



Direitos fundamentais: princípio da dignidade da pessoa humana frente a autonomia privada nas relações entre particulares¹

Base rights: principle of dignity of human being with the private autonomy in relations between privates

HAMILTON PESSOTA NICOLAO

Acadêmico do curso de Ciências Jurídicas e Sociais na Faculdade de Direito da PUCRS.

RESUMO: O objetivo deste estudo é promover uma reflexão acerca da aplicação da dignidade da pessoa humana frente à autonomia privada nas relações entre particulares. Como forma de alicerce para o estudo, foi feita uma análise histórico-conceitual dos direitos fundamentais. Por ser um dos temas centrais da pesquisa, buscou-se um conceito que demonstre de forma mais fidedigna o princípio da dignidade da pessoa humana, demonstrando assim as minúcias que envolvem sua aplicação e seu entendimento. A partir da premissa que esta dignidade deve balizar a ordem jurídica, também buscou-se encontrar seu fundamento de forma a caracterizar o que de mais importante deve-se proteger nela, para que desta forma se tenha a sua real dimensão. Assim, encontrou-se como fundamento da dignidade da pessoa humana a autonomia privada, ou seja, a liberdade que o particular tem de conduzir sua vida segundo seus planos. Desta forma, apenas o indivíduo autônomo é livre, e apenas assim irá alcançar sua dignidade. Diante disso, procurou-se encontrar as formas e as medidas em que se dá a eficácia (vinculativa) dos direitos fundamentais nas relações privadas. Por fim, após breves contornos acerca do poder de polícia do Estado (poder público) chegou-se a estas conclusões.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; Dignidade da pessoa humana; Autonomia privada.

ABSTRACT: The objective of this study is to promote a reflection about the application of dignity of human being with the private autonomy in relations between privates. As a truly fundament for this work, it was made a historic- conceptual analysis of the fundamental rights. As one of the main subjects of the research, it was tried to find a concept that shows in a very realistic way the principle of dignity of the human being, presenting the details that involves its applications and comprehension. From the first thought that this dignity should limit the legal order, it was also necessary to find its main base acting to characterize what is more important to protect in justice, so this way we can have its real dimension. This way, it was found as a main base of dignity of the human being the private autonomy, in other words, the freedom that the private has to lead his life following his own plans. In this case, only the independent individual is free and is this only manner to reach his dignity. With this idea, it was looked for ways and measures which would bring the efficacy (binding) of the fundamental rights in private relations. Finally, after shorts contours about the power of the police of State (public power) the conclusion for the development of this work was reached.

Keywords: Base rights; Human being dignity; Private autonomy.

INTRODUÇÃO

O estudo dos direitos fundamentais é fascinante, e devido às constantes modificações que ocorrem no seu entendimento, devem ser constantemente alvo de pesquisas que visam aprimorar sua interpretação. Com o passar dos tempos, a sociedade muda e cria novas exigências, com a evolução desta sociedade, os direitos fundamentais precisam se moldar de forma compreender todas as necessidades que deles são exigidas.

Ainda no início da faculdade, mais precisamente no primeiro semestre, foi apresentado como um exemplo de aula a fatídica situação do anão que pretendia ser arremessado como atração de um bar, no exemplo dado ele teve sua intenção proibida com as principais alegações de que afrontaria a dignidade da pessoa humana e a ordem pública. Apesar de ser seu único meio de sobrevivência, não será aprofundado, nessa pesquisa, questões trabalhistas que por ventura possam ser aplicadas ao caso. Este exemplo é esdrúxulo, para não

dizer cômico, mas envolve questões que transcendem o que percebemos num primeiro momento.

Trata-se de uma situação que é mais intensa do que parece, pois além de estarmos falando do único meio de sobrevivência de uma pessoa, a autonomia privada também foi ignorada pelas autoridades sob o argumento de que afrontava a dignidade da pessoa humana do anão. Este fato ocorreu na cidade de Morsang-sur-Orge na França, onde a prefeitura munida do poder de polícia, a ela conferida, interditou o espetáculo. Ocorre que o próprio anão (Sr. Wackenheim), junto com o dono do bar entraram na justiça pugnando pelos seus direitos, ou seja, liberação do espetáculo e o direito de ser arremessado.

A Corte Suprema da França manteve a decisão do prefeito da cidade de Morsang-sur-Orge de interditar a atração, mesmo sob os argumentos do anão de que seria sua única forma de sustento e de que com base na sua autonomia, tinha o direito de decidir como ganhar sua vida. Porém, o direito de ser arremessado não foi concedido e fora mantida a decisão.

O anão ainda inconformado com a decisão tida como justa pelo judiciário francês, ingressou perante o Comitê de Direitos Humanos da ONU. Mas o Comitê também entendeu que o arremesso de anão era atentatório à dignidade da pessoa humana e pugnou pela proibição do ato.

Este tema mostra-se atual simplesmente pelas datas em que foram proferidas tais decisões, a decisão da Corte máxima da França foi proferida em 1995. Já a decisão do Comitê de Direitos Humanos da ONU data de 2002. Um dos casos mais recentes de briga judicial se deu nos Estados Unidos, chegou a ser tema da programação do SBT, onde o principal argumento para a proibição era médica, onde argumentou-se que a estrutura óssea ofereceria risco à saúde.

O problema que envolve o caso do arremesso de anão mostra-se presente em outros casos também. Um exemplo era o “peep-show”, no qual uma mulher dança nua atrás de um pano, projetando apenas sua sombra. Este caso também fora proibido na Alemanha sob os mesmos argumentos do arremesso de anão, pelo simples fato de se esconder atrás do pano, sendo que outras atividades semelhantes são aceitas. Outro bom exemplo, é encontrado no nosso cotidiano, pois no programa Pânico na TV que expõe suas dançarinas a situações que, sob a ótica que foi empregada em Morsang-sur-Orge, deveria igualmente ser proibido aqui no Brasil.

Pretendemos ao final desta pesquisa demonstrar que por trás deste fato exdrúxulo, se apresenta um intrigante jogo de supremacia de um princípio constitucional sobre o outro. Entendemos que a autonomia privada

pressupõe outras especificidades que parece não terem sido levadas em conta nas decisões já proferidas, o que poderia levar a situação para outra interpretação, de forma a demonstrar não ser exequível a supremacia da dignidade da pessoa humana sobre a autonomia privada nas relações entre particulares.

Por fim, é de se registrar que a discussão sob temas constitucionais está longe de encerrar, pois encontra-se em constante desenvolvimento. Com o passar dos tempos, os direitos constitucionais necessitam ser reinterpretados de forma a atender melhor os anseios da sociedade, o que torna o assunto sempre atual. Assim, este trabalho não tem qualquer pretensão de demonstrar que o entendimento sobre os direitos fundamentais está equivocado, mas ousa contribuir com ideias inovadoras que possibilitem fazer uma interpretação sobre o caso concreto a partir de outro ângulo.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Neste trabalho de conclusão não tem-se a audácia de esgotar o tema referente aos Direitos Fundamentais. Pretende-se apenas situar o leitor acerca de aspectos relevantes e necessários para uma melhor compreensão do objetivo do estudo e do enfrentamento da problemática da aplicação da dignidade da pessoa humana em frente à autonomia privada nas relações entre particulares.

Direitos Fundamentais é um tema muito abrangente, e que demanda tempo de estudo, sendo este alvo de diversos doutrinadores. Desta forma, existem várias terminologias com o mesmo significado, como bem anota o professor Ingo Wolfgang Sarlet: “... outras expressões, tais como ‘direitos humanos’, ‘direitos do homem’, ‘direitos subjetivos públicos’, ‘liberdades públicas’, ‘direitos individuais’, ‘liberdades fundamentais’ e ‘direitos humanos fundamentais’ ...”,² sendo que algumas destas podem ser encontradas na própria Constituição Federal, como terminologias largamente utilizadas. Neste trabalho, assim como vários doutrinadores (como o próprio professor Ingo Wolfgang Sarlet), optou-se pela terminologia (Direitos Fundamentais), utilizada pela nossa Constituição Federal no Título II.

1.1 Abordagem histórica

Existe uma gama de autores (como Fábio Konder Comparato, João Baptista Herkenhoff, dentre outros defensores de que o fato de não existirem freios ao Poder, não quer dizer que não existiram as ideias) que sustentam que os direitos fundamentais perfazem um longo caminho histórico, tendo posições que acreditam ser de meados de 2000 a.c., as primeiras manifestações,

no direito da Babilônia, outras posições os reconhecem na Grécia Antiga e na Roma Republicana. Estas opiniões carecem de fundamentos históricos.

Neste contexto, lembram-se os ensinamentos do Professor Ricardo Aronne, que, durante a graduação, passou a impossibilidade de se diferenciar o público do privado, no que se refere à posse e propriedade em Roma, sendo assim como se falar em direitos fundamentais. Ressaltando que alguns consideram existir no “Código de Hamurabi” direitos humanos, ou pelo menos um “humanitarismo”, mas é o próprio Código que prevê a lei do Talião.

De forma a se somar à convicção do professor Aronne, o professor Ingo Wolfgang Sarlet entende como pacífico que os direitos fundamentais não surgiram na antiguidade, porém é notória a influência do mundo antigo nos direitos fundamentais por meio da religião e da filosofia, que colaboraram na concepção jusnaturalista de que o ser humano, pelo simples fato de existir, já é detentor de direitos fundamentais; esta fase costuma ser denominada pela doutrina como “pré-história” dos direitos fundamentais.³

Pérez Luño (1995 citado por Sarlet, 2007) chama de antecedentes dos direitos fundamentais, os documentos que, de alguma forma, colaboraram para a elaboração das primeiras ideias dos direitos humanos presentes nas declarações do século XVIII, talvez o principal documento a ser referenciado seja a *Magna Charta Libertum*, pacto firmado em 1215 pelo Rei João Sem-Terra.⁴ Cabe ressaltar que esse pacto não passou de mero referencial para as futuras elaborações dos direitos humanos, pois, neste pacto, apenas os nobres receberam prerrogativas, deixando a população em segundo plano.

Assim, em pleno século XVIII, que se pode encontrar a primeira aparição de reais direitos fundamentais, apesar do dissídio levantado pelo professor Ingo Wolfgang Sarlet diante da “paternidade” dos direitos fundamentais, que seria disputada entre a Declaração de Direitos do povo da Virgínea, de 1776, e a Declaração Francesa, de 1789,⁵ estas declarações seriam os primeiros documentos a representar os direitos fundamentais.

Já para Paulo Bonavides, é neste sentido que a Revolução Francesa, fixando direitos civis e políticos para que gradativamente fossem alcançados os princípios universais do lema “liberdade, igualdade e fraternidade” (*Liberté, Egalité, Fraternité*), fora a grande precursora dos direitos fundamentais caracterizados através da posição de resistência ou de oposição frente ao Estado.⁶

Assim, concluímos que, não tem sustentação defender a existência de direitos fundamentais antes

mesmo da existência de um estado social. Percebe-se, que apenas com a promulgação das declarações, pode-se identificar a presença do que seria o início dos direitos fundamentais.

1.2 Classificação

Os três princípios universais começam a ser reconhecidos formalmente, após intensas lutas entre a burguesia e o Estado absolutista, como direitos fundamentais. Os princípios acabaram por determinar uma ordem cronológica de seus reconhecimentos. Estes direitos fundamentais tinham por finalidade garantir aos indivíduos uma posição jurídica acerca dos direitos subjetivos.⁷

Sendo assim, o princípio da Liberdade, antes de qualquer outro a constar em um ordenamento jurídico constitucional, trazia direitos (subjetivos) ao indivíduo frente ao Estado com características de defesa, pois tinha o intuito de exigir uma atitude negativa do Estado no sentido de não intervir nos direitos individuais dos cidadãos,⁸ delimitando assim, o poder de intervenção do Estado na autonomia individual dos cidadãos.

