

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO

AMILCAR FAGUNDES FREITAS MACEDO

**A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES  
ENTRE OS PARTICULARES**

Porto Alegre  
2008

AMILCAR FAGUNDES FREITAS MACEDO

**A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES  
ENTRE OS PARTICULARES**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre.

Orientadora: Profa. Dra. Regina Linden Ruaro

Porto Alegre  
2006

AMILCAR FAGUNDES FREITAS MACEDO

**A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES  
ENTRE OS PARTICULARES**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre.

Aprovada em: \_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2008.

BANCA EXAMINADORA:

---

---

---

Dedico este trabalho aos meus filhos, que são a razão de todo o meu viver, fonte da qual provém a força que tem me ajudado a superar os obstáculos e as surpresas que a caminhada tem me imposto.

Dedico também aos meus pais, Reny e Eva Ledi, pelo exemplo de retidão, honestidade e perseverança.

Igualmente, dedico ao meu querido irmão Renan (*in memoriam*). Ele sabe o porquê!

## RESUMO

O objetivo deste estudo é propor uma reflexão a respeito da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares e da possibilidade de sua aplicação no direito brasileiro, a partir de uma abordagem histórico-conceitual dos direitos fundamentais, suas dimensões, suas implicações em torno das novas tarefas do Estado moderno, assim como ao regime, no Estado brasileiro, ao qual estão submetidos, possibilitando uma aplicação direta, segundo se depreende da análise da Constituição Federal de 1988. Igualmente, a partir de uma análise sobre as escolas americana e européia, busca-se o desenvolvimento de uma teoria própria, baseada em fundamentos como a força normativa da Constituição, a compreensão do Direito a partir da Constituição, expressando uma idéia de unidade, a dignidade da pessoa humana, como princípio-matriz da ordem constitucional pátria, bem como o entendimento de que os direitos fundamentais expressam uma ordem objetiva de valores, permitindo uma vinculação direta e diferenciada, partindo-se de uma hierarquização tópica de princípios, bens e valores constitucionalmente assegurados a partir da dignidade da pessoa humana, de modo a aprimorar a própria idéia de eficácia da Constituição.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais. Relações privadas. Eficácia direta. Dignidade da pessoa humana.

## ABSTRACT

The objective of this study is to propose a discussion about the effectiveness of fundamental rights in relations between individuals and the possibility of its application in Brazilian law, from a historical and conceptual approach of fundamental rights, its dimensions, its implications on the new tasks of the modern state, as well as the regime, in the Brazilian state, which are submitted, resulting in a direct application, as shown from the analysis of the Federal Constitution of 1988. Also, from an analysis of the American and European schools, looking up the development of a theory itself, based on fundamentals such as normative force of the Constitution, the comprehension of the law since the Constitution, expressing an idea of unity, dignity of the human person, as a principle of constitutional order-matrix homeland, and the understanding that the fundamental rights express an objective order of values, allowing a direct linkage and differentiated, starting is a topical hierarchy of principles, goods and values constitutionally guaranteed from the dignity of the human person, in order to improve the very idea of efficiency of the Constitution.

