

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

RICARDO NAKAHIRA

EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

MESTRADO EM DIREITO

São Paulo
2007

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

RICARDO NAKAHIRA

EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito do Estado (Direito Constitucional), sob orientação do professor André Ramos Tavares.

São Paulo

2007

Banca Examinadora

*Dedico esse trabalho aos meus pais, a Carla,
companheira de todas as horas, a Rebeca e ao(a)
novo(a) integrante da família.*

AGRADECIMENTOS

Na elaboração deste trabalho contei com as colaborações de diversas pessoas. A elas sou eternamente grato.

Ao professor André Ramos Tavares por sua paciência e compreensão com as minhas limitações.

Aos servidores da biblioteca da Procuradoria da República em São Paulo, que auxiliaram no trabalho de pesquisa.

À minha esposa Carla, por compreender a minha ausência na hora do estudo.

Aos meus pais que, apesar da pouca instrução formal, sempre incentivaram a minha busca pelo conhecimento.

RESUMO

O objetivo do presente trabalho consiste em sistematizar o pensamento da doutrina nacional e estrangeira sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

O tema dos direitos fundamentais é muito caro ao ser humano e as suas violações remontam o começo da humanidade. Nos dias atuais é viva a necessidade de sua proteção e preservação.

Verificamos que as violações aos direitos fundamentais podem partir tanto do Estado soberano como, também, dos agentes privados (grandes empresas, bancos, sindicatos, associações, etc.). Daí a necessidade de reconhecer a sua eficácia perante os particulares. O modo, a forma e o alcance dessa eficácia são objetos desta dissertação.

Como pode ser verificado no decorrer do texto, adotamos a possibilidade de reconhecimento da aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Na parte final, lançamos breves considerações a respeito do problema do reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos sociais prestacionais.

Palavras-chave: direitos fundamentais – eficácia – horizontal – relações privadas.

ABSTRACT

The purpose of this study is to systematize the concept, national and foreign, of the horizontal efficacy of fundamental rights.

The issue is relevant considering that fundamental rights have been violated since the beginning of civilization. In the current days their protection and observance are still necessary.

These violations can be derived from sovereign States and from private agents – big companies, banks, unions, associations – making therefore the awareness of these rights by those agents ultimately necessary. The fashion, the scope and the range of this efficacy are the subject of this paper.

As it can be verified throughout the text, the direct application of fundamental rights in private relations was admitted.

Lastly it was put forward considerations about the problem of recognizing the horizontal efficacy of fundamental rights.

Keywords: fundamental rights – efficacy – horizontal – private relations.

SUMÁRIO

1. Introdução.....	10
1.1. Apresentação e delimitação do tema.....	10
1.2. Terminologia.....	11
1.3. Plano de estudo.....	14
2. Uma visão panorâmica sobre os direitos fundamentais.....	15
2.1. Conceituando os direitos fundamentais.....	15
2.2. Breve perspectiva histórica.....	18
2.3. Algumas classificações dos direitos fundamentais.....	24
2.3.1 Direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensão.....	26
2.3.2. Direitos fundamentais individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e de cidadania.....	29
2.3.3. Direitos fundamentais de cunho defensivo e prestacional.....	32
2.4. A positivação dos direitos fundamentais nas constituições.....	37
2.5. Os direitos fundamentais na Constituição da República do Brasil de 1988.....	42
2.6. Conclusões.....	45
3. Bases teóricas para uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais – <i>Drittwirkung</i>	46
3.1. A força normativa da Constituição.....	46
3.2. Os princípios constitucionais.....	48
3.3. O princípio da dignidade da pessoa humana.....	50
3.3.1. Mínimo existencial.....	57
3.3.2. Custo dos direitos.....	62
3.4. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais.....	65
3.5. Conclusões.....	72
4. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.....	73
4.1. Considerações iniciais.....	73
4.2. A vinculação do poder público aos direitos fundamentais: eficácia vertical.....	84
4.2.1. Atividade legislativa.....	85

4.2.2. Atividade administrativa e executiva.....	86
4.2.3. Atividade jurisdicional.....	88
4.3. Eficácia horizontal ou vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.....	91
4.3.1. Fundamentos para uma vinculação dos particulares a direitos fundamentais na Constituição do Brasil.....	94
4.4. As diversas teorias a respeito da forma de vinculação dos particulares.....	97
4.4.1. Teoria da eficácia imediata ou direta.....	97
4.4.1.1. Análise de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal.....	102
4.4.1.2. Colisão de direitos fundamentais e soluções.....	106
4.4.1.2.1. Eficácia horizontal e a proporcionalidade.....	114
4.4.1.3. Intensidade dos direitos fundamentais nas relações privadas.....	116
4.4.1.4. Variações teóricas.....	118
4.4.1.5. Objeções à teoria da eficácia imediata.....	120
4.4.2. Teoria da eficácia mediata ou indireta.....	123
4.4.2.1. Variações teóricas.....	128
4.4.2.2. Objeções à teoria da eficácia mediata.....	131
4.4.3. Teoria dos deveres de proteção.....	132
4.4.4. Teoria dos poderes privados.....	136
4.4.5. Teoria da convergência estatista (Alemanha).....	139
4.4.6. Teoria da <i>state action</i> (Estados Unidos da América).....	141
4.4.7. Teoria integradora de ALEXY.....	146
4.5. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e o princípio da autonomia privada.....	149
4.6. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e o princípio da igualdade.....	151
4.7. Conclusões.....	154

5. Eficácia horizontal dos direitos sociais prestacionais: uma aproximação inicial.....	156
5.1. Considerações iniciais.....	156
5.2. Alguns posicionamentos na literatura jurídica.....	158
5.3. Mínimo existencial ou mínimo social.....	162
5.4. Custo dos direitos.....	164
5.5. O papel do Poder Judiciário na eficácia horizontal dos direitos sociais prestacionais: estudo de casos.....	166
Bibliografia.....	172

1. INTRODUÇÃO

1.1. Apresentação e delimitação do tema

Neste trabalho sistematizaremos o estudo da chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, também conhecida como vinculação dos agentes privados aos direitos fundamentais, denominada pelos alemães de *Drittwirkung*. Trata-se de verificar se os particulares, em suas relações jurídicas, estão obrigados a respeitar esses direitos, de que forma e qual o alcance dessa vinculação. É também relevante mencionarmos que, ao final, colocaremos nossa posição a respeito do tema.

Originariamente, a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais foi questionada na Alemanha, conforme será exposto. Porém, isso restou superado em boa parte da doutrina e jurisprudência brasileiras, que adotaram a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Isso não impede que o estudo do tema, ainda hoje, seja intrigante, pois permanece a discussão acerca da forma e alcance dessa vinculação.

Dois grandes correntes argumentam que os direitos fundamentais vinculam os particulares de forma (i) direta ou imediata ou (ii) indireta ou mediata, levando-se em conta a sua previsão constitucional. Dentro delas surgiram variantes que procuram solucionar as diversas vicissitudes que são encontradas nos ordenamentos jurídicos dos diversos países.

No desenvolvimento do Estado na História, com o advento, principalmente, mas não exclusivamente, do Estado Social, observou-se que não apenas do poder estatal poderiam partir ataques aos direitos fundamentais. A reorganização social fez surgir entidades privadas poderosas: grandes corporações, bancos, indústrias, sindicatos, igrejas, organizações-não-governamentais etc. Essas entidades, a despeito de serem entes privados, concentram grande parcela do poder social, o que as leva, em muitos casos, a cometer o abuso desse poder.

Fica a questão: pode-se, nas relações jurídicas envolvendo agentes privados, arguir violação a um direito fundamental, exigindo-se seu cumprimento ou a respectiva reparação? De que forma os direitos fundamentais vinculam os particulares? Qual é o alcance dessa vinculação?

O objeto central desse estudo será a problematização desse tema, que procurando sistematizar e refletir sobre as diversas posturas doutrinárias e jurisprudenciais relacionadas à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

Não podemos deixar de consignar que o objetivo inicial, ao escolhermos o tema, era o de fazer uma análise mais aprofundada, entrando nos meandros da eficácia horizontal dos direitos sociais prestacionais. Porém, diversos fatores – tempo, amadurecimento, dentre outros – fizeram-nos optar, neste momento, por não irmos além. Não resistimos, porém, em iniciar, no quinto capítulo, o tema por último referido, para, posteriormente, melhor desenvolvê-lo.

1.2. Terminologia

No estudo científico, a fim de evitar ambigüidades, é preciso estabelecer com quais os objetos de estudo estamos tratando. Os termos a serem usados devem ser, sempre que possível, unívocos, ou, quando não é possível, esclarecidos, de forma que o estudioso e o seu leitor possam compreender a idéia desenvolvida sem grandes dificuldades decorrentes da própria linguagem.

Rotulamos tudo que está a nossa volta, inclusive os objetos de nossos estudos a fim de nos situarmos em nossos diálogos formais ou informais. No entanto, no desenvolvimento do tema, o que importa é a essência do objeto ou, no caso do Direito, o regime jurídico adotado. Porém, sem esses “nomes” não compreenderíamos o que nos seria falado.

Tendo isso em mente, entendemos a importância de se saber quais termos serão adotados neste trabalho, bem como a razão de sua opção, pois, veremos que, a um mesmo objeto podem ser atribuído diversos “nomes”.

Primeiro optamos por *direitos fundamentais* como sendo aqueles direitos do homem que podem ser delimitados como:

“o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito.”¹

¹ Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 37.

Isso para que possamos, principalmente, limitar espacialmente e temporalmente sobre tais direitos essenciais à existência do ser humano. Diferenciando, desta forma, os direitos fundamentais, positivados dentro de uma constituição de um determinado Estado dos chamados “direitos humanos”, cuja expressão refere-se aos direitos do homem que estão positivados em tratados, convenções e acordos de direito internacional.

Sendo que, por “direitos do homem”, entendemos ser os direitos naturais não (ou ainda não) positivados em determinado ordenamento jurídico estatal em vigor.

Aqui não pretendemos ainda conceituar os direitos fundamentais, o que será feito mais adiante, momento em que poderemos enfrentar alguns problemas envolvendo o tema. Colocamos, a princípio, uma simples noção.

O problema da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais refere-se à *eficácia* da norma definidora desses direitos. Quanto a esse termo, vejamos o que falam alguns autores.

Para José Afonso da Silva² é preciso que se faça a devida distinção entre vigência e eficácia do direito. Vigência, segundo o autor, é o que caracteriza o Direito que rege, em determinado momento, as relações sociais. Trata-se de qualidade da norma jurídica que a faz ser exigível juridicamente e a torna de observância obrigatória. Quanto à eficácia do direito, José Afonso divide o termo em dois sentidos: social e jurídico. A eficácia social refere-se à efetiva obediência da norma, aquela que é realmente observada pelos seus destinatários. Trata-se da efetividade da norma. Enquanto que a eficácia jurídica consiste na qualidade da norma produzir efeitos jurídicos ao regular determinadas situações ou comportamentos. Neste sentido, a eficácia jurídica confundir-se-ia com a aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade.

Não discrepa desse entendimento Luís Roberto Barroso³ que apresenta a clássica distinção entre existência, validade e eficácia dos atos jurídicos em geral. Desta forma, a existência de um ato jurídico refere-se a ser constituído por todos os elementos definidos em lei como necessários. A existência é pressuposto para verificarmos a validade do ato, quando se verifica se os elementos do ato preenchem os requisitos, os atributos legais para que sejam dotados de perfeição. A ausência de algum dos requisitos legais

² José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p. 65/66.

³ Luís Roberto Barroso, *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – limites e possibilidades da Constituição Brasileira*, p. 78/86.

torna o ato inválido. Neste sentido, o autor entende que uma lei inconstitucional, por vício formal ou material, não é inexistente, mas inválida. Sendo nula de pleno direito. Já em outro plano está a eficácia que é a aptidão para a produção de efeitos, tratando-se de uma norma, observa o autor, eficácia jurídica é a “*qualidade de produzir, em maior ou menor grau, os seus efeitos típicos*”.

A *eficácia*, portanto, aqui referida é aquela qualidade da norma de produzir os seus efeitos, de ser aplicada às relações jurídicas.

Apesar das várias críticas que os autores fazem a cada um dos termos *eficácia horizontal, eficácia dos direitos fundamentais em relação a terceiros, eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, dentre outros, usamos indistintamente, neste trabalho, todos eles, pois entendemos que, a fundo, nenhum deles está isento de alguma objeção. Porém, todos conseguem traduzir a idéia que está sendo colocada, a observância pelos agentes privados dos direitos fundamentais previstos no Texto Constitucional. E foram, no decurso do tempo, consagrados por um ou outro doutrinador.

Fazemos apenas referência a observação feita por Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, que distingue duas modalidades de eficácia dos direitos fundamentais - “*eficácia horizontal*” e “*eficácia externa*” -, levando em conta o outro agente, público ou privado, da relação com o particular:

“(...) uma vinculação, a título principal, das entidades privadas dotadas de poder, face às quais o particular pode fazer valer os seus direitos fundamentais, encontrando-se a entidade privada poderosa obrigada, não apenas a respeitar, mas a colaborar com o particular para a plena realização desses direitos – trata-se duma ‘*eficácia horizontal*’ dos direitos fundamentais; e uma ‘*eficácia externa*’ dos direitos fundamentais que se verifica nas relações inter-individuais, onde se não podem estabelecer ‘*relações de direitos fundamentais*’, que só valem na relação indivíduo-Estado ou, mais amplamente, indivíduo-poder, face à qual todos os restantes indivíduos são meros ‘*terceiros*’, sujeitos a um dever geral de respeito”⁴.

Em que pese essas considerações, entendemos que não há grande utilidade na diferenciação, vez que, ao final, ambos, tanto a entidade privada poderosa, como o indivíduo, submetem-se aos comandos das normas consagradoras de direitos fundamentais.

⁴ Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, “Vinculação das Entidades Privadas pelos Direitos, Liberdades e Garantias”, p. 42.

1.3. Plano de estudo

Esse despretenso estudo da eficácia horizontal dos direitos fundamentais está dividido em 5 (cinco) capítulos. Por meio do primeiro, introduzimos o tema a ser analisado, qual a sua importância ou relevância para a ordem jurídica, o seu alcance e seu desdobramento na sociedade.

No segundo capítulo estudaremos, como o próprio título induz, sumariamente, a respeito dos direitos fundamentais, sua conceituação, uma sintética colocação histórica, algumas classificações e o seu posicionamento nas constituições ocidentais e na brasileira.

No terceiro capítulo verificaremos as bases jurídicas para se falar de uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais – *Drittwirkung* –. Verificar-se-á a força normativa da Constituição, os princípios constitucionais, dentre estes, principalmente o da dignidade humana, que é essencial para o estudo da *Drittwirkung*, e, por último, a vertente objetiva dos direitos fundamentais.

No penúltimo capítulo será estudado o objeto desta dissertação, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, os fundamentos, as teorias, a sua relação com os princípios da autonomia privada, da igualdade e da proporcionalidade.

Como referido anteriormente, no quinto e último capítulo tangenciaremos o intrigante ponto da eficácia horizontal dos direitos sociais prestacionais. Trata-se de assunto que ainda não foi dissecado pela doutrina. Esperamos, no futuro, poder apresentar alguma contribuição para o seu desenvolvimento.

2. UMA VISÃO PANORÂMICA SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1. Conceituando os direitos fundamentais

Para o presente trabalho não poderíamos deixar de pelo menos apresentar os diferentes posicionamentos a respeito da conceituação dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, apresentado na sua dimensão natural, José Carlos Vieira de Andrade define os direitos fundamentais como sendo “(...) direitos absolutos, imutáveis e intemporais, inerentes à qualidade de homem dos seus titulares, e constituem um *núcleo restrito* que se impõe a qualquer ordem jurídica.”⁵

Há de se fazer uma observação quanto à definição apresentada por Viera de Andrade, quando atribui aos direitos fundamentais a característica de serem absolutos. Isso porque o mestre lusitano parece dizer que deve ser levado em conta o aspecto natural, ou seja, que originariamente são direitos do homem, pela simples condição humana e que não podem ser suprimidos.

