

O SISTEMA CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA APLICABILIDADE NA ORDEM JURÍDICA PRIVADA

Júlio César Bernardes¹

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo estudar a evolução do sistema constitucional dos direitos fundamentais e sua aplicabilidade na ordem jurídica privada, necessária para a concretização e efetivação dos direitos fundamentais nas relações privadas, aplicando-se o fenômeno da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Para produção do texto utilizou-se o Método Indutivo e a Pesquisa Bibliográfica. Ao final da pesquisa confirmou-se que a aplicação do sistema constitucional dos direitos fundamentais por meio da força normativa da constituição foi imprescindível para a nova percepção do ordenamento jurídico privado, voltada à valorização da dignidade da pessoa humana, corolário da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais.

Palavras-chave: Constituição. Direitos Fundamentais. Direito Privado.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho tem por objetivo estudar a evolução do sistema constitucional dos direitos fundamentais e sua aplicabilidade na ordem jurídica privada, necessária para a concretização e efetivação dos direitos fundamentais nas relações privadas, aplicando-se o fenômeno da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. A pesquisa versa, nesse aspecto, sobre tema relevante, abordando a mudança de paradigma da ordem jurídica privada contemporânea, consequência da positivação dos direitos fundamentais na Constituição e de

¹ Mestre em Ciência Jurídica, do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Univali (2015). Mestre pelo Master en Derecho Ambiental y de La Sostenibilidad en la Universidad de Alicante, Espanha (2015). Especialista em Direito e Gestão Judiciária pela Academia Judicial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (2010). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela UNIDERP (2008), possui graduação em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (2002). foi promotor de justiça no Estado do Paraná (2008/2009), coordenador de curso da extensão da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina em Criciúma-SC e docente da Universidade do Sul de Santa Catarina, atuando nas áreas do Direito Público e Privado. Atualmente é juiz de direito — Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. *E-mail:* jcb22164@tjsc.jus.br

sua força normativa, valorizando a dignidade da pessoa humana.

Como hipótese aponta-se que a concretização dos direitos fundamentais nas relações privadas tem início com a releitura do direito privado, fundada na valorização e tutela do ser humano, pela estrita observância, nas relações entre particulares, dos princípios constitucionais fundamentais, na medida em que a força normativa da Constituição irradia em todas as relações jurídicas.

O direito privado contemporâneo é caracterizado por fortes linhas indicativas de sua publicização, decorrentes do reflexo dos valores sociais reconhecidos pela Constituição da República vigente, apresentando-se os fenômenos da publicização do direito privado e do direito civil constitucional, cujos reflexos na ordem jurídica brasileira tem origem com o advento do Estado Social.

Os resultados da pesquisa de exame da hipótese estão expostos no presente trabalho, de forma sintetizada, como segue.

O primeiro tópico é intitulado “A evolução histórica da positivação dos direitos fundamentais — das liberdades públicas aos direitos fundamentais”. Nele aborda-se a origem histórica dos direitos humanos, com surgimento em declarações de direitos e a fase seguinte de positivação dos direitos fundamentais na ordem jurídica de cada Estado. Com o surgimento do movimento do constitucionalismo, os direitos fundamentais da pessoa humana são reconhecidos e afirmados positivamente, passando a ocupar posição de destaque nas constituições escritas, inserindo-se como normas fundamentais no ápice da pirâmide normativa dos Estados.

Em um segundo momento, discorre-se sobre os ciclos evolutivos dos direitos fundamentais da pessoa humana, apresentando as características de cada dimensão de tais direitos, passando pela primeira dimensão, caracterizada pelas liberdades negativas; e pela segunda dimensão, com destaque para o papel do Estado de bem-estar social e seus reflexos na ordem jurídica. Ainda, sem se afastar da linha de pesquisa proposta, discorre-se sobre os interesses metaindividuais, a sustentabilidade e o signo da fraternidade que correspondem aos direitos fundamentais de terceira dimensão, apresentando-se, por último, os direitos de quarta e quinta dimensão, considerados a “nova” era de direitos.

Para fechamento deste trabalho, examinou-se a aplicabilidade do sistema constitucional de direitos fundamentais e da força normativa da constituição nas relações privadas (eficácia horizontal dos direitos fundamentais), referindo-se à importância do

princípio da dignidade da pessoa humana e do princípio democrático na efetividade dos direitos e garantias fundamentais nas relações privadas.

O presente relatório de pesquisa se encerra com as considerações finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre as perspectivas para uma atuação judicial voltada à concretização dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Quanto à metodologia, utilizou-se a base indutiva, acionando-se ainda a técnica da pesquisa bibliográfica.

2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS — DAS LIBERDADES PÚBLICAS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A origem histórica dos direitos humanos tem surgimento em declarações de direitos, cuja forma embrionária é apontada nas proclamações solenes, inspiradas, segundo a doutrina francesa, no pensamento cristão e nos direitos naturais, bem como na insuficiente e restrita concepção das liberdades públicas.² Posteriormente, os direitos da pessoa humana são introjetados no preâmbulo das constituições, na França particularmente. No plano internacional recebe reconhecimento (relevo) nos documentos internacionais, consubstanciados nos moldes das primeiras declarações de direitos. No plano interno, os direitos humanos passam a incorporar as constituições, com capítulos específicos, adquirindo o *status* de normas jurídicas positivas constitucionais, direitos subjetivos de cada povo, cujo

² Sobre o tema, Jose Afonso da Silva comenta que “As condições subjetivas ou ideais ou lógicas consistiram precisamente nas fontes de inspiração filosófica anotadas pela doutrina francesa: (1) O *pensamento cristão*, como fonte remota, porque, na verdade, a interpretação do cristianismo que vigorava no século XVIII era favorável ao status quo vigente, uma vez que o clero, especialmente o alto clero, apoiava a monarquia absoluta, e até oferecia a ideologia que a sustentava com a tese da origem divina do poder; o pensamento cristão vigente, portanto, não favorecia o surgimento de uma declaração de direitos do homem; o cristianismo primitivo, sim, continha uma mensagem de libertação do homem, na sua afirmação da dignidade eminente da pessoa humana, porque o homem é uma criatura formada à imagem de Deus, e esta dignidade pertence a todos os homens sem distinção, o que indica uma igualdade fundamental de natureza entre eles; [...] (2) A *doutrina do direito natural dos séculos XVII e XVIII*, de natureza racionalista, fundada assim na natureza racional do homem, faz descer a este o fundamento do poder político e também do Direito Positivo em contraposição à ‘divinização’ que sustentava o regime absolutista vigente; doutrina puramente instrumental e lógica, como concepção do mundo, do Estado e da sociedade, destinada a substituir e a se opor coerentemente à vigente, com força bastante para sustentar as transformações sociais que as condições materiais impunham; sustentando teses de direitos inatos (de caráter também instrumental: meio de opor-se á concepção vigorante), encontrou-se base para o reconhecimento de um conjunto de direitos tidos, então, como inerentes à pessoas humana [...] (3) Pensamento iluminista, com suas ideias sobre a ordem natural, sua exaltação às liberdades inglesas e sua crença nos valores individuais do homem acima dos valores sociais, firmando o individualismo que exala dessas primeiras declarações dos direitos do homem”. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 173-174.

