dignidade da pessoa humana e algum dos seus direitos fundamentais interferir na situação.

Conforme dito acima, nosso modelo constitucional é capitalista, sem deixar de proteger os direitos fundamentais sociais. Dessa forma, a intervenção que a Constituição exerce na autonomia privada é relativa, depende de cada caso concreto, sendo mais intensa quando se trata de uma relação com as condições de existência da vida humana, bem como do respeito do direito fundamental do cidadão.

Sobre o assunto, Sarmiento (2008, p. 80):

[...] quanto mais o comportamento se aproximar da esfera das opções e valorações exclusivamente existenciais, maior será o nível de defesa constitucional da autonomia privada; quando mais ele se afastar deste campo e se aproximar do universo exclusivamente econômico-patrimonial, menor será esta tutela.

Ainda de acordo com Sarmiento, tem-se que a jurisprudência brasileira ainda não captou com clareza a primazia das liberdades existenciais sobre as de caráter econômico no direito constitucional brasileiro, sendo que essa noção está vinculada à alguns julgados. E ainda citou uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADIN nº 319-4 julgada em 1993, que versou sobre constitucionalidade da Lei nº 8.039/90, a qual impunha mecanismos de controle sobre os reajustes das mensalidades escolares. O Autor alegava, basicamente, que o legislador violara os princípios da livre iniciativa e livre concorrência. Para rejeitar o argumento o Relator, Ministro Moreira Alves averbou que:

Portanto, embora um dos fundamentos da ordem econômica seja a livre iniciativa, visa aquela a assegurar a todos existência digna, em conformidade com os ditames da justiça social [...].

Ora, sendo a justiça social a justiça distributiva [...] e havendo a possibilidade de incompatibilidade entre alguns dos princípios constantes dos incisos desse art. 170, se tomados em sentido absoluto, mister se faz, evidentemente, que lhes de sentido relativo, para que se possibilite a sua conciliação a fim de que, em conformidade com os ditames da justiça contributiva, se assegure a todos [...] existência digna [...].

Tem, pois, razão, José Afonso da Silva [...] ao acentuar que ‘a livre iniciativa econômica privada, num contexto de uma Constituição preocupada com a justiça social (o fim condiciona os meios), não pode significar mais do que a liberdade de desenvolvimento da empresa, no quadro estabelecido pelo poder público [...].

Essas conclusões se justificam ainda mais quando a atividade econômica diz respeito à educação, direito de todos e dever do Estado.

Tem-se então, que o Estado protege a autonomia privada desde que ela não entre em conflito, ou venha a desrespeitar alguns direitos fundamentais, nem como prejudique a dignidade da pessoa humana, se preocupando de uma forma mais intensa, normalmente, com os excluídos da sociedade, os marginalizados.

É papel do governo de assegurar o direito à liberdade privada, mas é também necessário que cada um se polície para que sua liberdade não interfira no de outra pessoa. Quanto ao julgado transcrito acima, tem-se que o controle do preço da escola particular, por exemplo, é uma espécie de restrição à autonomia privada, tendo em vista que até mesmo as empresas particulares sofrem intervenção estatal para assegurar os direitos fundamentais dos

indivíduos e o aumento demasiado do preço da mensalidade implicaria em uma nítida interferência – negativa, diga-se de passagem – ao direito fundamental do indivíduo.

3.3.3 As limitações da autonomia privada

A autonomia privada é um pressuposto da democracia, pois sem ela não há como debater idéias e ideais, escolher políticos, religião, entre outros; mas a autonomia privada é também relacionada à dignidade da pessoa humana, pois, segundo Sarmiento, é a possibilidade do sujeito auto-regular seus interesses.

Ocorre que, às vezes essa liberdade entra em confronto com a liberdade de outro indivíduo, e muitas vezes de um mesmo valor, e ainda, pode entrar em confronto com valores inerentes ao Estado, como a autonomia pública, solidariedade e com a segurança, ainda de acordo com Sarmiento, a autonomia privada não pode ser absoluta, porque se fosse, toda lei que proibisse algo, assim como o poder de polícia, seria inconstitucional.

