

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

**EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS
RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E
EMPRESARIAIS II**

LUIZ EDUARDO GUNTHER

MARCO ANTÔNIO CÉSAR VILLATORE

PAULLA CHRISTIANNE DA COSTA NEWTON

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

E27

Eficácia de direitos fundamentais nas relações do trabalho, sociais e empresariais II [Recurso eletrônico on-line]
organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Luiz Eduardo Gunther, Marco Antônio César Villatore, Paulla Christianne Da Costa Newton
– Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-188-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Eficácia de Direitos Fundamentais.
3. Relações de Trabalho. 4. Relações Sociais. 5. Relações Empresariais. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. :
2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC

www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E EMPRESARIAIS II

Apresentação

A Coordenação do Grupo de Trabalho EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E EMPRESARIAIS II, do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI, sente-se honrada por apresentar essa coletânea de artigos, fruto das pesquisas e dos debates que serão realizados no âmbito do XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, cujo tema é DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e perspectivas para um Brasil justo.

O evento que será realizado na Capital Federal, desenvolverá suas atividades em três Instituições de Ensino Superior: Curso de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, da UNB - Universidade de Brasília; Universidade Católica de Brasília – UCB; e Centro Universitário do Distrito Federal – UDF, e com o Instituto Brasiliense do Direito Público – IDP, no período de 06 a 09 de julho de 2016.

Dentre os inúmeros trabalhos encaminhados, provenientes de todas as regiões do País, dezoito artigos foram aprovados e selecionados para a nossa Coordenação, com temas ligados ao Direito Econômico, ao Direito Empresarial, ao Direito do Trabalho e ao Direito Ambiental.

O CONPEDI, desde 2005, fomenta o debate nas áreas do Direito Econômico em grupos de trabalho específicos, como aqueles voltados às relações de consumo e desenvolvimento, além de investigar a relação entre Direito Econômico, modernidade e análise econômica do Direito, e temas correlatos.

Não remanescem dúvidas de que a contribuição acadêmica dos pesquisadores participantes do Grupo de Trabalho EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E EMPRESARIAIS II é essencial para movimentar os debates social, econômico, ambiental, político e jurídico, revigorando a participação democrática.

Aproveitamos para, mais uma vez, tecer sinceros parabéns aos autores e, ainda, registrar nosso propósito de instauração de debates impulsionados pelos trabalhos que serão expostos no Congresso que se avizinha.

Brasília, julho de 2016.

Coordenadores do Grupo de Trabalho

Luiz Eduardo Gunther

Marco Antônio César Villatore

Paula Christianne Da Costa Newton

A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

THE LINKING OF INDIVIDUALS TO THE SOLIDARITY PRINCIPLE IN THE BRAZILIAN LEGAL ORDER

Sabrina Favero

Resumo

Indaga-se a possibilidade de imposição nas relações particulares da solidariedade como mecanismo de efetivação dos objetivos do Estado e do atingimento da justiça social. Procura-se demonstrar que, nesse aspecto, a restrição à autonomia privada e a consequente imposição de um dever fundamental demanda intermediação legislativa. O estudo foi estruturado em três partes: conteúdo da solidariedade na Constituição; as teorias relativas à vinculação de particulares a direitos fundamentais e a possibilidade da aplicação do princípio da solidariedade nas relações entre particulares. É pesquisa acadêmica teórica, com utilização de bibliografia e jurisprudências atinentes ao tema, com utilização do método dedutivo.

Palavras-chave: Princípio da solidariedade, Direitos fundamentais, Eficácia horizontal

Abstract/Resumen/Résumé

The possibility of imposing solidarity on particular relationships as a mechanism of effectuation of the State goals and the achievement of social justice is something questioned. It is demonstrated that, in this respect, the restriction on private autonomy and the consequent imposition of a fundamental duty demand legislative intermediation. This study is structured in three parts: content of solidarity in the Constitution; theories of linking individuals to fundamental rights and possibility of applying the solidarity principle in relationships between individuals. It is a theoretical academic research, using literature and jurisprudence pertaining to the topic as well as the deductive method.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Principle of solidarity, Fundamental rights, Horizontal effectiveness

INTRODUÇÃO

A Constituição Brasileira é analítica, na medida em que abordou de forma ampla os assuntos tidos como fundamentais ao Estado. Ela está fundamentada, dentre outros aspectos, na dignidade humana e na cidadania (art. 1º). Ainda, estabelece uma série de objetivos a serem alcançados pela República, dentre os quais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a redução das desigualdades sociais e a promoção de todos, com a eliminação de discriminação (art. 3º).