resultado jurídico prático se mostra significativo.³

A afirmação dos direitos fundamentais, no plano internacional, com sua positivação no ordenamento jurídico, tem origem apontada no movimento do constitucionalismo, surgido no século XVIII, cujo principal intento foi limitar o poder arbitrário do Estado, garantindo os interesses e direitos da sociedade burguesa, como coibir o excesso de tributação e garantir a liberdade de expressão (política), mas também assegurar aqueles denominados direitos humanos. Tratava-se mais que um movimento jurídico, porque legitimado pelo pensamento econômico, filosófico e político do liberalismo, cujas raízes eram corroboradas pelo movimento do iluminismo vigente à época, que irradiava seus ideais por todo Ocidente. Para efetivação dos ideais foi imprescindível a adoção de três instrumentos: a constituição escrita, a separação dos poderes⁴ e as declarações de direitos. Nessa mirada, a partir do movimento do constitucionalismo, os direitos fundamentais da pessoa humana são reconhecidos e afirmados positivamente, passando a ocupar posição de destaque nas constituições escritas, inserindo-se como normas fundamentais no ápice da pirâmide normativa dos Estados.⁵

Como leciona Ferraz, nos primeiros modelos constitucionais apoiados nos ideais do liberalismo do século XVIII, os direitos inseridos eram denominados, no texto, como direitos individuais ou direitos de liberdades estrito senso, consistentes em direitos reconhecidos como naturais, que antecediam à organização do próprio Estado, inalienáveis e imprescritíveis. Tratavam-se dos intitulados direitos ou liberdades “negativas”, que vedavam a

³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. p. 175.

⁴ Para José Afonso da Silva, a divisão de poderes tem por base dois fundamentos “(a) *especialização funcional*, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função; assim, às assembleias (Congresso, Câmaras, Parlamento) se atribui a função Legislativa; ao executivo, a função executiva; ao judiciário, a função jurisdicional; (b) *independência orgânica*, significando que, além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros, o que postula ausência de meios de subordinação. Trata-se, pois, como se vê, de uma forma de organização jurídica das manifestações do Poder”. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. p. 109.

⁵ Sobre o tema, Anna Cândida da Cunha Ferraz destaca a importância do constitucionalismo na positivação dos direitos fundamentais da pessoa humana, salientando que “após mais de um milênio de guerras, lutas, conquistas, retrocessos e vitórias do pensamento político, filosófico e religioso, os direitos da pessoa humana lograram assentar-se via afirmação jurídica em normas sediadas no topo da pirâmide jurídica dos Estados: as constituições escritas, documento básico de reconhecimento dos direitos fundamentais. A inscrição dos direitos passa, assim, desde então, a ocupar um lugar central nas constituições. Na verdade os direitos fundamentais estão ‘no coração’ da Lei Fundamental; tal inscrição constitui ‘a primeira forma de defesa dos direitos’, como acertadamente salienta Jorge Miranda ao lembrar que a Declaração francesa de 1789 considerava que ‘a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos dos homens eram a únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos governos’. O reconhecimento dos direitos fundamentais constitui, pois, conteúdo inarredável de uma teoria da Constituição”. BITTAR, Eduardo C. B. (Org.); FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. In: **Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização**. São Paulo: Edifio, 2006, 115-116.

interferência do Estado no âmbito íntimo de cada cidadão, cujos limites à liberdade deveriam estar elencados pelas leis, em conformidade com os princípios da legalidade, reserva legal e da liberdade,⁶ ovacionados no mesmo período histórico-político do constitucionalismo liberal. Os direitos a prestações positivas do Estado, reconhecidos pela doutrina como “direitos sociais” (que englobam os direitos econômicos, sociais e culturais), emergem do pós-guerra, com o advento da Revolução Industrial, no início do Século XX. Trata-se da intervenção do Estado em setores antes esquecidos, adotando políticas públicas e inserindo no texto constitucional instrumentos a fim de concretizar o exercício da cidadania e de outros direitos fundamentais da pessoa humana. No final do Século XX a denominação “direitos individuais” ou “liberdades públicas” é substituída nos textos constitucionais pela expressão “direitos fundamentais”, simbolizando os direitos da pessoa humana expressos numa Constituição.⁷

No Brasil, a positivação dos direitos fundamentais ocorreu desde a Constituição do Império, de 1824, sublinhando-se que as constituições sucessivas conservaram o âmago dos direitos fundamentais dos diplomas revogados, procedendo aos ajustes necessários em face do pensamento político, econômico e filosófico adotado a cada época histórica, como os períodos de anormalidades constitucionais (autoritarismo imposto no Regime Militar⁸) e as

⁶ O princípio da legalidade e o da liberdade tem fundamento explícito, no âmbito pátrio, no caput do artigo 5º da CRFB, e implicitamente previsto no art. 5º, II, da CRFB, cujo norte orienta a ideia de que a lei está a serviço da liberdade de atuação dos indivíduos, já que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei, predominando em nosso ordenamento a autonomia relativa da vontade, que pode ser limitada pela lei. Trata-se de verdadeiro princípio do Estado Democrático de Direito, porquanto a atuação do Estado e dos particulares somente pode ser limitada ou restringida por conta da lei (reserva legal), que se presume elaborada de forma democrática, após o devido processo legal e com respeito às competências legais de cada Poder instituído.

⁷ BITTAR, Eduardo C. B. (Org.); FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. In: **Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização**. p. 116 e 119.