Em primeiro lugar, deve-se estabelecer quais são os limites da autonomia privada. De acordo com Amaral Neto (REVISTA CEJ, V. 3 n. 9 set./dez. 1999), os limites da autonomia privada são a ordem pública e os bons costumes: a primeira, como conjunto de normas jurídicas que regulam e protegem os interesses fundamentais da sociedade e do Estado, e as que, no Direito privado, estabelecem as bases jurídicas fundamentais da ordem econômica; e os últimos, como conjunto de regras morais que formam a mentalidade de um povo e que se exprimem em princípios jurídicos como o da lealdade contratual, da proibição do lenocínio, dos contratos matrimoniais, do jogo etc.

Sendo assim, e até mesmo para manter a ordem pública, é necessário que o Estado interfira na autonomia individual, até porque alguns cidadãos – conforme já dito – não possuem condições de garantir sua liberdade e até mesmo, sua igualdade perante outro particular. Porém, é de se ressaltar que, para limitar a autonomia privada é necessário que a proibição tenha apoio na lei – inclusive na Constituição, que possui eficácia imediata. Devendo sempre ter em mente que há limites para a própria lei, que consiste nas liberdades essenciais para que a dignidade da pessoa humana seja concretizada – como liberdade de associação, religião, expressão, etc.

Sarmiento (2008, p.156):

Isso não quer dizer, no entanto, que mesmo estas liberdades fundamentais se revistam de valor absoluto. É possível que a proteção de uma delas, no caso concreto, importe em lesão a outro direito fundamental ou princípio

constitucional igualmente relevante. Nesta hipótese, poderá ser necessário, diante dos contornos do caso, restringir a liberdade em questão, de forma proporcional, visando a otimização dos bens jurídicos em confronto, através de uma ponderação de interesses. É exatamente isto que ocorre quando se discute a aplicação dos direitos fundamentais na esfera privada, em que se torna necessário ponderar esta autonomia com o direito que estaria sendo violado pela conduta do particular.

Cada indivíduo tem que possuir consciência de que algumas de suas escolhas podem influenciar a vida de terceiros, e evitar que isso aconteça, é uma forma de utilizar a liberdade com uma certa restrição. Cabe ao Estado, somente auxiliar na utilização da liberdade, criando meios necessários para que cada um possa ser livre sem que essa liberdade prejudique outro.

Algumas autonomias privadas possuem uma maior relevância outras, o que normalmente acontece quando se trata de autonomias relevantes para a garantia da dignidade da pessoa humana, muitas vezes, essas garantias são postas em prática através do respeito aos direitos fundamentais, sendo esses os casos que a autonomia privada sofra restrição.

Conforme já dito, para que a autonomia privada seja realmente para todos os indivíduos, é necessário que em alguns casos (ou até mesmo em sua grande maioria) os indivíduos não estão em pé de igualdade, ainda mais em igualdade material. Desta forma, tem-se que a autonomia privada não pode ser um simples conceito ou ideologia, devendo sim sofrer intervenção do Estado, bem como da Constituição, para que a tão pregada liberdade seja realmente para todos os indivíduos, e não somente para os que possuem condição de assegurá-la sozinhos.

Como consta na introdução do presente trabalho, vivemos em um mundo onde “todos são iguais, mas alguns são mais iguais do que os outros” (George Orwell), por isso, segundo Sarmiento, quando o direito positivo intervém nessas relações materialmente desiguais, ditando normas de ordem pública em proveito da parte hipossuficiente, ele não está, a rigor, desconsiderando a sua autonomia privada como agente moral, e sim, está protegendo a própria liberdade, cuja interpretação deve se articular com o valor de igualdade, para que assim, a autonomia seja realmente justa.

3.4 A eficácia horizontal dos direitos fundamentais

Aceitar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais consiste em admitir que eles existem nas relações privadas. E, como demonstrado em todo o trabalho, é indispensável à extensão dos direitos fundamentais nas relações privadas, até porque vivemos em uma

sociedade desigual, onde o indivíduo não precisa ser protegido apenas do Estado, mas sim da multiplicidade dos fatores particulares.