Seguindo a tendência contemporânea, o epicentro da Constituição Brasileira não é mais, como outrora, o Estado, mas a pessoa humana. O homem é finalidade última do Estado e não o contrário e a ele devem ser garantidas as condições de realização.

Se o constitucionalismo liberal estava fundamentado na necessidade de limitação do poder estatal para preservação de liberdades individuais, o constitucionalismo contemporâneo concebe um papel mais ativo do Estado na concretização da dignidade humana. Além disso, a compreensão de que o poder não é apenas um fenômeno político, mas também social, demanda um comportamento comissivo inclusive da sociedade.

De fato, diferentemente da concepção liberal, contemporaneamente exige-se do corpo social a tarefa de concretização da pessoa humana e é em razão desse novo sentido que surge o princípio da solidariedade, com previsão expressa na Constituição Federal (art. 3º, I), que estabelece dentre os objetivos da República a construção de uma sociedade solidária.

Embora os indivíduos, na convivência social, não mantenham relações apenas com o Estado (relação vertical), mas também entre si (relação horizontal), há dúvida se a solidariedade deve ser respeitada e/ou imposta nas relações entre particulares.

Justifica-se a escolha do tema nas crescentes e ágeis mudanças pelas quais passa a sociedade brasileira, em que se percebe a evolução social do fenômeno do poder quando o Estado deixa de ser o único capaz de subjugar o indivíduo.

O objetivo do presente artigo é, então, analisar se a ordem jurídica pode impor um comportamento ativo de solidariedade aos indivíduos em suas relações privadas, interferindo na autonomia e liberdade individual em benefício da coletividade. Caso se admita essa interferência, há que se estabelecer a forma e o alcance; por outro lado, a ideia da não-vinculação deve, da mesma forma, ser justificada.

Para tanto, o estudo foi desenvolvido em três pontos. No primeiro, analisa-se as especificidades do princípio da solidariedade na Constituição Federal; no segundo, estuda-se a

forma como os direitos fundamentais vinculam particulares no Brasil; e, por fim, busca-se verificar se a solidariedade deve ser observada nas relações privadas.

O trabalho constitui-se em pesquisa acadêmica qualitativa e teórica, para a qual será utilizado o método dedutivo, com a utilização de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

1 O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A solidariedade tem guarida na Constituição Federal que, no inciso I do art. 3º estabelece ser objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade solidária. Além disso, a importância da solidariedade pode ser percebida pelas diversas referências que a Constituição faz dela, inclusive no preâmbulo:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de **uma sociedade fraterna**, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (grifou-se)

Há que se investigar, entretanto, que status possui a solidariedade na ordem jurídica brasileira, ou seja, qual sua natureza jurídica. Consta sedimentado na hermenêutica jurídica que o gênero “norma” pode adquirir tanto a forma de regra quanto a de princípio.

Silva (2014) esclarece que há três teorias que procuram explicar a diferença entre princípios e regras: a) as que defendem uma distinção forte (princípios e regras têm bases lógicas diferentes); b) as que defendem uma distinção débil (a diferença entre eles é apenas de grau); e, c) as que defendem que não há diferença entre ambos.

Alexy (2014) propõe uma diferenciação forte, segundo a qual princípios são mandamentos de otimização porque se tratam de normas que devem ser realizadas da melhor maneira dentro das possibilidades existentes e regras são normas que são satisfeitas ou não, conforme a possibilidade fática e jurídica.

A diferença entre regras e princípios está na forma como são aplicadas. Princípios, enquanto mandamentos de otimização demandam uma aplicação da melhor forma possível enquanto que as regras aplicam-se ou não, mediante a subsunção, isto é, na forma *tudo ou nada*. Por isso, as antinomias entre princípios resolvem-se com a aplicação da proporcionalidade, em que um não invalida outro, mas prepondera a depender do caso concreto, enquanto que no conflito entre regras, uma delas deixa de ser aplicada em detrimento da outra.

As disposições constitucionais abarcam tanto regras quanto princípios, mas ambas as espécies detêm um lugar privilegiado no ordenamento jurídico, ante à supremacia que a Constituição exerce no sistema. Mas nem sempre foi assim, pois a concepção de que as disposições constitucionais têm caráter normativo foi construída ao longo do século XX.

Nesse sentido, Barroso (2009,) relata a mudança de paradigma ocorrida no século XX para atribuir às disposições constitucionais o status de normas jurídicas com aplicabilidade imediata e que, segundo ele podem ser agrupadas em razão de seu conteúdo em três categorias: a) de organização do Estado; b) definidoras de direitos; c) programáticas.