No rol dos direitos fundamentais de primeira dimensão podemos salientar os seguintes: direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei, à nacionalidade, à liberdade religiosa, à liberdade de expressão, de participação política, garantias processuais, dentre outras ramificações provenientes destes direitos, segundo Paulo Bonavides.⁹

Seguindo a ideia de cronologia da formalização dos princípios, os direitos fundamentais de segunda dimensão buscam a igualdade dos indivíduos através de uma justiça social. A partir do século XIX, com a industrialização, os decorrentes problemas sociais e econômicos, e o fato da liberdade e igualdade já não garantirem o pleno gozo de tais direitos, surgiram movimentos que buscavam um comportamento ativo do Estado no que se refere a garantir o bem-estar social.¹⁰

Os direitos de segunda dimensão são chamados de direitos econômicos, sociais e culturais, nos quais não se exige apenas uma atitude de omissão por parte do Estado. Mas, uma ação positiva no sentido de auxiliar o indivíduo, exigindo por parte do Estado uma ação que não esteja focada especialmente em direitos individuais, mas também em um caráter social que tenha como objetivo fornecer melhores condições à sociedade como um todo, tendo o indivíduo como titular deste direito.¹¹

Existe ainda outra denominação (“liberdades sociais”) para os direitos de segunda dimensão, que deixa claro o fato de não apresentarem apenas direitos de cunho positivo, fornecendo também

algumas liberdades como, por exemplo, a liberdade de sindicalização. São prerrogativas dos direitos de segunda dimensão: proteção contra o desemprego, assistência para invalidez, à saúde, à educação, direito a greve, à seguridade social, às férias, ao repouso semanal remunerado, a um salário mínimo, limites na jornada de trabalho, estes são alguns dos direitos mais representativos.¹²

Fechando os três princípios universais, preconizados na Revolução Francesa, temos o princípio da fraternidade (ou solidariedade como também é chamado). A percepção de que o mundo encontrava-se separado por várias nações desenvolvidas e subdesenvolvidas, sendo que algumas destas em precário desenvolvimento, fez-se necessária a busca por uma nova dimensão dos direitos fundamentais até então desconhecida.

Para Perez Luño (citado por Sarlet 2007), esta terceira dimensão pode ser uma resposta para o fenômeno da “poluição das liberdades”, que seria, para ele, o processo de degradação dos direitos e liberdades fundamentais, principalmente frente às novas tecnologias, assumindo assim a relevância do direito ao meio ambiente.¹³ Nesta dimensão, tem-se que saudar o fato do destinatário precípua ser o gênero humano, afirmando de forma concreta a sua existência como valor supremo, desprendendo-se assim da ideia de homem-indivíduo e focando na proteção destes como grupos humanos.¹⁴ Diante do seu destinatário que pode-se afirmar que os direitos de terceira dimensão são coletivos ou difusos.

A posição que adota o professor Ingo Wolfgang Sarlet, ilustra bem o fato da simples necessidade de existência de novas proteções jurídicas não caracterizarem novas dimensões, e sim, novos direitos que se enquadram nas dimensões abordadas. Sendo que, dentre os direitos de terceira dimensão, pode-se destacar como mais relevantes os seguintes: direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à qualidade de vida, à propriedade sobre patrimônio comum da humanidade, comunicação, dentre outros.

A partir deste momento, começam as divergências doutrinárias mais relevantes. Ganha relevo o fato de o professor Ingo Wolfgang Sarlet entender desnecessária a formulação de direitos de quarta e quinta dimensões. Porém, entende que a existência da quarta dimensão como preconizado pelo celebre doutrinador Paulo Bonavides, que comparado com os direitos fundamentais (Manipulação genética, mudança de sexo, etc.) que integram a quarta dimensão para outros doutrinadores (como o autor Dimoulis), oferece a vantagem de constituir, de fato, uma nova gama de direitos fundamentais qualitativamente diversas e

que não se apresentam apenas como sendo uma nova roupagem dos direitos de liberdade.¹⁵

Para Norberto Bobbio, a evolução do processo científico e tecnológico apresenta novas exigências que devem ser interpretadas como direitos de quarta dimensão, tendo em vista que estas pesquisas biológicas permitirão manipular o patrimônio genético do indivíduo, necessitando da devida proteção, ressalta, também, a necessidade de se atentar para o estudo da bioética.¹⁶

Sobre outro foco, mas defendendo a existência da quarta dimensão dos direitos fundamentais, temos o já citado Paulo Bonavides. Esta dimensão dos direitos fundamentais seria o resultado da globalização destes direitos, que equivale a universalizá-los no campo institucional, institucionalizando o Estado social. Para o notável doutrinador, a quarta dimensão é composta pela democracia direta, materialmente possível graças aos avanços da tecnologia de comunicação e a legitimidade sustentável, devido às aberturas pluralistas do sistema.¹⁷

Fica aparente a divergência de ideias quanto aos direitos que compreendem a quarta dimensão, o que de certa forma dá respaldo para a indagação do professor Ingo Wolfgang Sarlet quanto à existência dos mesmos. Assim, estes direitos têm a necessidade de serem valorados como uma nova dimensão ou apenas devem ser interpretados como sendo uma nova perspectiva de direitos já existentes? Para Clóvis Gorcevski, esta grande divergência de ideias, referente aos direitos que compreendem a quarta dimensão, se deve ao fato de estarmos fazendo alusão sobre questionamentos muito recentes.

Para falar nos possíveis direitos de quinta dimensão, adotam-se os ensinamentos do professor Ingo Wolfgang Sarlet quanto ao seu entendimento de que os direitos de quarta dimensão ainda carecem de consagração na esfera do direito internacional, sendo assim, não há como se falar de direitos de quinta dimensão se sequer alcança-se unanimidade quanto aos direitos de quarta dimensão. Porém, há de se ressaltar que os direitos de quinta dimensão têm defensores, que merecem o respeito e a devida atenção sobre o assunto neste trabalho, do porte de Paulo Bonavides.

Alguns doutrinadores (como Augusto Zimmermann, José Alcebíades Oliveira Junior, dentre outros) entendem que no fim do século XX e o início do novo milênio teriam marcado a passagem de uma sociedade industrial para uma virtual, denominado certa feita de direitos da era digital. Entendem que os avanços tecnológicos, possibilitam a existência de novas relações que possivelmente estejam fora do controle do Estado e da própria sociedade, o que traria

a necessidade que de forma célere fosse regulamentado os direitos de quinta dimensão que abordariam: cibernética, rede de computadores, comércio eletrônico, inteligência artificial, realidade virtual, dentre outras ramificações.¹⁸

Uma segunda interpretação do que seriam direitos fundamentais de quinta dimensão nos remete à “paz”, e que só através da positivação desta que poderemos alcançar a dignidade. Paulo Bonavides vê a paz como forma de compreensão da democracia, pois entende que Karel Vasak (que foi o primeiro doutrinador a dividir os direitos fundamentais em gerações), ao colocar a paz nos direitos da fraternidade (direitos de terceira dimensão), o fez de modo incompleto. Entendendo Bonavides que como fora a característica da liberdade para os direitos de primeira dimensão, a paz há de ser para os direitos de quinta dimensão, subindo assim para um patamar superior.¹⁹

Tendo por base os pontos já mencionados que foram levantados pelo professor Ingo Wolfgang Sarlet neste e no título anterior, não se percebe nos direitos de quinta dimensão a vantagem apresentada nos direitos fundamentais de quarta dimensão, pois aqui não existe uma nova gama de direitos, e sim, uma tentativa de valoração do direito à paz como forma de se agregar uma importância que deveras já existe, mas nunca alcançou este patamar. Não entende-se que aqui se esteja dando uma nova roupagem para o direito à paz, pois o direito em si permanece inalterado, ocorrendo apenas seu deslocamento de forma a se dar um foco específico e individual.

2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E AUTONOMIA PRIVADA

2.1 Dignidade da pessoa humana

Assim como já expressado no título anterior, não se pretende esgotar o assunto referente a direitos fundamentais e, por conseguinte não há como esgotar o assunto referente à dignidade da pessoa humana. Trata-se de um tema largamente debatido e objeto de discussão doutrinária e jurisprudencial, sendo alvo de diversos doutrinadores de renome.

A ligação entre dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais deixa clara a qualidade de sua pré-existência intrínseca a todo ser humano, pelo menos é o que pretende-se provar ao longo deste trabalho, portanto, devendo ser respeitada pela sociedade e pelo Estado.

Cabe salientar que dentre outros (como Giovanni Pico de Mirandola), serão de suma importância os ensinamentos do professor Ingo Wolfgang Sarlet e de Immanuel Kant. Este, que talvez seja o de

maior importância, devido as suas contribuições para a definição de dignidade da pessoa humana, principalmente por uma de suas afirmações, talvez a mais conhecida delas, de que “o homem seria um fim em si mesmo”, não sendo algo para o Estado, e sim, o Estado tendo que se organizar de forma a dar benefícios para o indivíduo.

2.1.1 Aspectos históricos e a evolução da ideia de dignidade da pessoa humana

Os primórdios da ideia de dignidade da pessoa humana, como valor intrínseco a todo o ser humano, já podia ser observado no pensamento clássico e no ideário cristão, não se podendo atribuir qualquer exclusividade devido à falta de dados que possam embasar tal afirmação. Pode-se, claramente, observar a ideia de dignidade quando, tanto no Velho como no Novo Testamento, o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus, por conseguinte dotado de um valor próprio que lhe é intrínseco. Ressalta-se a afirmação do Papa Leão Magno, que asseverou que os seres humanos seriam dotados de dignidade por terem sido criados à imagem e semelhança de Deus, posição também defendida por Tomás de Aquino, mas que acrescenta o fato da autodeterminação.²⁰

No pensamento filosófico político do pensamento clássico, podia se verificar que a dignidade estava inerente a uma posição social que ocupava e com seu reconhecimento pela sociedade. Já no pensamento estoico, a dignidade era ligada à noção de liberdade pessoal e por ser inerente a todo o ser humano, era o que o distinguiria das demais criaturas.²¹

Durante a Idade Média, as concepções cristãs e estoicas continuaram a ser observadas. Já na renascença, Giovanni Pico de Mirandola, tendo a racionalidade como ponto de partida para sua compreensão, entende ser esta a qualidade que possibilita ao ser humano, de forma livre, traçar seu destino, através da sua liberdade, que é o seu próprio arbítrio, soberano e artífice, dotado de capacidade de ser o que deseja. Neste contexto, afirma Mirandola:

O homem pode modificar a si mesmo. Liberdade é um poder de ação. Caberá, depois, ao desenvolvimento da filosofia, em reflexão conjunta com a ciência, aduzir outros elementos para completar essa noção de liberdade. Mas o fundamento está posto de maneira sólida.²²

Nesta pequena passagem do seu livro, Pico Della Mirandola expressa, de forma simples, “praticamente” todo seu entendimento do que seria o fundamento essencial para a dignidade humana, deixando claro que,

para ele, a liberdade seria o elemento principal para se alcançar a dignidade. Cabe ressaltar, quanto ao termo liberdade, que se trata de uma interpretação aberta, pois entende o autor que, com o desenvolvimento, a noção de liberdade deverá sofrer modificações que venham a completar seu significado.