Essa eficácia surgiu com a constitucionalização do direito privado, que, conforme analisado no tópico acima, depois da Constituição de 1988, não há mais como estudar os diversos ramos do direito sem, conjuntamente, interpretá-los de acordo com as normas constitucionais.

Dessa forma, seguindo Facchini (2006, p.43):

Com a aceitação da idéia de que o direito civil não pode ser analisado apenas a partir dele próprio, devendo sofrer o influxo do direito constitucional, começou-se a questionar sobre o tipo de eficácia que os direitos fundamentais (justamente a parte mais nobre do direito constitucional) poderiam ter no âmbito das relações estritamente intersubjetivas.

Ocorre que esse pensamento possui uma certa divergência, já que o particular possui uma autonomia privada (autonomia essa presente nos direitos sociais), mas de outro lado é necessário proteger o cidadão das ameaças que vêm tanto do Estado, como de outros cidadãos (particulares).

Deve-se ter em mente que, justamente por possuir autonomia privada, a incidência dos direitos fundamentais nessas relações não pode ser dar de maneira tão intensa quanto nas relações verticais, ou seja, nas relações com o Estado.

Essa necessidade de se equilibrar os direitos fundamentais com as relações particulares é que acaba causando discórdia, tendo em vista que se esses direitos incidirem de forma demasiada nas relações privada, esta acaba perdendo seu caráter autônomo.

Assim como a própria relação do direito particular com os fundamentais surgiram na Alemanha, a discussão sobre a eficácia horizontal também surgiu lá, após o advento da Lei Fundamental de Bonn; a Alemanha foi seguida da Espanha e Portugal. Já nos Estados Unidos a questão é outra, visto que lá se firmou um posicionamento onde as normas constitucionais são vinculadas somente ao Estado.

Existem diversas teorias sobre a incidência os direitos fundamentais nas relações entre os particulares e, no presente trabalho iremos utilizar o critério de divisão de Sarmento (2008, p.187), que dividiu as teorias em quatro grupos: o da teoria negativa, o da teoria da eficácia indireta e mediata, o da eficácia direta e imediata e por último o da teoria que reduz a discussão sobre a eficácia inter-privada dos direitos fundamentais à doutrina dos deveres estatais de proteção daqueles direitos.

3.4.1 Teoria da negação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas

Logo após o surgimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, surgiu na Alemanha (considerada por muitos o berço desses direitos) uma posição contra a teoria, baseada no liberalismo clássico, alegando que os direitos fundamentais eram direitos de defesa do cidadão em face do Estado, até porque existia uma certa tensão em face ao Estado pelas experiências nazistas.

Essa posição contra a teoria alegava também que o direito privado seria “engolido” pelo Constitucional, visto que ele seria constitucionalizado com essa posição, o que tiraria a individualidade do particular.

Atualmente, focar a eficácia dos direitos fundamentais somente ao Estado é um grande erro, pois conforme já dito anteriormente, ele não é mais o único que pode ferir os direitos e liberdades do cidadão, com a globalização, avanço tecnológico, outros também podem provocar danos à esses direitos dos cidadãos. E, nada mais justo que essa classe também respeite os direitos fundamentais.

Essa corrente acabou desaparecendo depois do Tribunal Alemão reconhecer a eficácia horizontal em diversas decisões tomadas.

Nos Estados Unidos, é onde realmente não se aceita a tese de vinculação do direitos fundamentais nas relações privadas. E essa posição tem apoio na literatura da Constituição, onde vincula somente o Poder Público nas cláusulas de direitos fundamentais. Ocorre ainda que lá, compete aos Estados e não à União legislar sobre o direito privado, essa doutrina de negação a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é chamada de *state action* ou ação estatal.