Não se pode olvidar, no entanto, que, no aspecto material, os direitos fundamentais sofrem limitações, sendo, portanto, relativos⁶. Basta lembrarmos um exemplo: no caso de colisão⁷ entre direitos fundamentais, para que se possa reconhecer que não se tratam de direitos absolutos, neste sentido.

Analisando o conteúdo formal e material da Constituição, há a necessidade de uma abertura do conceito, e, principalmente, as lições de Robert Alexy, o professor Ingo Wolfgang Sarlet, estudioso dos direitos fundamentais, propõe o seguinte conceito:

“Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).”⁸

⁵ José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 19.

⁶ André Ramos Tavares, *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed., p. 375.

⁷ Oscar Vilhena Vieira, *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*, p. 47.

⁸ Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 89.

As lições de Robert Alexy começam por diferenciar as normas de direitos fundamentais dos próprios direitos fundamentais. O autor tedesco observa a necessidade de não se restringir o conceito de norma de direito fundamental apenas àquelas que conferem posições subjetivas, pois isso poderia ter como consequência que:

“(…) haya normas que, no obstante haber sido establecida a través de formulaciones del catálogo de derechos fundamentales, no podrían ser llamadas ‘normas de derecho fundamental’. Esta terminología parece inadecuada. Por ello, es aconsejable manejar el concepto de norma de derecho fundamental como um concepto que pueda ser más amplio que lê de derecho fundamental.”⁹

Já a definição de Friedrich Müller é a seguinte:

“(…) garantías de protección objetivamente acuñadas, de determinados complejos individuales y sociales concretos de acción, organización y de materias. Estos ‘ámbitos materiales’ son constituídos en ‘ambitos normativos’ por el reconocimiento y garantía de la libertad constitucionales dentro del marco de la regulación normativa, del ‘programa normativo’ iusfundamental. Los ámbitos normativos participan en la normatividad práctica, es decidir, son elementos codeterminantes de la decisión jurídica.”¹⁰

Conforme o professor da Universidade de Heidelberg, os direitos fundamentais constituem a base normativa do desenvolvimento social e político de cidadãos livres, de homens livres, de acordo com a sua formulação como direitos do cidadão ou direitos humanos. São, portanto, garantias materiais, determinadas positivamente através de seu conteúdo¹¹.

O prof. Dimitri Dimoulis ensina que se trata de fundamentos da organização política e social de um Estado, presentes dentro do Texto Constitucional, sendo imprescindíveis e intangíveis. Os direitos fundamentais, portanto, são:

“(…) direitos subjetivos garantidos na própria Constituição e, portanto, dotados de supremacia jurídica. Os direitos fundamentais *vinculam o exercício do poder do Estado, limitando-o no intuito de garantir a liberdade individual.*”¹²

O termo “direitos fundamentais” surgiu na França, em 1770, em decorrência de um movimento político e cultural que culminou com a Declaração dos Direitos do

⁹ Robert Alexy, *Teoria de los Derechos Fundamentales*, pp. 47-48.

¹⁰ Friedrich Muller. *Die Positivität der Grundrechte. Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik*, Berlin, 1968, *apud*: Robert Alexy. *Teoria de los Derechos Fundamentales*, p. 75.

¹¹ Friedrich Muller, “Interpretação e concepções atuais dos direitos do homem”, in: *Anais da XV Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*, pp. 535-545.

¹² Dimitri Dimoulis, *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*, p. 277.

Homem e do Cidadão de 1789. Ressalta Antonio Enrique Pérez Luño a tendência em conceituar os direitos fundamentais atrelando a sua positivação nos textos constitucionais, enquanto que o termo “direitos humanos” é mais comumente usado nas declarações e convenções internacionais¹³.

Paulo Gustavo Gonet Branco traça como liame diferenciador entre direitos humanos e direitos fundamentais, sem olvidar que não se trata de aferir que são realidades estanques, a sua constitucionalização. Assim, a locução direitos fundamentais:

“(…) é reservada aos direitos relacionados com posições básicas das pessoas, inscritos em diplomas normativos de cada Estado. São direitos que vigem numa ordem jurídica concreta, sendo, por isso, garantidos e limitados no espaço e no tempo – pois são assegurados na medida em que cada Estado os consagra.”¹⁴

Observa, no mesmo sentido, Christian Courtis, que é da tradição do direito constitucional denominar de “direitos constitucionais” ou “direitos fundamentais” aqueles direitos com especial proteção normativa, enquanto que o termo “direitos humanos” é utilizado, em geral, quando nos referimos ao direito internacional, ao menos a partir da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948¹⁵.

É, também, significativa a contribuição de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins ao comentar a internacionalização dos direitos fundamentais, trazendo definição de André Ramos Tavares, em termos internacionais, dos direitos humanos como “(...) ‘conjunto de direitos e faculdades que garantem a dignidade da pessoa humana e se beneficiam de garantias internacionais institucionalizadas’.”¹⁶

E dos direitos fundamentais como:

“(…) direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.”¹⁷

¹³ Antonio-Enrique Pérez Luño, *Los Derechos Fundamentales*, p. 33.

¹⁴ Paulo Gustavo Gonet Branco. “Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais”, in: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Marins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 125.

¹⁵ Christian Courtis, “La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares”, in: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 406.

¹⁶ Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, p. 40.

¹⁷ *Ibidem*, p. 54.

O professor André Ramos Tavares prefere a expressão cunhada por José Afonso da Silva, qual seja, “direitos fundamentais do homem”¹⁸, para designar os direitos individuais, sociais e de solidariedade. Mas, adverte que muitos direitos individuais não são atribuídos, indistintamente, a todos os homens, tais como a ação popular, que só pode ser exercida pelo cidadão, e os direitos políticos, cujo exercício somente se dá a partir de uma certa maturidade.

Verificamos, portanto, que por direitos fundamentais podemos entender aqueles direitos essenciais à existência e ao desenvolvimento do ser humano, consagrados em uma Constituição. Entendemos por direitos humanos aqueles que também são essenciais à existência humana, mas que não estão positivados no texto constitucional.

2.2. Breve perspectiva histórica

É no jusnaturalismo que surge a concepção do homem como ser dotado de direitos inalienáveis e imprescindíveis à sua existência. Essa corrente foi influenciada fortemente pelos ideais religiosos, do ser humano como criação divina; e filosóficos, do homem livre e dotado de individualidade.

Antes de serem institutos do ordenamento positivo, os direitos fundamentais nasceram numa perspectiva filosófica, no pensamento dos homens. No mundo ocidental costuma-se referir aos estóicos a origem desses direitos¹⁹.

Observa, José Joaquim Gomes Canotilho, que:

“(…) a antiguidade clássica não se quedou numa completa cegueira em relação à idéia de direitos fundamentais. O pensamento sofstico, a partir da natureza biológica comum dos homens, aproxima-se da tese da igualdade natural e da idéia de humanidade. (...) No pensamento estóico assume o princípio da igualdade um lugar proeminente: a igualdade radica no facto de todos os homens se encontrarem sob um *nomos* unitário que os converte em cidadãos do grande Estado universal. (...) No mundo romano, o pensamento estóico tentará deslocar a doutrina da igualdade da antropologia e da ética para o terreno da filosofia e doutrina política.”²⁰

¹⁸ Idem, *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed., pp. 366-367.

¹⁹ José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 16.

²⁰ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 501.

Essa concepção ganha corpo através do Cristianismo, sobretudo na Idade Média, conferindo uma nova densidade à dignidade humana, em face dos trabalhos de S. Tomás de Aquino e com a influência da escolástica. A idéia do homem filho de Deus, criado conforme a sua imagem e semelhança, ser racional, movido pela fé, influencia o desenvolvimento dos direitos humanos. A concepção cristã abre caminho para a necessidade de submeter-se o direito positivo às normas naturais, que decorrem da própria natureza dos homens.

O mais conhecido e importante documento da Idade Média a apresentar as primeiras positivizações de direitos e liberdades civis - tais como o *habeas corpus*, o devido processo legal e a garantia da propriedade - foi a *Magna Charta Libertatum*, pacto de 1215, firmado entre o Rei João Sem-Terra e os senhores feudais.

Em que pese esse documento ser considerado mais uma atribuição de privilégio a certas camadas da sociedade medieval, não se pode desconsiderar o fato de estarem previstas a reminiscência de expressões que, posteriormente, foram interpretadas como direitos. Originariamente, a *Magna Charta Libertatum* era apenas um pacto concessivo de privilégios a “qualquer barão”. Com o passar do tempo, as expressões cunhadas na Carta sofreram ação interpretativa “até culminarem na concepção atual que delas se tem”²¹.

No século XVI, a doutrina jusnaturalista começa a encontrar desenvolvimento através das teorias contratualistas, segundo as quais o homem organizaria o Estado e a sociedade, submetendo-se a ambos por sua própria vontade. Afirma-se a primazia do indivíduo sobre o Estado e a Sociedade, sendo que estes são constituídos contratualmente com base na liberdade política e na liberdade individual. Surge, assim, a possibilidade de realização jurídica dos direitos do homem²².

Já no século XVII, desenvolve-se a idéia de direitos naturais inalienáveis do homem, principalmente, pela contribuição de John Locke que reconhece os direitos à vida, liberdade, propriedade e resistência, reagindo contra o processo de absolutização proposto por Thomas Hobbes em o *Leviathan*.

Os autores citam como importantes documentos históricos do século XVII, a respeito dos direitos fundamentais, as declarações de direitos inglesas: a *Petition of Rights*, de 1628, assinado por Carlos I, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, subscrito por Carlos

²¹ André Ramos Tavares, *Curso de Direito Constitucional*, 4ª ed. rev. e atual., p. 404.

²² José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 18.

II, e o *Bill of Rights*, de 1689²³, assinado por Guilherme d'Orange. Nestes documentos foram reconhecidos direitos e liberdades aos cidadãos ingleses, tais como a legalidade penal, a proibição de prisões arbitrárias, o *habeas corpus*, o direito de petição e uma relativa liberdade de expressão (parlamentar). Esses documentos resultaram de uma reação do Parlamento contra o poder absoluto monarca, foram conquistas resultantes da Revolução Puritana e Gloriosa.

Esses “direitos dos ingleses” reconhecidos nos citados documentos vão ser transplantados para as suas colônias, abrindo margem para a revolução americana. Importantes documentos históricos a serem citados são as Declarações de Direitos dos Estados – Virgínia, Pensilvânia e Maryland – de 1776, e a Constituição Federal de 1787, que aglutinam o racionalismo próprio da época com o tradicional pragmatismo anglo-saxão.

A partir do século XVIII, em face das bases iluministas²⁴ do jusnaturalismo, surge o movimento do constitucionalismo e o reconhecimento de direitos de liberdade dos indivíduos como limites aos possíveis desmandos estatais.

Os primeiros documentos escritos a reconhecerem amplamente os direitos fundamentais tais como os conhecemos hoje foram a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração Francesa, de 1789. Isso porque foi reconhecido o caráter universal e de supremacia dos direitos naturais, inclusive contra o Parlamento, vinculando todos os poderes públicos a tais direitos. Com forte inspiração jusnaturalista, essas declarações reconheceram a existência de direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, de todos os homens.

Comparando as duas Cartas, a da França e a da Virgínia, observa-se que a americana prevê direitos que não estavam contemplados na francesa, tais como o de associação e reunião, de liberdade de circulação e de petição. Apenas, posteriormente, na Constituição francesa é que esses direitos foram reconhecidos²⁵.

Importante também citar que a Constituição americana de 1787 foi fortemente influenciada pelos ideais iluministas difundidos por Rousseau e Montesquieu, que estabeleceram em seu texto o princípio democrático e a teoria da separação dos poderes. Digno de nota é o fato de que, no seu texto original, não havia um *Bill of Rights*,

²³ Fábio Konder Comparato. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, pp. 67 e ss.

²⁴ Cármen Lúcia Antunes Rocha. “O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais”, in: *Revista Trimestral de Direito Público*, pp. 39-58.

²⁵ André Ramos Tavares, *Curso de Direito Constitucional*, 4ª ed. rev. e atual, p. 407.

apenas com as dez primeiras emendas é que esses direitos foram introduzidos no corpo constitucional²⁶.

A contribuição francesa foi extremamente importante também para o desenvolvimento e afirmação jurídica dos direitos fundamentais. Em nome da Razão Universal, a França revolucionária produz a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, determinando em seu artigo 16, que os direitos fundamentais são imprescindíveis para o reconhecimento constitucional de um Estado.

No sentido da concepção inglesa, os direitos fundamentais são concebidos a partir do jusracionalismo, como instrumentos de limitação do poder absoluto. Essa limitação efetiva do poder é alcançada através da consagração constitucional desses direitos. Isso ocorreu por meio do movimento constitucionalista, iniciado nos Estados americanos e que se espalhou por toda a Europa.

Assim se seguiu, mas foi durante e depois da II Guerra Mundial que se sentiu a necessidade de criação de mecanismos jurídicos para a proteção dos direitos fundamentais.

Neste sentido, foram apresentadas a Carta das Nações Unidas, elaborada em São Francisco em 1945, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, e, em 1966, os Pactos Internacionais, um sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e outro sobre Direitos Cívicos e Políticos.

Igualmente reconhecedores dos direitos fundamentais do homem foram a Convenção Americana dos Direitos do Homem de 1969, e, na Europa, a Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem, em 1950, e a Carta Social Européia, em vigor em 1965.

Entre os documentos mais atuais, José Carlos Vieira de Andrade²⁷ cita no continente africano a Carta Africana dos Direitos dos Homens e dos Povos, em vigor a partir de 1986. E, após ressaltar a diversidade cultural, religiosa, étnica, social, econômica e política do continente asiático, faz referência à Declaração de Direitos Humanos no Islão, aprovada em 1990, sendo que, na seqüência, dentro da Liga Árabe, advém a Carta Árabe de Direitos Humanos.

As revoluções liberais do fim do século XVIII reconheceram os direitos fundamentais como esfera intangível da autonomia e da liberdade individual frente ao poder do Estado, de quem se exige a abstenção de intromissão na vida econômica e social,

²⁶ André Ramos Tavares, *Curso de Direito Constitucional*, 4ª ed. rev. e atual, p. 406.

²⁷ Idem, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, pp. 28-29.

bem como na vida pessoal. O liberalismo tem o indivíduo como ponto de partida, surgindo a teoria contratualista de formação do Estado e da Sociedade.

O liberalismo constrói a sociedade política com base na liberdade individual, na segurança e na propriedade. A liberdade do indivíduo frente aos desmandos do poder soberano. A propriedade como parte dos direitos fundamentais, uma condição objetiva e uma garantia de liberdade²⁸. E a segurança, como pressuposto da liberdade, sendo que o Estado é concebido para proporcionar a defesa e segurança dos indivíduos.

Desta forma, os direitos fundamentais eram vistos como liberdades e garantias, ou seja, direitos de defesa do indivíduo perante o Estado²⁹.

Segue-se o que Vieira de Andrade³⁰ chama de processo de democratização, decorrente das transformações sociais e econômicas ligadas ao processo de industrialização, reivindicação do poder político pelas classes não-proprietárias, estruturação e organização de grupos sociais (partidos, sindicatos etc.) e a reivindicação do sufrágio universal.

Como não poderia deixar de ser, esse processo de democratização acaba por influenciar o campo dos direitos fundamentais. Surgem novas figuras a garantir a democratização do Estado, tais como os direitos de participação na vida política. Por outro lado, há um novo desenvolvimento dos direitos fundamentais, através das liberdades das minorias – religiosa e de associação -, da mesma forma, aperfeiçoa-se a liberdade de imprensa, antes um privilégio dos ricos. O direito de associação surge como nova espécie de direito fundamental, da mesma forma que as liberdades de informação, expressão e de manifestação, mas agora como direitos do homem coletivo.