O professor Ingo Wolfgang Sarlet considera especialmente importante, e, de fato, foi uma posição a ser considerada devido ao momento histórico em que ocorreu, a contribuição dada pelo espanhol Francisco de Vitoria. Que em plena expansão colonial espanhola sustentou, quanto ao processo de aniquilação, escravização e exploração dos índios, baseando-se no pensamento estoico e cristão, que estes, por serem de natureza humana (não pelo fato de serem cristãos) e pelo direito natural, eram livres e iguais, ou seja, dotados de dignidade.²³

Em conformidade com o pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, a dignidade da pessoa humana passou por um processo de racionalização, que manteve a ideia de igualdade entre todos os homens em dignidade. O professor Ingo Wolfgang Sarlet salienta a importância neste período de Samuel Pufendorf, que dizia que mesmo os monarcas deveriam respeitar a dignidade humana, e Immanuel Kant, cuja concepção de dignidade humana parte da autonomia ética como fundamento da dignidade, teoria esta que será mais bem analisada no decorrer do trabalho.²⁴

Já John Locke, adepto da mesma escola de Hobbes, atingiu resultados totalmente opostos, justificando limites à ação do príncipe. Defendia a ideia de que o estado de natureza já seria social, desta forma presente os direitos de liberdade, trabalho e propriedade, defendendo o direito natural como obra da razão e não mais do místico, contrariando suas primeiras obras.²⁵

Para o professor Ingo Wolfgang Sarlet, Kant seria o representante mais ilustre no que se refere ao tema da dignidade da pessoa humana, dentre outros (como Tomás de Aquino) de singular relevância. Sendo assim, Kant merece uma atenção especial, pois partindo do pressuposto da racionalidade do ser humano, e diante disto dotado de dignidade e sendo um fim em si mesmo, não como meio, ele nos apresenta o que podemos interpretar como um conceito inicial de dignidade:

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como *equivalente*; mas quando uma coisa está acima de todo preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade.²⁶

Notadamente este conceito de Kant foi extremamente bem elaborado, pois pode-se observar sua

aplicabilidade nos dias atuais, além do que, observa-se que, de forma pontual, Kant afirma que a dignidade não pode ser valorada, ou seja, todos os valores que hoje são pagos em virtude de algum fato que afete a dignidade de uma pessoa, não passa de uma tentativa de diminuir o dano ocorrido, mas de forma alguma irá eximir o ocorrido.

Há que se destacar a noção de dignidade da pessoa humana de Hegel, que para alguns doutrinadores, contrapõe a noção de Kant, o que entende-se ser incorreto afirmar, conforme pretendemos ilustrar a seguir. Um dos questionamentos levantados é o fato de Hegel se afastar de Kant no que tange ao paradoxo da autodeterminação que, não é encontrada no seu conceito de dignidade da pessoa humana. Sendo que, para Hegel, a dignidade não resultaria da autodeterminação, resultando na máxima de que, sendo pessoa, deve respeitar os outros como pessoa.²⁷ Quem entende ser a autodeterminação como caráter precípua da dignidade da pessoa humana é Tomás de Aquino, ressaltando que a ideia de Kant diz respeito quanto ao povo em sociedade poder escolher e produzir suas leis.

Outro questionamento levantado, que poderia ser interpretado como contraposição, é o fato de Hegel não fundamentar ou vincular sua ideia de dignidade da pessoa humana em aspectos ou qualidades que, supostamente, seriam inerentes a todos os seres humanos, como a racionalidade. A racionalidade em Kant, parece ser o meio pelo qual o ser humano terá total liberdade sob suas ações, e, desta forma, alcançando sua dignidade, pois o fato de não ser racional não pressupõe que não tenha dignidade a ser respeitada, e sim, que não tem condições de traçar seu destino de forma completamente livre, desta forma, a racionalidade seria uma meio fundamental, mas não único, de se alcançar o bem da vida (a dignidade).

Desta forma, e pelo acima exposto, adotar-se-á a corrente que entende ser a dignidade da pessoa humana inerente a qualquer ser humano desde seu nascimento, independente de qualquer característica. Sendo assim, o ser humano poderá desenvolver sua dignidade através da sua liberdade, que é inerente ao conceito de dignidade, de forma a traçar seu destino conforme se apresentarem as circunstâncias da vida.

2.1.2 Aproximação do conceito de dignidade da pessoa humana a contemporaneidade

Diante das informações já apresentadas a cerca do conceito de dignidade da pessoa humana, das quais é possível ter uma noção basilar acerca do significado desta dignidade, faz-se necessário, para uma melhor compreensão, enfrentar árdua tarefa de encontrar um conceito que a represente da melhor forma, tendo em

vista a necessidade de se dimensionar a sua área de proteção.

O professor Ingo Wolfgang Sarlet sustenta que, independente da doutrina entender que se trata de uma norma axiológica aberta, ou seja, que não pode ser conceituada de maneira fixista e universal, tendo em vista que cada sociedade possui valores diferentes, e por se tratar de um conceito em constante construção e desenvolvimento.²⁸ Porém, isto não quer dizer, assim como tantos outros conceitos de contornos vagos e abertos, que não necessite de uma busca incessante pela fundamentação da dignidade da pessoa humana de forma a se manter o seu conceito em constante construção, para com isso alcançar o que, possivelmente, seria um conceito “concreto”.

A Declaração Universal da ONU talvez seja o documento que, de forma concreta, nos forneça as ideias bases para a formulação do conceito de dignidade da pessoa humana em seu artigo 1º: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.”²⁹ Liane Maria Busnello Thomé talvez, sem a pretensão de formular um conceito, mas em total consonância com o que prevê o artigo 1º da Declaração referida, traz, em um singelo parágrafo, alguns itens que são indispensáveis para qualquer conceito de dignidade da pessoa humana. Vejamos:

Cada ser humano é merecedor de respeito e consideração, independente da crença, nível social, intelectual, opção sexual e maneira de enfrentar a vida. O simples fato de ser humano basta para que sua dignidade seja garantida.³⁰

Parece-nos claro que não fora pretendido formular um conceito de dignidade da pessoa humana, até porque alguns itens que são imprescindíveis para este conceito não foram mencionados. Um deles, se não o mais importante, é a liberdade (entendida também por autonomia), que sob a perspectiva kantiana, é elemento fundamental para este conceito.

Cabe salientar que para a pessoa encontrar-se em pleno gozo de sua dignidade, o Estado deve atentar para com o respeito pelos demais direitos fundamentais anteriormente abordados neste trabalho, pois a dignidade da pessoa humana tem ampla ligação com estes direitos. Como demonstra Peter Häberle:

A maioria dos direitos fundamentais individualmente considerados é marcada por uma diferenciada amplitude e intensidade no que diz com sua conexão com a dignidade humana. Os direitos fundamentais

(individualmente considerados) subsequentes, assim como os objetivos estatais e as variantes das formas estatais, têm a dignidade como premissa e encontram-se a seu serviço.³¹

Para o professor Ingo Wolfgang Sarlet, esta dignidade assume uma condição dúplice, sendo ao mesmo tempo limite (defensiva) e tarefa (prestacional) dos poderes estatais e da comunidade em geral. Adalbert Podlech (citado por Sarlet 2008), ao lecionar quanto à condição dúplice da dignidade da pessoa humana, também apresenta alguns itens que deverão integrar seu conceito. Para ele a dignidade seria algo pertencente a cada ser humano e não poderia lhe ser retirada ou alienada (sendo este um elemento imutável), sendo assim um limite para as atividades estatais. Em contrapartida, o Estado teria a tarefa de preservar a dignidade existente, bem como de dar condições para seu pleno exercício e desfrute.³²

O professor Ingo Wolfgang Sarlet se manifesta contrário à concepção de Luhmann, que é tido como principal representante da corrente que vê a dignidade da pessoa humana como prestação, onde a pessoa alcançaria a dignidade através de suas condutas. O que ocorre é que, a dimensão dúplice da dignidade sustenta-se na autonomia (o poder do indivíduo de autodeterminação da sua própria existência), e na necessidade de haver uma assistência (proteção) do estado e da comunidade para com as pessoas que não possuem a capacidade de autodeterminação (Ex.: incapacidade mental). Sendo assim, é possível imaginar a situação em que o caráter assistencial irá sobrepor à autodeterminação, o que em hipótese alguma faria com que essa pessoa perdesse o direito de ser tratado com dignidade.³³

A ideia de Luhmann vai de encontro a tudo que foi dito anteriormente neste trabalho, assim tem-se como corretíssima a opinião do professor Ingo Wolfgang Sarlet neste íterim, pois desta forma poderia-se pensar que, dependendo da atitude que a pessoa tomasse, poderia correr o risco de perder ou sequer adquirir sua dignidade, situação que é completamente rechaçada pela maioria da doutrina e impensável sob a ótica kantiana.

Semelhante a dimensão dúplice abordada anteriormente, tem-se a opinião do renomado doutrinador Ronald Dworkin, que entende ter a dignidade da pessoa humana uma voz ativa e passiva, sendo respectivamente a santidade e a inviolabilidade do seu direito.³⁴ Devendo ser assistido e protegido pelo Estado e pela comunidade.

Immanuel Kant ainda traz uma contribuição essencial para a formulação do conceito de dignidade

da pessoa humana, pois está é inerente a qualquer ser humano, e por isso não é possível descaracterizar a dimensão comunitária da dignidade de cada pessoa e de todas as pessoas (intercomunicação com todas as pessoas). Sendo o próprio Kant a afirmar o caráter intersubjetivo desta dignidade, diante do fato de todos os seres humanos serem iguais em dignidade, é necessário existir o respeito mútuo na comunidade.³⁵

O professor Ingo Wolfgang Sarlet salienta também a existência do caráter cultural desta dignidade, que nada mais é que, sua construção (concepção) ter por base as experiências vividas pelas comunidades e pelas mais diversas gerações da humanidade.³⁶

O professor Sarlet, ousando formular um conceito de dignidade da pessoa humana que contenha a dupla perspectiva ontológica e instrumental, sua característica intersubjetiva e a sua dimensão dúplici (negativa e positiva) assevera, tendo-a como:

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável,³⁷ 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.³⁸

Diante do magnífico conceito acima descrito, é necessário fazer a ressalva proposta pela Liane Maria Busnello Thomé de que, apesar da dignidade ser igual para todos os seres humanos, os mesmos possuem diferenças substanciais que precisam ser reconhecidas e protegidas para que estes alcancem a plenitude da sua dignidade.³⁹

A promulgação da Constituição Brasileira também nos traz a afirmação, através do seu Art. 1º, III,^{40,41} que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático. Desta forma também podemos afirmar que este Art. demonstra o dever do Estado para com o seu povo, no sentido de propiciar condições para que estes alcancem sua dignidade.

Beatrice Maurer suscita que a existência de um conceito de dignidade da pessoa humana incontestável pode trazer efeitos deveras prejudiciais, pois alguns direitos defendidos por um determinado número de pessoas poderão estar em desacordo com os direitos almejados por outra gama da sociedade, sendo um conceito completamente subjetivo e cada um defendendo seu direito.⁴² Como anteriormente foi

mencionado, isso se deve à construção do conceito de dignidade que em cada comunidade se dará de uma forma diferente e preconizará direitos diferentes. Diante disto, o professor Ingo Wolfgang Sarlet mencionou que a dignidade da pessoa humana se trata de um conceito aberto e em constante reformulação.