É de se lembrar que por conta dessa doutrina, que não aceita a intervenção dos direitos fundamentais nas relações particulares acabam existindo muitas oscilações, que conforme o passar do tempo apontam que a falta de critério da jurisprudência na aplicação da *public function theory* (exemplo dessas oscilações é que as entidades privadas que recebem auxílio do Poder Público deve sofrer intervenção dos direitos fundamentais, já as espera sujeitas a algum tipo de controle intensivo do Estado não precisam respeitar esses direitos). Há ainda uma tendência de restrição da Suprema Corte sobre a aplicação desta teoria, o que contribuiu para a manutenção de vastos espaços da vida humana ao abrigo da incidência da Constituição dos EUA (SARMENTO, 2008, p.192).

Mas mesmo com a teoria do *state action* o Estado está proibido de estimular o desrespeito dos direitos fundamentais pelos particulares.

A artificialidade e a falta de critérios adotados pelos Estados Unidos acabam levando essa teoria ao descrédito. Porém, mesmo com esses problemas é a teoria da negação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas que vigora neste país, e ela não deixa de estar associada à característica individual deste país.

3.4.2 Teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais na esfera privada

Essa teoria é a intermediária da que nega a vinculação dos direitos fundamentais ao direito privado e da que os vincula diretamente. Obteve sua origem na Alemanha e é hoje a teoria adotada pela Corte Constitucional do país.

De acordo com ela, os indivíduos podem renunciar aos direitos fundamentais em suas relações privadas, o que não pode acontecer quando se estabelece uma relação com o Estado – que neste caso é uma relação vertical.

Assim como a teoria da não vinculação dos direitos fundamentais ao direito privado, a teoria da eficácia indireta ou mediata alega que se os direitos fundamentais forem aplicados diretamente nas relações particulares, o direito privado acabaria se tornando um dos ramos do direito constitucional, o que acarretaria um poder demasiado ao Judiciário.

A diferença dessas teorias consiste no conhecimento, da primeira, que os direitos fundamentais, bem como seus valores, estão presentes em todo o ordenamento jurídico (incluindo o direito privado), e, sendo assim, os preceitos fundamentais chegariam até o particular indiretamente, por meio da ação do legislador; por isso o nome da teoria.

Dentre as inúmeras críticas recebidas por essa teoria, a mais consistente é a que se trata de uma teoria supérflua, uma vez que o objeto reconhecido por ela já é sedimentado pela Constituição.

Outro grande problema dessa teoria é que em inúmeros casos as cláusulas gerais – meio pelo qual os direitos fundamentais interfeririam no direito privado – se mostram insuficientes por conta das diversas situações que surgem para a aplicação das normas essenciais.

3.4.3 Teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais na esfera privada

Assim como as teorias dispostas a cima, a teoria da eficácia direta ou imediata foi, inicialmente, defendida na Alemanha, por Hans Carl Nipperdey, na década de 50 e o autor entende que embora alguns direitos fundamentais são vinculados somente ao Estado, outros podem ser invocados diretamente das relações privadas, independentemente de mediação do legislador (SARMENTO, 2008, p.204).

Conforme já foi dito no primeiro tópico deste capítulo, não é só o Estado que pode causar algum dano ou ainda, restringir de alguma forma os direitos fundamentais do cidadão; essa “agressão” pode surgir de um particular e, de acordo com a teoria da eficácia direta ou imediata, o Estado deve reconhecer esse risco e estender os direitos fundamentais às relações entre particulares, para proteger os cidadãos envolvidos na situação.

Ocorre que essa teoria não logrou grande aceitação neste país, conforme dispõe Canaris (2006, p.237), no artigo “A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha”:

Salta aos olhos que uma aplicação conseqüente dessa doutrina poderia destruir tanto o direito contratual quanto também o direito da responsabilidade extracontratual, pois ambos seriam em larga escala substituídos pelo direito constitucional. Isso contradiz a autonomia do Direito Privado, desenvolvida organicamente no decorrer de muitos séculos, contrariando também no que diz com o direito alemão, a função dos direitos fundamentais que, em princípio, de acordo com sua gênese e em consonância com a formulação do seu suporte fático, têm por destinatário direto apenas o Estado e não um particular. É por esta razão que a teoria da “eficácia externa imediata” não se impôs na Alemanha, embora ainda conte com seguidores.