**Keywords:** Fundamental rights. Private relations. Direct Effectivity. Dignity of the human person.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>10</b>
<b>1 DIREITOS FUNDAMENTAIS</b> .....	<b>14</b>
<b>1.1 Abordagem histórico-conceitual</b> .....	<b>14</b>
1.1.1 <i>Perspectiva Filosófica</i> .....	14
1.1.2 <i>Perspectiva Constitucional</i> .....	18
1.1.3 <i>Perspectiva Universal</i> .....	21
<b>1.2 O Estado, suas tarefas e a idéia em torno dos direitos fundamentais</b> .....	<b>23</b>
<b>1.3 Classificação</b> .....	<b>26</b>
1.3.1 <i>Direitos fundamentais de primeira dimensão</i> .....	28
1.3.2 <i>Direitos fundamentais de segunda dimensão</i> .....	29
1.3.3 <i>Direitos fundamentais de terceira dimensão</i> .....	31
1.3.4 <i>Direitos fundamentais de quarta dimensão</i> .....	32
<b>1.4 O regime dos direitos fundamentais</b> .....	<b>33</b>
<b>2 A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS</b> .....	<b>36</b>
<b>2.1 A problemática sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais nas relações privadas</b> .....	<b>40</b>
<b>2.2 Principais teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações intersubjetivas</b> .....	<b>45</b>
2.2.1 <i>Teoria da negação à vinculação</i> .....	45
2.2.2 <i>Teoria da eficácia (vinculatividade) mediata</i> .....	46
2.2.3 <i>Teoria da eficácia (vinculatividade) imediata</i> .....	52
2.2.4 <i>A doutrina dos deveres de proteção</i> .....	56
2.2.5 <i>As teorias alternativas</i> .....	59
2.2.5.1 <i>A convergência estatista de Schwabe</i> .....	59
2.2.5.2 <i>Os modelos dos três níveis de efeitos de Alexy</i> .....	61
2.2.5.3 <i>A metódica da diferenciação proposta por Canotilho</i> .....	63
<b>3 BREVE INCURSÃO DO PROBLEMA NO DIREITO COMPARADO</b> .....	<b>65</b>
<b>3.1 O modelo alemão na visão de Claus Wilhelm Canaris</b> .....	<b>65</b>
<b>3.2 A dogmática desenvolvida por Canaris</b> .....	<b>71</b>
<b>3.3 A vinculação no direito português, segundo José Carlos Vieira de Andrade e Joaquim José Gomes Canotilho</b> .....	<b>74</b>
<b>3.4 A temática da vinculação na Espanha, conforme Juan Maria Bilbao Ubillos</b> ..	<b>80</b>
<b>3.5 A <i>state action doctrine</i> do Direito Americano</b> .....	<b>83</b>
<b>4 FUNDAMENTOS PARA O RECONHECIMENTO DA VINCULAÇÃO IMEDIATA DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO DIREITO BRASILEIRO</b> .....	<b>89</b>
<b>4.1 A força normativa da Constituição</b> .....	<b>89</b>
<b>4.2 A compreensão sistemática do Direito a partir da Constituição: uma idéia de unidade</b> .....	<b>93</b>

4.3 A dignidade da pessoa humana como ponto cerne do sistema normativo, base da Constituição Cidadã e dos direitos fundamentais .....	96
4.4 Os direitos fundamentais e sua dimensão objetiva .....	100
4.5 A constitucionalização do Direito Civil e a repersonalização do Direito Privado - superando a dicotomia entre o “público” e o “privado”: o Estado nas vestes privadas e os privados nas atividades típicas públicas .....	106
4.6 A “fundamentalidade” (formal e material) dos direitos fundamentais e sua posição topográfica na ordem jurídica constitucional brasileira: a dignidade da pessoa humana como fundamento e fim do Estado, do Direito e da Sociedade .....	114
<b>5 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES JURÍDICO-PRIVADAS: POSIÇÕES DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL NO DIREITO PÁTRIO .....</b>	<b>119</b>
5.1 A posição da Doutrina .....	120
5.2 A posição do Supremo Tribunal Federal.....	125
5.3 Entendimento dominante em sede de controle difuso de constitucionalidade.....	133
<b>6 LIMITES DA VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS SUAS RELAÇÕES PRIVADAS .....</b>	<b>136</b>
6.1 A igualdade e a liberdade (autonomia da vontade): duas expressões da dignidade humana e sua repercussão nas relações privadas .....	136
6.2 Os iguais e os desiguais em suas relações particularizadas: as relações privadas de poder.....	139
6.3 A dignidade humana como premissa e limite da autonomia da vontade...	143
6.4 Uma vinculação diferenciada: hierarquização tópica de princípios, bens e valores constitucionalmente assegurados a partir da dignidade da pessoa humana.....	146
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>1455</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>161</b>