A par destas mudanças, que devem ocorrer com a interpretação do que é dignidade da pessoa humana, entende o professor Ingo Wolfgang Sarlet, que esta dignidade não deve ser considerada apenas inerente a natureza do ser humano, pois possui um sentido cultural na medida em que é fruto de muito trabalho através de várias gerações. Desta forma, a dignidade da pessoa humana não tem um conceito universal e fixo, e dificilmente existirá uma fórmula que a represente de forma universal, pois será alvo permanente de reconstruções e repactuações quanto ao seu significado e conteúdo.⁴³

2.1.3 Dignidade da pessoa humana como valor

A dignidade da pessoa humana, conforme demonstrado anteriormente, caracteriza-se por ser um dos valores fundamentais do Estado Democrático de Direito, valor este que também está presente nos princípios e regras. Porém, existem distinções destes de valores que precisam ser esclarecidas, existindo também pontos de conexão entre os mesmos, onde um precisará do outro para uma melhor interpretação. Pretende-se, neste capítulo, demonstrar a principal peculiaridade da dignidade como valor.

Neste ponto do trabalho, tem-se o celebre doutrinador Robert Alexy como um dos principais doutrinadores a falar de forma contundente do tema, optando por dividir a norma em dois ramos, sendo as normas deontológicas e axiológicas. Aquelas se subdividem em regra e princípio os quais devem ser (dever-ser) aplicados sem a mensuração se é bom ou ruim, apenas devendo ser cumpridas.⁴⁴ Voltar-se-á abordar este tema em momento oportuno, preocupando-se neste momento em esclarecer o que é dignidade da pessoa humana como valor (norma axiológica), pois será necessário compreendê-la para melhor compreender a dignidade como regra e princípio.

Já nas normas axiológicas, encontram-se a dignidade como valor, que ao contrário das regras e dos princípios, tem como seu pressuposto o conceito de bom, que poderá ter diversas interpretações para qualificar algo como bom. Assim como as normas deontológicas se subdividem em regras e princípios, entende Robert Alexy que as normas axiológicas se subdividem em regras de valoração e critérios de valoração,⁴⁵ estes não serão aprofundados no nosso trabalho tendo em vista que a subdivisão não altera o conteúdo precípuo da

dignidade como valor, sendo extremamente relevante para esta pesquisa apenas o fato da dignidade assumir também uma característica valorativa, pois além do caráter jurídico normativo devemos atentar que, como fundamento do Estado Democrático de Direito, a dignidade deve ser interpretada pela ótica do que é bom para a comunidade.

O professor Ingo Wolfgang Sarlet entende que, pelo fato da dignidade da pessoa humana estar qualificada no Art. 1º da Constituição Federal, como princípio fundamental (em texto legal), transparece não conter apenas um caráter ético e moral, constituindo uma norma jurídico-normativa que possui claramente um valor jurídico fundamental da sociedade.⁴⁶ Desta forma, pode-se evidenciar um ponto de contato da norma deontológica e axiológica, diante desta intercomunicação, pretende-se demonstrar a seguir que, possivelmente, não seja o mais correto se fazer a proteção da dignidade da pessoa humana apenas pelas normas jurídico-normativas, devendo sempre atentar-se para as normas valorativas.

Mariane Kliemann Fuchs entende ser importante destacar a dignidade como valor, observando seu caráter hermenêutico, pois não tem como se fazer uma interpretação da Constituição sem atentar para os valores por ela protegidos. Desta a forma, a dignidade não deve apenas ser protegida pelas regras e princípios normatizados na Constituição, devendo-se ter a devida atenção para o seu caráter axiológico, este que revela ser o mais apropriado para avaliar as ações ou omissões contra a dignidade, não apenas pelo que é devido, permitido ou proibido (dever-ser, normas deontológicas), mas sim pelo que é bom.⁴⁷

No início deste tópico menciona-se que as normas deontológicas e axiológicas possuem suas peculiaridades que as diferenciam, mas também possuem semelhanças, ou seja, diante do que foi exposto, pode-se claramente identificar que as regras e os princípios primeiramente foram valores que, para posteriormente, serem jurídico-normatizados (texto legal), passando a serem consideradas normas deontológicas detentoras da principal característica da norma axiológica (o que é bom), porém não são todas as normas axiológicas (ou seja, os valores) que ostentam um caráter normativo.

2.1.4 Dignidade da pessoa humana como regra e princípio

Como já foi dito acima, as normas deontológicas (regras e princípios), diferente das normas axiológicas (valores), encontram-se no campo das normas jurídico-normativas e concentram sua efetividade no dever ser, ou seja, a simples aplicação ou não da norma. Robert

Alexy entende haver distinções entre regras e princípio quanto a suas qualidades. As diferenças apontadas por Alexy são:

O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são *comandos de otimização*, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida adequada de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, mas também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras.⁴⁸

Pode-se identificar pelo acima exposto que os princípios não possuem uma extensão determinada, devendo ser levados em consideração e aplicados na maior medida possível, de acordo com o caso concreto. Podendo, também, ser aplicado em graus diferenciados para obter um grau de excelência maior, ou seja, poderá ter sua aplicação de forma menos incidente, tendo como limite para esta aplicação os princípios e as regras (colidentes). Assim, pode-se observar que os princípios apresentam um caráter de relativização alto, podendo, desta forma, se adequar frente a um caso concreto.

Robert Alexy, ao estabelecer a diferença das regras para com os princípios, estabelece:

As regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, em seguida, faz-se exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras contem *determinações* no âmbito fático e juridicamente possível. Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não gradual. Toda a norma é ou uma regra ou um princípio.⁴⁹

Diante do acima exposto, pode-se dizer que a regra será ou não aplicada no caso concreto, pois sendo esta válida, não há que se falar em haver outra mais adequada. Robert Alexy finaliza afirmando que toda a norma será uma regra ou um princípio, afirmação esta que entendemos ser adequada.

Robert Alexy, com o objetivo de diferenciar normas de princípios, estabeleceu o critério de conflitos para diferenciá-los. Para resolver um conflito de regras será necessária a inclusão de uma cláusula que irá eliminar o conflito, declarando pelos menos uma ou mais regras inválidas. Quando não for possível a inclusão de uma cláusula, pelo menos uma ou mais regras deverão ser declaradas inválidas e eliminadas do ordenamento jurídico (a regra vale ou não vale). Este problema pode ser solucionado com uma regra posterior (que invalida

a anterior) ou uma regra especial (que sobrepõe à regra geral), podendo ser também solucionado de acordo com a importância das regras. Já a colisão dos princípios terá uma solução totalmente diferente, quando um princípio entrar em colisão com outro, um deles terá que ceder perante o outro. Porém, isso não quer dizer que o princípio que teve que ceder irá tornar-se inválido ou mesmo ser acrescentado alguma cláusula de exceção. Ressalvando que, dependendo do caso concreto, o princípio que cedeu poderá, de forma inversa, se sobrepor ao outro, ou seja, conforme o caso concreto o princípio terá sua valoração diferenciada.⁵⁰ Desta forma, o conflito de regras leva uma delas a invalidez; já os princípios, como só entram em colisão os válidos, será considerado o de maior peso diante do fato concreto.

Diante do que está disposto no Art. 1º, inciso III, da Constituição Federal Brasileira de 1988, entende o professor Ingo Wolfgang Sarlet necessário ressaltar que este dispositivo não está aqui concedendo o direito à dignidade da pessoa humana, estando apenas reconhecendo um direito pré-existente, pois como já fora mencionado em outras oportunidades, esta dignidade não poderá ser concedida e sim reconhecida, da mesma forma que, sob hipótese nenhuma, poderá o ser humano perder sua dignidade, mesmo que o fato que tenha provocado seja o mais indigno possível, porém poderá ser violada. Assim, entende o professor Ingo que a utilização do termo “direito à dignidade” é equivocado, no sentido estrito da concessão de direito, pois desta forma poderia ser sustentada a sua inexistência.⁵¹

2.1.5 *Autonomia como fundamento da dignidade da pessoa humana*

Este título é de suma importância para que seja alcançado o objetivo deste trabalho, pois como pôde-se observar, a autonomia, sendo fundamento para a dignidade da pessoa humana, faz com que as atitudes das pessoas prescindam à intervenção do Estado, sob uma ótica de proteção da dignidade, ressaltando novamente que é extremamente difícil se defender a ideia de um caráter absoluto como já fora mencionado anteriormente.

Em diversas passagens deste trabalho, suscitou-se a “autonomia” como imprescindível para o tema ora abordado, o que vem a demonstrar sua importância ao se falar em dignidade da pessoa humana. Immanuel Kant se mostra, mais uma vez, como um dos doutrinadores que mais colabora com o tema ao tratar a relação da autonomia e da liberdade como forma de alcançar-se a moralidade. Assim, Leonardo Agostini, em outras palavras, entende que “para afirmar que o ser humano

tem dignidade, é preciso mostrar que é *autônomo*, o que implica, necessariamente, ser *livre*”.⁵²

Já que para alcançar a dignidade o ser humano precisa ser livre, Immanuel Kant considera o conceito de liberdade a chave para explicar a autonomia (autonomia da vontade), entendendo ser este um atributo de todo o ser racional dotado de vontade. Desta forma afirma Kant:

*A vontade é uma espécie de causalidade dos seres vivos, enquanto racionais, e liberdade seria a propriedade desta causalidade, pela qual ela pode ser eficiente, independentemente de causas estranhas que a determinem; assim como necessidade natural é a propriedade da causalidade de todos os seres irracionais de serem determinados à atividade de influência de causas estranhas.*⁵³

Diante desta afirmação, entende-se ser a liberdade o meio pelo qual o ser humano coloca em prática sua autonomia de vontade, sendo esta a forma pela qual poderá agir e almejar alcançar sua dignidade. Por outro lado, nesta afirmação está demonstrada a íntima e imprescindível ligação entre a liberdade e a autonomia, pois sem aquela não poderá o ser humano exercer esta, ou seja, se para alcançar a dignidade o ser humano precisa ser livre, logo será necessário que ele também seja autônomo.

Desta forma, entende Immanuel Kant que, se a moralidade (ou seja, liberdade/autonomia) deve servir como lei enquanto produto do agir de um ser racional, deveria também ser interpretada desta forma a todos os seres racionais. Assim, a todo ser humano racional devemos atribuir liberdade, tendo em vista que esta é a forma sob a qual poderá agir segundo suas próprias vontades. O que torna possível esta autonomia de vontade é o imperativo categórico que diz: “*Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal*”.⁵⁴

Este imperativo categórico, mesmo sendo sucinto, nos mostra que esta linha de atitude sendo seguida pelas pessoas tornaria o produto da sua autonomia respeitado por toda a comunidade e pelo Estado, pois dela decorreria uma atitude exigível e possivelmente aplicável por todos. Assim, agindo apenas de forma a querer que todas as pessoas também o façam, o ser humano estaria fazendo com que o produto da sua autonomia fosse interpretado como lei para todos.

Ainda neste sentido, Immanuel Kant, entendendo que a autonomia da vontade deve ser interpretada como a faculdade do agir presente no ser racional e, sendo esta, por conseguinte produto da sua razão é *fim*, e sendo assim, deve valer para todos os seres racionais. Vejamos:

Ora digo eu: – O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, *existe* como fim em si mesmo, *não só como meio* para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado *simultaneamente como fim*.⁵⁵

Considerando a ideia do ser humano ser um fim em si mesmo, ou seja, as suas atitudes são produtos da sua razão (quando for um ser humano racional) e, desta forma devendo ser interpretado pelo Estado e pela sociedade como produto da autonomia da vontade desta pessoa, ou seja, devendo ser considerada lei para as outras pessoas, desde que não esteja interferindo na dignidade da pessoa humana alheia, até porque estas também devem ser consideradas como um fim em si mesma. O produto desta autonomia de vontade tem que ter um valor considerável frente às outras pessoas, pois expressa a mais digna e legítima vontade do ser humano. E, desta forma, deve ser respeitada e aceita por parte da sociedade e pelo Estado.