No entanto, mesmo os adeptos a essa teoria alegam que ela não tem o poder de afastar a autonomia privada em suas relações, sendo que a liberdade deste deve ser respeitada e mantida, desde que não afetem os direitos fundamentais dos indivíduos envolvidos. Tem-se então, que é necessário analisar cada caso concreto.

Embora essa teoria não tenha sido aceita na Alemanha, ela é majoritária na Espanha, em Portugal, na Itália e na Argentina.

Para os autores espanhóis, a eficácia direta ou imediata é essencial para corrigir as desigualdades sociais; porém é necessário verificar os direitos fundamentais em cada caso concreto para se ter uma base da extensão e da existência da eficácia horizontal desses

direitos. Já que alguns direitos possuem eficácia imediata, como é o caso do direito a liberdade da religião, direito à honra e intimidade, que devem ser respeitados tanto pelos particulares quanto pelo Estado, por exemplo; e em outros casos os direitos fundamentais se vinculam somente ao Estado.

O que essa teoria protege é a desigualdade nas situações particulares, não se pode confundir essa interferência com a autonomia privada. A própria concepção de Constituição tem grande incidência nas relações privadas, e não somente entre o cidadão e o Estado.

Já no direito português essa extensão dos direitos fundamentais nas relações privadas esta prevista na própria Constituição.

Acerca do tema Canotilho (apud SARMENTO, 2008, p.210) adota uma postura moderada, no sentido da necessidade de diferentes soluções para que possa haver harmonia privada com os princípios dos direitos fundamentais. O autor tece as seguintes considerações:

A ordem jurídica privada não está, é certo, divorciada da Constituição. Não é um espaço livre de direitos fundamentais. Todavia, o direito privado perderá a sua irredutível autonomia quando as regulações civilísticas – legais ou contratuais – vêem o seu conteúdo substancialmente alterado pela eficácia directa dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada. A Constituição, por sua vez, é convocada para as salas diárias dos tribunais com a consequência da inevitável banalização constitucional. Se o direito privado deve recolher os princípios básicos dos direitos e garantias fundamentais, também os direitos fundamentais devem reconhecer um espaço de auto-regulação civil, evitando transformar-se em ‘direito de não liberdade’ do direito privado. A nosso ver, o problema não esta apenas nos perigos que espreitam as duas ordens – constitucional e civil – quando se insiste na conformação estrita e igualitarizante da relações jurídicas privadas pelas normas constitucionais [...].

A Itália, assim como Portugal, aborda o assunto em Constituição, a diferença é que o texto italiano não é tão claro como o português. Na Argentina o reconhecimento se deu em Corte Suprema, quando esta reconheceu a eficácia direta em decisão de 1958.

Dessa forma, conclui-se que os doutrinadores dessa teoria não são extremistas, eles defendem a eficácia direta e imediata, mas sempre respeitando os poderes privados, trabalhando para harmonizar a proteção a autonomia do privado com os princípios fundamentais, sendo necessário entender que cada direito fundamental possui uma eficácia.

3.4.4 Teoria dos deveres de proteção e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Alguns doutrinadores alemães vem defendendo a tese de que o Estado tem dever de proteger os direitos fundamentais sociais. De certa forma, essa teoria acaba sendo uma variação da teoria da eficácia indireta já analisada. Mas mesmo assim, será feita uma breve análise sobre a tese.

Segundo Canaris (2006, p.240):

[...] uma boa explicação teórica para a assim chamada “eficácia externa mediata”, pois não abandonamos a constatação de que o destinatário dos direitos fundamentais é apenas o Estado (já que este incube um dever de proteção nesta seara). Por outro lado, fica simultaneamente claro que isso afeta também nas relações interprivadas, e isto, de certo modo, por via oblíqua: precisamente porque o Estado ou o ordenamento jurídico estão, em princípio, obrigados a proteger o cidadão contra o outro também nas relações ente si.