Os direitos fundamentais assumem especial relação como garantidores do regime democrático, nas palavras de Vieira de Andrade:

“(…) ao valorizar-se um certo sistema de organização da vida política e de legitimação do poder, os direitos fundamentais, e, em particular, a igualdade de todos no uso e fruição desses direitos, passaram a estar intimamente ligados à forma de governo. A democracia torna-se, nesse contexto, numa *condição* e numa *garantia* dos direitos fundamentais e, em geral, da própria liberdade do homem.”³¹

²⁸ José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 52.

²⁹ Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, p. 22.

³⁰ Idem, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 54.

³¹ Idem, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 56.

O sistema liberal começa a ser superado em face dos problemas enfrentados pela própria sociedade liberal.

A industrialização e o progresso técnico fizeram o homem migrar do campo para as cidades industriais, sem que se fosse instalada a devida estrutura para recebê-lo. Surgem diversos problemas ligados à área econômica, social, assistencial, de saúde, etc. A liberdade de mercado não foi suficiente para controlar as diferenças de poder entre empregadores e empregados. Questões de saúde, velhice e pobreza exigem a atuação firme do Estado, chamado a atuar cada vez mais através de um planejamento para cada área. A sociedade fragmentada em diversos grupos reivindica atuação estatal para transformação radical das estruturas sociais.

Ocorre alteração do sistema dos direitos fundamentais em face desse intervencionismo, da solidariedade, da interdependência e da socialização, surgindo novos conceitos visando atingir um equilíbrio entre as forças sociais.

Descortina-se uma nova categoria de direitos fundamentais, os chamados direitos sociais – direitos dos trabalhadores, à habitação, à saúde, à segurança social, ao ensino, à cultura etc. – que exigem um comportamento positivo do Estado para que ocorra a sua efetivação e implementação. Surge a dimensão prestacional das liberdades e garantias constitucionais.

A nova concepção social do homem dentro de um contexto como membro de uma sociedade manifesta-se através da objetivação dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais ganham novos aspectos. O primeiro é o reconhecimento de sua função social, o que se passa com o direito de propriedade, com a liberdade contratual ou com a liberdade de empresa. Outro, principalmente no que se refere aos direitos de caráter prestacional, decorre do conteúdo desses direitos que dependem de recursos sociais, que são determinados por opções políticas. Em terceiro lugar, o Estado passa a desempenhar tarefas para a concretização dos direitos sociais. O Estado deve criar condições objetivas para a efetiva realização prática desses direitos. Por último, considerados como valores, os direitos fundamentais estende-se às relações privadas, contando com o Estado para protegê-los.

2.3. Algumas classificações dos direitos fundamentais

A complexidade e heterogeneidade dos direitos fundamentais fazem com que se possa classificá-los segundo múltiplos critérios: quanto à titularidade, aos destinatários, o conteúdo, o objeto, à estrutura, o modo de proteção etc.

De fato, são múltiplas as funções exercidas por um direito fundamental. Assim, numa mesma norma podemos encontrar um comportamento negativo ou positivo dos poderes públicos; os sujeitos passivos podem ser, simultaneamente, mas em medida diversa, o legislador, o administrador, o poder judiciário e, em certos casos, agentes privados; certos direitos cabem a todos os indivíduos, enquanto outros pertencem apenas a um grupo específico ou mesmo próprio de uma entidade coletiva ou comunidade.

Neste capítulo não abordaremos todas as classificações existentes, mas, apenas, mencionaremos aquelas que serão úteis a este trabalho. Assim, apresentamos as classificações dos direitos fundamentais conforme (i) sua evolução histórica; (ii) sua apresentação na Constituição da República; e (iii) o conteúdo ou o modo de proteção.

Antes, porém, entendemos ser importante mencionar a teoria dos quatro³² *status* de Jellinek, que se tornou clássica como um esforço de sistematização sobre as funções dos direitos fundamentais, de onde partem os desenvolvimentos doutrinários, inclusive os classificatórios. Jellinek desenvolveu sua teoria partindo da posição em que o indivíduo está em face do Estado³³.

Primeiramente, fala-se em um *status subjectionis* ou *passivo*, em que o indivíduo está sujeito aos poderes públicos, obrigado a seguir deveres, encontrando-se, portanto, vinculado a mandamentos e proibições.

O homem, porém, também é portador de direitos de liberdade, contra os quais o Estado não pode praticar ingerências. Trata-se de campo intocável pelos poderes públicos. É o *status negativo*. Nesse campo encontram-se direitos que permitem ao indivíduo opor-se, resistir a uma possível atuação do Estado.

Alguns autores preferem a expressão de “direito de resistência” como tradução para a designação desses direitos feita na doutrina alemã por meio do termo

³² É necessário fazer referência que alguns autores, tais como Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, falam em uma teoria trilateral de Jellinek, pois não incluem a relação passiva, do indivíduo frente ao Estado. Porém, isso não acarreta prejuízo para o estudo da classificação de Georg Jellinek.

*Abwehrrechte*³⁴. Outros preferem a expressão “direitos de defesa”³⁵. Independente de qual expressão se adote, ambas representam aqueles direitos que correspondem à concepção clássica que procura limitar a atividade estatal, para preservar a liberdade pessoal. Foram proclamados nas primeiras Declarações do século XVII.

Em outras situações, o indivíduo tem o direito de exigir do Estado que atue positivamente, que realize uma prestação. Trata-se do *status positivus*. Nas palavras de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins:

“(...) também chamados de direitos ‘sociais’ ou a prestações, engloba os direitos que permitem ao indivíduo exigir determinada atuação do Estado no intuito de melhorar as condições de vida, garantindo os pressupostos materiais necessários para o exercício da liberdade, incluindo as liberdades de *status negativus*.”³⁶

Essas prestações estatais podem ser de duas ordens: (i) materiais, consistentes na entrega de bens ou serviços às pessoas necessitadas; e (ii) normativas, que consiste na criação de normas jurídicas que tutelam interesses individuais.

Os direitos de *status positivus* já se encontravam em textos dos séculos XVIII e XIX, mas foram amplamente garantidos nas primeiras décadas do século passado.

Por último, Jellinek aponta para a existência de um quarto *status*, o *status ativo*, em que o indivíduo tem o direito de influir sobre a formação de vontade do Estado. Abrange os direitos políticos³⁷. Os direitos mais característicos são o de sufrágio, de referendo e de participação em partido político.

Conforme referido pela doutrina³⁸, esses direitos de participação política tiveram, ao longo da história, um aumento no número de titulares (diminuição da idade mínima, abolição do voto censitário, inclusão do voto feminino etc.) e aumentou-se as formas de participação direta (leis de iniciativa popular, referendo etc.).

A partir dessa teoria clássica, a doutrina foi depurando ao longo do tempo, as diversas funções e espécies de direitos fundamentais, tais como os direitos de defesa e de prestações.

³³ Paulo Gustavo Gonet Branco, “Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais”, in: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Marins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, p.139.

³⁴ Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, op. cit., p. 65.

³⁵ Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, p. 3.

³⁶ *Ibidem*, p. 67.

³⁷ Paulo Gustavo Gonet Branco, “Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais”, in: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Marins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 140.

Em que pese a sua importância, a teoria de Jellinek, modernamente, não consegue abranger todas as formas de direitos fundamentais, tais como a dos direitos coletivos, garantias de organização, deveres e garantias fundamentais³⁹. Apesar das críticas, a proposta classificatória deste autor não perdeu sua atualidade e pertinência, distinguindo categorias de direitos fundamentais, segundo a relação entre o Estado e o indivíduo. Por meio dela, outras surgiram.

2.3.1. Direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensão

Por sua importância histórica e doutrinária, mencionamos como classificação inicial dos direitos fundamentais em primeira, segunda e terceira, até uma quarta, dimensão. Essa classificação leva em conta o surgimento dos direitos fundamentais nas diversas épocas da história mundial, em face das necessidades de proteção do ser humano.

Há que primeiro ressaltar que preferimos designar os agrupamentos de transformações dos direitos fundamentais pelo termo “dimensões” em detrimento do termo “gerações”, por entender correta as colocações de Ingo Wolfgang Sarlet⁴⁰, Paulo Bonavides⁴¹ e André Ramos Tavares⁴², de que essa última designação dá a falsa idéia de substituição de uma geração por outra, o que na verdade não ocorre, vez que as diversas dimensões dos direitos fundamentais continuam a coexistir. Os direitos de uma dimensão persistem válidos juntamente com os da seguinte, guardada as devidas adaptações que se fizerem necessárias em face da evolução constitucional.

Os direitos fundamentais de *primeira dimensão* decorrem do pensamento liberal-burguês do século XVIII, tendo como característica a proteção do indivíduo contra o Estado absolutista. Esses direitos são de cunho negativo, direitos de defesa, de oposição contra o poder soberano estatal. São os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. Também podem ser citadas as liberdades de expressão coletiva, de

³⁸ Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, op. cit., p. 68.

³⁹ Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, op. cit., pp. 71-80.

⁴⁰ Idem, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, pp. 53 e ss.

⁴¹ Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*.

⁴² Idem, *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed., p. 368.

participação política e as garantias processuais do devido processo legal, *habeas corpus* e o direito de petição.

A compreensão dos direitos fundamentais de primeira geração está ligada ao movimento constitucionalista, que explica as reivindicações que redundaram na consagração dos direitos fundamentais em exame. Esse movimento pretendia a jurisdicação do liberalismo, tanto no sentido político (garantias do cidadão perante o Estado) como econômico (economia de livre mercado)⁴³.

Neste período ganha corpo a teoria da personalidade jurídica do Estado. Esse reconhecimento faz deste ente sujeito de direitos e obrigações, ensejando o reconhecimento de esfera de autonomia em que os indivíduos são titulares de direitos exercitáveis contra os poderes públicos⁴⁴.

Nas palavras de Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk:

“(...) os direitos fundamentais de primeira geração se projetavam como liberdades públicas, no sentido de que eram exercidas frente ao Estado. Constituíram, sobretudo, liberdades negativas, que implicavam deveres de omissão por parte do Estado. Em outras palavras, as liberdades negativas são aí espaço de não-intervenção. É do exame dessas liberdades que se revela a constituição da clivagem público e privado, uma vez que é precisamente na constituição dos direitos subjetivos que estabelecerá os limites de atuação do Estado.”⁴⁵

Enquanto a primeira dimensão dos direitos fundamentais surge como uma reação aos excessos praticados pelo Estado, a *segunda dimensão* decorre do desnivelamento social observado no século XIX, em razão do processo de industrialização, que acarretou graves problemas sociais e econômicos. As doutrinas socialistas e a falta de efetividade dos direitos de primeira dimensão demonstraram que, para resguardar a dignidade da pessoa humana, seria necessária uma atuação positiva dos destinatários dos direitos fundamentais. Tais direitos são caracterizados por demandarem uma prestação social. Podemos citar o direito à assistência social, saúde, educação, trabalho, etc. Além dessas prestações sociais, fazem parte desse grupo alguns direitos de cunho negativo, tais

⁴³ Paulo Gustavo Gonet, “Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais”, in: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Marins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 107.

⁴⁴ Paulo Gustavo Gonet Branco, “Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais”, in: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Marins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 108.

⁴⁵ Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, “Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica”. In: *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 91.

como a liberdade de greve, de sindicalização e os direitos trabalhistas. Esses direitos reivindicam uma prestação positiva do Estado, determinam aos poderes públicos um comportamento ativo na estrutura da sociedade civil.

O impacto do crescimento demográfico e do desnivelamento social fez com que surgissem novas reivindicações através das teorias socialistas. O Estado assume papel ativo na realização da justiça social⁴⁶.

O modelo liberal não conseguiu responder às crises econômicas e sociais do final do século XIX e que se acentuaram no século XX. O ideal do Estado absentéista não respondia satisfatoriamente às novas exigências.

A separação Estado-sociedade é reavaliada, surgindo a compreensão do Estado provedor, para que a sociedade supere seus problemas estruturais. Disso decorre o estabelecimento, pelos Estados, dos seguros sociais⁴⁷ - de acidente do trabalho e de saúde, por exemplo.

A *terceira dimensão* surge, como não poderia deixar de ser, em face dos avanços da sociedade na área da tecnologia. Após a Segunda Grande Guerra, o mundo sofre diversas mudanças em uma velocidade crescente. Há consciência da necessidade de reconhecimento de direitos que são outorgados a todos de forma coletiva ou difusa. Há a necessidade de uma boa qualidade de vida, de um meio ambiente saudável, da paz, de preservação do patrimônio histórico e cultural etc.

Esses direitos fundamentais de terceira dimensão dirigem-se à proteção, não do homem-indivíduo, mas da coletividade, de grupos, sendo direitos titularizados de forma difusa ou coletiva.

Hoje há de se referir que doutrinadores reconhecem o surgimento de uma *quarta dimensão* de direitos fundamentais. Trata-se do direito à democracia, à informação e ao pluralismo, conforme nomeia Paulo Bonavides⁴⁸. Esses direitos fundamentais decorrem da globalização política, correspondendo, nos dizeres do citado constitucionalista “à derradeira fase de institucionalização do Estado social”.

⁴⁶ Paulo Gustavo Gonet Branco, “Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais”, in: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Marins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 110.

⁴⁷ Paulo Gustavo Gonet Branco, “Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais”, in: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Marins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 110.

⁴⁸ Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p. 525.

A questão do reconhecimento da quarta dimensão dos direitos fundamentais é, porém, questionável, pois muitos direitos da chamada quarta dimensão podem ser reconduzidos às dimensões anteriores. Neste sentido, André Ramos Tavares aduz que:

“(…) para manter a estrita coerência com o critério de identificação das demais dimensões (e a própria idéia de dimensão), falar, na quarta dimensão, de uma diferenciação de tutela quanto a certos grupos sociais, como, por exemplo, as crianças e os adolescentes, a família, os idosos, os afro-descendentes etc. Enquanto os direitos de participação democrática poder-se-iam reconduzir aos clássicos direitos políticos, presentes desde os direitos de primeira dimensão, estes direitos não deixam de ser direitos já existentes, mas que sofrem não um alargamento (extensão) de conteúdo, senão uma diferenciação qualitativa quando aplicados a certos grupos.”⁴⁹

2.3.2. Direitos fundamentais individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e de cidadania.

Trata-se, aqui, de averiguar a distinção dos direitos fundamentais conforme estabelecida na Constituição Federal de 1988, especialmente nos capítulos I a V do Título II.

Os direitos, liberdade e garantias estão previstos, basicamente, no capítulo I, sem olvidarmos a existência de direitos individuais espalhados pelo Texto Constitucional, por exemplo, o princípio da irretroatividade tributária⁵⁰. A sua distinção é importante porque constitui um regime jurídico-constitucional especial, apontando para um reforço normativo que irá atingir outras normas da Constituição⁵¹. Os direitos individuais consideram a condição do homem-indivíduo, independente dos demais e do próprio Estado⁵². Já a consideração do homem como membro de uma coletividade inspira os direitos coletivos. Ambos estão catalogados no art. 5º do Texto Maior. Neste catálogo, não se pode aferir de imediato que tais direitos fundamentais teriam cunho defensivo. Em sua maioria o é, porém lá encontramos normas que dependem do legislador para que o bem jurídico contemplado encontre efetiva tutela. São os casos dos incisos XXXII (proteção do consumidor), XXXV (acesso à Justiça) e LXXIV (assistência judiciária gratuita).

⁴⁹ Idem, *Curso de Direito Constitucional*, 4ª ed. rev. e atual., p. 423.

⁵⁰ Artigo 150, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

⁵¹ JJ Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 523.

Como se observa da análise do artigo 5º, não é tarefa fácil a distinção entre direitos *individuais* e *coletivos*. Fazê-la com fundamento no homem-indivíduo e no homem-coletivo não apresenta resultados seguros, mas é um ponto de partida, como referido por Paulo Gustavo Gonet Branco⁵³. A respeito disso, encontramos certas situações de difícil solução: pense-se sobre o direito de livre expressão, que tanto pode ser do indivíduo, como pode assegurar a posição do indivíduo na formação da opinião pública.