Entendendo a autonomia da vontade como lei quando proveniente de seres humanos racionais, Leonardo Agostini, ao tratar das pessoas com algum tipo de alienação mental (portanto desprovidos de racionalidade), trata a dignidade da pessoa humana como absoluta pelo simples fato da pessoa ser um fim e si mesma, não podendo ter sua dignidade perdida ou graduada, pois, desta forma, perderia seu valor absoluto. Assim, alguém que, por alguma patologia, não puder desfrutar de sua autonomia plena, deve ser considerado por aqueles que estiverem em pleno gozo de suas autonomias como fim em si mesmo, o que faria isso ser possível é o respeito.⁵⁶

É bem verdade que Immanuel Kant não fala sobre as pessoas detentoras de alguma alienação mental em sua obra “Fundamentação da Metafísica dos Costumes”, entretanto como, já fora mencionado anteriormente, não se trata da pessoa ter dignidade em tendo autonomia, e sim, da pessoa ser um fim em si mesma e, portanto, devendo ser respeitado seu direito a dignidade da pessoa humana.

Assim, concluí-se que, para o ser humano alcançar sua dignidade, é necessário que ele seja autônomo, e como a autonomia subentende a liberdade através do agir, só assim o ser humano alcançará a moralidade e, por conseguinte, a dignidade da pessoa humana.

2.2 Autonomia privada

O entendimento de autonomia privada que pretende-se demonstrar neste título tem íntima ligação e o seu ápice com Immanuel Kant. Até porque, foi ele

quem interpretou a autonomia da vontade como um fim, devendo ser respeitada pela comunidade e pelo Estado.

Observou-se no título anterior a importância da autonomia para se alcançar a dignidade e sua íntima relação com a liberdade, ou seja, ela faz parte do princípio da dignidade da pessoa humana, e assim como esta também foi interpretada inicialmente como um direito indisponível e de caráter absoluto. Entretanto, como já demonstrou-se anteriormente, assim como a dignidade da pessoa humana, a autonomia privada, apesar de ser um direito indisponível frente ao caso concreto, terá uma parcela de disponibilidade. Tem-se que ter como característica destes direitos, a possibilidade de relativização.

Diante das possibilidades de relativização da autonomia, é preciso encontrar um entendimento atual acerca da autonomia privada, para que dela possa-se encontrar e delimitar seu caráter de disposição. Assim, nesta parte da pesquisa, tem-se a intenção de encontrar os contornos atuais da autonomia privada e suas limitações.

2.2.1 Contornos atuais acerca da autonomia privada

Com certeza trata-se de uma tarefa árdua definir autonomia privada frente às várias definições que dela possam surgir. Por diversas vezes, comentou-se neste trabalho acerca da autonomia e a autodeterminação (capacidade de decidir ou ter racionalidade plena), que nada mais é que a faculdade do ser humano em agir segundo seus interesses e projetos de vida, pois estes mostram-se de suma importância para que o ser humano alcance sua dignidade.

Luiz Edson Fachin entende que a concepção civilística clássica tinha como estrutura principal a autonomia e a liberdade, além da propriedade. A autonomia reconhecida aos indivíduos se traduzia na liberdade como valor individual. A propriedade exercia o papel de senhoria dos bens, sendo a autonomia privada entendida como faculdade de autorregulamentação dos próprios interesses.⁵⁷ Ressaltando que, nesta concepção clássica, a autonomia tinha um enfoque maior para as questões que envolviam bens, ou seja, grande parte das normas que regulavam as relações privadas tratava de questões puramente patrimoniais. Neste mesmo sentido, entende Daniel Sarmento: “antes, prevalecia o *ter* sobre o *ser*, mas agora vai operar-se uma inversão, e o *ser* converter-se-á no elemento mais importante do binômio”.⁵⁸

Roxana Cardoso Brasileiro Borges entende que o ser humano, titular do direito de autonomia e no exercício da mesma, visa disciplinar as relações fáticas

e concretas do seu cotidiano, criando, modificando e extinguindo situações jurídicas. Desta forma, disciplina as regras que irão regular as situações específicas da sua vida, regras estas que deverão estar em consonância com o ordenamento jurídico para serem válidas, não devendo atingir direitos de terceiros e não configurando um ato ilícito.⁵⁹

Além disto, Daniel Sarmento entende que, pelo fato do direito privado centrar-se na pessoa humana e nos seus valores existenciais, o individualismo foi superado. Entende também que esta personalização não é incompatível com o direito privado, pois da mesma forma que este concede direitos, também elenca deveres para com seus semelhantes, até porque, agora, esta pessoa é concebida como um ser social.⁶⁰

O próprio Daniel Sarmento explica que esta socialização do direito privado faz referência à inclusão de valores solidários, pois, diante das desigualdades que por ventura venham a existir, ocorre a necessidade de proteção das partes mais fracas nas relações intersubjetivas. Ressaltando que não se está dando menos atenção à liberdade, porém ela enriquece com o surgimento da necessidade de atentar-se para a igualdade material e à solidariedade.⁶¹

Pelo que foi exposto até este momento, pode-se observar que a autonomia privada ampliou seus horizontes, e desta forma existem alguns autores (como Giovanni Ettore Nanni) que entendem que a autonomia da vontade (que daria a impressão de não haver limite) foi superada pela autonomia privada, e esta por si só não é capaz de criar direito, necessitando também que a atitude esteja legitimada pela ordem pública (interesses fundamentais que o nosso sistema jurídico procura tutelar), ou seja, havendo certos limites que necessitam estar em consonância com os valores fundamentais. Entretanto, entende-se como sendo apenas uma questão didática a mudança da nomenclatura de autonomia de vontade para privada, pois não nos parece que tenha havido uma superação de um pelo outro, e sim, que, nos dias atuais, se faz uma reinterpretação do seu sentido e da sua aplicação prática.

A concepção da autonomia privada é entendida pelo doutrinador Luiz Edson Fachin como uma “certa liberdade”, pois trata da relação dos seres, uns com os outros, numa perspectiva relacional. Este fato não a leva para sua destruição ou diminuição, acabando apenas por superar uma compreensão ultrapassada, ocasionando um desprendimento da compreensão histórica do individualismo exagerado e passando a adotar a teoria da coexistencialidade.⁶² Assim, pode-se perceber que a interpretação contemporânea de autonomia privada deve atentar para as relações interpessoais, onde vão

estar, frente a frente, direitos fundamentais protegidos pelo ordenamento jurídico.

Neste mesmo sentido, o professor Ingo Wolfgang Sarlet, entendendo ser esta uma situação peculiar, sustenta que:

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 (...).⁶³

Diante da situação em que se encontrem duas ou mais pessoas detentoras dos mesmos direitos, até porque todos são iguais em dignidade, é necessário ponderar qual deve prevalecer perante o outro, o que demonstra a impossibilidade do caráter absoluto. Referente opinião do professor Ingo Wolfgang Sarlet, da necessidade de se estabelecer restrições a autonomia privada, este tema será mais bem abordado no título seguinte, onde iremos falar da autonomia privada e suas limitações, mas é extremamente necessário.

O doutrinador Luiz Edson Fachin, ao abordar o princípio da autonomia da vontade, entende que esta autonomia está vinculada às relações humanas voluntárias que representam o caráter de autorregulamentação diante do interesse privado. Sendo assim:

O princípio da autonomia da vontade significa exatamente que os sujeitos, ao entabularem as suas relações jurídicas, o fazem através das ações humanas voluntárias, quer seja no negócio não patrimonial, quer no contrato, quer nos atos jurídicos em sentido estrito. Notadamente a autonomia da vontade é dedicada ao patamar dos negócios jurídicos, o que se entende por espaço de auto-regulamentação dos interesses privados.⁶⁴

Entende-se, assim, que o doutrinador Luiz Edson Fachin conceituou a autonomia privada (da vontade) como sendo a capacidade de autorregulamentação do interesse privado presente nas relações humanas voluntárias. Cabe ressaltar, ousando complementar este conceito, que a autonomia privada se trata de um princípio geral do ordenamento, pois subtende a dignidade da pessoa humana, e, desta forma, deve ser observada para além dos negócios jurídicos, ou seja, é dedicada à obtenção da dignidade através da liberdade no agir, e como já fora dito antes, a torna um valor basilar para o ordenamento jurídico.

Assim, conclui-se, ressaltando que é a dignidade da pessoa humana que garante a autonomia privada, mas também é esta que apresenta limitações à própria liberdade de agir. Diante disto, apenas frente do caso concreto que poderá se avaliar a relevância da autonomia (vontade) e, para isso, faz-se necessário ter uma melhor compreensão acerca das suas limitações.

2.2.2 *Autonomia privada e suas limitações*

Como dito anteriormente, a compreensão contemporânea de autonomia privada gera direitos, mas também gera deveres. Alguns desses deveres passam pelos limites condizentes desta liberdade concedida.

Parece claro que a ordem pública é um limite para a autonomia, até porque as atitudes não podem ser contra os interesses tutelados pelo sistema jurídico. Outra limitação que não dá margem para interpretações dúbias é a lei, pois a pessoa que, através da sua liberdade, venha contrariar uma norma jurídica, estará incorrendo em um ilícito civil ou penal. E por fim, aparecem como derradeiros limites a moral e os bons costumes, estes que dão margem para discussão, devido as suas várias interpretações.

Várias são as definições de ordem pública, mas em sua maioria remetem para os interesses ou princípios gerais do ordenamento jurídico. Os limites à autonomia privada recaem principalmente sobre as leis, pois como já visto, é o próprio ordenamento jurídico que reconhece a autonomia dos seres humanos, faculdade de decisão que só será reconhecida se for operada dentro dos limites que a norma jurídica estabelece, ou seja, a simples faculdade do ser humano decidir o que é melhor para si não será o suficiente para ultrapassar estas barreiras, necessitando que o seu agir esteja em conformidade com os preceitos legais.

Entrar-se-á agora numa seara dos limites da autonomia privada que suscita muitas discussões, devido ao fato de possibilitarem interpretações diversas. Está-se falando, num primeiro momento da moralidade ou imoralidade dos atos cometidos como limite para a liberdade do indivíduo.

Parte da doutrina (como Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp e Giuseppe Stolfi dentre outros), ao tentar desenvolver a moral como limites da autonomia privada, vinculam o seu conceito aos bons costumes. Alegam que o ato seria imoral, quando atentatório aos bons costumes, ou quando fosse considerado imoral pelo público. Assim, mostra-se visível a miscigenação de ideias nas quais os conceitos são plenamente convergentes, até porque se o ato imoral é atentar contra os bons costumes, o que está ocorrendo é a inobservância dos bons costumes.

Diante disto, serão tratados apenas dos bons costumes e consequentemente da moral, pois é parte integrante deste (não separadamente). Trata-se de um conceito bastante subjetivo, diante de uma sociedade diversificada e multicultural.

Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Sousa entende que bons costumes é a base sociológica que se traduz nos usos e costumes que a sociedade, com base no seu conjunto de regras morais, valora como bons. Diante da dificuldade em se estabelecer um conceito plenamente aceito por todos, o doutrinador afirma que se deve ter uma cautela rigorosa para se limitar a atuação, sob o argumento de que estaria violando os bons costumes.⁶⁵

O doutrinador acima citado colabora com um conceito impreciso, pois como já foi dito anteriormente, ocorrerá uma variação do que são bons costumes, de acordo com a sociedade que estiver inserida. Porém, colabora com a afirmação preciosa de que deve ser levada em consideração sempre quando bons costumes for o argumento. Até porque está-se tratando de um conceito impreciso e de difícil delimitação.