De acordo com o autor, pode analisar essa influência em dois planos. O primeiro deles seria a vinculação do legislador do Direito Privado aos direitos fundamentais, sendo que as normas editadas em âmbito privado não podem violar os direitos fundamentais dos particulares, sendo ainda que essas normas devem proteger esses direitos em face de outros particulares – essa vinculação seria direta por conta de expressa previsão do texto constitucional e também por causa do princípio da supremacia da Constituição.

O outro plano é o da aplicação e desenvolvimento judicial do Direito Privado, em que, para Canaris, basta que ao decidirem sobre litígios privados, os juízes devem tanto proteger os direitos fundamentais como devem se abster de violar esses direitos das partes envolvidas.

Sarmiento (2008, p.220) alega que essa teoria se baseia na idéia de que cabe ao Estado proteger os direitos fundamentais dos particulares ameaçados pela conduta de outros particulares. Essa premissa – de que só o Estado está vinculado aos direitos fundamentais – além de inadequada à nossa realidade, possui também uma evidente contradição, uma vez que do ponto de vista lógico, só faz sentido obrigar o Estado a impedir uma lesão a um direito fundamental causada por particular, se for aceito também que não é lícito ao particular causar a mesma lesão.

E ainda, se as ofensas realizadas pelo particular for de responsabilidade exclusiva do Estado, o Poder Público deverá intervir demasiadamente na esfera privada, e ainda, limitar sua autonomia, o que acabaria se tornando em interferência do autonomia particular.

3.5 A eficácia horizontal dos direitos fundamentais e o princípio da solidariedade

Conforme já foi abordado no presente trabalho, o Estado não é mais visto como único e principal lesionador dos direitos fundamentais sociais. Com a evolução do capitalismo, tem-se que alguns grupos econômicos – partes do direito privado – também em muitos casos lesionam esses direitos dos cidadãos. E, por conta disso, foram estabelecidas as teorias da eficácia vertical e a teoria da eficácia horizontal conforme já estudado.

O que acontece é que a maioria dos autores trata somente de vincular a eficácia horizontal dos direitos fundamentais somente às relações individuais, deixando o estudo sobre esses direitos em relação à saúde, moradia etc. de lado.

É de se notar que a Constituição não “excluiu” os direitos coletivos desse estudo, tanto que seu artigo 194 estabelece que: “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”, o mesmo ocorre com a educação, com o dever de assegurar tanto as crianças quanto aos idosos o gozo dos seus direitos fundamentais.

De acordo com Sarmiento (2008, p.295), a estrutura dos direitos sociais podem ser divididos em uma dimensão defensiva e uma dimensão prestacional. A dimensão defensiva nada mais é do que uma obrigação de caráter negativo, uma vez que ela obriga a não adoção de qualquer conduta que possa lesionar o bem jurídico do indivíduo. Já a dimensão prestacional consiste aos deveres atribuídos ao pólo passivo, possuindo assim caráter positivo, uma vez que não deixa de existir, nesse caso, a interferência Estatal para a garantia de um serviço.

Dessa forma, tem-se que a incidência dos direitos fundamentais sociais nas relações particulares devem, como já visto anteriormente, respeitar a autonomia privada, devendo ser realizada mediante ponderação.

A dimensão defensiva dos direitos sociais não causa problema de entendimento, o que não se pode dizer da dimensão prestacional, vez que é um tanto quanto complexa essa

vinculação direta aos particulares. Tendo em vista que a grande maioria paga seus impostos – de acordo com a capacidade contributiva – e dessa forma, se acham livres de obrigações. Vez que o direito arrecadado pelo Estado possui a finalidade de assegurar as condições mínimas para todos (nesse caso para os excluídos).

Com a crise do *Welfare State* foi necessário encontrar ajuda para atender as demandas sociais, visto que o Estado sozinho não possui condições para tanto. E, esses co-responsáveis assumiriam parte das tarefas ligadas às necessidades mínimas da população carente.