## INTRODUÇÃO

No presente estudo, trataremos de abordar a influência dos direitos fundamentais no Direito Privado, verificando, fundamentalmente, o modo como essa influência deve ser analisada, juridicamente falando, notadamente em uma questão que suscita debates e controvérsias na doutrina em geral, que é a de saber qual a medida vinculativa dos direitos fundamentais em relação aos particulares, levando-se em conta, precisamente, o fato de os direitos fundamentais, enquanto direitos inseridos no texto da Constituição Federal, estarem em um patamar mais elevado do que o Direito Privado, no plano da hierarquia das normas, o que, por consectário, acaba influenciando o relacionamento entre Constituição e o Direito Privado, uma vez que, historicamente, a relação entre os particulares não tem *habitat* natural na Constituição, bem como o Direito Privado tratou, em regra, de regular soluções muito mais diferenciadas e particularizadas para os conflitos existentes nas relações jurídicas intersubjetivas.

Em perdendo o Estado a condição de soberano, os direitos fundamentais não se prestam apenas para limitações daquele em relação aos indivíduos, já que são reconhecidos ao povo, enquanto titulares desta soberania, tendo o indivíduo e sua dignidade numa posição central de todo o sistema jurídico-político, sendo o homem o fundamento do próprio Direito.

Os direitos fundamentais, nesta visão, tendem a recuperar, em certa medida, sua antiga dimensão como direitos naturais invocáveis frente a todos, passando a ser o núcleo material em torno do qual se articula qualquer relação jurídica, incluindo o âmbito negocial, em que a autonomia da vontade não pode ser considerada mais como o bem jurídico supremo.<sup>1</sup>

Guiou-nos, na escolha do tema, igualmente, a importância e relevância dos direitos fundamentais na ordem constitucional vigente, especialmente a concepção

---

<sup>1</sup> Neste sentido Rafael Naranjo de La Cruz, Catedrático de Direito Constitucional da Universidade de Málaga, em Espanha, em apresentação à obra de SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A Eficácia dos*

de que aceitar a vinculação de tais direitos em relação aos particulares pressupõe, *prima facie*, negar a teoria tradicional do Estado liberal de Direito de que estes preceitos fundamentais somente seriam oponíveis frente ao Poder Público (a chamada eficácia “vertical”), aqui considerado em todas as faces da teoria tripartite de Monstequieu.

Hodiernamente, o Estado consagra os direitos fundamentais como posições jurídicas fundamentais que estão a serviço do homem, cuja finalidade maior é concretizar a dignidade da pessoa humana, erigida, na atual Constituição Federal, como princípio fundante da ordem jurídico-política, devendo o Estado, segundo pensamos, proteger o indivíduo também de agressões que provenham de outros indivíduos, particularmente considerados.

Para tanto, cabe indagar sobre quem são os destinatários dos direitos fundamentais? Apenas o Estado, na visão liberal-clássica, ou se pode afirmar que os direitos fundamentais também obrigam os particulares em suas relações de cunho privado? Se a resposta for positiva, cabe outra indagação: Como se dá tal vinculação (de que forma) e em que medida (em que intensidade)?

Iniciaremos a exposição trazendo uma idéia básica sobre os direitos fundamentais, a partir de uma abordagem histórico-conceitual, sob suas perspectivas filosófica, constitucional e universal, delineando uma nova idéia em torno das tarefas do Estado, tendo em vista uma Constituição que determina que os Poderes Públicos deixem de lado um papel meramente passivo em matéria de realização e concretização dos direitos fundamentais, estes como parte integrante da ordem constitucional vigente, constituídos como “cláusulas pétreas”, com alusão à proteção constitucional de tais “cláusulas” contra a supressão por parte do constituinte derivado, assim como faremos uma abordagem inicial de tais direitos, como primeiramente concebidos, a partir da teoria clássica e liberal de Direito, como direitos de defesa, em que o regime liberal, a serviço dos interesses da burguesia, tinha o entendimento de que as liberdades somente deveriam ser protegidas contra

as ameaças do Poder Público, concebido como inimigo em potencial da, à época, recém conquistada liberdade, dentro da esfera de proteção pessoal do indivíduo.