Portanto, entende-se que a limitação da autonomia privada deve passar por preceitos constitucionais, principalmente por esta autonomia decorrer da dignidade da pessoa humana. Cabe ressaltar que é necessário ter a devida atenção e observação, com clareza, para com as peculiaridades do caso concreto. Diante disto, tem-se como mais correto afastarmos os bons costumes como critério de limitação da autonomia, devido a sua imprecisão. Assim, parece apropriado a utilização da ordem pública e das leis, bem como dos preceitos constitucionais para limitarmos a autonomia privada.

3 EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E ATUAÇÃO DO ESTADO

Nesta derradeira parte da pesquisa, serão identificadas as formas de atuação que o Estado disponibiliza para intervir nas relações privadas, bem como identificar de que forma se dá a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Trata-se de um tema de grande relevância à pesquisa, pois quanto à eficácia (vinculativa) dos particulares aos direitos fundamentais, a doutrina é pacífica, mas é necessária a compreensão de que forma se dá essa vinculação, para então entrar-se na seara das formas de atuação do Estado nestas relações.

Como já referiu o artigo 5º, § 1º da Constituição Federal de 1988: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”

(direta).⁶⁶ Mas, como é de conhecimento geral, a constituição precipuamente foi concebida para defender os particulares frente ao Estado, desta forma, tem-se que aprofundar esta situação de forma a verificar se esta aplicação é a mais correta para as relações privadas.

Diante disso, analisar-se-á a atuação do Estado nas relações privadas, pois através do seu poder de polícia, poderá e deverá atuar nas relações que afrontem princípios constitucionais. Porém, assim como já foi visto nos limites da autonomia privada, o Estado também tem limites para sua atuação, devendo respeitar os preceitos legais.

3.1 Eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares

Resta evidente, diante do que foi até o presente momento abordado, que os direitos fundamentais exprimem valores que o Estado deve respeitar, bem como promover e proteger. Inevitavelmente estes valores atingem o público e privado, ou seja, vinculando também as relações privadas aos direitos fundamentais. Desta forma, os direitos fundamentais visam proteger o indivíduo perante possíveis intervenções extremadas do Estado, como também compete a este intervir nas relações privadas, quando houver algum ato atentatório aos preceitos constitucionais partindo de outro ente privado.

Diante dos ensinamentos de Juan Maria Bilbao Ubillos (citado por Sarmiento 2006), e que segundo o doutrinador Daniel Sarmiento, seria um dos estudos mais completos acerca do assunto ora abordado, passar o sujeito privado para a posição de sujeito passivo dos direitos fundamentais, posição esta ocupada precipuamente pelo Estado (poderes públicos em geral), não seria a forma mais correta de se proceder. Ocorre que não há como comparar o regime jurídico dos poderes públicos com o indivíduo, que é detentor de direitos fundamentais.⁶⁷

Denominar-se-á eficácia “vertical” dos direitos fundamentais no âmbito privado, quando envolver a vinculação do ente público (entidades estatais) aos direitos fundamentais. Esta eficácia (que envolve o as relações particular-Estado), é, perante a doutrina, a dimensão menos controversa, tendo em vista que, virtualmente, foi superada a teoria que negava a vinculação de forma direta do legislador privado aos direitos fundamentais.⁶⁸

A eficácia “vertical”, por se tratar de uma forma de fácil compreensão e aceita por parte majoritária da doutrina, para não dizer por toda, não receberá maior atenção. Assim, de forma mais aprofundada, abordar-se-á as minúcias da eficácia dita “horizontal”, que, segundo o professor Ingo Wolfgang Sarlet, continua

gerando controvérsia. Esta eficácia preocupa-se especificamente com a vinculação das relações entre particulares, em relação aos direitos fundamentais. Resta evidente que a denominação “horizontal” pretende representar a ideia dos particulares estarem em um grau de paridade nas suas relações, mas como será visto a seguir, não se trata de uma terminologia incontroversa.

Segundo o professor Ingo Wolfgang Sarlet, este aspecto de eficácia já obteve diversas denominações, tanto na doutrina como na jurisprudência. Os mais utilizados a denominavam como “eficácia privada”, “eficácia em relação a terceiros” e “eficácia horizontal”. O professor elenca alguns motivos para não serem adotadas tais determinações, dentre elas ressalta-se o fato de terem nomenclaturas muito genéricas e que não abordam o problema central, e o mais complexo aborda uma possível existência de desigualdade mesmo na terminologia “eficácia horizontal”, que pressupõem uma igualdade, pois se tratando de uma relação em que se encontre o particular frente a um poder social (também um ente privado), depara-se com uma desigualdade semelhante ao que ocorre quando o particular está frente ao Estado, desta forma, estaríamos diante de uma natureza “vertical”.⁶⁹

Assim como fez o professor Sarlet, optamos pela terminologia “eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares”, em detrimento de outras expressões mais utilizadas, tendo em vista a generalidade com que representam o tema. Trata-se de uma expressão mais fidedigna aos propósitos da pesquisa e do que se está pretendendo representar.

Na esteira do que leciona Robert Alexy, que entende ser de suma importância abordar a forma “como” e “em que medida” (alcance) se dá a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Ambas as situações apresentam peculiaridades, por tratarem de uma relação, onde ambos os pólos serão titulares de direitos fundamentais, diverso do que ocorre quando estamos diante do particular e o Estado.⁷⁰

Após estas breves considerações acerca da “eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares”, está formado o alicerce para que, possa-se, então, desenvolver as diversas teorias que abordam a aplicação desta eficácia de forma direta, indireta ou sequer aplicá-la.

3.1.1 Teoria da negação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, a state action e a convergência estadista

A teoria da negação já foi superada pela doutrina e pela jurisprudência, que, praticamente, de forma unânime, entendem que os direitos fundamentais

devem ser aplicados nas relações entre particulares. Porém, como se trata de uma teoria que obteve uma importância considerável, merece que seja abordada e clarificada. Assim, como a maioria dos ensinamentos em direito constitucional, esta teoria também teve seu berço no direito alemão.

Um dos argumentos de quem adotava a teoria da negação dava conta que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais acabaria com a autonomia privada. O direito privado seria absorvido pelo constitucional, conferindo um poder extremado aos juizes, em detrimento do legislador. Na Alemanha, a corrente que negava a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais praticamente desapareceu após o Tribunal Constitucional Federal alemão, em diversas decisões (proferidas na década de 50), reconhecer a eficácia horizontal.⁷¹

É no direito americano (EUA) que esta teoria foi largamente difundida, praticamente aceita por toda a doutrina e jurisprudência. Entendem que os direitos fundamentais previstos na sua Carta de Declaração dos Direitos do Cidadão, impõem restrições apenas contra o Estado (poderes públicos), não se fazendo valer nas relações entre particulares. Assim, estabeleceram duas premissas: que a Constituição vincula apenas o Estado (poderes públicos), permanecendo inalterada até hoje; e que a competência para legislar estas situações é de competência do legislador estadual (Estado não federativo). Esta premissa recebeu alterações no sentido do Estado (União) ter a competência para legislar sobre os direitos humanos.⁷²

Ressalvando a 13^a Emenda, que proíbe a escravidão, os defensores estadunidenses se amparam na literalidade do texto, que não prevê a vinculação os particulares. Porém, é de saber comum que, por vezes, a pura interpretação literal, apesar de fornecer uma segurança jurídica maior, não é a mais apropriada quando se fala em normas jurídicas.

Cabe ressaltar que na própria “*state action*”, quando o indivíduo estivesse atuando tipicamente como ser estatal ou em outras situações específicas, estariam sujeitos às limitações constitucionais. Semelhante à desigualdade que apresentou-se anteriormente quando falou-se da eficácia horizontal.

A teoria da convergência estadista, desenvolvida por Jürgen Schwabe, na Alemanha, praticamente sustenta que a autonomia privada é produto de uma autorização estatal, e por isso, as ofensas produzidas por ela seriam de autoria do Estado. Tem como base o fato que o próprio Estado teria o dever de proteger os direitos fundamentais. Ocorre que o legislador privado é quem tem uma vinculação direta aos direitos fundamentais, precisando, assim, fundamentar suas

leis, e desta forma, desnecessária a vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, partindo da teoria objetiva dos valores constitucionais presentes nas concepções indiretas e diretas que serão vistos a seguir.⁷³

Não dá para considerar a teoria da convergência estadista uma negação total à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, pois, no nosso entendimento, ocorre uma vinculação camuflada. Observa-se que, para Schwabe, os particulares não estão diretamente vinculados, mas o direito privado a quem estão diretamente ligados, na sua concepção, estariam vinculados aos direitos fundamentais, desta forma, os particulares, de uma forma camuflada, estariam vinculados aos direitos fundamentais de qualquer forma.

Resta claro que ambas as teorias buscam proteger ao máximo a autonomia privada, ligadas à interpretação clássica dos direitos fundamentais, na qual estes não se comunicavam com os particulares. Pregam a ideologia da separação total do público do privado.

A teoria da negação à vinculação dos particulares não tem expressão entre nós e, como observa-se, estão sofrendo modificações de forma a se adequarem aos dias atuais. A teoria da convergência estadista alemã perdeu sua força quando o judiciário reconheceu a eficácia horizontal. Já a teoria da “*state action*” vem sofrendo alterações, de forma a expandir o poder público para abarcar o particular quando estiver atuando em atividades tipicamente estatais. Diante do exposto, nos parece claro que não são as teorias mais adequadas a se seguir.

3.1.2 Teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações particulares

Como dito anteriormente, esta teoria também tem seu berço no direito alemão. Foi desenvolvida e sustentada por Hans Carl Nipperdey, que defende uma aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, sem a necessidade de que o legislador proceda alguma intermediação entre o direito público e privado.

A vinculação direta encontra respaldo para sua aplicação nas relações entre particulares, pelo fato da constituição possuir força normativa não se poderia aceitar que o direito privado agisse às margens da Constituição, não se admitindo a vinculação única e exclusiva do poder público.⁷⁴ O professor Ingo Wolfgang Sarlet defende sua aplicação sem nenhuma adaptação.

O doutrinador Daniel Sarmento diz que Hans Carl Nipperdey justifica sua teoria tendo em vista que os

riscos que rondam os direitos fundamentais do indivíduo não provem apenas do Estado. Entendendo que, a opção pelo Estado Social acabaria por reconhecer que na contemporaneidade, os poderes sociais e os próprios particulares (terceiros) apresentam riscos, desta forma, os direitos fundamentais também atuariam nas relações privadas.⁷⁵

A teoria da eficácia direta entende que a vontade da Lei Fundamental é proteger a liberdade ampla. Assim, os direitos fundamentais, que precipuamente visavam proteger o particular do Estado, assumem a função também de proteger o particular de seu semelhante ou até mesmo de poderes sociais, acarretando uma proibição de qualquer de seus direitos fundamentais. Diante desta função, os direitos fundamentais não careceriam de qualquer modificação para serem aplicados nas relações entre particulares.⁷⁶ Posição que também é defendida pela ministra Ellen Gracie do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRATÓRIO. 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. [...] ⁷⁷

Por esta ótica, os direitos fundamentais, que historicamente foram criados para proteger o particular do Estado, assumiriam um novo papel. A evolução da sociedade exige que o Estado proteja seus direitos fundamentais, e desta forma, a função que era apenas protetiva frente ao Estado, se transformou e tornou efetiva também nas relações entre particulares, pois estes representam, agora, um risco potencial aos direitos fundamentais.