Ainda de acordo com Sarmiento (2008, p.295):

[...] é possível afirmar que quando a Constituição estabelece como um dos objetivos fundamentais da República brasileira “construir uma sociedade justa, livre e solidária”, ela não está apenas enunciando uma diretriz política desvestida de qualquer eficácia da sua abertura e indeterminação semântica, é dotado de algum grau de eficácia imediata e que pode atuar, no mínimo, como vetor interpretativo da ordem jurídica como um todo.

A solidariedade tem origem na teologia cristã, com o passar do tempo a solidariedade acabou fazendo parte da dimensão jurídica (por conta dos socialistas) e ainda passou a integrar os direitos humanos, a partir dos direitos de segunda dimensão.

Conforme já dito, apesar dos cidadãos estarem sempre em busca da liberdade, ou de uma vida digna, sem igualdade não há como desfrutar dessa liberdade, ou ainda como possuir uma vida realmente digna, para que isso ocorra é necessário que todos possuam o mínimo existencial, mas se o Estado não possui condições de garantir esse mínimo à toda população, é necessário reconhecer e colocar em prática o princípio da solidariedade.

A construção dessa sociedade é um dever do Estado, juntamente com seus três Poderes, mas também consiste em os indivíduos deixarem de ser egocêntricos e passarem a pensar mais no próximo, possuindo uma responsabilidade social em relação à comunidade.

Para tanto é necessário cuidado na forma de desempenhar esse princípio, pois não se pode também comprometer demasiadamente a autonomia e liberdade dos agentes privados, até porque se busca uma sociedade verdadeiramente democrática, podendo ocorrer o contrário se essas normas forem impostas sem critério.

De acordo com Sarlet (2007, p.123), convém referir que no caso de direitos fundamentais cujo destinatário direto e principal é o Estado uma eficácia na esfera das relações entre particulares resulta, em princípio, afastada, o que não significa que também nestes casos não se possa falar em uma eficácia mediata (indireta).

Segundo Facchini (2006, p.28) isso decorre do fato de que no Estado Social as autoridades públicas não se preocupam apenas com a defesa das fronteiras, segurança externa e ordem interna, mas passam a intervir de forma penetrante no processo econômico, que de forma direta, assumindo a gestão de determinados serviços sociais (transportes, serviços médicos, assistência social, educação, etc.), quer de forma indireta, através da disciplina de relações privadas relacionadas ao comércio (v.g., disciplina dos preços, do crédito, do setor de seguros, das atividades bancárias, etc.), além de outras relações intersubjetivas que uma vez eram deixadas à autonomia privada (como a disciplina de aluguéis, seus reajustes, renovação do contrato, relações de consumo, etc.)

Tem-se que a harmonização da eficácia horizontal dos direitos fundamentais com o princípio da solidariedade é tarefa do legislador; que em alguns casos pode interferir na esfera privada para garantir o bem estar dos indivíduos e ainda garantir que o particular não cometa abuso perante eles. Exemplo dessa interferência é a gratuidade do transporte coletivo aos idosos, bem como sua adaptação aos deficientes, a interferência do Estado no reajuste de preços, bem como a privatização das funções estatais, seja no fornecimento de água, energia, saneamento básico, entre outros.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente trabalho de conclusão de curso, inúmeras questões acerca dos direitos fundamentais foram discutidas, diga-se de forma bem sucinta, desde a sua origem, até a sua relação com o direito privado.

Foi enunciado que os direitos fundamentais são indispensáveis para que o ser humano viva com o mínimo de dignidade, dessa forma, esses direitos e a dignidade da pessoa humana se completam, pois não há dignidade quando os direitos não são respeitados. E, apesar de serem bem próximos, eles e os direitos humanos não são equivalentes, não são sinônimos, cada um possui sua característica própria.

Ainda, os direitos fundamentais evoluíram conforme a necessidade de cada tempo, sendo que cada dimensão correspondeu a um momento histórico, e uma dimensão não é descartada pela seguinte, elas se completam.

Com o passar do tempo, as Constituições (tanto do Brasil, quanto de outros países) passaram a respeitar mais os direitos fundamentais, sendo que a Carta Magna brasileira de 1988 instituiu, pela primeira vez, como fundamento da República, os Direitos e Garantias Fundamentais.