Em direção semelhante, Mendes e Branco (2014) diferenciam duas partes na Constituição: uma orgânica, que defina a organização do Estado e suas competências e outra, dogmática, que estabelece direitos fundamentais.

A Constituição Federal, então, possui disposições normativas que, ora organizam o Estado ou estabelecem finalidades dele, ora definem direitos (defensivos ou prestacionais). Independente do conteúdo material, tais normas podem adquirir a feição de regras ou princípios. Exemplifica-se: o art. 5º, LVI encerra a regra da proibição da prova ilícita: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”; já no inciso IV consta o princípio do devido processo legal: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Contemporaneamente, as Constituições abrigam, ainda, direitos fundamentais, cuja concepção é influenciada pela espécie de regime político adotado pelo Estado. Historicamente, a inclusão de direitos fundamentais nas cartas constitucionais foi profundamente influenciada pela quebra de paradigmas advindos da Revolução Francesa, que representou o marco histórico do fim da era absolutista.

A Revolução rompeu com o regime político e com a ordem social e trouxe uma concepção individualista que inverteu o pensamento político e representou o fundamento da democracia, não mais tida como o governo do povo, mas como o governo dos cidadãos. A partir de uma formulação hipotética de um estado natural, anterior à sociedade e ao Estado, em que os homens eram livres e iguais, justificou-se o predomínio do indivíduo em face do Estado – um novo pensamento político (BOBBIO, 2004).

O Estado Liberal surgido a partir daí foi pautado na limitação do poder e na legalidade, meios considerados suficientes para garantir a liberdade e desenvolvimento do homem, enquanto indivíduo. No entanto, esse pensamento não se sustentou.

A Revolução Industrial e o trauma experimentado com a Segunda Guerra Mundial fomentaram um debate sobre a condição humana, desencadeando no reconhecimento universal

de direitos humanos com a Declaração Universal de 1948, quando a pessoa humana, e não mais o indivíduo, passou a ocupar o papel mais importante da sociedade.

Na lição de Sarmento (2006), a teoria liberal concedia os direitos fundamentais como limitações ao poder estatal, isto é, numa dimensão subjetiva. O Estado Social trouxe uma nova perspectiva: a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, segundo a qual eles representam a base da ordem jurídica de uma comunidade, os valores e fim a que ela almeja, e, portanto, não se referem apenas ao Estado mas a toda a sociedade. A dimensão objetiva representa os ideais humanitários numa perspectiva comunitária dos direitos fundamentais, que se irradia para todos os ramos do direito, inclusive às relações privadas. Essa nova dimensão muitas vezes limita os direitos fundamentais, porque eles devem estar em consonância com a necessidade coletiva. O homem continua sendo o centro do sistema, mas não mais na perspectiva do indivíduo, mas sim da pessoa.

No Estado Liberal, a Constituição tinha funções de legitimação da ordem pública, garantia de liberdade dos indivíduos e organização do Estado. Atualmente, além dessas, Constituição também busca estruturar a sociedade, tanto que a brasileira pretende estabelecer uma sociedade livre, justa e solidária. Para tanto, “[...] os direitos fundamentais são dotados de eficácia jurídica e tendentes, em grau ótimo, à efetividade, tanto no plano das relações verticais (indivíduo-Estado) como no das relações horizontais (particular-particular)” (STEINMETZ, 2004, p. 90-91).

Nessa nova perspectiva, pode-se entender os direitos fundamentais como aqueles reconhecidos e positivados na Constituição e cujo elemento nuclear é a dignidade da pessoa humana, erigido a fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III da Constituição Federal).

Malgrado a vagueza da expressão, com base na lição de Sarlet (2005, p. 37), pode-se definir dignidade humana como:

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

Apesar das diferentes propostas de conceituação, é assente na doutrina que dignidade humana é um valor imanente ao homem, único ser dotado de racionalidade e, que por isso, sendo um fim em si mesmo, não pode ser tido como coisa; em outras palavras, a dignidade humana impede a “coisificação” do homem.

A necessária relação entre direitos fundamentais e dignidade humana está na proteção que aqueles conferem a esta. Essa proteção foi-se ampliando ao longo da História, pois, à medida que se alterava o modelo de Estado – de liberal para social e, atualmente, Democrático de Direito, novos direitos fundamentais foram surgindo, o que levou a ser cunhado o termo gerações de direitos fundamentais.