⁸ Como esclarece Wolkmer “a experiência autoritária brasileira predominou em períodos de profundas contradições institucionais que coincidiram com: a) *Modelo de Autoritarismo modernizante*: Crise no final dos anos 20 e começo dos anos 30, em face da desagregação das formas tradicionais de dominação oligárquica/agroexportadora e a emergência do tenentismo, do integralismo e do Estado Novo. b) *Modelo conservador de Autoritarismo-burocrático*: Crise no começo dos anos 60, decorrente do colapso da democracia populista e da ruptura na aliança burguesia industrial/massas urbanas. O crescimento ameaçador dos setores populares e a incapacidade do Estado em solucionar a grave desestabilização político-econômica possibilitaram um movimento revolucionário (Março de 1964) que aglutinou forças constituídas por interesses multinacionais, pelo alto empresariado brasileiro ligado ao capitalismo financeiro norte-americano e internacional, e por setores reacionários de uma tecnocracia civil e militar, formados pela ESG/IPES e apoiados na Doutrina da Segurança Nacional” (WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 4. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: RT, 2003, p. 148). Embora guardem semelhança, como refere Roy C. Magridis, o autoritarismo difere do totalitarismo já que “Os sistemas totalitários dão importância à mobilização e à participação dos cidadãos; os sistemas autoritários tentam manter o cidadão em um estado de obediência passiva. Os governantes autoritários ficam satisfeitos quando os cidadãos permanecem apáticos e não se opõem ao governo. Já a ideologia oficial nos sistemas totalitários é ‘total’ — afeta todos os aspectos da vida social, econômica, política, religiosa, familiar etc. O objetivo é criar ‘novos’ homens e mulheres. Os sistemas autoritários, por outro lado, não possuem tal ideologia globalizante; eles se satisfazem não interferindo nos grupos sociais — sejam a igreja, a família, grupos

conquistas da modernidade e pós-modernidade no plano internacional refletidas no país (Declarações de Direitos e Convenções Internacionais de Direitos)⁹.

3 OS CICLOS EVOLUTIVOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA HUMANA — DAS LIBERDADE NEGATIVAS À NOVA “ERA” DE DIREITOS

Do ponto de vista teórico, Bobbio defendia ser os direitos humanos direitos históricos, porque originados de forma gradual, não todos de uma vez, e em circunstâncias singulares, como lutas objetivando a defesa de novas liberdades contra poderes ultrapassados. Segundo o autor, os direitos humanos nascem “quando devem ou podem nascer”¹⁰. Justifica sua historicidade pontuando que os direitos humanos tem surgimento quando:

o aumento do poder do homem sobre o homem — que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens — ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder; remédios que são providenciados através de exigências de que o mesmo poder intervenha de modo protetor¹¹.

Em relação à terminologia mais adequada para se definir essas etapas evolutivas dos direitos fundamentais, entende-se, com Ingo Sarlet, mais apropriada a utilização da expressão “dimensões de direitos” que “gerações de direitos”. Isso porque a expressão “gerações de direitos” pode sugerir a equivocada percepção de substituição de uma geração por outra de acordo com a sua evolução histórica, o que é incorreto.¹²

econômicos, esportivos, ou atividades individuais e culturais. Em sistemas totalitários, o partido único é o instrumento de controle e de mudança mais dinâmico; em sistemas autoritários com um único partido este tem bem menos poder e não é importante como instrumento de controle e de governo. O partido se subordina ao governo e aos grupos socioeconômicos poderosos. [...] O alcance e o controle dos sistemas totalitários é mais firme; o dos sistemas autoritários é mais restrito e relativamente fraco. Os objetivos dos regimes totalitários são amplos; os dos sistemas autoritários são específicos”. MAGRIDIS, Roy C. apud WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. p. 144.

⁹ BITTAR, Eduardo C. B. (Org.); FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. In: **Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização**. p.120.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad: Carlos Nelson Coutinho. 10. ed. Rio de Janeiro; Campus, 1992, p. 6.

¹¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. p. 6.

¹² “A teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para, além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno [...] Em que pese o dissídio na esfera terminológica, verifica-se crescente convergência de opiniões no que concerne à idéia que norteia a concepção das três (ou quatro, se assim preferirmos) dimensões dos direitos fundamentais, no sentido de que

Assim têm-se os direitos fundamentais de “primeira dimensão”, que correspondem aos direitos civis e políticos, consolidados pelos direitos individuais à liberdade, à igualdade, à propriedade, à segurança e à resistência às variadas formas de expressão. Trata-se de direitos reconhecidos no ambiente histórico das revoluções liberais norte-americana (1776) e francesa (1789) do século do iluminismo, cujo fundamento teórico encontrou apoio na doutrina do jusnaturalismo secularizado, no liberalismo de cunho notadamente individualista e no capitalismo propenso ao lucro excessivo e ao mercado concorrencial. Surgiram para salvaguardar os direitos vistos como naturais contra as arbitrariedades do Estado Absolutista e por tal razão são definidos também como direitos negativos ou liberdades negativas, tendo como atributos a inalienabilidade e a imprescritibilidade.

No plano internacional, a afirmação dos direitos fundamentais de “primeira dimensão”, cuja origem é vinculada ao início do constitucionalismo político clássico com suporte no Estado Democrático de Direito, ocorre na Constituição Americana de 1787 e nas Constituições Francesas de 1791 e 1793, precedidas pelas Declarações de Direitos de Virgínia (1776) e da França (1789).¹³

Por seu turno, corolário do Estado de bem-estar social, os direitos de “segunda dimensão” correspondem aos chamados direitos sociais, econômicos e culturais, baseados no princípio da igualdade, os quais retratam a conduta positiva do Estado na garantia e implementação desses direitos fundamentais a todos os indivíduos. O surgimento dos direitos fundamentais de “segunda geração” está correlacionado ao processo de industrialização e os problemas sociais e econômicos ocasionados pela denominada Revolução Industrial, fenômeno observado na segunda metade do século XIX e as primeiras décadas do século XX.

estes, tendo tido sua trajetória existencial inaugurada com o reconhecimento formal nas primeiras Constituições escritas dos clássicos direitos de matriz liberal-burguesa, se encontram em constante processo de transformação, culminando com a recepção, nos catálogos constitucionais e na seara do Direito Internacional, de múltiplas e diferenciadas posições jurídicas, cujo conteúdo é tão variável quanto as transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 55.

¹³ No que toca ao assunto, Wolkmer leciona que: “Quanto às fontes legais institucionalizadas, os direitos civis clássicos de ‘primeira dimensão’ surgiram e foram proclamados nas célebres declarações de direitos de Virgínia (1776) e da França (1789). Da mesma forma, tais direitos e garantias são positivados, incorporados e consagrados pela Constituição Americana de 1787 e pelas Constituições Francesas de 1791 e 1793. Por fim, recorda-se que o mais importante código privado dessa época — fiel tradução do espírito liberal-individual — foi o Código Napoleônico de 1804”. WOLKMER, Antonio Carlos. Direitos humanos: novas dimensões e novas fundamentações. **Revista Direito em Debate. Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIJUI**, Ijuí, ano X, n. 16/17, p. 09-32, jan./jun., 2002, p. 14. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/viewFile/768/490>>. Acesso em: 05 jul. 2014.

Assinalando o signo da fraternidade, os direitos de “terceira dimensão” simbolizam os direitos metaindividuais, direitos coletivos e difusos, avistados no início da década de 1960, nos quais se incluem o direito ao desenvolvimento sustentável¹⁴, o direito ao patrimônio comum da humanidade, ao meio ambiente, à qualidade de vida, à comunicação, aos direitos dos consumidores, etc. Consistem no dever de colaboração de todos os Estados e não só a ação de um indivíduo. Absorvem uma dimensão coletiva que explica a outra expressão que lhes define: *direito dos povos*¹⁵.