Já a tradicional distinção entre *direitos* e *liberdades* faz-se tendo em vista a posição jurídica do cidadão em relação ao Estado. As liberdades estão ligadas ao *status negativus*, defendendo-se a esfera jurídica dos cidadãos perante a intervenção ou agressão dos poderes públicos. São também conhecidos como *direitos de liberdade*, *liberdades-autonomia*, *liberdades resistência*, *direitos negativos*, *direitos civis*, *liberdades individuais*⁵⁴. São, por exemplo, os direitos à vida, à integridade pessoal, à liberdade e à segurança, à intimidade, de expressão, de informação, de reunião, dentre outros.

Dentre os *direitos* incluem-se os tradicionais “direitos naturais”, inerentes ao homem (à vida, à integridade pessoal), e os direitos ligados ao *status activus* do indivíduo, ou seja, àqueles que visam a sua participação política. Esses últimos são também designados *direitos políticos*, *liberdades-participação*, *direitos do cidadão*⁵⁵.

E, por último, as *garantias* são, por uma vertente, o direito dos cidadãos exigirem dos poderes públicos a proteção de seus direitos, ou o reconhecimento dos meios processuais adequados a essa finalidade. Por exemplo, os direitos de acesso aos tribunais, de *habeas corpus*, do devido processo legal etc⁵⁶.

Os direitos *sociais* são aqueles que contemplam o homem nas relações sociais e culturais, expressos nos artigos 6º e 193 e seguintes⁵⁷. São prestações positivas proporcionadas, direta ou indiretamente, pelo Estado, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam a melhoria das condições de vida aos mais necessitados.

⁵² Paulo Gustavo Gonet Branco, “Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais”, in: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Marins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 155.

⁵³ Idem, “Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais”, in: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Marins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 157.

⁵⁴ José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa anotada*, p. 111.

⁵⁵ JJ Gomes Canotilho e Vital Moreira, op. cit., p. 111.

⁵⁶ JJ Gomes Canotilho e Vital Moreira, op. cit., p. 111.

⁵⁷ Paulo Gustavo Gonet Branco, “Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais”, in: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Marins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 156.

Buscam a equalização social, propiciando condições materiais para o *auferimento da igualdade real*⁵⁸.

Os direitos sociais, econômicos e culturais estão espalhados pelo Texto Constitucional. Muitos desses direitos consistem em prestações ou atividades do Estado, mas também estão incluídos direitos de natureza negativo-defensiva. Por outro lado, muitos desses direitos não têm como destinatário apenas o Estado, mas os cidadãos. Assim, dentro da denominação, lato sensu, de direitos sociais, encontra-se os direitos econômicos, sociais *stritu sensu* e culturais.

Os direitos sociais não são homogêneos, sendo errôneo tentar distingui-los dos direitos individuais exclusivamente por entender que se tratam de direitos de cunho positivo, em direitos dos cidadãos a prestações ou atividades do Estado. Pois, verifica-se que, dentre eles, estão direitos de defesa, como o direito de greve e a liberdade sindical.

Fazendo uma distinção dentro da Constituição portuguesa, cujos ensinamentos podem ser utilizados para a nossa Constituição, José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira lecionam que os direitos econômicos:

“(...) são os que têm a ver com o estatuto económico das pessoas, seja na qualidade genérica de titulares de um direito a trabalhar, seja no papel de trabalhadores, de consumidores, de empresários ou de proprietários (...)”⁵⁹.

Enquanto que os direitos e deveres sociais:

“(...) abarcam dois grupos distintos: (a) os direitos relativos às condições de vida fundamentais (segurança social, saúde, habitação); (b) os direitos de certas categorias sociais ou de certas instituições mais carecidas de protecção específica (família, pais e mães, crianças, jovens, deficientes, idosos)”.

Por último, os direitos e deveres sociais:

“(...) dividem-se igualmente em dois grupos: (a) os que respeitam a certos bens culturais fundamentais (ensino e cultura, fruição e criação cultural, desporto); (b) os que se referem a certas instituições directamente interessadas na satisfação desses direitos (escolas, universidades)”.

Na lição de Jörg Neuner, os direitos humanos sociais são “*destinados a criar os pressupostos fáticos da liberdade e democracia, produzir a igualdade material e a paz jurídica, bem como servir abrangentemente a dignidade da pessoa*”⁶⁰.

⁵⁸ José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 115.

Os direitos que têm por objeto a nacionalidade do indivíduo estão arrolados nos artigos 12 e 13, nos quais a nacionalidade é o vínculo jurídico que liga uma pessoa aos elementos pessoais de determinado Estado. É, também, direito fundamental do ser humano ligar-se ou não à organização política Estado. Trata-se da possibilidade do indivíduo participar de um grupo em que, na maioria das vezes, possui afinidades de costumes, modos etc.

Por último, temos os direitos políticos que, segundo José Afonso da Silva, constituem a “*disciplina dos meios necessários ao exercício da soberania popular*”⁶¹, sendo previstos na Constituição nos artigos 14 a 17.

2.3.3. Direitos fundamentais de cunho defensivo e prestacional

Levando em consideração as funções exercidas, e após uma minuciosa crítica sobre diversas propostas classificatórias, Ingo Wolfgang Sarlet⁶² entende adequada a classificação dos direitos fundamentais em: (i) direitos de defesa e (ii) direitos a prestações. Sendo que estes podem ser subdivididos: (a) em sentido amplo (direitos de proteção e de participação na organização e procedimento) e (b) em sentido estrito (direitos a prestações materiais sociais).

Na clássica concepção liberal-burguesa, os direitos fundamentais foram concebidos como direitos de defesa do indivíduo contra ataques do Estado na sua liberdade pessoal e na sua propriedade. Neste aspecto visa-se a limitação do poder estatal, assegurando ao indivíduo uma esfera de liberdade e outorgando-lhe direito subjetivo que lhe permita evitar ingerências indevidas em sua posição. Trata-se do cunho *defensivo* dos direitos fundamentais.

Nesta modalidade, os direitos fundamentais exigem uma abstenção por parte dos poderes públicos, um dever de respeito aos interesses do indivíduo, podendo haver intervenção na esfera de liberdade pessoal, mas apenas nas hipóteses e condições previstas na Constituição.

⁶⁰ Jörg Neuner. “O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental”. Trad. de Peter Naumann, in: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, pp. 247-271.

⁶¹ Idem, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 330.

⁶² Idem, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, pp. 275 e ss..

Observe-se que os direitos de defesa não implicam apenas em impedir determinadas condutas, mas, também, em caso de violação, o direito e o dever de suspensão das eventuais intromissões ilegítimas na liberdade individual, bem como o direito e o dever de reposição da situação anterior ou de eliminação das conseqüências resultantes da violação⁶³.

Nas palavras de Robert Alexy “(...) están destinados, ante todo, a asegurar la esfera de lalibertad del individuo frente a intervenciones del poder público; son derechos del ciudadano frente al Estado son derechos a acciones *negativas* (omisiones) del Estado⁶⁴”.

Na função defensiva costuma-se identificar os direitos fundamentais da primeira dimensão, os clássicos direitos individuais e coletivos e de liberdade. Porém, além destes, outros direitos fundamentais apresentam essa característica de defesa da posição jurídica. Por exemplo, os direitos sociais dos trabalhadores previstos no artigo 7º da Constituição Federal; os direitos políticos ou de cidadania que protegem os direitos do cidadão pertencente a uma comunidade política.

São exemplos, no nosso Texto Magno, os clássicos direitos e liberdades elencados no artigo 5º, sem olvidar que neste rol também estão previstos alguns direitos prestacionais, *e.g.*, o direito de acesso à Justiça (inciso XXXV).

Dentro do Capítulo II, reservado aos Direitos Sociais, há previsão de diversos direitos de defesa nos artigos 7º (por exemplo: limitação da jornada de trabalho, igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício e o avulso), 8º (liberdade de associação sindical) e 9º (direito de greve).

Os direitos políticos e de participação política, previstos nos artigos 12 (Da Nacionalidade), 14 a 16 (Dos Direitos Políticos) e 17 (Dos Partidos Políticos), são considerados, por Wolfgang Sarlet, direitos de defesa. Isso em razão do critério que utiliza ao examinar a função preponderante desses direitos, não olvidando o autor em destacar a previsão da função prestacional em alguns desses artigos.

Segundo Gilmar Ferreira Mendes, se o Estado violar um princípio fundamental, surge para o indivíduo uma pretensão que pode consistir em uma: a) abstenção; b) revogação; c) anulação; d) consideração – imposição ao Estado de fazer as

⁶³ José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 180.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 419.

devidas ponderações a respeito da situação do afetado; e e) defesa ou proteção – imposição ao Estado de agir contra terceiros⁶⁵.

Observa Paulo Gustavo Gonet Branco⁶⁶ que os direitos de defesa apresentam como desdobramentos: (i) o impedimento de ações, (ii) a não afetação dos bens protegidos e (iii) a não eliminação de posições jurídicas. A primeira é a clássica garantia de que o Estado não pode intervir no âmbito de liberdade dos indivíduos, proíbe que o Estado impeça a ação do indivíduo. Os direitos de defesa também protegem bens jurídicos contra a ação do Estado que os afetem. Assim, por exemplo, o Estado não pode assumir comportamentos que afetem a existência do ser humano, pois está jungido ao direito à vida. Por último, os direitos de cunho defensivo acarretam o direito à não eliminação de posições jurídicas, ou seja, a proibição do Estado eliminar posições jurídicas concretas. Por exemplo, estaria proibida a extinção do direito de propriedade de quem adquiriu certo bem segundo as normas então vigentes.

De outro lado, temos os direitos fundamentais que apresentam cunho *prestacional*, ou seja, demandam a tarefa de se colocar à disposição dos entes privados os meios materiais e implantar as condições fáticas que possibilitem a realização das liberdades fundamentais. É o Estado obrigado a criar os pressupostos materiais necessários ao exercício efetivo dos direitos constitucionalmente assegurados.

Aduz Robert Alexy que:

“(...) Su contrapartica son los derechos a acciones *positivas* del Estado, que deben ser incluidas en el status positivo en sentido estricto. Si se presupone un concepto amplio de prestación, todos los derechos a acciones positivas del Estado pueden ser calificados como derechos a prestaciones del Estado en un sentido amplio; dicho brevemente: como derechos a prestaciones en sentido amplio”⁶⁷.

E nas lições de Gomes Canotilho:

“Os poderes públicos têm uma significativa ‘quota’ de responsabilidade no desempenho de tarefas económicas, sociais e culturais, incumbindo-lhe pôr à

⁶⁵ Idem, “Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões”, in: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, p. 200.

⁶⁶ Idem. “Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais”, in: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Marins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 141.

⁶⁷ Ibidem, p. 419.

disposição dos cidadãos prestações de vária espécie, como instituições de ensino, saúde, segurança, transporte, telecomunicações, etc”⁶⁸.

Essa definição refere-se aos direitos derivados a prestações, que se traduzem no direito dos cidadãos participarem igualmente nas prestações estaduais⁶⁹. Constituem a densificação dos direitos fundamentais, servindo de garantia das concretizações realizadas. Permitem, portanto, a sua reclamação em juízo. Neste sentido, fala-se em cláusula de proibição do retrocesso, ou seja, proibição de retirar as conquistas sociais outorgadas aos indivíduos.

O professor da Universidade de Coimbra leciona que, a par dos direitos derivados, existem os direitos originários a prestações quando, a partir de consagrações do direito constitucional, reconhece-se, simultaneamente, o dever do Estado criar pressupostos materiais, e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos⁷⁰.

Os direitos prestacionais impõem ao Estado uma ação que se pode referir a uma prestação (i) material ou (ii) jurídica⁷¹. Como prestação jurídica, o objeto do direito será a normatização, pelo Estado, do bem protegido juridicamente, através da emissão de normas jurídicas penais ou de organização e procedimento. Os direitos a prestações materiais são chamados de “direitos à prestação em sentido estrito”. São resultados da concepção social do Estado. Sendo assim, foram concebidos para atenuar as desigualdades de fato da sociedade e para que os indivíduos efetivamente possam gozar das liberdades e direitos. Têm como objeto uma utilidade concreta (bem ou serviço). Observa-se que, por sua estrutura, as normas que veiculam os direitos à prestação material podem ter alta densidade normativa, permitindo imediata exigência pelo indivíduo da satisfação, são os chamados direitos originários à prestação⁷². Por outro lado, a maioria dos direitos à prestação, pelo modo como enunciado na Constituição, depende da interposição do legislador para produzir seus plenos efeitos.

A respeito da importância das prestações positivas, Ana Paula de Barcellos adverte que sem o reconhecimento de uma eficácia positiva ou simétrica, as normas

⁶⁸ Idem, *Direito Constitucional*, p. 541.

⁶⁹ JJ Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p.542.

⁷⁰ Idem, *Direito Constitucional*, p. 543.

⁷¹ Paulo Gustavo Gonet Branco, “Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais”, in: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Marins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, pp. 143-151.

definidoras de direitos fundamentais⁷³ estariam esvaziadas. Restringir a eficácia jurídica dos princípios fundamentais apenas às modalidades interpretativas, negativa e vedativa é admitir que os governantes não estão vinculados à norma constitucional de forma relevante, podendo ignorar seus comandos sem qualquer consequência⁷⁴.

Os direitos fundamentais prestacionais são aqueles que demandam um agir, uma ação positiva do Estado a fim de que se promova a efetivação dos direitos fundamentais. São reconhecidos nos direitos da segunda dimensão. Advém da evolução do Estado Liberal para o Estado Social ou Estado Democrático e Social de Direito. Sua finalidade é a promoção dos direitos de liberdade e igualdade, através do fornecimento de recursos à sociedade (em sentido estrito) de forma que possam, efetivamente, participar da formação da vontade do Estado; bem como à proteção daqueles mesmos direitos através de prestações jurídicas (em sentido amplo).

Esse direito a prestações ou, segundo Gilmar Ferreira Mendes⁷⁵, *direito a prestações de índole positiva, pode referir-se a prestações fáticas de índole positiva, quanto a prestações normativa de índole positiva.*

Os direitos fundamentais em sentido amplo possuem dupla caracterização, pois abarcam a emissão de normas jurídico-penais e o estabelecimento de normas procedimentais e organizacionais. Assim, cabe ao Estado a proteção dos direitos fundamentais contra o ataque de terceiros, incluindo-se particulares e outros Estados. Isso se faz através da produção de normas de conduta, penais ou administrativas, em que se procuram repelir ou incentivar determinados comportamentos através do estabelecimento de sanções ou promoções. Outra vertente dos direitos fundamentais em sentido amplo decorre da participação na organização e no estabelecimento de procedimentos. Assim, falamos dos direitos de participação política, de acesso à Justiça (inciso XXXV do artigo 5º).

Em sentido estrito, entendem-se os direitos fundamentais prestacionais como aqueles que prevêm o fornecimento de condições materiais para a efetivação dos direitos de liberdade, igualdade, dignidade humana, etc. Ao Estado cabe promover as

⁷² Paulo Gustavo Gonet Branco, “Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais”, in: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Marins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 146.

⁷³ A autora, na verdade, faz comentários a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana, mas essas lições podem ser estendidas a todos os direitos fundamentais, pois, de uma forma geral, emanam deste princípio.

⁷⁴ Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, pp. 204-205.

⁷⁵ Idem, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, p. 37.

condições para diminuição das desigualdades materiais, a fim de que se possam realizar esses direitos fundamentais de defesa.

Apenas como referência, não podemos deixar de consignar a existência da tese de que todos os direitos são positivos – deixando sem sentido a distinção entre direitos de defesa e prestacionais -, pois todos demandariam encargos econômicos e financeiros do Estado. Em que pese a substância do entendimento, e sem querer exaurir o debate do tema, colocamos apenas que a distinção não procura realizar um antagonismo entre os conceitos, apenas reconhecendo a existência de funções e objetos distintos entre os diversos direitos fundamentais.