No entanto, como leciona o próprio Robert Alexy, os adeptos desta teoria não renegam a existência de especificidades quanto a sua aplicação. Uma delas, se não a mais importante, é que Alexy entende que deve ser levada em conta a ponderação do suposto direito fundamental atingido, com a autonomia privada do particular envolvido no caso concreto.⁷⁸

Assim, conclui-se que a teoria direta ou imediata, apesar de não prevalecer na Alemanha que foi seu berço, foi adotada em outros países também (como Itália, Espanha, dentre outros). Mas deve ser concebida com algumas alterações, para que possa atuar de forma efetiva nas relações entre particulares, até porque será necessário relativizá-la de forma a ponderar os direitos fundamentais atingidos com a autonomia privada. Desta forma, não podendo ser aplicada da forma que fora concebida, devendo atentar para algumas especificidades.

3.1.3 Teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais nas relações particulares

Trata-se de mais uma teoria que, tem seu berço no direito alemão, foi desenvolvida por Günter Dürig. Tornou-se a eficácia dominante no sistema jurídico da Alemanha, sendo, nos dias, atuais a doutrina mais adotada pela Corte Constitucional. Representa uma construção intermediária, dentre a teoria que nega a eficácia e a que defende a eficácia direta.

Segundo o professor Ingo Wolfgang Sarlet, o doutrinador Dürig, ao advogar que os direitos fundamentais representam uma ordem de valores, faz com que estes devam repercutir em todo o ordenamento jurídico (entre privados ou não), porém contesta a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. Entendendo que com sua aplicação direta, ocorreria um esvaziamento virtual da autonomia privada.⁷⁹

Neste sentido, Daniel Sarmento entende que os direitos fundamentais não integram o direito privado como direito subjetivo que possa ser invocado a partir da constituição.⁸⁰ Desta forma, Dürig sustenta que, pelo direito fundamental proteger autonomia privada do particular, este poderia, diante da relação entre particulares, se abster dos direitos fundamentais dos quais tem direito, o que seria inadmissível caso o Estado ocupasse um dos polos da relação.

Entende-se que o fato dos direitos fundamentais não podem ser invocados a partir da Constituição, não quer dizer que estes não estejam protegidos pela mesma, assim como está protegida a autonomia privada. Quanto ao particular, no exercício da sua autonomia privada, pode abrir mão de direitos fundamental do qual tem direito, entende-se ser necessário fazer a referência que o indivíduo precisa ter um consentimento livre e esclarecido para que possa dispor de seu direito, pois apenas desta forma estará exercendo sua autonomia de forma plena, e não de forma alienada.

Desta forma, a proposta do seu criador é de que a eficácia indireta se tornaria efetiva quando na ausência

de normas jurídico-privadas, ou seja, de forma indireta. Isso se daria com a recepção do direito privado, no que diz com as “cláusulas gerais” e conceitos indeterminados que façam referência a proteção dos direitos fundamentais. Seria função do legislador, que é um dos destinatários precípuos das normas de direito fundamental, formatá-las de forma a serem respeitadas pelos particulares.⁸¹

Ao judiciário restaria tão somente intervir quando as cláusulas não forem claras, ou quando forem omissas frente ao problema da relação entre particulares. Deverá sempre tomar por base os direitos fundamentais, inclusive no sentido de rejeitar normas que sejam com estes conflitantes.⁸²

Assim, para a eficácia indireta ou mediata, os direitos fundamentais não devem ser usados de forma direta nas relações entre particulares. Porém entende-se, serem os direitos fundamentais uma ordem de valores que deve ser levada em conta, e além de ser considerada na interpretação do direito privado, deve ser alvo dos legisladores, quando na elaboração das normas do direito privado. Cabe ressaltar que esta teoria, de certa forma, será abordada novamente no título seguinte que fala da teoria de proteção.

3.1.4 Teoria dos deveres de proteção

Os autores que defendem esta teoria colocam como sua grande vantagem o fato da autonomia privada dos particulares não ser prejudicada. Assim como as outras teorias, teve início no direito alemão e tem como um de seus maiores defensores o grande doutrinador Claus-Wilhelm Canaris. Trata-se, de certa forma, de uma releitura da eficácia indireta, agregando novos fundamentos que geram soluções diferenciadas.

O doutrinador Claus-Wilhelm Canaris sustenta que, na Alemanha, partindo-se do pressuposto que foi colocado, de forma expressa, que os direitos fundamentais vinculam o Estado (poderes estatais), deixando de fora os particulares, sob a teoria da eficácia direta. Porém, entende que, além de abster-se de violar os direitos fundamentais do particular, o Estado também está incumbido de proteger tais direitos, mesmo que estes estejam sendo violados por outro ente particular.⁸³

Neste mesmo sentido, o professor Ingo Wolfgang Sarlet entende que os direitos fundamentais, quando na função de defesa, constituem limites (negativos) à atuação do Estado. Já no que concerne ao dever de proteção por parte do Estado dos direitos fundamentais do indivíduo, constitui uma ação positiva do Estado (obrigando-o a intervir preventiva ou repressivamente), mesmo que a agressão seja proveniente de outro particular.⁸⁴

É evidente que os direitos fundamentais apresentam um limite à atuação do Estado, mas agora, além de

respeitar estes limites, deverá promover a sua defesa quando tiverem sido violados ou na eminência de serem. Ressalta-se, como visto anteriormente no título referente à eficácia indireta, que deve ser ponderado o direito fundamental violado frente à autonomia privada. Esta ponderação também é defendida por Claus-Wilhelm Canaris.

O doutrinador Daniel Sarmiento define que a teoria da proteção, de forma correta no nosso entender, sustentando que o Estado tem o dever de proteger os direitos fundamentais dos particulares. Faz uma crítica quanto ao fato de apenas o Estado estar vinculado aos direitos fundamentais, o que seria um ultraje nos tempos atuais. Fundamenta sua crítica no fato de que, ao prever a existência do dever de proteção e negar a vinculação imediata dos particulares aos direitos fundamentais, trata-se de uma evidente contradição.⁸⁵

Reserva-se o direito de não concordar com a afirmação acima referenciada. Pois, quanto ao fato do Estado ter o dever de proteger os direitos fundamentais dos particulares, devido a estar vinculado de forma direta a estes direitos, não existe nenhum óbice, até porque a doutrina é pacífica no sentido de que a eficácia tem que ser direta quando envolver um ente estatal. Já no que concerne a crítica de que apenas o Estado estaria vinculado aos direitos fundamentais, é uma falácia, pois apenas o Estado está vinculado de forma direta, sendo que o particular também se encontra vinculado a estes direitos, mas de forma indireta.

Além disso, uma das vantagens de maior relevância da teoria de proteção está representada no fato dela ter suas bases edificadas no próprio direito privado. Admitindo-se uma intervenção por parte do Estado nas relações jurídico-privadas, apenas quando deparados com situações excepcionais e que justifiquem sua intervenção.

Diante do que foi exposto até o presente momento, entende-se ser a teoria da proteção a mais adequada para representar a eficácia (vinculativa) dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, pois na nossa concepção, ela apresenta solução para todas as situações que podem ocorrer, de forma mais adequada. Cabe ressaltar que existem algumas teorias alternativas que não conseguiram, no âmbito da doutrina e da jurisprudência, alcançar um lugar de destaque e que, também, por não apresentarem resoluções para os problemas que envolvam as relações entre particulares, não serão abordadas nesta pesquisa.

3.2 Breves contornos acerca do poder de polícia do estado

No título anterior pôde-se observar que, fora a teoria da negação à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, nas demais teorias o Estado

(e poderes públicos) atua direta ou indiretamente nos particulares. Especificamente na teoria de proteção, viu-se que o Estado tem o dever de proteger os direitos fundamentais dos indivíduos nos casos extremados e justificados. A forma que o Estado tem para intervir nessas relações privadas de forma a proteger o próprio indivíduo é o poder de polícia.

Um dos doutrinadores de maior expressão no direito administrativo brasileiro, é sem dúvida, Hely Lopes Meirelles, e para ele, o poder de polícia é:

O mecanismo de frenagem que dispõe a Administração Pública para conter os abusos do direito individual. Por esse mecanismo, que faz parte de toda a administração, o Estado detém a atividade dos particulares que se revelar contrária, nociva ou inconveniente ao bem-estar social, ao desenvolvimento e à segurança nacional.⁸⁶

O poder de polícia fundamenta sua existência no interesse social e na necessidade de exercer supremacia sob seu território e tudo que nele contiver. Esta supremacia se revela na ordem pública, bem como, nos mandamentos constitucionais que impõem restrições a autonomia privada.⁸⁷

Já demonstrou-se anteriormente neste trabalho, que a autonomia privada tem limitações, e que estas limitações devem ser respeitadas. No momento que ocorre o excesso dessas liberdades individuais, o Estado necessita intervir nesta relação. Porém, deve-se atentar para que a intervenção do Estado não se torne abusiva e contrária aos preceitos constitucionais, devendo existir um interesse público relevante.

O doutrinador Daniel Sarmento, de forma magnífica, exprime, o que para ele, cabe ao indivíduo e o que cabe ao Estado:

Deve caber sempre às pessoas a eleição dos seus objetivos e planos de vida, que têm de ser respeitados, desde que não violem o direito de terceiros. O papel do Estado é o de auxiliar na criação das condições necessárias para que cada um realize livremente as suas escolhas e possa agir de acordo com elas, e não o de orientar as vidas individuais para alguma direção que se repute mais adequada.⁸⁸

O fato das pessoas terem sua autonomia privada assegurada como direito fundamental, representa um limite para que o Estado respeite suas escolhas (desde que sejam de forma livre e esclarecida). O papel contemporâneo do Estado compreende também que forneça condições para que indivíduos alcancem seus objetivos, mas não pode através do seu poder de polícia, de forma arbitrária, direcionar as vidas das pessoas como bem entender.

Assim, conclui-se que é limpo e cristalino o direito do estado de intervir nas relações entre particulares. Mas, deve-se ter atenção para não invadir a seara dos direitos fundamentais, principalmente no que se refere à autonomia privada, condição necessária para se alcançar a dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÕES

Chegando ao final deste estudo, é possível identificar que o tema dos direitos fundamentais apresenta uma série de controvérsias doutrinárias. Mas, mesmo diante de tais controvérsias, é possível encontrar pontos incontroversos suficientes para embasar a resolução do problema proposto por esta pesquisa.

Resta evidente que dignidade da pessoa humana se trata de um conceito aberto e em constante modernização. Porém, também é evidente que é de uma qualidade intrínseca a todo e qualquer ser humano, independente de qualquer coisa. Cada ser humano é detentor de sua própria dignidade, e desta forma, merecedor de respeito por parte do Estado e da comunidade, devendo ser também reconhecida as especificidades de cada ser humano. Cabe ressaltar que o princípio da dignidade da pessoa humana não se trata de um princípio absoluto, pois como fora defendido diversas vezes neste trabalho, não há como sustentar a existência de princípios absolutos.

Diante dos ensinamentos de Immanuel Kant e Leonardo Agostini, que entendem que o ser humano deve ser respeitado como tal, não podendo ser usado como objeto para obtenção de benefício de terceiros. Ressalta-se apenas, neste sentido, o fato de existir a necessidade do consentimento livre e esclarecido sobre as circunstâncias pertinentes, pois quando se fala em objeto, percebe-se, que inicialmente, que há uma ideia de instrumentalização, quando deveria dar uma ideia de usurpação (Ex.: o serviço escravo).