Todavia, hodiernamente, vê-se que não mais o Estado, por si só, é o inimigo público número um das liberdades, mas, também, o chamado “poder não-estatal”, disseminado na sociedade, na forma de grandes conglomerados econômicos, entidades patronais, sindicatos, exerce opressão sócio-econômica (os chamados poderes sociais de fato), enfraquecendo, assim, a igualdade (material) entre os particulares, ensejando que o Estado passe a exercer uma postura não mais de simples abstenção, mas, ao contrário, de ativa proteção dos direitos fundamentais das pessoas, tidos estes como uma ordem objetiva de valores que irradia efeitos por todo o ordenamento constitucional vigente, a partir da noção de supremacia da Constituição e da compreensão sistemática do Direito, partindo desta mesma Constituição (idéia de unidade), que tem como fundamento o princípio matriz da dignidade da pessoa humana, até porque, como muito bem externou Hesse<sup>2</sup>, a concepção que identifica os direitos fundamentais como princípios objetivos legitima a idéia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa – *Abwehrrecht*), mas, também, a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (*Schutzpflicht des Staats*).

Examinaremos, igualmente, as principais teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, como a dogmática da eficácia mediata (*mittelbare Drittwirkung*) e imediata (*unmittelbare Drittwirkung*) dos direitos fundamentais em face das relações entre os particulares (nas relações privadas de poder e nas relações privadas típicas), entre outras, especialmente com base na doutrina alemã e, também, à luz da lição de Claus-Wilhelm Canaris, assim como pelos ensinamentos advindos do direito lusitano - com J.J. Gomes Canotilho e José Carlos Vieira de Andrade – e espanhol, na sempre lúcida visão de Juan Maria Bilbao Ubillos, finalizando com a doutrina brasileira acerca da problemática, examinando,

---

<sup>2</sup> HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 16. ed., Heidelberg, 1988, *apud* MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*.: São Paulo, IBDC: Celso Bastos Editor, 1998, p. 213.

por conseguinte, a posição no nosso Supremo Tribunal Federal, buscando descortinar fundamentos para o reconhecimento de uma vinculação imediata dos particulares aos direitos fundamentais no direito brasileiro e, à guisa de conclusão, verificar em que medida, em que intensidade os direitos fundamentais vinculam os particulares, como destinatários de tais direitos, nas relações privadas de poder e nas relações privadas típicas, sugerindo uma vinculação diferenciada, baseada numa hierarquização tópica de princípios, bens e valores constitucionalmente assegurados a partir do princípio fundante da dignidade da pessoa humana, até porque, segundo entendemos, a importação acrítica de teorias elaboradas em outros ordenamentos corre grave risco de não se adaptarem aos limites que o texto escrito da Constituição impõe a todo ato interpretativo.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Poder-se-ia imaginar, a título de hipótese, uma empresa que celebrasse contrato de trabalho em que seus empregados se obrigassem a não ser filiados a qualquer partido político ou sindicato da categoria, em franca afronta aos direitos fundamentais inculpidos nos artigos 5º, inciso XVII, e 8º, inciso V, da CF/88; ou uma empregadora doméstica que estabelecesse uma cláusula contratual prevendo que sua empregada, professando a religião islâmica, não poderia efetuar suas orações durante o expediente (as quais não demorariam mais do que alguns poucos minutos) e que também poderia escrever seu artigo semanal para o jornal do bairro, onde escrevia sobre a fé islâmica, simplesmente porque tal empregadora professa outra religião, em descompasso com o previsto no artigo 5º, incisos VI e VIII, Constituição Federal de 1988. Como reagir contra tais afrontas?