É importante lembrar também que alguns doutrinadores citam a existência de uma terceira espécie nesta classificação dos direitos fundamentais segundo o modo de proteção, os chamados direitos de participação, que conteriam um pouco dos direitos de defesa e outro tanto dos direitos a prestações. Na definição de José Carlos Vieira de Andrade seriam:

“(...) *mistos* de direitos de defesa e de direitos a prestações, mas que são autonomizados em virtude da sua função de garantia da participação individual na vida política, mais concretamente, na formação da vontade política da comunidade, embora também se refiram por vezes nesta categoria os direitos a prestações relativamente a serviços ou bens já organizados (partilha: *Teilhabe*), num quadro de igualdade de tratamento.”⁷⁶

Esses direitos fundamentais de participação seriam constituídos pelos direitos orientados a garantir a participação dos cidadãos na formação da vontade do país⁷⁷. Registre-se que há discrepância doutrinária a respeito desses direitos serem considerados categoria autônoma, pois, na verdade, eles possuem características mistas de direitos de defesa e de prestação.

2.4. A positivação dos direitos fundamentais nas Constituições

⁷⁶ Idem, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 179.

⁷⁷ Paulo Gustavo Gonet Branco, “Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais”, in: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Marins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 151.

Entendemos ser oportuno falar, mesmo que brevemente, sobre a interligação existente entre as noções de direitos fundamentais, Constituição e Estado de Direito. Pois essa citação coaduna-se com esse relato histórico dos direitos humanos.

A partir da segunda metade do século XVIII, com o reconhecimento dos direitos fundamentais, passa-se à formulação das primeiras Constituições escritas, de cunho liberal-burguês, em que é forte a noção de limitação do poder estatal, através dos direitos fundamentais e da separação dos poderes.

A partir das primeiras Constituições escritas surge a base para a legitimação do Estado Democrático de Direito.

A relação passa a ser a seguinte: o poder estatal somente tem sentido para a realização da dignidade da pessoa humana, reconhecida na Constituição, base do Estado de Direito. Assim, o povo, titular do poder constituinte originário, submete-se ao Estado de Direito, por sua própria vontade, pois o seu objetivo é a realização do ser humano.

A despeito de haver uma modificação ou um acréscimo nas funções dos direitos fundamentais, José Carlos Vieira de Andrade observa que eles continuam com a mesma essência:

“Os direitos fundamentais nasceram e cresceram de uma raiz liberal e, embora o processo de socialização tenha estendido o âmbito e de certo modo alterado a estrutura do sistema que formam, não pretendeu subverter o seu caráter essencial: eles continuam a ser essencialmente poderes de *exclusão* nas liberdades, poderes de *controle* nos direitos políticos e cívicos, poderes de *reivindicação* nos direitos a prestações, sociais ou outras.

Os direitos fundamentais tiveram, com a superação do liberalismo, de adaptar-se às novas necessidades, às novas formas de defesa da dignidade humana dos indivíduos, mas continuam a ter sentido apenas se não perderam essa matriz *libertadora* que constitui o momento da tradição que permanece na sua história, que se vai fazendo – a liberdade não foi ultrapassada pela socialidade, o liberalismo é que foi posto em causa pela socialização.”⁷⁸

A respeito da importância do reconhecimento positivo dos direitos fundamentais nas constituições, Gomes Canotilho cita Cruz Villalon aduzindo que:

“(…) onde não existir constituição não haverá direitos fundamentais. Existirão outras coisas, seguramente mais importantes, direitos humanos, dignidade da pessoa; existirão coisas parecidas, igualmente importantes, como as liberdades públicas francesas, os direitos subjectivos públicos dos alemães; haverá, enfim, coisas distintas como foros ou privilégios.”⁷⁹

⁷⁸ Idem, “Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares”, in: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 294.

Concluindo que:

“(...) os direitos fundamentais são-no, enquanto tais, na medida em que encontram reconhecimento nas constituições e deste reconhecimento se derivem conseqüências jurídicas.”⁸⁰

Porém, mais adiante, observa o professor de Coimbra que com isso não se quer desconsiderar as *raízes fundamentantes* dos direitos fundamentais (dignidade humana, fraternidade, igualdade, liberdade), como elementos legitimadores e fundamentantes da própria ordem jurídico-constitucional. Apenas se refere à constitucionalização como a incorporação de direitos subjetivos do homem, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário⁸¹.

O prof. Pérez Luño fez um estudo do processo de positivação dos direitos fundamentais tendo em conta as três grandes posturas doutrinárias: a jusnaturalista, a positivista e a realista⁸².

As diversas correntes jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII contemplam o processo de positivação dos direitos fundamentais como uma consagração normativa de exigências prévias, de direitos que decorrem do homem pelo mero fato de ser humano, por sua própria natureza. A positivação corresponde a uma declaração de direitos inerentes ao ser humano. Assim, Pérez Luño aponta para textos, que não são constituições, mas denotam o reconhecimento positivo dos direitos fundamentais, como a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia de 1776, a Declaração francesa de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) de 1948⁸³. Por último, refere-se à Constituição espanhola de 1978, cujo artigo 10.1 reza que:

“La dignidade de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”⁸⁴.

De lado oposto está o positivismo que, segundo Pérez Luño, a positivação dos direitos fundamentais “*no se trata, (...), de ratificar los postulados del derecho*

⁷⁹ Idem, *Direito Constitucional*, p. 497.

⁸⁰ Idem, *Direito Constitucional*, p. 497.

⁸¹ Idem, *Direito Constitucional*, p. 498.

⁸² Ibidem, p. 56.

⁸³ Ibidem, p. 57.

⁸⁴ Ibidem, p. 58.

natural, sino de dar vida en el marco de un ordenamiento a un conjunto de normas jurídicas”⁸⁵. A tese positivista ganhou força no final do século XIX e início do século XX, principalmente com a aparição da nova categoria dos direitos públicos subjetivos, que:

“(…) se presentará como intento de ofrecer una configuración jurídico-positiva, de la exigencia mantenida por la teoría de los derechos naturales de afirmar las libertades del individuo frente a la autoridad del Estado. Para ello se precisaba ordenar las estructuras del poder de forma que fuera posible la instauración de relaciones jurídicas entre el Estado y los particulares, para lo que se debía reconocer la personalidad jurídica del Estado, que de este modo adquiriría la titularidad de derechos y obligaciones para con los ciudadanos, estableciéndose también una consiguiente tutela jurisdiccional de las situaciones subjetivas así instituidas.”⁸⁶

As teses realistas não consideram que a positivação dos direitos fundamentais nos textos constitucionais decorre de um significado declarativo (teses jusnaturalistas) ou constitutivo (teses positivistas), mas que advém de um real sentido para o desfrute desses direitos. A positivação é a melhor técnica para a proteção dos direitos fundamentais, através da definição de seu conteúdo⁸⁷.

A história do processo de positivação começa na Idade Média, época em que encontramos os primeiros documentos jurídicos que, ainda de forma fragmentária e significação equívoca, reconhecem certos direitos fundamentais⁸⁸, como o direito à vida, à integridade física, à propriedade, de não ser preso sem causa legal, de inviolabilidade do domicílio, dentre outros. Pérez Luño cita como documento que alcançou maior significação neste processo a *Magna Charta libertatum* de 1215, pacto celebrado entre o Rei e a nobreza inglesa.

A evolução posterior foi passar dos documentos privados para o âmbito do direito público. Isso foi produzido em face do enfraquecimento do feudalismo, o surgimento de novos parlamentos, representativos do consenso de um país e o enfraquecimento social das antigas classes. As declarações de direitos não são produtos de um pacto contratual entre membros de diversos estamentos de acordo com seus interesses. Pelo contrário são resultados de uma paulatina centralização de forças políticas, através de lei que se imporá também aos governantes⁸⁹.

⁸⁵ Ibidem, p. 61.

⁸⁶ Ibidem, p. 59.

⁸⁷ Antonio-Enrique Pérez Luño, op. cit., p. 61.

⁸⁸ Antonio-Enrique Pérez Luño, op. cit., pp. 113-114.

⁸⁹ Antonio-Enrique Pérez Luño, op. cit., p. 115.

Na Inglaterra, onde esse fenômeno é percebido mais claramente, foi através dos trabalhos de Edward Coke que se produziu os maiores resultados. Coke ampliou o campo de liberdades consagrado na Magna Carta, como uma formulação de direitos de liberdades para todos os cidadãos. O trabalho de Edward Coke serviu de ponto de partida para os documentos que se seguiram: *Petition of Rights* de 1628, *Habeas Corpus Amendment Act* de 1679 e o *Bill of Rights* de 1689.

Essa tendência inglesa acaba por influenciar sua colônia, os Estados Unidos das Américas, no que se seguiram as declarações americanas, nova etapa do processo de positivação dos direitos fundamentais.

Na idade moderna, novos textos consagram princípios que precedem ao próprio ordenamento positivo do Estado e que são reconhecidos pelo Poder Constituinte. Esse reconhecimento faz com que esses princípios sejam colocados dentro do corpo da Constituição, enquanto documento fundamental de convivência política. A partir do século XVII, as Constituições passam a conter regras relativas à organização dos poderes públicos e disposições que proclamem os princípios fundamentais inspiradores de todos os órgãos do Estado. Estas disposições aparecem através de enunciados de declaração de direitos.

Apenas como referência, neste período, que vai das primeiras manifestações do século XVIII até a atual consagração dos direitos fundamentais nas cartas constitucionais, Pérez Luño observa a existência de duas grandes fases com características específicas: das liberdades individuais e dos direitos econômicos e sociais⁹⁰.

Como já referido, os direitos fundamentais nascem com as constituições liberais, resultado do triunfo da luta da burguesia contra o Estado Absolutista. Afirmam-se como direitos de liberdade, de salvaguarda, para os agentes privados, de um espaço de autonomia protegido contra ingerências arbitrárias do poder político.

Com as Constituições do México, de 1917, e a de Weimar, de 1919, inaugura-se a era das Constituições interventivas em matéria social. Esses diplomas promovem extensa regulamentação de matérias atinentes às relações jurídico-privadas. Porém, somente após a 2ª Guerra Mundial é que se sustenta definitivamente a idéia de supremacia normativa e eficácia diretiva dos direitos fundamentais⁹¹.

Sobre a importância desse movimento de positivação dos direitos fundamentais, Walter Claudius Rothenburg leciona que:

⁹⁰ Antonio-Enrique Pérez Luño, op. cit., pp. 117-127.

⁹¹ Joaquim de Sousa Ribeiro, "Constitucionalização do direito civil", in *Boletim da Faculdade de Direito*, pp. 729-755.

“Os direitos fundamentais fazem parte da pré-compreensão (inclusive emocional e afetiva) que a comunidade tem da idéia de Direito que a rege. Nesse sentido, eles são anteriores à positivação e por ela não podem ser esgotados. Ocorre que a revelação dos direitos fundamentais faz-se, primordialmente (por questão de representatividade democrática, de racionalidade e segurança), através da positivação histórica em dado ordenamento jurídico. Daí falar-se da *positividade* (em oposição a uma concepção transcendentalista) dos direitos fundamentais.”⁹²

2.5. Os direitos fundamentais na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Os direitos fundamentais na nossa Carta Republicana estão previstos, precipuamente, mas não exclusivamente, no Título II (dos Direitos e Garantias Fundamentais), através dos artigos 5º (Direitos e Deveres Individuais e Coletivos); 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 11 (Direitos Sociais); 12 e 13 (Direitos de Nacionalidade); 14, 15 e 16 (Direitos Políticos); e 17 (Partidos Políticos). Porém, não podemos deixar de lembrar que outros direitos fundamentais também estão espalhados no Texto Constitucional que não neste título, como o princípio da anterioridade tributária, ao meio ambiente saudável, etc. Também não podemos esquecer da possibilidade de reconhecimento de direitos fundamentais não expressos no corpo da Constituição, mas que assim são reconhecidos em face do seu conteúdo material.

A respeito de sua colocação topográfica os autores observam a posição de destaque que foi atribuída aos direitos fundamentais, logo após os princípios fundamentais do Estado brasileiro. Isso demonstra a relevância desses direitos para o nosso Estado, servindo de parâmetro para interpretação da própria Constituição e da ordem infraconstitucional.

Os direitos sociais foram colocados neste título, não havendo mais razão para questionamento a respeito de seu reconhecimento como direito fundamental. Isso era feito no passado, pois, nas Constituições anteriores, eles estavam previstos no capítulo da ordem econômica e social.

⁹² Walter Claudius Rothenburg. “Direitos Fundamentais e suas Características”, in: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*.

O § 1º do artigo 5º conferiu às normas definidoras de direitos fundamentais a aplicabilidade imediata, potencializando a eficácia dos direitos fundamentais, alçados, também, à condição de cláusula pétrea, nos termos do artigo 60, § 4º.

Cabe aqui falar, ainda que brevemente, a respeito do § 2º, artigo 5º e a concepção de um conceito materialmente aberto dos direitos fundamentais. Isso para que possamos entender qual leque de direitos fundamentais deve ser considerado, quando tratarmos de sua eficácia frente ao particular.

É quase unânime na doutrina que a regra do § 2º do artigo 5º determina uma abertura material⁹³ da lista dos direitos fundamentais prevista na Constituição Federal. Ou seja, existem direitos fundamentais que (i) estão positivados no texto, não apenas no Título II, mas também em outros títulos da Carta Magna, bem como em tratados e convenções internacionais; (ii) não estão escritos, implícitos, são subentendidos das normas definidoras de direitos e garantias (direitos fundamentais implícitos em sentido estrito); e (iii) não escritos, decorrentes do *regime e dos princípios* adotados pela Constituição⁹⁴ (direitos fundamentais decorrentes). Podemos citar como exemplos de direitos implícitos, em sentido amplo, os direitos de resistência ou a desobediência civil, a identidade genética da pessoa humana, a identidade pessoal, do sigilo bancário e fiscal.

Compreende-se por direitos fundamentais decorrentes aqueles que podem ser deduzidos do regime e dos princípios fundamentais da Constituição previstos nos artigos 1º a 4º.

A esse respeito, dissertando sobre a importância material dos direitos fundamentais, Gomes Canotilho aponta para:

“(1) a abertura da constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados, isto é, direitos materialmente mas não formalmente fundamentais (cf. CRP, art. 16º/1º); (2) a aplicação a estes direitos só materialmente constitucionais de alguns aspectos do regime jurídico inerente à fundamentalidade formal; (3) a abertura a novos direitos fundamentais (Jorge Miranda).”⁹⁵

Dos princípios constitucionais, o que ganha maior destaque é o inserido no inciso III do art. 1º, “*a dignidade da pessoa humana*”, de importância primordial para a estruturação da sociedade e do Estado. Tanto que há forte corrente doutrinária advogando a

⁹³ Cláusula aberta ou princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais. Ver: em José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 499.

⁹⁴ Conforme lição de INGO WOLFGANG SARLET. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, pp. 73 e ss.

⁹⁵ Idem, *Direito Constitucional*, p. 499.

tese de todos os direitos fundamentais encontrarem sua gênese no princípio da dignidade da pessoa humana. Ou seja, o direito só será considerado fundamental se o seu conteúdo material concretizar aquele princípio.

Neste aspecto, Paulo Gustavo Gonet Branco define os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, como “*pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir do valor da dignidade humana*”⁹⁶. Observa Gonet Branco que o Supremo Tribunal Federal é sensível à identificação de normas de direitos fundamentais fora do catálogo específico, através da constatação da existência de um vínculo entre o bem jurídico em questão e algum valor essencial resguardado pelo princípio da dignidade humana. Faz essa constatação a partir da decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) MC 939 (DJ 17.12.93), em que a Suprema Corte reconheceu o caráter fundamental do princípio da anterioridade tributária no caso do Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira⁹⁷.

Quanto aos direitos fundamentais previstos em tratados internacionais, parece importante fazer referência sobre o que se entende por esse conceito.

A fim de dar maior eficácia aos direitos fundamentais, o termo “tratado internacional” deve ser interpretado de forma abrangente, incluindo aqui suas diversas espécies, tais como convenções e pactos. Neste aspecto, importante as colocações de José Francisco Rezek⁹⁸ ao dizer que “*tratado é o acordo formal concluído entre sujeitos de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos*”.