Diante do que foi até o momento exposto, como pode o Estado intervir em uma vontade livre e esclarecida do ser humano? O Sr. Wackenheim mostrou-se completamente esclarecido quanto o que representava para ele, o arremesso de anão, até porque ele próprio “brigou” judicialmente para ter o direito de ser arremessado garantido, não logrando êxito.

Além do mais, o Sr. Wackenheim merecia respeito por parte da comunidade e do Estado, pois agia segundo sua autonomia e, conseqüentemente, exercia sua dignidade. O desejo de ser arremessado representava sua vontade mais legítima de se sentir digno, pois se sustentava financeiramente sem auxílio de ninguém. O Sr. Wackenheim não estava sendo usado como objeto para o benefício de terceiros, era para seu próprio benefício que se colocava nesta situação, o que por

si só já contrapõe o fato do ser humano não poder ser utilizado como objeto para benefício de terceiros.

Além do que, o arremesso de anão não afronta nenhum dos preceitos legais. Não há como sustentar que o arremesso afrontasse a dignidade da pessoa humana de nenhum outro indivíduo, bem como fora mais incoerente ainda dizer que afrontava a ordem pública e aos bons costumes, este que sequer pode ser conceituado de forma largamente aceita.

Ora, quem melhor que o próprio Sr. Wackenheim para saber se sua dignidade estava sendo lesada de alguma forma. Ocorre que ela realmente foi lesada no momento em que o prefeito de Morsang-sur-Orge interdita o arremesso de anão de forma a direcionar vida deste ser humano. Tanto o Estado como o Judiciário agiram de forma errônea ao não mesurarem, de forma correta, os desejos e anseios do Sr. Wackenheim.

A Justiça, neste caso, deveria ter revisto a atitude do prefeito de Morsang-sur-Orge, como o fez em primeira instância, pois esta sim estava violando os limites do poder de polícia, bem como a dignidade da pessoa humana. Até porque, caso não fosse assim, a própria justiça brasileira deveria proibir a execução de programas de TV brasileiros (como o Pânico na TV) que, diariamente, expõem suas integrantes à situações degradantes até para quem olha, porém ressalta-se que suas integrantes se dispuseram a fazer tais cenas, bem como a sociedade tem a opção de escolher outro canal para olhar, assim como as pessoas poderiam escolher outros bares para frequentar em Morsang-sur-Orge.

Assim como utiliza-se a frase “respeite para ser respeitado” diariamente, deve-se utilizar ela também para com os direitos alheios. O que se observa no problema que esta pesquisa traz a tona, é que em nenhum momento a vontade do Sr. Wackenheim foi respeitada e levada em consideração, pois o argumento mais apropriado para a proibição do arremesso de anão que foi utilizado, dava conta de que isso poderia representar riscos à saúde do Sr. Wackenheim. Porém, não há no que se falar em proibição sob este argumento, pois sendo assim tem-se que proibir diversos esportes (Ex.: o Boxe que recentemente levou um competidor ao óbito no Brasil) largamente praticados.

Audaciosamente, tomam-se por incorretas as decisões que foram proferidas perante o caso concreto. Percebe-se claramente que, na tarefa de ponderação do caso concreto, é inegável que a decisão seja balizada sob o respeito aos direitos fundamentais e principalmente a dignidade da pessoa humano do indivíduo envolvido na relação, para isso, é necessário respeitar a autonomia privada, intervindo apenas quando esta estiver violando direitos fundamentais de terceiros ou preceitos legais protegidos pelo ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

- AGOSTINI, Leonardo. *Autonomia: Fundamento da dignidade humana em Kant*. 2009. 101f. Dissertação (Mestre em Filosofia) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. 607 p.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 232 p.
- BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. *Direitos fundamentais & justiça*, Porto Alegre, v. 2, n. 3, p. 82-93, 2008.
- _____. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005. 807 p.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. 257 p.
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Pesquisa de Jurisprudências. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acessado em: 13 out. 2010.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2003. 165 p.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2ª Triagem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 334 p.
- DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 362 p.
- FACHIN, Luiz Edson. *Questões de direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 354p.
- FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 365p.
- FUCHS, Mariane Kliemann. *Igualdade ou indiferença? Qual o melhor caminho na busca pela dignidade?* 2008. 127f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.
- GORCZEWSKI, Clóvis (Coord.). *Direitos humanos: a primeira geração em debate*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2008. 223p.
- HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 89-152.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: 70, 1986. 119p.
- MACEDO, Amílcar Fagundes Freitas. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 2008. 168f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 432 p.
- MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) *Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 61-88.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2008. 839 p.
- NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. *Declaração dos Direitos Humanos*. Disponível em: <www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em: 06 ago. 2010.

NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 318 p.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. A dignidade do homem. São Paulo: GRD, 1988. 43 p.

PODLECH, Adalbert. Anmerkungen zu Art. I Abs I Grundgesetz, in: R. Wasserman (Org.), *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (Alternativkommentar). 2. ed. Neuwied: Luchterhand, 1989. v. II.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. 501 p.

_____. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 13-44.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. 164 p.

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: Livraria do Advogado, 2000. p. 107-163.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 362 p.

SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Ed, 1995. 703 p.

THOMÉ, Liane Maria Busnelo. *Princípio da dignidade da pessoa humana e mediação como instrumento de potencialização da dignidade nas rupturas dos casais em família*. 2007. 149f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. 852 p.

VITORIA, Francisco de. *Sobre el poder civil, sobre los indios sobre el derecho de la guerra*. Madrid: Tecnos, 1998. 212 p.

NOTAS

¹ Artigo extraído do trabalho de conclusão apresentado à banca examinadora, composta pelo Orientador, Professor Plínio Saraiva Melgaré, pelo Professor Wremyr Scliar e pelo Professor Francisco José Moesch, como requisito à obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Aprovado com grau máximo em 8 de novembro de 2010.

² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.33.

³ SARLET, op. cit.

⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

⁵ SARLET, op. cit.

⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

⁷ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2ª Triagem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

⁸ MACEDO, Amílcar Fagundes Freitas. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 2008. 168f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

¹¹ GORCZEWSKI, Clóvis (coord.). *Direitos humanos: a primeira geração em debate*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2008.

¹² SARLET, op. cit.

¹³ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

¹⁶ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

¹⁷ BONAVIDES, op. cit.

¹⁸ GORCZEWSKI, Clóvis (coord.). *Direitos humanos: a primeira geração em debate*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2008.

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, v.2, n.3, p. 82-93, 2008.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

²¹ SARLET, op. cit.

²² PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. *A dignidade do homem*. São Paulo: GRD, 1988, p. 22.

²³ VITORIA, Francisco de. *Sobre el poder civil, sobre los indios sobre el derecho de la guerra*. Madrid: Tecnos, 1998.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

²⁵ NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

²⁶ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: 70, 1986, p. 77.

²⁷ FUCHS, Mariane Kliemann. *Igualdade ou indiferença? Qual o melhor caminho na busca pela dignidade?* 2008. 127f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

²⁹ NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. *Declaração dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitos_humanos.php>. Acesso em: 06 ago. 2010.

³⁰ THOMÉ, Liane Maria Busnelo. Princípio da dignidade da pessoa humana e mediação como instrumento de potencialização da dignidade nas rupturas dos casais em família. 2007. 149f. dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.

³¹ HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 129.

³² PODLECH, Adalbert. Anmerkungen zu Art. I Abs I Grundgesetz. In: R. Wasserman (Org.), *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (Alternativkommentar), v. II, 2. ed. Neuwied: Luchterhand, 1989.

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

³⁴ DWORNIKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

³⁵ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: 70, 1986.

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

- ³⁷ Como critério aferidor do que seja uma vida saudável, parece-nos apropriado utilizar os parâmetros estabelecidos pela Organização Mundial da Saúde, quando se refere a um completo bem-estar físico, mental e social, parâmetro este que, pelo seu reconhecimento amplo no âmbito da comunidade internacional, poderia igualmente servir como diretriz mínima a ser assegurada pelos Estados.
- ³⁸ SARLET, op. cit., p. 63.
- ³⁹ THOMÉ, Liane Maria Busnelo. *Princípio da dignidade da pessoa humana e mediação como instrumento de potencialização da dignidade nas rupturas dos casais em família*. 2007. 149f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.
- ⁴⁰ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana;
- ⁴¹ PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao3%20A7ao.htm>. Acesso em: 01 ago. 2010.
- ⁴² MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: *Dimensões da dignidade*. Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- ⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed.rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- ⁴⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ⁴⁵ ALEXY, op. cit.
- ⁴⁶ SARLET, op. cit.
- ⁴⁷ FUCHS, Mariane Kliemann. *Igualdade ou indiferença? Qual o melhor caminho na busca pela dignidade?* 2008. 127f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.
- ⁴⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 86. No original: El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas.
- ⁴⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. No original: En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si un regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Po lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio.
- ⁵⁰ ALEXY, op. cit.
- ⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed.rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- ⁵² AGOSTINI, Leonardo. *Autonomia: Fundamento da dignidade humana em Kant*. 2009. 101f. Dissertação (Mestre em Filosofia) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009. p. 54.
- ⁵³ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: 70, 1986. p. 93. Nesta mesma página Kant faz referência à liberdade constante nesta afirmação como sendo negativa, e que dela decorre um conceito de liberdade positiva. Estes conceitos de liberdade positiva e negativa não serão abordados neste trabalho devido a não serem alvos e por não influenciarem no objetivo desta pesquisa.
- ⁵⁴ KANT, op. cit. p. 59.
- ⁵⁵ KANT, op. cit. p. 68.
- ⁵⁶ AGOSTINI, Leonardo. *Autonomia: Fundamento da dignidade humana em Kant*. 2009. 101f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009.
- ⁵⁷ FACHIN, Luiz Edson. *Questões de direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- ⁵⁸ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 91.
- ⁵⁹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.
- ⁶⁰ SARMENTO, op. cit.
- ⁶¹ SARMENTO, op. cit.
- ⁶² FACHIN, Luiz Edson. *Questões de Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- ⁶³ SARLET, I. W. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: _____. (Org.). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 112.
- ⁶⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 71.
- ⁶⁵ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O direito geral de personalidade. Coimbra: Coimbra Ed, 1995. 703 p.
- ⁶⁶ PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao3%20A7ao.htm>. Acesso em: 01 ago. 2010.
- ⁶⁷ UBILLOS, Juan Maria Bilbao. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a Particulares*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- ⁶⁸ SARLET, I. W. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: _____. (Org.). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- ⁶⁹ SARLET, op. cit.
- ⁷⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ⁷¹ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- ⁷² SARMENTO, Op. cit.
- ⁷³ 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: Livraria do Advogado, 2000.
- ⁷⁴ 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: Livraria do Advogado, 2000.
- ⁷⁵ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- ⁷⁶ SARLET, Op. cit.
- ⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 201819. Relatora: Ellen Gracie. Julgado em: 11/10/2005, Publicado no DJ de 27/10/2005, PP-00064. Acessado em: 13/10/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=eficácia%20horizontal&base=baseAcordaos>>.
- ⁷⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. Esta posição também é defendida por UBILLOS, Juan Maria Bilbao. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- ⁷⁹ 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: Livraria do Advogado, 2000.
- ⁸⁰ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- ⁸¹ SARLET, Op. cit.
- ⁸² SARMENTO, SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- ⁸³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2003.
- ⁸⁴ SARLET, 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: Livraria do Advogado, 2000.
- ⁸⁵ SARMENTO, op. cit.
- ⁸⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 133.
- ⁸⁷ MEIRELLES, op. cit. Neste sentido também MEDAUAR, MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 432 p.
- ⁸⁸ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 157-158.