Decorrem da preocupação dos Estados consolidados economicamente e dos emergentes em efetivar o terceiro ideal da Revolução Francesa: a fraternidade ou solidariedade¹⁶.

Do ponto de vista histórico, as transformações sociais afloradas no Pós-segunda Guerra Mundial, marcada pela mutilação e extermínio de vidas humanas¹⁷, o processo de industrialização e consumo exacerbado inerente à política econômica neoliberal¹⁸ e a busca desenfreada ao lucro em detrimento da escassez dos recursos naturais e do desenvolvimento sustentável reivindicaram a ampliação dos sujeitos de direito e dos novos interesses da coletividade, notadamente para a tutela desta em sentido amplo, independente de sua

¹⁴ De acordo com as pontuais lições de Gabriel Ferrer, a sustentabilidade retrata uma nova percepção consistente em inserir, na sociedade e nos governos contemporâneos, as modificações indispensáveis a fim de possibilitar a manutenção da espécie humana em circunstâncias sociais, econômicas e ambientais mais dignas. FERRER, Gabriel Real. **Teoria general de la sostenibilidad y competencias de la Unión. La sostenibilidad em los tratados**. Alicante-ES. *Universidad de Alicante*, 27 maio de 2013. Aula ministrada na disciplina Políticas de Sustentabilidade na União Europeia do curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Univali.

¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almeida, 1998. p. 362.

¹⁶ Como refere Marcos Leite Garcia “Algumas questões são diferenciadoras dos direitos fundamentais de terceira dimensão, também chamados de ‘novos’ direitos. Devido as suas especiais condições, diferentes dos demais direitos fundamentais, os novos direitos são individuais, coletivos e difusos ao mesmo tempo, por isso considerados transindividuais. São transfronteiriços e transnacionais, pois sua principal característica é que sua proteção não é satisfeita dentro das fronteiras tradicionais do Estado nacional. São direitos relacionados com o valor solidariedade. Requerem uma visão de solidariedade, sem a mentalidade social de solidariedade não podemos entender os direitos difusos. Na visão de Carlos Cabo Martins a noção do valor de solidariedade é uma característica, um princípio básico, do constitucionalismo do Estado social de Direito. Certamente que é impossível pensar em um direito fundamental coletivo e/ou difuso sem a consideração do valor solidariedade”. GARCIA, Marcos Leite. “Novos” direitos fundamentais: características básicas. In: **Âmbito Jurídico**: Rio Grande, XII, n. 70, nov. 2009. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6654. Acesso em: 08 ago. 2014.

¹⁷ WOLKMER, Antônio Carlos. **Direitos Humanos: Novas dimensões e novas fundamentações**. p. 17.

¹⁸ Com adverte Paulo Márcio Cruz, “O Neoliberalismo é o principal movimento de oposição aos modelos de Estado de Bem-Estar observado nas décadas de 80 e 90. O Estado de Bem-Estar e a Democracia Social, por extensão, são, para o Neoliberalismo, incompatíveis com a ética e a liberdade política e econômica. Contra o Estado de Bem-Estar existem, atualmente, argumentos muito robustos e não são poucos nem de pouca intensidade. Os neoliberais, mesmo ressalvadas as discordâncias que se tem em relação a eles, expõem contradições muito concretas em suas críticas”. CRUZ, Paulo Márcio. O Estado do Bem-Estar. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n.21, dez. 2007. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Paulo_Cruz.htm>. Acesso em: 06 set. 2014.

naturalidade ou nacionalidade. Wolkmer enfatiza que entre os denominados direitos de terceira dimensão têm destaque os direitos relacionados à proteção ambiental e do consumidor, cujo coroamento, no plano interno, foi a aprovação da Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85)¹⁹. Também Bobbio, ao discorrer sobre os direitos do homem e da sociedade, contempla o direito fundamental ao meio ambiente entre os “novos direitos” do homem, reforçando que “nos movimentos ecológicos está emergindo quase que um direito da natureza a ser respeitada ou não explorada, onde as palavras ‘respeito’ e ‘exploração’ são exatamente as mesmas usadas, tradicionalmente, na definição e justificativa dos direitos do homem”.²⁰

Considerada a “Nova Era” dos direitos, a quarta dimensão compreende aqueles com estreita ligação com a vida humana, voltados à biotecnologia, à bioética e à regulação da engenharia genética, como a reprodução humana assistida, aborto, eutanásia, cirurgias intrauterinas, transplantes de órgão, engenharia genética, contracepção, etc.

Ao argumentar sobre o caráter histórico dos direitos humanos, porque originados de forma gradual, não todos de uma vez, Bobbio esclarece que os direitos de quarta dimensão resultam de novas exigências da sociedade, “referentes aos efeitos cada vez traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo”.²¹

Destaca-se, no Brasil, a Lei n. 11.205/2005, que regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal de 1922²², que estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados (OGM) e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança (CNBS), reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio), dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança (PNB), revogando as disposições legais anteriores (a Lei n. 8.974/1995, a Medida Provisória n. 2.191-9/2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei n. 10.814/2003).

¹⁹ WOLKMER, Antônio Carlos. **Direitos Humanos**: novas dimensões e novas fundamentações. p. 17

²⁰ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. p. 69.

²¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. p. 6.

²² “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. [...] § 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: [...] II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; [...] IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; [...] V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente [...]”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 05 jul. 2014.

A Lei n. 11.205/2005 regula, no plano interno, os denominados direitos fundamentais de quarta dimensão, já que estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de OGMs e seus derivados, tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente (Lei n. 11.105/2005, art. 1º).

Por derradeiro, a quinta dimensão de direitos simboliza a “Era digital”, os direitos oriundos das tecnologias de informações (internet) e as relações jurídicas reflexas, representadas pela célere expansão cibernética, pelo crescente comércio eletrônico, cujos limites ultrapassam as fronteiras nacionais, e pela inteligência artificial, como ressalta Wolkmer:

A passagem do século XX para o novo milênio reflete uma transição paradigmática da sociedade industrial para a sociedade da era virtual. É extraordinário o impacto do desenvolvimento da cibernética, das redes de computadores, do comércio eletrônico, das possibilidades da inteligência artificial e da vertiginosa difusão da internet sobre o campo do Direito, sobre a sociedade mundial e sobre os bens culturais do potencial massificador do espaço digital.²³

No Brasil, ganha importância o Marco Civil Regulatório da Internet, representado pela Lei. n. 12.965/14, que estabelece princípios, garantias e deveres para o uso da internet no país. Entre os fundamentos do referido diploma legal, acentua-se, pelo contexto histórico da evolução dos direitos fundamentais:

- a) o respeito à liberdade de expressão;
- b) o reconhecimento da escala mundial da rede;
- c) os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais;
- d) a pluralidade e a diversidade;
- e) a abertura e a colaboração;
- f) a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e
- g) a finalidade social da rede.