## CONCLUSÃO

Ao final deste estudo, já é possível ao leitor antever, não obstante à controvérsia doutrinária sobre o tema da vinculatividade dos particulares aos direitos fundamentais, algumas respostas às indagações, inicialmente propostas, sobre os quem são os destinatários dos direitos fundamentais, se eles vinculam tão-somente os poderes públicos, ou se, em vinculando também os particulares nas suas relações privadas (questão relativa ao “se”), de que forma se daria tal vinculação (questão relativa ao “como”) e em que medida, em que intensidade, os direitos fundamentais vinculariam os particulares no seu trato privado. Estas questões, nos parece, merecem uma especial atenção neste momento final de discussão.

Os direitos fundamentais tiveram uma longa evolução até a concepção que deles se tem nos dias atuais, a partir da noção de Direitos Naturais, influenciados, como se verificou, por concepções filosóficas e religiosas, as quais supunham tais direitos como inerentes ao homem em razão de sua própria condição humana, passaram a ser progressivamente positivados, com o surgimento do constitucionalismo e as primeiras declarações de direitos nos Estados Unidos e em França, inicialmente como uma esfera de não-intervenção estatal na vida privada do cidadão.

Com efeito, originariamente, os direitos fundamentais de primeira geração – o dever de abstenção do Estado ou as liberdades públicas - foram inicialmente concebidos exatamente para estabelecer um espaço de imunidade do indivíduo em face da opressão daquele, somente mais tarde surgindo a idéia das prestações positivas, com o advento do Estado Social, impondo ao próprio Estado a obrigação de atuar, a partir de prestações positivas, com a finalidade de reduzir as desigualdades materiais (criadas pelo liberalismo), concretizando os direitos fundamentais, propiciando aos indivíduos uma vida com bem estar a todos.

Não remanesce dúvidas na doutrina com relação ao fato de que o Estado é o destinatário, por excelência, dos direitos fundamentais, em especial, na sua acepção de direito subjetivo público, nascido com a vocação de impedir a intervenção estatal na vida privada, verdadeira garantia contra a opressão do “Leviatã”.

Porém, não é menos verdade que o Estado, de há muito, não é mais o único ente capaz de oprimir o cidadão ou de desrespeitá-lo em seus direitos fundamentais, o que facilmente se visualiza nas relações entre particulares, não raro, informadas por desequilíbrio de forças<sup>4</sup>- os chamados *poderes privados* referidos no corpo deste estudo -, onde, justamente, pela força vinculante de todos os Órgãos do Poder Público ao sistema dos direitos fundamentais, o então “Leviatã”, hodiernamente, apresenta-se com um novo perfil: o de amigo dos direitos fundamentais do homem, a quem incumbe, precipuamente, quer na via legislativa, quer na interpretativa, atuar positivamente para concretizá-los.

As Constituições passaram a albergar uma tábua de valores, enquanto padrões ético-normativos para a comunidade, assumindo os direitos fundamentais, para além de sua clássica função de direito subjetivo, também uma dimensão objetiva, irradiando valores e preceitos que são vinculantes tanto para os Poderes do Estado, em especial ao legislador, na conformação da ordem jurídica, atrelada aos direitos fundamentais, tendo como base o princípio fundamente da dignidade da pessoa humana, assim como ao juiz, quando da interpretação a aplicação de tais princípios, e também a toda a sociedade, nas suas relações sociais e cotidianas.

Dito de outro modo, cumpre ao legislador, ao editar normas, respeitar os limites formais e materiais que emanam das normas definidoras de direitos fundamentais; ao Executivo, negar cumprimento àquelas em desacordo com tal sistema, e, ao Poder Judiciário, por meio de aplicação, interpretação e integração, outorgar às normas de direitos fundamentais a maior eficácia possível, ou seja, incumbe ao Poder Judiciário abandonar o mundo da ficção jurídica, da abstração da norma, do "faz de conta", e efetivar a concretização de direitos fundamentais consagrados pela Constituição do Brasil (direito à igualdade, devido processo legal material, direito à ampla defesa, proteção ao consumidor, direito à assistência jurídica integral etc.), assumindo, assim, uma postura ativa - e não neutra - na busca da eficácia dos princípios de justiça.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Desigualdade material da qual, talvez, o Direito do Trabalho tenha sido pioneiro em se dar conta.