Em que pese a adoção desse conceito mais abrangente, problema surge em relação à aceitação da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, talvez um dos textos mais conhecidos em matéria de direitos humanos, no nosso sistema jurídico. Isso porque tal documento não se enquadra na categoria de tratado internacional. Ingo Wolfgang Sarlet soluciona o problema em face da *ratio e telos* da norma aberta do artigo 5º, § 2º, principalmente porque a maioria das Constituições, que sucederam a Declaração, tenha nela se inspirado ao produzir o rol dos direitos fundamentais.

Necessário fazer breve menção a respeito do § 3º do artigo 5º, incluído pela Emenda Constitucional (EC) nº 45/04, em que se prevê a forma mais qualificada de

⁹⁶ Idem, “Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais”, in: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Marins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 116.

⁹⁷ Idem, “Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais”, in: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Marins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 117.

⁹⁸ José Francisco Rezek, *Direito dos Tratados*, 1984.

aprovação dos tratados e convenções na ordem constitucional. Conferindo-lhes *status* de norma constitucional. A Emenda Constitucional nº 45, de 30/12/2004, inseriu o § 3º no artigo 5º, possibilitando o reconhecimento de tratados e convenções internacionais, mediante procedimento legislativo, como emendas constitucionais.

Faça-se referência, no entanto, à possibilidade de criação de duas espécies de tratados internacionais sobre direitos humanos: (i) os aprovados por quorum qualificado, verdadeiras normas constitucionais; e (ii) os demais tratados equiparados à lei infraconstitucional, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal⁹⁹.

2.6. Conclusões

A conceituação dos direitos fundamentais, direitos humanos, direitos do homem, direitos constitucionais, ou outro termo, não foge da idéia da existência de direitos inalienáveis do ser humano, que lhe são atribuídos apenas por sua condição humana. Há apenas pequenas diferenciações conceituais no que se refere, por exemplo, ao local onde estão previstos esses direitos, se no Texto Constitucional ou em Tratados, se não estão previstos em lugar algum, mas são aferidos da condição humana.

O passeio histórico demonstrou que as necessidades humanas sofreram modificações de acordo com a época, local, acontecimentos. Os reconhecidos direitos fundamentais de hoje são diferentes daqueles do século passado, do anterior, assim por diante. O que não muda é a essência do ser humano. Mesmo em diferentes épocas e locais, o importante é a proteção das condições para o desenvolvimento humano.

A positivação dos direitos fundamentais nas constituições modernas foi importante passo para o seu reconhecimento e desenvolvimento. Passou-se da mera aceitação do caráter programático para o sentido da irradiação dos direitos fundamentais em toda a ordem jurídica.

Observou-se a necessidade de contenção do Poder Legislativo através do reconhecimento de que todos os poderes devem obediência à Constituição.

⁹⁹ Gustavo Tepedino, “A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas”, in: *Revista da AJURIS – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, pp. 153-167.

Os direitos fundamentais ganharam destaque na Constituição Federal de 1988, logo após a enunciação dos princípios fundamentais e por serem considerados núcleos intangíveis. Reconhecem-se os direitos sociais como integrantes da classe fundamental.

3. BASES TEÓRICAS PARA UMA VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS - *DRITTWIRKUNG*

3.1. A força normativa da Constituição

Com o advento do Estado Social, o legislador passa a regular diversos interesses privados e o Estado começa a atuar de forma mais marcante nas relações privadas. A Constituição projeta-se sobre a ordem civil, irradiando valores para o mercado econômico, social, cultural, etc.

A despeito disso, no início, a Constituição não tinha o valor de norma, reguladora de condutas, vista como mero programa com finalidades a serem atingidas, no mais das vezes, sem nenhuma eficácia.

Apenas com o reconhecimento da força normativa da Constituição é que se permite conceber o ordenamento como uma unidade, em que ela irá representar o norte de atuação do legislador infraconstitucional e de todos os integrantes da sociedade. Tal

entendimento acarretará a chamada “virada de Copérnico” no Direito Privado, conforme consagradas palavras de Luiz Edson Fachin¹⁰⁰.

Antes do reconhecimento da Constituição como norma hierarquicamente superior, que ocorreu durante o século XX, através da instrumentalização do controle de constitucionalidade, o Texto Maior era visto apenas como uma proclamação de princípios que deveria ser densificada através da atividade legislativa.

Paralelamente a esse reconhecimento da força normativa, surge, no novo Estado Social, uma nova função para as Constituições que passam a consagrar direitos sociais e econômicos e a definir metas e objetivos a serem atingidos.

A força normativa da Constituição foi relegada, num primeiro momento, a apenas alguns dos seus dispositivos, como os de organização do Estado. Os mandamentos sociais presentes no Texto Constitucional careciam de eficácia.

Esse cenário sofre mudança, inclusive no Brasil através do magistério de autores como J. H. Meirelles Teixeira¹⁰¹, José Afonso da Silva¹⁰² e Luís Roberto Barroso¹⁰³ que reconhecem que todas as normas constitucionais são dotadas de um mínimo de eficácia.

Mas foi com a teoria da “força normativa da Constituição” de Konrad Hesse, que o papel constitucional ganha dimensão, pois opera a síntese entre o mundo do ser (Sein) e do dever ser (*Sollen*). Leciona o mestre alemão, ao tratar da “Constituição jurídica” e da “Constituição real”, que:

“(…) a norma constitucional mostra-se eficaz, adquire poder e prestígio se for determinada pelo princípio da necessidade. Em outras palavras, a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. A Constituição converte-se, assim, na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida”¹⁰⁴.

Prossegue Hesse a proferir que a força normativa da Constituição depende da formação na consciência geral de uma *vontade de Constituição* (*Willw zur Verfassung*).

¹⁰⁰ Luiz Edson Fachin, “Virada de Copérnico: um convite à reflexão sobre o Direito Civil brasileiro contemporâneo”, in: FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando os Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*, pp. 317-324.

¹⁰¹ José Horácio Meirelles Teixeira, *Curso de Direito Constitucional*, pp. 295-361.

¹⁰² Idem, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*.

¹⁰³ Ibidem.

¹⁰⁴ Konrad Hesse, *A Força Normativa da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes, p. 18.

Isso resulta da compreensão de que a ordem legitimada pelos fatos não produzirá eficácia se não houver o concurso da vontade humana¹⁰⁵.

A Constituição passa a regulamentar situações que não sejam apenas as relações entre os entes privados e o poder público. O Texto Constitucional estabelece princípios reguladores das relações sociais, das relações que se estabelecem entre os privados.

Neste sentido, Juan María Bilbao Ubillos diz que:

“(…) No cabe duda de que las relaciones entre los ciudadanos y los poderes públicos forman parte desde un principio del núcleo duro de la materia constitucional, pero em um Estado social como el nuestro son también materialmente constitucionales los principios reguladores de las relaciones sociales, de las relaciones que se establecen entre particulares. El constituyente no renuncia a configurar o modelar la sociedad civil con arreglo a determinadas pautas constitucionales. No le es indiferente el modo em que se organiza la vida social.

Este enfoque unitário, que tiende a superar el tradicional aislamiento de la Constitución del resto del ordenamiento, tiene una gran trascendencia em la medida em que impide que el Derecho constitucional y el Derecho privado puedan concebirse como compartimentos estancos, como mundos separados que discurren em paralelo y están gobernados por lógicas radicalmente diferentes. Eso no quiere decir, obviamente, que la Constitución sea ‘el huevo cósmico jurídico’, como señalara irónicamente Forsthoff. La Constitución no regula detalladamente todos los aspectos de la vida social, solo siente una serie de principios básicos dotados de una especial fuerza de irradiación.”¹⁰⁶

3.2. Os princípios constitucionais

Inicialmente negava-se o caráter de autênticas normas jurídicas aos princípios, sendo reconhecidos apenas como meras exortações, preceitos de ordem moral ou política, porém, não como comandos de Direito. Sendo o texto constitucional o *locus* natural dos princípios¹⁰⁷.

No entanto, uma das características do Direito Constitucional contemporâneo é o reconhecimento da força normativa atribuída aos princípios. É a chamada terceira fase¹⁰⁸, pós-positivismo, segundo Paulo Bonavides, em que as

¹⁰⁵ Idem, *A Força Normativa da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes, pp. 19-20.

¹⁰⁶ Juan María Bilbao Ubillos, “¿Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?”, in: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 306.

¹⁰⁷ Walter Claudius Rothenburg, *Princípios Constitucionais*, 2ª tiragem (com acréscimos), p. 13.

¹⁰⁸ Anteriormente, Paulo Bonavides faz referência às fases do jusnaturalismo, primeira, e do positivismo, segunda em *Curso de Direito Constitucional*, pp. 232-236.

Constituições promulgadas denotam a hegemonia axiológica dos princípios, que são “*convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.*”¹⁰⁹

Na lição de Walter Claudius Rothenburg, os princípios constitucionais:

“(...) constituem eles *expressão primeira* dos valores fundamentais expressos pelo ordenamento jurídico, *informando materialmente* as demais normas (fornecendo-lhes a inspiração para o recheio).”¹¹⁰

Os princípios encarnam os valores morais e os ideais de justiça de uma sociedade colocados dentro de uma Constituição. Como normas jurídicas eles se diferenciam das regras, em síntese, pelo fato destas serem normas do tipo tudo ou nada, podem ou não ser aplicadas ao caso, sendo que os princípios são mandados de otimização, que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, caracterizam-se por possuírem diferentes graus de cumprimento.

Assim, após aferir que se pode diferenciar as regras dos princípios de diversas formas, tais como a generalidade, a determinabilidade, Robert Alexy apresenta essa distinção nos seguintes termos:

“(...) 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 opuestos.

En cambio, las *reglas* son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por 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.”¹¹¹

Aliás, essa generalidade, e também a vagueza, outra característica, permitem que os princípios amoldem-se às diferentes situações, acompanhando a evolução social. Trata-se do que Walter Claudius Rothenburg chamou de plasticidade dos princípios constitucionais¹¹².

¹⁰⁹ Ibidem, p. 237.

¹¹⁰ Idem, *Princípios Constitucionais*, 2ª tiragem (com acréscimos), p. 16.

¹¹¹ Ibidem, pp. 86-87.

¹¹² Idem, *Princípios Constitucionais*, 2ª tiragem (com acréscimos), p. 21.

Antes de serem um possível “defeito”, a generalidade e a vagueza são *um jeito de ser* dos princípios, permitindo uma *série indefinida de aplicações*.¹¹³

No caso de conflitos entre regras, soluciona-se ou introduzindo uma cláusula de exceção ou declarando-se inválida uma das regras. Aqui a decisão é acerca da validade da norma jurídica¹¹⁴.

Outra é a hipótese no caso de colisão de princípios que, segundo Robert Alexy, resolve-se através da ponderação, da atribuição de peso aos diferentes princípios, fazendo com que um prepondere sobre o outro, de acordo com o caso em exame. Não se trata, porém, de validade da norma jurídica, pois só se pode falar em colisão entre princípios válidos¹¹⁵.

É por meio dos princípios que se opera o processo de constitucionalização do Direito Privado. A Constituição irradia os seus valores, através dos princípios, atingindo todo ordenamento jurídico, permitindo, inclusive, que novos valores sociais sejam integrados ao ordenamento civil.

No decorrer do século XX, as Constituições dos Estados democráticos passaram a contemplar princípios fundamentais de diversos ramos do direito, inclusive do direito privado. Igual fenômeno observou-se na Constituição brasileira, acarretando o reconhecimento da pessoa humana como papel central das relações privadas.

Neste sentir, Maria Celina Bodin De Moraes observa que é insuficiente a mera constatação dos princípios de direito privado no Texto Constitucional, sendo necessário:

“(...) avaliar a mudança do ponto de vista sistemático, ressaltando que se a normativa constitucional está no ápice de um ordenamento jurídico, os princípios nela presentes se tornam, em consequência, as normas diretivas, ou normas-princípio, para a reconstrução do sistema de Direito Privado. Não se sustenta tal perspectiva metodológica, contudo, tão-somente em virtude da construção hierarquicamente rígida dos ordenamentos assim constituídos; vai-se além, reconhecendo, ou pressupondo, que são os valores expressos pelo legislador constituinte que devem *informar* o sistema como um todo. Tais valores, extraídos da cultura, isto é, da consciência social, do ideal ético, da noção de justiça presentes na sociedade, são, portanto, os valores através dos quais aquela comunidade se organizou e se organiza.”¹¹⁶

¹¹³ Walter Claudius Rothenburg, *Princípios Constitucionais*, 2ª tiragem (com acréscimos), p. 27.

¹¹⁴ Robert Alexy, op. cit., p. 88.

¹¹⁵ Ibidem, p. 89.

¹¹⁶ Maria Celina Bodin de Moraes, “O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo”, in: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 109.

3.3. O princípio da dignidade da pessoa humana

O conceito de dignidade da pessoa foi desenvolvido, pela primeira vez, no cristianismo, com fundamento de (i) ser o homem criação de Deus, como o centro do universo, e (ii) ser amado pelo seu criador, tendo liberdade de escolha, inclusive para tomar decisões contra o seu desejo natural¹¹⁷.

O princípio da dignidade da pessoa humana ganhou destaque na nossa Constituição da República, seguindo tendência mundial, erigido à condição de fundamento da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 1º, III. Trata-se de valor consagrado pelo legislador constituinte que se irradia para todos os atos de nossa sociedade, tanto públicos como privados.

A esse respeito, Daniel Sarmiento revela que a dignidade da pessoa humana:

“(...) representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e no mercado.”¹¹⁸

Significa que as ações do Estado e da Sociedade devem visar à consagração do ser humano, cujo fim maior é a realização da pessoa humana em todos os aspectos, profissional, familiar, saúde, lazer, educação, social, religioso etc.

Desta forma, a dignidade da pessoa humana serve de norte para o direito público e privado, pois não pode ser outra a função do direito que a promoção do bem comum.

É esse o entendimento que se pode embasar, inclusive, no “imperativo categórico” de Immanuel Kant, no qual o ser humano não pode ser visto como meio, mas, sim, como fim em si mesmo. As leis, decisões judiciais, ações políticas, administrativas etc. devem ter como finalidade o homem.

O desenvolvimento deste princípio é promovido pelos direitos fundamentais subsequentes em direitos de liberdade e igualdade, em estreita conexão, pois esses direitos foram especialmente desenvolvidos para proteger âmbitos da vida individual postos em

¹¹⁷ Maria Celina Bodin de Moraes, op. cit., p. 113.

¹¹⁸ Idem, *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*, pp. 59-60.

perigo¹¹⁹. Isso não significa que nos posicionamos no sentido de que os direitos fundamentais devem estar fundados no princípio da dignidade da pessoa humana, idéia que, no mínimo, levanta alguns pontos a serem considerados. No entanto, não podemos desconsiderar a sua importância na ordem jurídica, pois sem que se proteja os direitos fundamentais, estaremos negando a dignidade humana.

A outorga, aos princípios fundamentais, da qualidade de normas que embasam e informam toda a ordem constitucional demonstra a intenção do legislador constituinte em conferir-lhes a condição de núcleo essencial da nossa Constituição¹²⁰.

A positivação do princípio da dignidade da pessoa humana é recente, data do século XX, passando a ser reconhecido nas Constituições, na sua maioria, a partir da Segunda Guerra Mundial, principalmente após a sua consagração pela Declaração Universal da ONU de 1948.

Fazendo um desenvolvimento axiológico do princípio da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico, Ingo Wolfgang Sarlet¹²¹ pondera que a dignidade é inerente ao ser humano, não sendo possível conceber que ela seja realizada por uma norma. Sustenta, então, que a dignidade da pessoa humana não é “apenas” um direito fundamental, mas um princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa. Assim, como todo princípio, deve atuar como mandado de otimização, ordenando que algo seja feito na maior medida do possível, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Resta comprovado na prática que o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser realizado em diversos graus.