A primeira geração abrange direitos que traduzem o ideário das Revoluções Francesa e Americana, quais sejam, abstenções governamentais, representados pela liberdade individuais e pelo direito de propriedade e cujo titular é o homem individualmente considerado. A segunda geração contempla direitos surgidos da crise do Modelo Liberal e na reivindicação de um papel ativo do Estado na concretização de justiça social, fundamentados na igualdade e em uma conduta ativa do ente estatal, tais como assistência social e saúde. Os direitos de terceira geração, por sua vez, são oriundos da proteção não do homem, considerado individualmente, mas da coletividade; caracterizam-se por uma titularidade difusa ou coletiva, como o direito ao meio ambiente e à paz (MENDES e BRANCO, 2014).

Segundo Bulos (2007, p. 403) “[...] a *terceira geração* engloba os direitos de solidariedade ou fraternidade (Karel Vasak). Tais direitos têm sido incorporados nos ordenamentos constitucionais positivos e vigentes em todo o mundo [...]”.

Disso se pode concluir que a solidariedade pode ser considerada um direito fundamental de terceira geração, que abarca diversos outros direitos transindividuais ou coletivos e que está na base da construção da sociedade almejada pela forma tomada pelo Estado.

2 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL

A discussão em torno da vinculação dos particulares a direitos fundamentais, denominada de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, não é recente. Teve início a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão no Caso Lüth, em 1958.

Na época, Erich Lüth conclamou distribuidores de filmes e o público em geral a boicotar um filme lançado por Veit Harlan, cineasta que estava ligado ao incitamento da violência contra judeus. Em vista disso, Harlan ingressou com uma ação cominatória contra Lüth, que foi julgada procedente pelo Tribunal Estadual de Hamburgo; Lüth, então, interpôs Reclamação Constitucional, sob a alegação de violação à liberdade de expressão. A reclamação foi julgada procedente pelo Tribunal Constitucional Alemão em uma das decisões mais

conhecidas daquela corte pois foi fundamentada nos direitos fundamentais como ordem objetiva e axiológica de valores e na eficácia deles à esfera privada (SCHWABE, s.d.).

A partir daí, o debate acerca dessa questão disseminou-se e ainda hoje não há um consenso acerca da vinculação dos particulares a direitos fundamentais em suas relações privadas. A celeuma gravita basicamente no risco de eliminação da autonomia privada, no perigo de esvaziamento do direito privado, na banalização do direito constitucional e no choque entre direitos fundamentais.

Diversas teorias procuram explicar a problemática: as negam eficácia dos direitos fundamentais às relações privadas (Claus-Wilhelm Canaris) e as que a admitem, seja de forma direta (Hans Carl Nipperdey), seja de forma indireta (Günther Dürig). Robert Alexy procurou conciliar diversas teorias em uma só, criando um modelo de três níveis de efeitos.

Canaris (2003), por exemplo, defende que, em princípio, os direitos fundamentais vinculam apenas os poderes públicos, como legislador e julgador. Só o Estado é destinatário de normas de direitos fundamentais e por isso, não há controle sobre os atos privados no que tange a direitos fundamentais, embora haja influência através dos imperativos de tutela. Em relação ao legislador, a aplicabilidade das normas de direitos fundamentais é imediata. Já os juízes devem observar que fundamentação das decisões judiciais submetem-se a ambas as funções dos direitos fundamentais – proibição de intervenção e imperativo de tutela.

A teoria da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas foi desenvolvida por Günter Düring, na Alemanha e é a que prevalece na Corte Constitucional daquele país. Segundo ela, os direitos fundamentais não ingressam na esfera privada diretamente, como direitos subjetivos, porque os indivíduos podem, pela autonomia privada, renunciar a eles. É necessária a construção de pontes entre os direitos fundamentais e o direito privado, representadas por cláusulas gerais e conceitos indeterminados. Os direitos fundamentais não são protegidos pela Constituição, mas pela lei privada, que deve adequar-se aos valores constitucionais. Ao Poder Judiciário cabe apenas a aplicação das cláusulas indeterminadas (SARMENTO, 2006).

A teoria da eficácia imediata, por seu turno, foi primeiramente desenvolvida por Hans Carl Nipperdey e aplicada pela Câmara Primeira do Tribunal Federal do Trabalho da Alemanha. Ela sustenta que os direitos fundamentais possuem dupla dimensão (objetiva e subjetiva), mas não dependem de mediação legislativa ou judicial para terem eficácia perante terceiros, ou seja, eles se aplicam direta e imediatamente nas relações entre particulares (STEINMETZ, 2004).