<sup>5</sup> Sobre os princípios de Justiça, vide a obra de RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução Almiro Piseta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2002. Nesta obra o

Além disso, superada a idéia de que os direitos fundamentais são, exclusivamente, direitos subjetivos públicos, tendo por único destinatário o Estado, a doutrina converge no sentido da força vinculante da Constituição, que é norma jurídica, como uma ordem objetiva de valores, diretamente ligados à noção da dignidade da pessoa humana, na condição de norma cogente, que permeia todo o tecido normativo, este compreendido sistematicamente a partir da própria Constituição, numa idéia de unidade do próprio sistema de Direito. Ademais, não faria sentido, partindo destas premissas, em um Estado Democrático e de Direito, limitar o poder estatal e admiti-lo ilimitado nas relações privadas.

Com a superação da dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado nota-se, cada vez mais, um entrelaçamento entre estas esferas, agindo o Estado sob as vestes privadas ou realizando suas atividades por meio de entidades privadas, não sendo raro ocorrer situações práticas em que a igualdade material e a liberdade dos indivíduos, axiologicamente consideradas como expressões da dignidade humana, princípio fundante da ordem jurídica (inclusive dos direitos fundamentais), situação em que se baseia a idéia de se estender, às relações havidas entre os particulares, os direitos fundamentais, o que, aliás, é aceito pela doutrina, ainda que divergindo sob de que forma (“como”) isso ocorreria.<sup>6</sup>

Todas as soluções aventadas pela doutrina são, de certo modo, parciais e não apresentam um consenso. Entretanto, perfilhamos o entendimento de que os direitos fundamentais têm eficácia direta em relação aos particulares, excetuados aqueles casos em que tais direitos vinculam tão-somente o Estado, não se desconhecendo, no entanto, que há posições jurídicas fundamentais destinadas diretamente ao particular. Assim, forçoso é admitir a vinculação do particular, nas relações privadas, ao sistema dos direitos fundamentais, porque o próprio Estado, a ser chamado a dirimir conflitos intersubjetivos dessa natureza, está invariavelmente

---

autor desenvolve sua teoria sobre os princípios da justiça que considera serem aqueles em que pessoas livres e racionais aceitariam numa condição de igualdade. Nesta situação hipotética, a qual corresponderia ao estado de natureza, sem que as pessoas conhecessem seu lugar na sociedade, sua classe ou status social, sua sorte na distribuição de bens naturais, sua inteligência, força etc., os homens, sob o que chamou de “véu de ignorância” escolheriam seus princípios de Justiça, numa perspectiva de justiça como equidade, tecendo profundos estudos sobre a idéia, papel o objeto da justiça.

<sup>6</sup> À exceção das teorias chamadas “negativas”.

a ele vinculado, ou seja, a vinculação se dá, ao menos, por meio do Estado, na medida em que, na função de mandamento de tutela, cumpre ao Poder Público dar efetividade aos direitos fundamentais, tornando-os concretos inclusive nas relações de Direito Privado.

De se referir, também, no plano jurisprudencial, que o nosso Supremo Tribunal Federal, na maioria dos conflitos em que foi suscitada a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, ainda que não tenha se posicionado acerca do referencial teórico adotado sobre a eficácia dos direitos fundamentais em tais situações,<sup>7</sup> tão-pouco sobre os limites da vinculação, tem se utilizado diretamente dos direitos fundamentais para dirimir as controvérsias que lhe têm sido postas à decisão, em consonância com a posição adotada no presente trabalho.