E mais especificamente quanto à possibilidade da vinculação dos particulares, diz Wolfgang Sarlet que:

“(...) também a ordem comunitária e, portanto, todas as entidades privadas e os particulares encontram-se diretamente vinculados pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Com efeito, por sua natureza igualitária e por exprimir a idéia de solidariedade entre os membros da comunidade humana, o princípio da dignidade da pessoa vincula também no âmbito das relações entre os particulares. (...) tal constatação decorre do fato de que há muito já se percebeu – designadamente em face da opressão socioeconômica exercida pelos assim denominados poderes sociais – que o Estado nunca foi (e cada vez menos o é) o único e maior inimigo das liberdades e dos direitos fundamentais em geral.”¹²²

¹¹⁹ Konrad Hesse, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, Trad. Prof. Luís Afonso Heck, p. 244.

¹²⁰ Ingo Wolfgang Sarlet, *A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, pp. 66 e ss.

¹²¹ Idem, *A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, pp. 69/70.

¹²² Idem, *A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, pp. 111/112.

Por outro lado, Wolfgang Sarlet observa que em face da ponderação de valores, na hipótese de conflitos entre princípios (direitos) constitucionalmente assegurados, o princípio da dignidade da pessoa humana acaba por justificar a restrição a outros bens constitucionalmente protegidos, inclusive de cunho jusfundamental¹²³. O que leva a uma necessária ponderação entre os bens, visando à proteção da dignidade da pessoa humana, aplicando-se a proporcionalidade.

Temos exemplos jurisprudenciais neste sentido:

- acórdão n. 318/99 do Tribunal Constitucional de Portugal, 1ª Seção, Rel. Conselheiro Vítor Nunes de Almeida, 26.5. 1999 – em que se considerou inconstitucional a previsão legal da penhora de parte da pensão do devedor, mesmo na hipótese de esta ser equivalente ao salário mínimo nacional, pois se constituiu em um sacrifício excessivo e desproporcional do direito do devedor e pensionista, na medida em que o nível de subsistência básico desceu abaixo do mínimo considerado necessário para uma existência com dignidade que a Constituição garante.

- acórdão do TJ/RS, rel. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, considerando que o fiador não pode ter o imóvel destinado a moradia penhorado e expropriado em face dos direitos patrimoniais do credor.

- mais recentemente, a decisão do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* (HC) nº 82424/RS, relator para o acórdão: Min. Maurício Corrêa, DJ 19.3.2004, em que se questionava a publicação de um livro que propagaria idéias anti-semitas. Os trechos da ementa de interesse para o presente estudo são esses:

EMENTA: “HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA.

1. Escrever, editar, divulgar e comerciar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII).

2. (...).

3. (...).

4. (...).

5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de

¹²³ Idem, *A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, pp. 114-117.

sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéicas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País.

6. (...).

7. (...).

8. (...).

9. (...).

10. (...).

11. (...).

12. (...).

13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal.

14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.

15. "Existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoia sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável.

16. (...)."

Neste aspecto Jorge Miranda, estudando o princípio dentro da Constituição portuguesa, ressalta que, de modo direto, os direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos econômicos, sociais e culturais têm a sua fonte ética na dignidade da pessoa humana¹²⁴.

Desenvolvendo as funções exercidas pelo princípio da dignidade da pessoa humana, além daquela possibilidade de limitar bens constitucionalmente protegidos, podemos visualizar a concretização do *princípio da proibição do retrocesso*. Neste sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana estaria funcionando como limite do limite. A dignidade humana constitui critério material para aferir a incidência de uma proibição do retrocesso em matéria de direitos fundamentais, pois eventuais medidas supressivas ou restritivas de prestações sociais determinadas pelo legislador poderão ser inconstitucionais por violação à proibição do retrocesso, "*sempre que com isso restar afetado o núcleo essencial legislativamente concretizado dos direitos fundamentais, especialmente e acima*

¹²⁴ Ibidem, p. 167.

*de tudo nas hipóteses em que resultar uma afetação da dignidade da pessoa humana (...)*¹²⁵.

Analisando o sistema dos direitos fundamentais na Constituição de Portugal, José Carlos Vieira de Andrade observa que ele retira a sua unidade no princípio da dignidade da pessoa humana¹²⁶.

A respeito da dignidade da pessoa humana, vale fazer referência à existência de divergência a respeito do caráter absoluto desse princípio. Alguns apontam para a impossibilidade de qualquer tipo de gradação da dignidade da pessoa¹²⁷, pois nem mesmo o interesse da comunidade poderá sacrificá-la, vez que o sujeito é o portador do valor absoluto, não a comunidade. Porém, outra parte da doutrina¹²⁸ entende que em face de seu caráter principiológico, poderá haver conflito entre interesses de pessoas que igualmente são merecedoras da dignidade humana, neste caso, a solução advirá de um juízo de ponderação ou hierarquização dos direitos fundamentais em jogo. Essa corrente, no entanto, reconhece a existência de um núcleo essencial ao princípio que não poderá ser atingido.

Após citar uma relação de casos paradigmáticos – concurso de arremesso de anão, autorização para cirurgia transexual, obrigação de se submeter a exame de DNA e prisão civil por dívida – em que estava em questão a dignidade da pessoa humana, Gustavo Tepedino sustenta a tese de que a proteção dos direitos humanos não pode ficar mais confinada ao âmbito do direito público, pois as pressões do mercado, principalmente na atividade econômica privada, favorecem a uma conspícua violação à dignidade da pessoa humana, reclamando controle social com fundamento nos valores constitucionais¹²⁹.

Tepedino ainda relata o caráter principiológico que a dignidade da pessoa humana ganhou na Constituição Federal de 1988, no art. 3º, III, ressaltando que:

“(…) a Constituição não teria um rol de princípios fundamentais não fosse para, no plano hermenêutico, condicionar e conformar todo o tecido normativo: tanto o corpo constitucional, no mesmo plano hierárquico, bem como o inteiro ordenamento infraconstitucional, com supremacia sobre todas as demais normas jurídicas.

¹²⁵ Ingo Wolfgang Sarlet, *A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, p. 121.

¹²⁶ Idem, “Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares”, in: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 294

¹²⁷ Castanheira Neves, *A Revolução e o Direito*, apud: Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, p. 173.

¹²⁸ Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, pp. 130-139 e Robert Alexy, *Teoria de los Derechos Fundamentales*, pp. 108-109.

¹²⁹ Idem, *Temas de Direito Civil*, pp. 62- 73.

Pretendeu, portanto, o constituinte, com a fixação da cláusula geral acima aludida e mediante o estabelecimento de princípios fundamentais introdutórios, definir uma nova ordem pública, da qual não se podem excluir as relações jurídicas privadas, que eleva ao ápice do ordenamento a tutela da pessoa humana, funcionalizando a atividade econômica privada aos valores existenciais e sociais ali definidos.”¹³⁰

A importância do princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988 é destacada por Ana Paula de Barcellos nestes termos:

“(…) a dignidade da pessoa humana é hoje considerada, sob vários pontos de vista, o pressuposto filosófico de qualquer regime jurídico civilizado e das sociedades democráticas em geral. Além disso, o constituinte de 1988 fez uma clara opção pela dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado brasileiro e de sua atuação, dispondo analiticamente sobre o tema ao longo do texto.”¹³¹

Observa Barcellos que a melhor modalidade de eficácia jurídica para as normas que cuidam da dignidade da pessoa humana é aquela que chama de positiva ou assimétrica¹³². Essa eficácia jurídica positiva ou assimétrica decorre da fundamentalidade das circunstâncias e da norma jurídica. Quanto maior for essa fundamentalidade, mais consistentes deverão ser os efeitos pretendidos e a eficácia jurídica, de modo que se aproximem o máximo possível.

Nesse aspecto, Barcellos faz importante abordagem a respeito da construção da eficácia jurídica da dignidade humana referente aos empecilhos levantados contra a possibilidade do Poder Judiciário implementá-lo. A eficácia jurídica encontraria barreira nos princípios da separação dos poderes, uma vez que o Judiciário não poderia determinar prestações positivas a serem custeadas pelo Poder Público, e majoritário, pois somente a coletividade poderia tomar decisões que afetassem a todos os indivíduos¹³³.

Quanto ao princípio da separação dos poderes, após análise dos sistemas de separação dos poderes na Inglaterra, França e Brasil, Barcellos ressalta o caráter instrumental desse princípio, cujo objetivo é a proteção dos direitos humanos, sempre passível de ameaça pelo exercício do poder sem limitações¹³⁴. E em relação ao princípio majoritário, na mesma toada, observa que ele é essencial ao regime democrático, mas não é único nem absoluto, admitindo-se, para manutenção da própria democracia, algumas

¹³⁰ Idem, *Temas de Direito Civil*, p. 74.

¹³¹ Ibidem, p. 203.

¹³² Ibidem, p. 202.

¹³³ Ibidem, p. 207.

¹³⁴ Ibidem, p. 225.

restrições fundamentais à sua aplicação¹³⁵. Isso tudo porque o próprio princípio está atrelado ao princípio da igualdade, ou seja, decorre do próprio reconhecimento da dignidade humana como balizador dos interesses coletivos.

Em um último prisma, é de se fazer referência ao reconhecimento internacional do princípio da dignidade humana, fazendo com que tratados, declarações, convenções, etc, o reconheçam, conforme leciona Flávia Piovesan¹³⁶. A Declaração Universal, de 1948, que introduziu a concepção contemporânea de direitos humanos, acolhe a dignidade humana como valor a iluminar o universo de direitos. Trata-se de reação ao positivismo jurídico que trouxe graves conseqüências na Alemanha nazista e na Itália facista. Com o advento do pós-guerra, os direitos humanos ganham projeção internacional, inclusive, como não podia deixar de ser, no plano do sistema jurídico internacional.

Ainda dentro do ponto da dignidade humana, existem dois assuntos que entendemos de suma importância para o desenvolvimento do debate, trata-se do chamado *mínimo existencial ou social* e a *reserva do possível*. Passamos, a seguir, a fazer algumas considerações.

3.3.1. Mínimo existencial

Através desse desenvolvimento do princípio da dignidade humana não se quer atribuir legitimidade plena ao Poder Judiciário para fixar políticas públicas, pois isso afrontaria a separação dos poderes. É necessário que se encontre o ponto de equilíbrio nesta questão, ponto esse que Barcellos conclui ser o chamado “mínimo existencial”. Nestes termos:

“(...) a coexistência harmônica da eficácia positiva da dignidade de um lado e, de outro, da separação de poderes e do princípio majoritário, depende de atribuir-se eficácia jurídica positiva apenas ao núcleo da dignidade, ao chamado *mínimo existencial*, reconhecendo-se legitimidade ao Judiciário para determinar as prestações necessárias à sua satisfação. (...)”

Essa conclusão se harmoniza com tudo o que se acaba de expor até aqui: quer com a fundamentalidade social e jurídica da dignidade, quer com a indisputabilidade do núcleo da dignidade humana, seja qual for a opção política

¹³⁵ Ibidem, p. 230.

¹³⁶ Flávia Piovesan, “Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição brasileira de 1988”. *Revista dos Tribunais*, pp. 41-53.

momentânea da maioria, quer com o caráter de regra do *mínimo existencial*, na medida em que é possível identificar um patamar mínimo de condições materiais abaixo do qual a dignidade humana foi violado.”¹³⁷

É nesse espaço normativo da dignidade humana que atuará o Poder Judiciário, exercendo amplo controle, determinando condutas e impondo sanções. Assim, haverá direito subjetivo a que sejam implementadas as condições mínimas para a existência do indivíduo, cabendo aos juízes determinar que o poder público e, porque não, os agentes privados, adotem as providências necessárias para a realização do ser humano.

Desenvolvendo um pouco mais, Barcellos aponta quatro elementos, dentro da Constituição Federal de 1988, que podem ser apontados como componentes deste *mínimo existencial*, quais sejam: educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados e acesso à Justiça¹³⁸.

A saúde e a educação formam o primeiro momento da dignidade humana propiciando condições para o crescimento do indivíduo. A assistência aos desamparados advém da condição do ser humano viver em sociedade, do dever de solidariedade que deve estar presente nas nossas vidas. Abrange alimentação, vestuário e abrigo. E, por último, o acesso à Justiça é um elemento instrumental para a eficácia positiva para que sejam reconhecidos os outros elementos do *mínimo existencial*.

O direito às condições mínimas de existência humana digna não tem dicção constitucional própria. A Constituição Federal de 1988 estabelece objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil “*erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais*” (art. 3º, III), não estabelece o direito ao mínimo existencial de forma expressa e clara¹³⁹, pode-se extraí-lo, ainda, dos princípios constitucionais da igualdade, liberdade e da dignidade humana.

Conforme Ricardo Lobo Torres, o mínimo existencial consiste em “(...) um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas.”¹⁴⁰

Os direitos sociais, econômicos e culturais constituem exigência e concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Encontram-se a serviço da igualdade e da liberdade material, destinando-se a proteger a pessoa em suas necessidades

¹³⁷ Ibidem, p. 233.

¹³⁸ Ibidem, p. 258.

¹³⁹ Ricardo Lobo Torres, *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, vol. III: *Os direitos humanos e a tributação – imunidades e isenções*, p. 141.

¹⁴⁰ Idem, “A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos”, in: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 262.

materiais e a garantir uma existência com dignidade. Essa constatação serve para fundamentar um direito a um mínimo existencial, que Ingo Wolfgang Sarlet diz compreender-se:

“(...) não como um conjunto de prestações suficientes apenas para assegurar a existência (a garantia da vida) humana (aqui seria o caso de um mínimo apenas vital) mas, mais do que isso, uma vida com dignidade, no sentido de uma vida saudável (como deflui do conceito de dignidade adotado nesta obra) ou mesmo daquilo que tem sido designado de uma vida boa.”¹⁴¹

O prof. Wolfgang Sarlet aponta como decisão judicial paradigmática para o reconhecimento da fundamentalidade dos direitos sociais a garantir um mínimo existencial a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 45 MC/DF, proferida em 29.4.04¹⁴², rel. min. Celso de Mello. Nesta ação questionava-se a aplicação de recursos mínimos na área de saúde, em decorrência de veto presidencial a artigo da Lei de Diretrizes Orçamentárias, sendo que, posteriormente, o conteúdo do dispositivo vetado foi novamente inserido em lei de iniciativa do próprio executivo, perdendo-se, portanto, o objeto da ação. A decisão enfrentou questões de extrema controvérsia: mínimo existencial, legitimidade do Poder Judiciário para decidir sobre políticas públicas e reserva do possível. Em razão de sua importância, colacionamos trechos da decisão de interesse para o presente tema, sem olvidarmos que existem outras questões enfrentadas – *ex vi*, a importância da ADPF – pelo eminente relator.

“ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). (...)

¹⁴¹ Idem, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 93.

¹⁴² Idem, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 94.

Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais - que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, rel. min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional:

(...)

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (José Carlos Vieira de Andrade, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado" (RTJ 175/1212-1213, rel. min. CELSO DE MELLO). Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à "reserva do possível" (Stephen Holmes/Cass R. Sunstein, "The Cost of Rights", 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. Daí a correta ponderação de Ana Paula de Barcellos ('A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais', p. 245-246, 2002, Renovar):

'Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem

pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.’ (grifo nosso)

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da ‘reserva do possível’, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo.

É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. Extremamente pertinentes, a tal propósito, as observações de Andreas Joachim Krell (‘Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha’, p. 22-23, 2002, Fabris):

‘A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado ‘livre espaço de conformação’ (...). Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos. Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser,

excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes (...). Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social. A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como conseqüência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. (...) Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais.’ (grifo nosso).”¹⁴³

Segundo Ricardo Lobo Torres, o mínimo existencial não possui conteúdo específico, abrangendo qualquer direito, desde que ligado à idéia de justiça e redistribuição de riqueza social, uma vez que o problema do mínimo existencial confunde-se com a própria questão da pobreza¹⁴⁴.

Para o exercício dos direitos fundamentais é necessário que o indivíduo possua as condições mínimas de sobrevivência, sem as quais não haverá liberdade. O mínimo social, portanto, como direito às condições de liberdade, exhibe o *status positivus libertatis*, exigindo do poder estatal atuação positiva como imunidade de taxas e tributos, subvenções e auxílios financeiros a entidades filantrópicas, entrega de bens diversos (roupas, remédios, alimentos, etc.) à população carente¹⁴⁵.