Esses fundamentos representam uma síntese de todas as dimensões de direitos

²³ WOLKMER, Antônio Carlos. **Direitos Humanos**: novas dimensões e novas fundamentações. p. 21-22.

fundamentais e dos ideais inspiradores das primeiras declarações de direitos: liberdade, igualdade e fraternidade.

4 A APLICABILIDADE DO SISTEMA CONSTITUCIONAL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO NAS RELAÇÕES PRIVADAS — A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais da pessoa humana em razão de seus caracteres (historicidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade e imprescritibilidade)²⁴ e por força do sistema constitucional de direitos fundamentais²⁵ têm reflexo imediato em todo ordenamento jurídico e relação jurídica, ainda que ausente a figura estatal. A importante repercussão internacional da nova abordagem dos direitos humanos no Ocidente orienta uma conduta diferenciada sobre a efetividade dos direitos fundamentais no Brasil, os quais, em similitude às constituições alemã, espanhola e portuguesa, modelos adotados pela Constituição da República de 1988, ultrapassam os limites do reconhecimento, declaração e proteção, para incluir a concretização dos direitos fundamentais, inserindo no texto constitucional um conjunto ordenado e coordenado de princípios e valores jurídicos fundamentais imperativos, com aplicação imediata nas relações entre Estado e particular e entre particulares.

Para Anna Cândida da Cunha Ferraz, de extrema valia é a alusão, pela doutrina, do sistema constitucional de direitos fundamentais, guarnecido de “densidade normativa de diferentes graus”, estribado por um núcleo de princípios e valores jurídicos fundamentais imperativos, porque impõe a todos os destinatários ou beneficiários das normas definidoras de direitos, uma nova leitura sistêmica dos direitos fundamentais. Essa concepção reforça a obrigatoriedade de observância dessa gama de direitos, na aplicação, na interpretação e na

²⁴ Nas lições de José Afonso da Silva, os direitos fundamentais são: a) históricos, porque surgiram com a Revolução Francesa e evoluíram com o passar dos tempos; b) inalienáveis, pois intransferíveis, inegociáveis em razão de sua natureza jurídica (não possuem conteúdo econômico-patrimonial); c) imprescritíveis, porque jamais deixam de ser exigíveis em virtude de serem personalismos, ainda que não individualizados; d) irrenunciáveis, embora alguns deles possam até não ser exercidos pelo titular do direito. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 181.

²⁵ Sobre o Sistema Constitucional de Direitos Fundamentais, anota Anna Cândida da Cunha Ferraz que “impulsionada pela evolução histórica do mundo atual, pela reação à ordem constitucional anterior e pela enorme repercussão internacional do novo tratamento dos direitos da pessoa humana, cuja ideia central é não apenas reconhecer, declarar, proteger, mas sobretudo concretizar direitos fundamentais de todos os “cidadãos” do mundo, a Constituição de 1988 avança, ainda, de modo absolutamente inovador nesse campo, e leva à percepção do que se pode chamar de um “sistema” constitucional de direitos fundamentais”, ou seja de um conjunto normativa ordenado e coordenado, informado por um núcleo de princípios e valores jurídicos fundamentais dominantes, dotado de unidade de sentido, completude e coerência e de um caráter de fundamentalidade”. BITTAR, Eduardo C. B. (Org.); FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Direitos Humanos Fundamentais: posituação e concretização**. p. 125.

efetivação na produção legislativa, na concretização das políticas públicas pela Administração, no exercício da jurisdição e nas relações entre particulares, condicionados que estão ao cumprimento das normas constitucionais.²⁶

Como adverte Celso de Mello, os fundamentos contidos no texto constitucional devem ser observados de modo incondicional por todos, em virtude da supremacia da Constituição, sob pena de ser considerado írrito o ato atentatório às garantias constitucionais.

É preciso respeitar, de modo incondicional, os parâmetros de atuação delineados no texto constitucional. Uma Constituição escrita não configura mera peça jurídica, nem é simples escritura de normatividade e nem pode caracterizar um irrelevante acidente histórico na vida dos povos e das nações. Todos os atos estatais que repugnem à Constituição expõem-se à censura jurídica – dos Tribunais especialmente – porque são írritos, nulos e desvestidos de qualquer validade. A Constituição não pode submeter-se à vontade dos poderosos constituídos e nem ao império dos fatos e das circunstâncias. A supremacia de que ela se reveste — enquanto for respeitada — constituirá a garantia mais efetiva de que os direitos e as liberdades não serão jamais ofendidos. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe a tarefa, magna e eminente, de velar por que essa realidade não seja desfigurada.²⁷

Nessa vertente, os direitos fundamentais podem ser sintetizados na garantia irrenunciável à dignidade da pessoa humana,²⁸ representada pelo respeito à vida, como patrimônio máximo do ordenamento jurídico, à liberdade e todas suas formas de manifestação (p. ex. de locomoção, de expressão, de livre concorrência, etc), à igualdade material, consistente na aferição da isonomia de acordo com as circunstâncias fáticas de cada caso específico. A concretização dos direitos fundamentais tem início com a adoção de condutas e ações positivas pelo Estado, visando à promoção social por meio de políticas públicas (Estado Social), que representam o coroamento do Estado Democrático de Direito, e, numa segunda vertente, pela estrita observância, nas relações entre particulares, dos princípios constitucionais fundamentais,²⁹ na medida em que, como discorrido por Konrad Hesse³⁰, a

²⁶ BITTAR, Eduardo C. B. (Org.); FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Direitos Humanos Fundamentais: positividade e concretização**. p. 127.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 293-7/600, 1994, DJ 16/04/93, Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 ago. 2014.

²⁸ Como adverte Flávia Piovesan, “o valor da dignidade da pessoa humana impõe-se como núcleo básico e informador de todo ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional”. PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 5. ed. São Paulo: Max Limond, 2002. p. 56-57.

²⁹ Como aponta Luiz Roberto Barroso “O ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como

força normativa da Constituição irradia em todas as relações jurídicas.