Alexy (2014), admitindo que as normas de direitos fundamentais devam ser aplicadas nas relações entre particulares, propôs um modelo em três níveis (nível estatal, nível dos direitos

em face do Estado e nível das relações privadas). No nível do dever estatal (de criação e aplicação do Direito) deve ser aplicada a teoria dos efeitos indiretos. No nível dos direitos em face do Estado, deve ser aplicada a teoria da imputação, pois os direitos fundamentais que sejam relevantes na relação entre terceiros devem ser protegidos pelo Estado. Por fim, nas relações jurídicas entre os sujeitos privados, deve-se utilizar a teoria dos efeitos diretos.

No Brasil, apesar de a Constituição Federal determinar que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (art. 5º, § 1º), não se pode inferir, em princípio, se ela expressamente admitiu a eficácia entre particulares e de que modo, tanto é que a doutrina não é unânime sobre o sentido dessa norma.

Para Steinmetz (2004), os direitos fundamentais vinculam os particulares ante à supremacia da Constituição, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, à dignidade humana, à solidariedade e à aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais. Embora imediata, a eficácia deve ser modulada pelo princípio da proporcionalidade.

Com base na Constituição progressista de 1988, que é intervencionista e social e cujo objetivo fundamental é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, Sarmiento (2006) também defende a eficácia direta e imediata, sustentando ainda que essa opção constitucional brasileira é incompatível com o modelo norte-americano e germânico e fundamenta-se num dado fático importante, que é a desigualdade social brasileira.

Silva (2014) discorda da maior parte dos doutrinadores brasileiros que defendem a eficácia direta dos direitos fundamentais às relações privadas porque essa concepção enquadra situações diferentes em um modelo inflexível. O autor propõe uma solução diferente, baseada (mas diversa) no modelo em três níveis de Alexy, segundo a qual direitos fundamentais tem estrutura de princípios e aplicam-se às relações privadas, aprioristicamente, dada a autonomia do direito privado, mediante intervenção legislativa e jurisdicional (eficácia mediata); quando não houver mediação legislativa ou quando essa for insuficiente, a aplicabilidade é imediata. No entanto, para o autor, em determinadas situações a autonomia privada, como princípio formal, autoriza a restrição de direitos fundamentais entre particulares, hipótese em que, eventual celeuma seja equacionada através da utilização da lei da colisão.

A jurisprudência também admite a eficácia dos direitos fundamentais às relações privadas. Nesse sentido, colhe-se do Supremo Tribunal Federal o seguinte aresto:

SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas

igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, **os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.** II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. **O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa** (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. (STF, Recurso Extraordinário 201819/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, de 11/10/2005, grifou-se).

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça também se manifestou a respeito:

RECURSO ESPECIAL. CONDOMÍNIO. AÇÃO DE COBRANÇA DE MULTA CONVENCIONAL. ATO ANTISOCIAL (ART. 1.337, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL). FALTA DE PRÉVIA COMUNICAÇÃO AO CONDÔMINO PUNIDO. DIREITO DE DEFESA. NECESSIDADE. EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. PENALIDADE ANULADA. 1. O art. 1.337 do Código Civil estabeleceu sancionamento para o condômino que reiteradamente venha a violar seus deveres para com o condomínio, além de instituir, em seu parágrafo único, punição extrema àquele que reitera comportamento antissocial, verbis: "O condômino ou possuidor que, por seu reiterado comportamento anti-social, gerar incompatibilidade de convivência com os demais condôminos ou possuidores, poderá ser constrangido a pagar multa correspondente ao décuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, até ulterior deliberação da assembléia". **2. Por se tratar de punição imputada por conduta contrária ao direito, na esteira da visão civil-constitucional do sistema, deve-se reconhecer a aplicação imediata dos princípios que protegem a pessoa humana nas relações particulares, a reconhecida eficácia horizontal dos direitos fundamentais que, também, deve incidir nas relações condominiais, para assegurar, na medida do possível, a ampla defesa e o contraditório. Com efeito, buscando concretizar a dignidade da pessoa humana nas relações privadas, a Constituição Federal, como vértice axiológico de todo o ordenamento, irradiou a incidência dos direitos fundamentais também nas relações particulares, emprestando máximo efeito aos valores constitucionais. Precedentes do**

STF, 3. Também foi a conclusão tirada das Jornadas de Direito Civil do CJF: En. 92: Art. 1.337: As sanções do art. 1.337 do novo Código Civil não podem ser aplicadas sem que se garanta direito de defesa ao condômino nocivo. 4. Na hipótese, a assembleia extraordinária, com quórum qualificado, apenou o recorrido pelo seu comportamento nocivo, sem, no entanto, notificá-lo para fins de apresentação de defesa. Ocorre que a gravidade da punição do condômino antissocial, sem nenhuma garantia de defesa, acaba por onerar consideravelmente o suposto infrator, o qual fica impossibilitado de demonstrar, por qualquer motivo, que seu comportamento não era antijurídico nem afetou a harmonia, a qualidade de vida e o bem-estar geral, sob pena de restringir o seu próprio direito de propriedade. 5. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ, REsp. 1365278/SP, da Quarta Turma. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, de 25/08/2015, publicado no DJe em 29/09/2015).