No entanto, não se pode perder de vista que, mesmo nas relações privadas em que haja desequilíbrio de poder ou força, modo a comprometer a autonomia da vontade, em ambos os pólos iremos encontrar sujeitos titulares de direitos fundamentais, de sorte que o argumento da vinculação apenas em tais relações mostra-se, *vénia concessa*, insuficiente. A Constituição Federal se acha, hierarquicamente, no topo do ordenamento jurídico, fundada na dignidade da pessoa humana, tutelando o indivíduo como fundamento e fim do Direito, do Estado e da Sociedade, se apresentando como uma ordem objetiva de valores que se irradia por todo o sistema, vinculando, por isso, a todos, invariavelmente (não se desconhecendo, como afirmando, que algumas normas definidoras de direitos fundamentais que ela consagra são destinadas exatamente a particulares, como por exemplo, o direito a um salário mínimo), projetando-se por todo o sistema jurídico, como unidade sistemática, projetando-se, igualmente, nas relações privadas, já que implica uma leitura constitucionalizada das normas ordinárias.

Em um aspecto, porém, parece haver consenso doutrinário, ao menos de forma majoritária: hoje, os estudiosos do tema reconhecem, em maior ou menor grau, a vinculação também do particular ao sistema de garantias fundamentais, não havendo soluções *a priori*, com uma vinculação absoluta, a valer para todos os

---

<sup>7</sup> Exceção ao RE n.º 201.819, Relatora Min. Ellen Gracie, julgado em 11.10.2005.

casos, pois isso tenderia a asfixiar a autonomia privada que, mesmo não sendo absoluta, necessita ser interpretada como fazendo parte da unidade sistemática, pois igualmente expressa a dignidade da pessoa humana, enquanto entendida como liberdade substancial, devendo ser ponderada, assim, a intensidade de vinculação, pressupondo uma análise tópico-sistemática (Juarez Freitas), calcada no tipo de situação e eventuais circunstâncias do caso concreto, almejando-se uma solução a partir da ponderação dos valores em pauta, a fim de se obter um equilíbrio e harmonização (concordância prática – Hesse), não se sacrificando demasiadamente um direito fundamental, preservando-se a essência de cada um deles.

Daí a pertinência da lição de INGO WOLFGANG SARLET,<sup>8</sup> no sentido de que os efeitos da vinculação devem ser aferidos casuisticamente, mediante uma leitura hermenêutica constitucional, à base da ponderação e da hierarquização de valores, sopesando e priorizando direitos em conflito à luz dos princípios superiores consagrados em nossa Constituição Federal, de modo a dar a maior efetividade aos direitos fundamentais, sacrificando-os, quando em conflito, o mínimo possível (princípio da proporcionalidade, que, a seu turno, reclama ponderação entre os fins e os meios).

Nessa tarefa de ponderação, parece inegável que o raciocínio deve ter por norte o metaprincípio da dignidade da pessoa humana, núcleo essencialíssimo dos direitos fundamentais, do qual nem o intérprete, nem o legislador podem se descurar, uma vez que nas tensões havidas entre tal princípio e outros bens ou valores tutelados por normas constitucionais, deve-se buscar uma solução em favor daquele metaprincípio e, nas situações de igualdade em dignidade, deverá o intérprete buscar uma fundamentação racional (Chaïm Perelman) justificante por critérios de proporcionalidade, visando a não afetação completa do seu núcleo em dignidade.

Ou se procede desta forma ou nos veremos espelhados naquele diálogo imaginado por JOSÉ SARAMAGO, muito bem apanhado por EUGÊNIO FACCHINI NETO, o qual pedimos licença para reproduzir:

---

<sup>8</sup> *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 353-61.

Posto diante de todos estes homens reunidos, de todas estas mulheres, de todas estas crianças (e Deus) falando à multidão, anunciou: 'A partir de hoje chamar-me-eis Justiça'. E a multidão respondeu-lhe: "Justiça, já nós a temos, e não nos atende". Disse Deus: 'Sendo assim, tomarei o nome Direito.' E a multidão tornou a responder-lhe: 'Direito, já nós o temos, e não nos conhece'. E Deus: 'Nesse caso, ficarei com o nome Caridade, que é um nome bonito.' Disse a multidão: 'Não necessitamos de caridade, o que queremos é uma Justiça que se cumpra e um Direito que nos respeite'.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 55.