Enfatizando a importância da dignidade da pessoa humana como justificção dos direitos humanos, Manuel Atienza³¹ aponta seus três princípios vetores:

Assim é como o formula Carlo Nino em sua obra *Ética e Direitos humanos* [1989]. De acordo com Nino, a justificção dos direitos humanos deve fazer-se a partir destes três princípios: o princípio de inviolabilidade da pessoa humana, que proíbe que possam impor cargas ou sacrifícios a certos indivíduos sem contar com seu consentimento efetivo e sobre a base de que redundam no benefício da maioria da população; o princípio da autonomia da pessoa humana, que prescreve ao Estado permanecer neutro a respeito dos planos de vida e ideais de excelência humana, limitando-se a facilitar a persecução de referidos planos e impedir a interferência mútua no curso da mesma; e o princípio da dignidade da pessoa humana, segundo o qual devemos jogar e tratar as pessoas de acordo com suas ações voluntárias e não segundo outras propriedades e circunstâncias como sua raça, seu sexo, suas crenças, etc.³²

Sem negar a incidência da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, Ingo Sarlet ressalta o conflito aparente que decorre de sua aplicação em alguns casos, já que ambos sujeitos, nas relações entre particulares, são titulares de direitos fundamentais:

Em suma, cuida-se de saber até que ponto pode o particular (independentemente da dimensão processual do problema) recorrer aos

fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. A atividade de interpretação da Constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie". BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 141.

³⁰ Conforme leciona Konrad Hesse, "A Constituição jurídica não significa simples pedaço de papel, tal como caracterizada por Lassalle. Ela não se afigura "impotente para dominar, efetivamente, a distribuição de poder", tal como ensinado por Georg Jellinek e como, hodiernamente, divulgado por um naturalismo e sociologismo que se pretende cético. A constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta do seu tempo. Toda via, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade. Em caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada, necessariamente, a parte mais fraca. Ao contrário, existem pressupostos realizáveis que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar força normativa da Constituição". HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991. p. 25.

³¹ ATIENZA, Manuel. **Tras la justicia**. Barcelona: Planeta S.A, 2012. p. 235.

³² "Así es como lo formula Carlo Nino en su obra *Ética y derechos humanos* [1989]. De acuerdo con Nino, la justificción de los derechos humanos debe hacerse a partir de estos tres principios: el principio de inviolabilidad de la persona humana que prohíbe que se puedan imponer cargas o sacrificios a ciertos individuos sin contar con su consentimiento efectivo y sobre la base de que redundan en beneficio de la mayoría de la población; el principio de autonomía de la persona humana, que prescribe al Estado permanecer neutral respecto de los planes de vida e edeales de excelencia humana y limitarse a facilitar la persecución de dichos planes e impedir la interferencia mutua en el curso de la misma; y el principio de dignidad de la persona humana, según el cual debemos juzgar y tratar a las personas de acuerdo con sus acciones voluntarias y no según otras propiedades y circunstancias como su raza, su sexo, sus creencias, etc" ATIENZA, Manuel. **Tras la justicia**. Barcelona: Planeta S.A, 2012. p. 235.

direitos fundamentais nas relações com outros particulares, isto é, se, quando, e de que modo poderá opor direito fundamental do qual é titular relativamente a outro particular, que, neste caso, exerce o papel de destinatário (obrigado), mas que, por sua vez, também é titular de direitos fundamentais? A natureza peculiar desta configuração decorre justamente da circunstância de que os particulares envolvidos na relação jurídica são, em princípio, ambos (ou todos) os titulares de direitos fundamentais, de tal sorte que se impõe a proteção dos respectivos direitos, bem como a necessidade de se estabelecer restrições recíprocas, estabelecendo-se uma relação de cunho conflituoso, inexistente, em regra, no âmbito das relações entre particulares e as entidades estatais (poder público em geral), já que estas, ao menos em princípio, não podem opor direito fundamental aos primeiros.³³

Também Facchini Neto, discorrendo sobre o tema, aponta que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais surgiu em razão do processo de transformação das relações sociais e de sua complexidade, que motivaram a constante interferência, pelos particulares, sobre os direitos reconhecidos pelo texto constitucional como fundamentais, fenômeno que motivou a imprescindibilidade de proteção desses direitos também nas relações interprivadas pelo Estado, comprometido com a concretização dos direitos fundamentais da pessoa humana. A Constituição significa mais que simples programa político a ser articulado pelos poderes executivo e administrativo, detém normatividade jurídica reforçada, qualificada pela incorporação do sistema de valores indispensáveis “à convivência social, devendo servir como parâmetro de confronto para todo o ordenamento jurídico, além de auxiliar a este como critério informativo e interpretativo validante”³⁴.

Ao comentar sobre a teoria da eficácia horizontal (ou irradiante) dos direitos fundamentais, Carlos Roberto Gonçalves sustenta a necessidade de utilização, pelo magistrado, havendo colisão de direitos fundamentais (p. ex. livre-iniciativa, arts. 1º, IV, e 170, caput, e dignidade da pessoa humana, art. 1º, I), da ponderação de interesses sobre o prisma da razoabilidade e da concordância prática ou harmonização dos direitos fundamentais.

Tem-se observado um crescimento da teoria da eficácia horizontal (ou irradiante) dos direitos fundamentais, ou seja, da teoria da aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas, especialmente em face de atividades privadas que tenham certo “caráter público”, por exemplo,

³³ SARLET. Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET. Ingo Wolfgang (Org.). **A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2000. p. 112-113.

³⁴ FACCHINI NETO, Eugênio. A constitucionalização do direito privado. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro**, Ano 1 (2012), n. 1, 185-243, p. 192-193. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/RIDB_001_0185_0243.pdf>. Acesso em: 05 jul.2014. p. 223-224.

matrículas em escolas, clubes associativos, relações de trabalho etc. O entendimento é que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (eficácia horizontal imediata). Certamente essa eficácia horizontal ou irradiante traz uma nova visão da matéria, uma vez que as normas de proteção da pessoa, previstas na Constituição Federal, sempre foram tidas como dirigidas ao legislador e ao Estado (normas programáticas). Essa concepção não mais prevalece, pois a eficácia horizontal torna mais evidente e concreta a proteção da dignidade da pessoa humana e de outros valores constitucionais.³⁵

Rubia Carla Goedert e Rosalice Fidalgo Pinheiro, ao discorrer sobre a temática proposta, destacam os reflexos da eficácia horizontal dos direitos fundamentais sobre a função contratual, como corroborado por Canotilho,³⁶ salientando a necessidade de o contrato ser apreciado com base nos valores e princípios fundamentais estabelecidos pela Constituição da República.