Daí a conclusão que, em princípio, na ordem jurídica brasileira, em razão da supremacia da Constituição e dos valores por ela encampados há obrigatoriedade de observância dos direitos fundamentais nas relações privadas.

No entanto, não se pode olvidar que há diferentes categorias de direitos fundamentais, umas suficientemente normatizadas e outras não; umas relacionadas a direitos prestacionais, outras, a direitos defensivos. E há ainda as normas programáticas.

A solidariedade, enquanto norma de natureza principiológica deve ser aplicada de forma ótima, isto é, da melhor maneira possível. A questão é delimitar se ele pode ou não ser exigido na relação entre particulares.

3 VINCULAÇÃO, NAS RELAÇÕES PRIVADAS, DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

A solidariedade é um ideal incorporado à Constituição em razão da opção por uma concepção de Estado social e democrático. A construção de uma sociedade justa não se faz apenas com interferências estatais, mas em cooperação com os diversos setores sociais e também com os indivíduos, pois as pessoas, em suas relações privadas, devem ter em conta a proteção e a realização da dignidade humana e os princípios consagrados na Constituição.

A controvérsia em torno da forma como a sociedade convive com a solidariedade, enquanto conceito jurídico, está no fato de que se trata de um direito fundamental de terceira geração, realizável mediante condutas comissivas e, assim, limitadoras da autonomia privada.

A lição de Bobbio (2004) no tocante à dificuldade relacionada ao conteúdo dos direitos humanos também cabe aqui. Segundo ele, trata-se de direitos heterogêneos e, às vezes, antagônicos entre si, logo, não é possível que sejam absolutos. Além disso, nem sempre o que é desejável é realizável na medida em que a realização de determinados direitos não depende

apenas de sua proclamação e da boa vontade dos Estados em efetivá-los, mas sim do desenvolvimento da sociedade.

Parece ser o caso do direito fundamental à solidariedade, vez que abrange uma titularidade difusa ou coletiva, por vezes indeterminada e que há de ser vista sob uma nova perspectiva – a comunitária. De fato, atualmente, a dicotomia público-privado parece emaranhar-se no conceito do coletivo. Há um lugar entre o público e o privado em que deve preponderar o bem comum, a fim de que se obtenha a tão-almejada justiça social.

Esse fenômeno foi denominado por Carvalho (1999, p. 10) como um processo de socialização, segundo o qual “[...] os interesses privados mais importantes à existência humana são tutelados como se públicos fossem e defendidos por grupos de pressão ou órgãos públicos destinados a tal função institucional mesclam-se assim, interesses públicos e privados”.

Não se olvida que a autonomia privada, concebida como o poder de autodeterminação e condição do direito fundamental à liberdade, deve ser garantida como forma de realização da personalidade e, como consequência, da dignidade humana, no entanto, a convivência social, além de direitos, também impõe deveres.

Na lição de Sarlet (2015, p. 235):

O reconhecimento de deveres fundamentais diz com a participação ativa dos cidadãos na vida pública a implica, na acepção de José Carlos Vieira de Andrade, “um empenho solidário de todos na transformação das estruturas sociais”, portanto, reclama um mínimo de responsabilidade social no exercício da liberdade individual e implica na existência de deveres jurídicos (e não apenas morais) de respeito pelos valores constitucionais e pelos direitos fundamentais, inclusive na esfera das relações entre privados, justificando, inclusive, limitações ao exercícios dos direitos fundamentais.

A autonomia privada é um dos componentes da liberdade. Significa o poder de autogovernar-se, desde que não sejam violados direitos de outrem. Também é um pressuposto da democracia, pois apenas a pessoa livre pode escolher conscientemente sobre política e fator relacionado à dignidade humana; inobstante, não é absoluta. Esbarra no direito das outras pessoas e nos valores do Estado Democrático e é por essa razão que se admite a intervenção estatal na esfera da autonomia individual. (SARMENTO, 2004)