Foi observado que algumas vezes o Estado não possui condições de assegurar esses direitos à toda a população, ainda mais em países em desenvolvimento, necessitando, dessa forma, da ajuda do terceiro setor.

Por conta de os direitos fundamentais terem se tornado parte da Lei Maior, os demais ramos do direito passaram a ter que garantir também, esses direitos em suas relações, onde surgiu a discussão acerca da constitucionalização do direito privado.

Viu-se que essa constitucionalização surgiu por conta da eficácia horizontal dos direitos fundamentais que dispõe sobre sua eficácia e influencia nas relações particulares. Essa eficácia possui inúmeras teorias, sendo que a mais utilizada é a da eficácia mediata, onde a relação privada sofre uma “interferência controlada” dos direitos fundamentais.

Essa eficácia horizontal ainda dispõe das relações sociais, não se baseando somente nas individuais. Normalmente isso ocorre quando, o Estado interfere nas relações privadas, ou melhor, nas empresas privadas, para garantir o bem estar da população. Seja obrigando empresas de ônibus a se adequar para os passageiros com deficiência, seja impedindo que a escola particular realize algum tipo de discriminação com o aluno inadimplente, ou ainda quando quem realiza atividades de saúde, saneamento básico, telefonia, entre outros, esteja de acordo com algumas normas sociais.

É de se ressaltar que essa interferência do âmbito privado se dá somente quando a situação em questão desrespeita algum direito fundamental da pessoa humana, e em menor intensidade quando se trata de uma relação jurídica.

Pode-se concluir dessa forma, que os efeitos que os direitos fundamentais provocam nas relações privadas, são necessários, uma vez que em um país como o Brasil, onde a desigualdade reina, até mesmo nas relações particulares entre duas pessoas existe a desigualdade.

Conforme foi elencado, o Estado não possui condições de assegurar a todos os cidadãos os direitos fundamentais, ainda que seja o mínimo de dignidade. Para tanto, é necessário que todos sejamos solidários para solucionar o problema da marginalização, ou exclusão social.

REFERÊNCIAS

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Autonomia privada. **REVISTA CEJ**, v. 3 n. 9 set./dez. 1999. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewArticle/235/397>>. Acesso em: 15 set. 2009.

BRASIL, Constituição da República Federativa do. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006. 429 p.

CRUZ, Paulo Márcio. Direitos fundamentais: da liberdade ao biodireito. In: CORRÊA, Elídia Aparecida de Andrade, GIACOIA, Gilberto e CONRADO, Marcelo. **Biodireito e dignidade da pessoa humana: diálogo entre a ciência e o direito**. 1ª. ed. Curitiba: Juruá, 2008. 335 p.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direitos privados**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006. 429 p.

LIBERDADE. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio**. Rio de Janeiro, 1975. 1499 p.

LIMA, Henrique. Efeitos horizontais dos direitos fundamentais . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1812, 17 jun. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11392>>. Acesso em: 24 ago. 2009.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 613 p.

MARANHÃO, Ney Stany Moraes. A afirmação histórica dos direitos fundamentais. A questão das dimensões ou gerações de direitos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2225, 4 ago. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13261>>. Acesso em: 26 ago. 2009.

MATEUS, Cibele Gralha. **Direitos fundamentais sociais e relações privadas: o caso do direito à saúde na Constituição brasileira de 1988**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008. 162 p.

MORAES, Guilherme Braga Peña de. **Dos direitos fundamentais: contribuição para uma teoria.** São Paulo: LTr, 1997. 255.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

_____. Organizador. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006. 429 p.

_____. A influencia dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro. In: MONTEIRO, António Pinto, NEUNER, Jörg e SARLET, Ingo. **Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado.** Coimbra: Almedina, 2007. 438 p.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 362 p.

VASCONCELLOS, Armando Cruz. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas de subordinação. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2107, 8 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12595>>. Acesso em: 10 set. 2009.