[...] a eficácia dos direitos fundamentais não é apenas vertical — Estado e cidadão — mas, ainda, horizontal — entre os cidadãos. Tal assertiva decorre do fato de que mais ameaçador aos direitos humanos o poder privado pode revelar-se do que o exercido pelas autoridades públicas, “uma vez que não está democraticamente legitimado”. Surge então a nova função do contrato, o qual passa a ser interpretado à luz dos valores descritos constitucionalmente, não estando adstrito aos limites do Direito Privado e, conseqüentemente, houve uma delimitação do âmbito de expressão da autonomia privada por parte dos direitos fundamentais. Assim, superada a visão unitária do ordenamento jurídico de outrora, onde o Código Civil era o único diploma a regulamentar as relações privadas, não se pode mais solucionar conflitos e controvérsias baseando-se simplesmente no que dispõe a lei mas, sim, se faz necessário considerar os princípios fundamentais e todos os demais preceitos contidos na Constituição.³⁷

Nessa mirada, há muito Konrad Hesse argumenta que a “o significado superior da Constituição normativa manifesta-se, finalmente, na quase ilimitada competência das Cortes

³⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: parte geral. 9. ed, São Paulo: Saraiva, 2011. p. 45-46. Nesse sentido, confere-se o RE 201.819-RJ, STF, rel Min Gilmar Mendes, Dj. 11-10-2005, no qual o relator, Ministro Gilmar Mendes, sustentou que “um meio de irradiação dos direitos fundamentais para as relações privadas seriam as cláusulas gerais (Generalklausel) que serviriam de ‘porta de entrada’ (Einbruchstelle) dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado”. Trata-se, notadamente, da eficácia horizontal mediata, pois, no caso concreto, as cláusulas gerais desempenham papel instrumento de ligação infraconstitucional para as normas constitucionais. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário n. 201.819-RJ, DJ 11-10-2005, Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 ago. 2014.

³⁶ Como adverte Canotilho, atualmente, “um dos temas mais nobres da dogmática jurídica diz respeito às imbricações complexas da irradiação dos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos (Drittwirkung) e do dever de proteção de direitos fundamentais por parte do poder público em relação a terceiros (Schutzpflicht) na ordem jurídico-privada dos contratos”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudo sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra editora, 2004. p. 192.

³⁷ GOEDERT, Rubia Carla; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **A Constitucionalização do Direito Privado, os Direitos Fundamentais e a vinculação dos particulares**. *Revista Jurídica Cesumar*. v. 12, n. 2, p. 463-479, jul./dez. 2012, p. 475.

Constitucionais”, as quais estão legitimadas, com apoio em bases jurídicas, a proferir o último entendimento não só sobre questões fundamentais do Estado, mas também no âmbito do Direito Civil, “que antes parecia rigorosamente isolado”³⁸.

Por tais argumentos, sem contestar efetividade dos direitos fundamentais sobre as relações entre o Estado e particular, amplia-se o campo de incidência do sistema constitucional de direitos fundamentais, para, em nova percepção, reconhecer a imprescindibilidade de incidência dos direitos humanos, reconhecidos pela Carta da Primavera, nas relações jurídicas entre particulares, independente de seu objeto (contratos, sociedades, propriedade, no campo das relações familiares e sucessões, entre outros). A dimensão objetiva dos direitos fundamentais, empregada para consolidar sua dimensão subjetiva, possui justamente essa vertente, constitucionalizar a ordem jurídica vigente difundindo o dever do Estado na proteção dos direitos diante de condutas agressivas ou de ameaça de agressão por entidades privadas³⁹.

O impacto dessa nova abordagem internacional dos direitos humanos no Ocidente tratou de incluir, notadamente, a concretização dos direitos fundamentais, inserindo no texto constitucional um conjunto ordenado e coordenado de princípios e valores jurídicos fundamentais imperativos, com aplicação imediata⁴⁰ nas relações entre Estado e particular e entre particulares. Assim, as liberdades públicas, os direitos negativos e os direitos a

³⁸ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. p 28.

³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Das Constituições dos Direitos à Crítica dos Direitos. **Direito Público**, Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, v. 2, n. 7, p. 82-83, 2005.

⁴⁰ Segundo José Afonso da Silva, “A eficácia e aplicabilidade das normas que contêm os direitos fundamentais dependem muito de seu enunciado, pois se trata de assunto que está em função do direito positivo. A Constituição é expressa sobre o assunto, quando estatui que normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Mas certo é que isso não resolve todas as questões, porque a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados dentre os fundamentais. Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos econômicos e sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada, de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta, mas são tão jurídicas como as outras e exercem relevante função, porque, quanto mais se aperfeiçoam e adquirem eficácia mais ampla, mais se tornam garantias de democracia e do efetivo exercício dos demais direitos fundamentais”. (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 178-179). Porém, refere-se o sentido da frase a obrigatoriedade de observância dos direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, nas relações interprivadas. Nesse sentido, José Joaquim Gomes Canotilho sustenta, com a autoridade que não lhe é olvidada, “Relativamente à questão da programaticidade e da normatividade das normas constitucionais em geral das normas constitucionais consagradoras de direitos em especial, para poder dar-se como assente o seguinte: (1) nenhuma norma da Constituição, mas, mais particularmente, as normas consagradoras de direitos, pode ser jurídica, dogmática e politicamente entendida como simples ‘programa’, ‘proclamação’, ‘desejo’ e ‘aleluia jurídico’ como pretendia uma significativa parte da juspublicista antes da 2ª Guerra Mundial; ou como (2) programas constitucionais, eventualmente úteis para a conformação das políticas dos direitos mas imprestáveis para fornecer suporte jurídico imediato a qualquer densificação subjetiva”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Das Constituições dos Direitos à Crítica dos Direitos. **Direito Público**, Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, v. 2, n. 7, p. 82, 2005.

prestações positivas do Estado — os chamados direitos econômicos, sociais e culturais —, por força do sistema constitucional de direitos fundamentais e por conta da força normativa da constituição ecoam em toda ordem jurídica, alcançando também os ramos nitidamente de direito privado.

Nessa vertente, os institutos tradicionais do direito privado, como as relações familiares, o negócio jurídico, o contrato, a sociedade, a propriedade e a posse passam a ser interpretados consoante a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, na medida em que a força normativa da constituição irradia seus princípios e valores em todas as relações jurídicas. A funcionalidade social dos institutos de direito privado e a dignidade da pessoa humana vão sustentar a argumentação jurídica dos magistrados para a efetivação dos direitos fundamentais nas relações privadas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer da pesquisa foram apreciados temas essenciais para a compreensão do objetivo científico deste trabalho, servindo como suporte teórico para a constatação da aplicabilidade do sistema constitucional dos direitos fundamentais nas relações privadas, aplicando-se o fenômeno da eficácia horizontal dos direitos fundamentais

Nessa perspectiva, pretende-se demonstrar, de forma sintética, os principais posicionamentos adotados ao longo da investigação.