Nesse sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: REFORMA AGRARIA - IMÓVEL RURAL SITUADO NO PANTANAL MATO-GROSSENSE - DESAPROPRIAÇÃO-SANÇÃO (CF, ART. 184) - POSSIBILIDADE – [...] A PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, AO IMPOR AO PODER PÚBLICO DEVER DE FAZER RESPEITAR A INTEGRIDADE DO PATRIMÔNIO AMBIENTAL, NÃO O INIBE, QUANDO NECESSÁRIA A INTERVENÇÃO ESTATAL NA ESFERA DOMINIAL PRIVADA, DE PROMOVER A DESAPROPRIAÇÃO DE IMÓVEIS RURAIS PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA, ESPECIALMENTE PORQUE UM DOS INSTRUMENTOS DE REALIZAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE CONSISTE, PRECISAMENTE, NA SUBMISSÃO DO DOMÍNIO À NECESSIDADE DE O SEU TITULAR UTILIZAR

ADEQUADAMENTE OS RECURSOS NATURAIS DISPONÍVEIS E DE FAZER PRESERVAR O EQUILÍBRIO DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 186, II), SOB PENA DE, EM DESCUMPRINDO ESSES ENCARGOS, EXPOR-SE A DESAPROPRIAÇÃO-SANÇÃO AQUE SE REFERE O ART. 184 DA LEI FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO - DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO - PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE. - O DIREITO À INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE - TÍPICO DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO - CONSTITUI PRERROGATIVA JURÍDICA DE TITULARIDADE COLETIVA, REFLETINDO, DENTRO DO PROCESSO DE AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS, A EXPRESSÃO SIGNIFICATIVA DE UM PODER ATRIBUÍDO, NÃO AO INDIVÍDUO IDENTIFICADO EM SUA SINGULARIDADE, MAS, NUM SENTIDO VERDADEIRAMENTE MAIS ABRANGENTE, À PRÓPRIA COLETIVIDADE SOCIAL. ENQUANTO OS DIREITOS DE PRIMEIRA GERAÇÃO (DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS) - QUE COMPREENDEM AS LIBERDADES CLÁSSICAS, NEGATIVAS OU FORMAIS - REALÇAM O PRINCÍPIO DA LIBERDADE E OS DIREITOS DE SEGUNDA GERAÇÃO (DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS) - QUE SE IDENTIFICA COM AS LIBERDADES POSITIVAS, REAIS OU CONCRETAS - ACENTUAM O PRINCÍPIO DA IGUALDADE, OS DIREITOS DE TERCEIRA GERAÇÃO, QUE MATERIALIZAM PODERES DE TITULARIDADE COLETIVA ATRIBUÍDOS GENERICAMENTE A TODAS AS FORMAÇÕES SOCIAIS, CONSAGRAM O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE E CONSTITUEM UM MOMENTO IMPORTANTE NO PROCESSO DE DESENVOLVIMENTO, EXPANSÃO E RECONHECIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS, CARACTERIZADOS, ENQUANTO VALORES FUNDAMENTAIS INDISPONÍVEIS, PELA NOTA DE UMA ESSENCIAL INEXAURIBILIDADE. CONSIDERAÇÕES DOUTRINÁRIAS. (STF, Mandado de Segurança nº 22164/SP, do Tribunal Pleno. Rel. Min. Celso de Mello, Jul. 30/10/1995, Pub. DJ 17/11/1995)

A solidariedade, conforme antes explicitado é uma norma constitucional de natureza fundamental, relacionada a direitos de terceira geração, à fraternidade. O fundamento dela está no elo entre os integrantes da sociedade, que, atualmente, é concebida como uma sociedade de massas, na qual, como bem adverte Coelho (2012, p. 46)

[...] a dispersão de interesses nos faz cada vez mais distantes dos nossos semelhantes, somente uma postura solidária, com a atuação através de associações e comunidade congregadas barra a busca do bem comum poderá resgatar o homem da crise de identidade que atualmente padece.

A fundamentalidade dessa norma impõe uma aplicabilidade imediata, no entanto, em relação aos particulares, é necessária a intermediação legislativa, pois a interferência na esfera de ação dos indivíduos há de ser justificada de forma racional e proporcional pelo legislador, enquanto demonstração das opções políticas eleitas.

De fato, conforme a lição de Steinmetz (2004), em se tratando de direitos fundamentais transindividuais, a vinculação entre os particulares deve ser dada de forma indireta ou mediata. Isso porque: (a) a Constituição sempre prevê nessas hipóteses, intermediação legislativa, (b) os bens protegidos por eles são complexos motivo pelo qual a intermediação do poder público é decisiva, (c) eles exigem tanto abstenções quanto prestações, que conferem ônus material aos

destinatários. Nesse caso a ponderação entre os bens em conflito deve ser feita pelo Poder Legislativo.