Constatou-se inicialmente ter a origem histórica dos direitos humanos surgimento em declarações de direitos, cuja forma embrionária é apontada nas proclamações solenes, inspiradas, segundo a doutrina francesa, no pensamento cristão e nos direitos naturais, bem como na insuficiente e restrita concepção das liberdades públicas. Em um segundo momento, os direitos humanos são introjetados no preâmbulo das constituições, na França particularmente. No plano internacional recebe reconhecimento nos documentos internacionais, consubstanciados nos moldes das primeiras declarações de direitos, e no interno, passam a incorporar as constituições, com capítulos específicos, adquirindo o *status* de normas jurídicas positivas constitucionais, direitos subjetivos de cada povo, cujo resultado jurídico prático se mostra significativo. Contudo, a afirmação dos direitos fundamentais, com sua positivação no ordenamento jurídico, tem origem apontada no movimento do constitucionalismo, surgido no século XVIII, cujo principal intento foi limitar o poder arbitrário do Estado, garantindo os interesses e direitos da sociedade burguesa, como coibir o

excesso de tributação e garantir a liberdade de expressão, mas também assegurar aqueles denominados direitos humanos. Tratava-se mais que um movimento jurídico, porque legitimado pelo pensamento econômico, filosófico e político do liberalismo, cujas raízes eram corroboradas pelo movimento do iluminismo vigente à época, que irradiava seus ideais por todo Ocidente.

Para efetivação dos ideais foi imprescindível a adoção de três instrumentos: a constituição escrita, a separação dos poderes e as declarações de direitos. Os direitos fundamentais de “primeira dimensão” correspondem aos direitos civis e políticos, consolidados pelos direitos individuais à liberdade, à igualdade, à propriedade, à segurança e à resistência às variadas formas de expressão. Surgiram para salvaguardar os direitos vistos como naturais contra as arbitrariedades do estado absolutista e por tal razão são definidos também como direitos negativos ou liberdades negativas. Por sua vez, os direitos de “segunda dimensão” correspondem aos chamados direitos sociais, econômicos e culturais, baseados no princípio da igualdade, os quais retratam a conduta positiva do Estado na garantia e implementação desses direitos fundamentais a todos os indivíduos. Por fim, os direitos de “terceira dimensão” decorrem da preocupação dos estados consolidados economicamente e dos emergentes em efetivar o terceiro ideal da revolução francesa, a fraternidade ou solidariedade. Nessa classificação destaca-se o direito ao meio ambiente equilibrado e sustentável e ao patrimônio comum da humanidade.

Nesta pesquisa confirmou-se ainda a existência dos direitos de “quarta” e “quinta” dimensão, chamados de “a nova era de direitos”. A quarta dimensão de direitos compreende aqueles com estreita ligação com a vida humana, voltados à biotecnologia, à bioética e à regulação da engenharia genética, como a reprodução humana assistida, aborto, eutanásia, cirurgias intrauterinas, transplantes de órgão, engenharia genética, contracepção, etc. A quinta dimensão simboliza a “era digital”, os direitos oriundos das tecnologias de informações (internet) e as relações jurídicas reflexas, representadas pela célere expansão cibernética.

No transcurso do trabalho confirmou-se que os direitos fundamentais da pessoa humana em razão de seus caracteres (historicidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade e imprescritibilidade) e por força do sistema constitucional de direitos fundamentais, têm reflexo imediato em todo ordenamento jurídico e relação jurídica, ainda que ausente a figura estatal. A importante repercussão internacional da nova abordagem dos direitos humanos no Ocidente orienta uma conduta diferenciada sobre a efetividade dos direitos fundamentais no Brasil, os quais, em similitude às constituições alemã, espanhola e portuguesa, modelos

adotados pela Constituição da República de 1988, ultrapassam os limites do reconhecimento, declaração e proteção, para incluir a concretização dos direitos fundamentais, inserindo no texto constitucional um conjunto ordenado e coordenado de princípios e valores jurídicos fundamentais imperativos, com aplicação imediata nas relações entre Estado e particular e entre particulares. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais, empregada para consolidar sua dimensão subjetiva, possui justamente essa vertente, constitucionalizar a ordem jurídica vigente difundindo o dever do Estado na proteção dos direitos humanos perante condutas violadoras desses direitos por entidades privadas.

THE CONSTITUTIONAL SYSTEM OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND YOUR'S APPLICABILITY IN PRIVATE LAWS

Júlio César Bernardes

ABSTRACT

This work aims to study the evolution of the constitutional system of fundamental rights and its applicability in private law, necessary for the implementation and enforcement of fundamental rights in private relationships, applying the phenomenon of horizontal effect of fundamental rights. For text of the production we used the Inductive Method and bibliographical research. At the end of the survey it was confirmed that the application of the constitutional system of fundamental rights by normative force of the Constitution was essential for the new perception of private law, focused on valuing "human dignity" corollary the Horizontal Effectiveness of Fundamental Rights.

Keywords: Constitution. Fundamental Rights. Civil Law.

REFERÊNCIA

ATIENZA, Manuel. **Tras la justicia**. Barcelona: Planeta S.A, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BITTAR, Eduardo C. B. (Org); FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. **Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização**. São Paulo: Edifio, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de: Carlos Nelson Coutinho. 10. ed. Rio de Janeiro; Campus, 1992.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: promulgada em 05 de

outubro de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 5 jul. 2014.

_____. **Leis Federais**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 5 jul. 2014.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 293-7/600, 1994, DJ 16/04/93, Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em :10 ago.2014.

_____. _____. Recurso Extraordinário nº 201.819-RJ, DJ 11-10-2005, Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 ago. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almeida, 1998. p. 362.

_____. Das constituições dos direitos à crítica dos direitos. **Direito Público**, Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, v. 2, n. 7, 2005.

_____. Estudo sobre direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra editora, 2004.

CRUZ, Paulo Márcio. O Estado do Bem-Estar. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 21, dez. 2007. Disponível em:

<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Paulo_Cruz.htm>. Acesso em: 6 set. 2014.

FACCHINI NETO, Eugênio. A constitucionalização do direito privado. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro**, ano 1 , n. 1, 185-243, p. 192-193, 2012. Disponível em:

<http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/RIDB_001_0185_0243.pdf>. Acesso em: 5 jul. 2014.

FERRER, Gabriel Real. **Teoria general de la sostenibilidad y competencias de la Unión: la sostenibilidad em los tratados**. Alicante-ES. Universidad de Alicante, 27 maio de 2013. Aula ministrada na disciplina Políticas de Sustentabilidade na União Europeia do curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Univali.

GARCIA, Marcos Leite. “Novos” direitos fundamentais: características básicas. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 70, nov. 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6654>. Acesso em: 8 ago. 2014.

GOEDERT, Rubia Carla; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. A constitucionalização do direito privado, os direitos fundamentais e a vinculação dos particulares. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 12, n. 2, p. 463-479, jul./dez. 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes.

Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 5. ed. São Paulo: Max Limond, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

WOLKMER, Antônio Carlos. Direitos Humanos: novas dimensões e novas fundamentações. **Revista Direito em Debate**: revista do departamento de ciências jurídicas e sociais da UNIJUI, Ijuí, ano X, n. 16/17, p. 09-32, jan./jun., 2002. Disponível em: <
<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/viewFile/768/490>
>:. Acesso em: 5 jul. 2014.