Esse também é o pensamento de Sarmiento (2006), que relata a recente preocupação com bens relevantes para grupos, coletividades ou toda a Humanidade, e que foram chamados de direitos fundamentais de terceira geração, cujas características são a transindividualidade e a indivisibilidade. Segundo o autor, eles possuem tanto uma dimensão de defesa quanto uma dimensão de prestação e que vinculam os particulares em ambas as dimensões, embora não da mesma forma como em relação ao Estado, porque os particulares não tem poder de polícia e porque deve-se levar em consideração os custos envolvidos para protegê-los. Cabe ao legislador ordinário ponderar essas situações quando na extensão, aos particulares da preservação dos direitos fundamentais de terceira geração.

Coelho (2012), apoiado no ensinamento de Ferraz Filho defende que a solidariedade, por ser formada pela liberdade, não pode ser imposta, mas deve ser fomentada e exemplifica com a norma que estabelece o apoio ao cooperativismo e associativismo (art. 174, § 2º).

Além dessa, observa-se em toda a ordem jurídica exemplos de intermediação legislativa para aplicação do princípio da solidariedade nas relações privadas, como a função social dos contratos e da propriedade, as obrigações alimentares do direito de família e a recente previsão do princípio da cooperação no processo, inovação do Novo Código de Processo Civil, com vigência a partir de março deste ano.

Em todos esses exemplos, constata-se uma interferência legislativa na esfera da autonomia das pessoas em suas relações privadas e cujo fundamento é o princípio da solidariedade. A partir dessas construções, conclui-se que os indivíduos são vinculados nas relações particulares ao princípio da solidariedade, mediante a intermediação legislativa, ou seja, uma vinculação mediata, indireta.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal prevê de forma expressa a solidariedade como um dos objetivos da República (art. 3º, I). Através do estudo realizado, pôde-se perceber que se trata de uma norma constitucional principiológica e fundamental, integrante do que se cunhou de terceira dimensão dos direitos fundamentais, os chamados direitos transindividuais.

Ela foi erigida à categoria constitucional com a evolução do Estado para Democrático de Direito, no qual a Constituição possui supremacia sobre as demais normas e não se limita a

estabelecer regras de abstenção, mas também prestacionais. Isso porque, atualmente, concebe-se o Estado como ente destinado a garantir, proteger e efetivar a dignidade do homem, que é o protagonista da ordem jurídica.

A solidariedade também se justifica em razão da evolução do conceito de poder, que deixou de ser apenas político para ser também social. Em outras palavras, não só o Estado exerce poder sobre os indivíduos; esses, em suas relações particulares, também estabelecem conexões de sujeição de uns sobre os outros.

Além disso, a atual sociedade de massas rompeu com a dicotomia público-privado, estabelecendo um novo *locus* social – o coletivo, comunitário, que demanda novos caminhos para a aplicação do Direito e a conquista da justiça social.

Concebendo-se o princípio da solidariedade como um mandamento de direito fundamental, analisou-se a forma como direitos fundamentais se aplicam às relações privadas e qual é o entendimento predominante no Brasil. Concluiu-se que, em princípio, a teoria predominante é a da eficácia imediata ou direta, isto é, eles se aplicam independentemente de mediação e que essa opção decorre das características da Constituição Brasileira e do sistema jurisdicional.

Em relação à solidariedade, entretanto, o sistema de vinculação é diferente, na medida em que se trata de um direito de terceira geração, com titulares na maior parte das vezes indeterminados e cujo elevado grau de abstração requer intermediação legislativa para concretização, sob pena de injustificada interferência na autonomia privada.

Desta forma, concluiu-se que o princípio da solidariedade, norma de direito fundamental aplica-se aos particulares, em suas relações privadas de forma indireta ou mediata. Cabe ao legislador, representante da soberania popular, eleger a forma de efetivação dele nas relações privadas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Vergílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Publicada no DOU em 05/10/1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 10 jan 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 22164/SP, do Tribunal Pleno. Impetrante: Antonio de Andrade Ribeiro Junqueira. Impetrado: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 30/10/1995, publicado no DJ em 17/11/1995.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 201819/RJ, da Segunda Turma. Recorrente: União Brasileira de Compositores – UBC. Recorrido: Arthur Rodrigues Villarinho. Relatora: Ministra Ellen Grace. Brasília, 11/10/2005.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1365278/SP, da Quarta Turma. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 25/08/2015, publicado no DJe em 29/09/2015).

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

COELHO, Sergio Neves. *Solidariedade e tutela dos interesses difusos e coletivos: uma visão interdisciplinar*. São Paulo: s.n., 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

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

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Tradução Beatriz Henning et al. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, s.d.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2014

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