O mínimo existencial consiste, portanto, conforme Marcos Maselli Gouvêa em:

“(...) um complexo de interesses ligados à preservação da vida, à fruição concreta da liberdade e à dignidade da pessoa humana. Tais direitos assumem, intuitivamente, um *status* axiológico superior, e isto por serem essenciais à

¹⁴³ Informativo do Supremo Tribunal Federal nº 345.

¹⁴⁴ Idem, “A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos”, in: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 263.

¹⁴⁵ Ricardo Lobo Torres, “A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos”, in: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 264.

fruição dos direitos de liberdade. Sem direitos sociais mínimos, os direitos de liberdades permanecem um mero esquema formal.”¹⁴⁶

3.3.2. *Custo dos direitos*

Fora os questionamentos jurídicos sobre a eficácia jurídica positiva da dignidade humana, outra questão refere-se à realidade fática para a consumação deste princípio. Não basta a tomada de posição no sentido de proteção e implementação das condições mínimas para a existência do ser humano, se não houver possibilidades financeiro/econômicas para tanto.

O termo “reserva do possível” refere-se ao fenômeno econômico de limitação de recursos disponíveis para implantar condições materiais destinadas às necessidades que precisam ser supridas.

A escassez de recurso é uma realidade que não pode ser esquecida quando as políticas públicas são elaboradas e, também, quando se visa o desenvolvimento das condições mínimas existenciais. O sistema de arrecadação e gestão de recursos e de despesas públicas está disposto no texto constitucional.

Peculiaridade dos direitos fundamentais de cunho prestacional é o fato de eles estarem voltados mais para a conformação do futuro do que para a preservação do *status quo*¹⁴⁷. Para a sua implementação, exigem-se decisões de elevado risco: política econômica, de criação de emprego, educacional, de saúde, assistência social, previdência social.

Essas decisões de cunho político sofrem o chamado fenômeno de transmutação, convertendo-se em situações jurídicas. Ocorre a juridicização do processo decisório¹⁴⁸.

Embora vinculadas juridicamente, essas decisões estão submetidas, dentre outras condicionantes, à reserva do financeiramente possível. Conforme leciona Gilmar Ferreira Mendes, neste sentido foi reconhecida pela Corte Constitucional alemã, no caso do

¹⁴⁶ Marcos Maselli Gouvêa, *O controle judicial das omissões administrativas*, p.257.

¹⁴⁷ Gilmar Ferreira Mendes, “Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões”, in: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, p. 204.

¹⁴⁸ Gilmar Ferreira Mendes, “Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões”, in: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, p. 205.

numerus clausus de vagas nas Universidades (BVerfGE 33, 303), que as pretensões destinadas a criar os pressupostos fáticos necessários para o exercício de determinado direito estão submetidas à “reserva do possível”¹⁴⁹.

A esse respeito, Paulo Gustavo Gonet Branco comenta que:

“Os direitos à prestação material têm a sua efetivação sujeita às condições, em cada momento, da riqueza nacional. Por isso mesmo, não seria factível que o constituinte dispusesse em minúcias, de uma só vez, sobre todos os seus aspectos. Por imposição da natureza do objeto dos direitos a prestação social, o assunto é entregue à conformação do legislador ordinário, confiando-se na sua sensibilidade às possibilidades de realização desses direitos em cada momento histórico.

Os direitos a prestação peculiarizam-se, sem dúvida, por uma decisiva dimensão econômica. São satisfeitos segundo as conjunturas econômicas, segundo as disponibilidades do momento, na forma prevista pelo legislador infraconstitucional. Diz-se que esses direitos estão submetidos à *reserva do possível*. São traduzidos em medidas práticas tanto quanto permitam as disponibilidades materiais do Estado.

A escassez de recursos econômicos implica a necessidade de o Estado realizar opções de alocação de verbas, sopesadas todas as coordenadas do sistema econômico do país. Os direitos em comento têm a ver com a redistribuição de riquezas – matéria suscetível às influências do quadro político de cada instante. A exigência de satisfação desses direitos é mediada pela ponderação, a cargo do legislador, dos interesses envolvidos, observado o estágio de desenvolvimento da sociedade.

Na medida em que a Constituição não oferece comando indeclinável para as opções de alocação de recursos, essas decisões devem ficar a cargo de órgão político, legitimado pela representação popular, competente para fixar as linhas mestras da política financeira e social. Essa legitimação popular é tanto mais importante, uma vez que a realização dos direitos sociais implica, necessariamente, privilegiar um bem jurídico sobre outros, buscando-se concretizá-lo, com prioridade sobre outros. A efetivação desses direitos implica favorecer segmentos da população. Essas opções exigem, pois, procedimento democrático para serem escolhidas – tudo a apontar o Parlamento como sede precípua dessas decisões e, em segundo lugar, a Administração.”¹⁵⁰

Sobre o “custo dos direitos”, Flávio Galdino faz interessante proposta de modelos teóricos que levam em conta a já consagrada classificação dos direitos fundamentais em diversas dimensões ou gerações¹⁵¹. Assim, Galdino reconhece a existência de cinco modelos teóricos: (i) da indiferença, em que o caráter positivo da prestação estatal e o respectivo custo são indiferentes ao pensamento jurídico; (ii) do reconhecimento, quando se reconhece os direitos prestacionais, de cunho positivo,

¹⁴⁹ Idem, “Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões”, in: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, p. 205.

¹⁵⁰ Idem, “Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais”, in: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Marins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 147.

afastando a sua pronta exigibilidade; (iii) da utopia, em que se despreza a questão do custo para implantação dos direitos negativos ou positivos; (iv) da verificação da limitação dos recursos, aqui o custo assume caráter fundamental, a efetividade dos direitos sociais dependem da reserva do possível; e, por último, (v) a superação dos modelos anteriores, tem-se como superada a tradicional tipologia positivo/negativo dos direitos fundamentais¹⁵².

E falando a respeito da chamada reserva do possível, Galdino expõe que:

“(...) partindo da idéia de que a regra positivada (*rectius*: constitucionalmente positivada), desde que preveja a prestação (o objetivo) e os respectivos meios de consecução, e atribua um direito subjetivo ao indivíduo (ou mesmo à coletividade, na hipótese dos direitos difusos ou coletivos), cria uma situação jurídica sindicável pelo indivíduo, e, diante desta situação inteiramente configurada, têm-se as reservas materiais – *i.e.* as possibilidades econômicas e financeiras, como único limite à efetivação dos direitos. É comum dizer-se que a efetivação dos direitos econômicos e sociais – positivos por excelência – depende da ‘reserva do possível.’”¹⁵³

No entanto, observa GALDINO que houve superação desses modelos teóricos, com o reconhecimento de que todos os direitos são positivos, demandando, portanto, prestação estatal, gerando um custo para os cofres públicos. Não é o caso de aprofundarmos na discussão, vez que não é objeto do presente trabalho. Apenas é importante reconhecer que a implantação de alguns, ou todos, direitos fundamentais, principalmente os sociais, exigem um custo material a ser suportado pelo Estado. Isso não acarreta um entrave absoluto, mas precisa ser sopesado na geração das condições de gozo do direito.

3.4. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais

Constituídos no Estado Liberal como fonte de limitação das ações do poder estatal que atentassem contra direitos individuais, os direitos fundamentais ganham nova roupagem na chamada dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

¹⁵¹ Flávio Galdino, “O Custo dos Direitos”, in: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*, pp. 162-182.

¹⁵² *Ibidem*, pp. 163-164.

¹⁵³ *Ibidem*, pp. 175-176.

Os autores aludem à existência de uma “dupla dimensão”, “dupla natureza”, “duplo caráter”, ou de uma “dupla função” dos direitos fundamentais. Em todos eles, refere-se à questão subjetiva/objetiva ou individual/comunitária¹⁵⁴.

Por direito subjetivo entende-se, para os fins desse estudo, o poder ou faculdade “*para a realização efetiva de interesses que são reconhecidos por uma norma jurídica como próprios do respectivo titular*”¹⁵⁵. As características que podem ser apontadas são as seguintes: são posições jurídicas subjetivas individuais, universais e fundamentais. Por posição jurídica subjetiva entenda-se, dentro dos direitos fundamentais, as situações jurídicas destinadas à salvaguarda da dignidade humana individual. Abarcam as garantias institucionais e os direitos-garantias. Dentro dessa categoria encontram-se os direitos de titularidade coletiva que, em que pese o interesse de uma coletividade, não deixa de ter como titular do direito cada um dos indivíduos. Os direitos fundamentais subjetivos são ainda universais e coletivos, ou seja, são direitos de igualdade, de todos, gerais. São direitos atribuídos às pessoas apenas pela sua condição humana. Por último está a fundamentalidade do direito, ou seja, a condição substancial de importância que tem o direito para a proteção da dignidade da pessoa humana¹⁵⁶.

Em primeiro plano, a dimensão subjetiva corresponde ao *status negativus* de Jellinek¹⁵⁷. Ou seja, o direito do indivíduo resistir à atividade do Estado que violar sua esfera de liberdade individual.

Em face da dimensão objetiva, assinalam-se duas conseqüências: (i) a eficácia irradiante e (ii) a teoria dos deveres de proteção. A primeira decorre do fato de todo o ordenamento jurídico estar condicionado pelos direitos fundamentais. Enquanto que a teoria dos deveres estatais de proteção fundamenta-se em ser o Estado, não mais inimigo, mas guardião desses direitos.

Dissertando a respeito da dimensão objetiva, Clèmerson Merlin Clève analisa que ela:

“(...) compreende o dever de respeito e compromisso dos poderes constituídos com os direitos fundamentais (vinculação). Neste ponto, independente das

¹⁵⁴ José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 114.

¹⁵⁵ José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 118 e Luís Afonso Heck. “Direitos fundamentais e sua Influência no Direito Civil”, in: *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, p. 45.

¹⁵⁶ José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, pp. 120-141 e Jane Reis Gonçalves Pereira, “Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares”, in: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 151.

¹⁵⁷ Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, p. 117.

posições jus-fundamentais extraíveis da dimensão subjetiva, incumbe ao poder público agir sempre de modo a conferir a maior eficácia possível aos direitos fundamentais (prestar os serviços públicos necessários, exercer o poder de polícia e legislar para o fim de dar concretude aos comandos normativos constitucionais. A *dimensão objetiva* também vincula o Judiciário para reclamar uma hermenêutica respeitosa dos direitos fundamentais e das normas constitucionais, com o manejo daquilo que se convencionou chamar de *filtragem constitucional*, ou seja, a releitura de todo o direito infraconstitucional à luz dos preceitos constitucionais, designadamente dos direitos, princípios e objetivos fundamentais.”¹⁵⁸

Observa André Ramos Tavares que:

“(…) que esse caráter duplo não costuma decorrer expressamente dos textos das constituições, mas da técnica de aplicação empregada pelo operador, da abertura interpretativa decorrente de seu não-afastamento expresse.”¹⁵⁹

José Carlos Vieira de Andrade, por seu turno, entende que a posição jurídica subjetiva não é capaz de trazer todas as conseqüências jurídicas da consagração dos direitos fundamentais. Apresenta, então, conceito, por exclusão, dos direitos fundamentais de cunho objetivo, como aqueles direitos que, por não se tratarem de direitos subjetivos, serão de dimensão objetiva:

“É precisamente a esses restantes efeitos, a essa ‘mais-valia’ jurídica que se pode dar o nome de dimensão objectiva, que se manifesta, quer em sentido *valorativo* ou *funcional*, quer em sentido *estrutural*.”¹⁶⁰

E o professor de Coimbra elenca¹⁶¹ os seguintes efeitos dos direitos fundamentais de dimensão objetiva: garantias constitucionais, eficácia externa e dever de proteção, de organização e processo. As garantias constitucionais constituem-se em regras e deveres impostos às entidades públicas, com a finalidade de promover a dignidade da pessoa humana, sem que isso acarrete “situações de poder ou de disponibilidade” aos indivíduos. Cita como exemplos, na Constituição lusa, a responsabilidade civil do Estado no caso de danos causados aos direitos dos indivíduos; garantia do ensino particular; garantia do direito à saúde. Desenvolve o raciocínio, Vieira de Andrade, para justificar que, às normas de direitos fundamentais, não se pode limitar o campo do direito privado, por sua fundamentalidade, devem irradiar-se por toda ordem jurídica. Outro efeito

¹⁵⁸ Clèmerson Merlin Clève, “A eficácia dos direitos fundamentais sociais”. *Crítica Jurídica: revista latinoamericana de política, filosofia y derecho*, pp. 17-29.

¹⁵⁹ Idem, *Curso de Direito Constitucional*, 4ª, p. 426.

¹⁶⁰ Idem, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 142.

¹⁶¹ Idem, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 142-158.

apresentado pelos direitos fundamentais, conforme o doutrinador lusitano, refere-se a sua irradiação para a organização e o procedimento das atividades públicas. Neste aspecto, há que afirmar-se a existência de “direitos fundamentais a um procedimento”, como o acesso aos tribunais, o *habeas corpus*, etc., cuja finalidade é estabelecer uma organização, um procedimento mesmo, para a realização de direitos subjetivos fundamentais.

Apresenta-se a chamada *socIALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO*, ou seja, esse ramo do direito passa a sofrer influência dos valores de solidariedade, com a crescente preocupação com a parte mais fraca. Ampliam-se as hipóteses de restrição à autonomia privada, impostas pela legislação e jurisprudência, a partir da interpretação das cláusulas gerais e da aplicação dos direitos fundamentais.

Essa nova visão do direito privado está demonstrada na tutela dos hipossuficientes nas contratações privadas, cujos exemplos são o Código de Defesa do Consumidor, a função social do contrato, a boa-fé objetiva, a função social da propriedade, o direito à moradia, a proteção ao meio ambiente, hipóteses de responsabilidade objetiva, função social da empresa etc.

Tratando da chamada constitucionalização do Direito Civil, cujo cerne é o reconhecimento dos direitos fundamentais operando sua eficácia nas relações interprivadas, Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk¹⁶² concluem que a tutela e a promoção da dignidade da pessoa humana são fundamentos de toda ordem jurídica, sendo deveres atribuídos a todos, e não somente ao Estado.

Lecionam os aludidos autores que perde sentido identificar uma externalidade dos limites negativos, que estaria restrita ao Estado, e uma internalidade referente às relações privadas, em que haveria uma intangibilidade do Direito Privado.

Na superação da incomunicabilidade entre o público e o privado deve-se buscar não a solução mecanicista de subsunção do fato a modelos de relação jurídica pré-estabelecidos nos códigos, pois isso poderia resultar em ofensa a direitos fundamentais, em face da aplicação “cega” de modelos positivados. Urge a análise perante o princípio da dignidade humana que pré-ordena toda ordem jurídica.

A dimensão objetiva descortina a existência dos direitos fundamentais como consagradora de valores eleitos por uma dada sociedade, constituindo as bases do ordenamento jurídico.

¹⁶² *Ibidem*, p 100.

Neste sentido, Konrad Hesse conhece a dimensão objetiva como “elementos da ordem objetiva”, “*determinante de ‘status’, limitadora de ‘status’ e asseguradora de ‘status’, que inserem o particular na coletividade, os direitos fundamentais constituem bases da ordem jurídica da coletividade.*”¹⁶³ O autor tedesco prefere a expressão “elementos” do que “valores”, pois, segundo seu entendimento, esta última não levaria a uma definição clara e visível das normas de direitos fundamentais, conduzindo a uma excessiva valoração subjetiva do juiz, acarretando perdas para a certeza jurídica.

Como valores escolhidos pela sociedade para condicionar toda uma ordem jurídica, os direitos fundamentais não podem ficar restritos à atuação estatal. Esses valores são elementos que devem influenciar também a ordem jurídica privada.

A doutrina contemporânea reconhece a existência de uma dupla dimensão dos direitos fundamentais. Uma subjetiva e outra objetiva, como vimos, constituindo a base fundamental da ordem jurídica.

O reconhecimento textual da dimensão objetiva dos direitos fundamentais somente ocorreu com a Lei Fundamental de Bonn, sendo ponto marcante o julgamento do caso *Lüth*, pela Corte Constitucional germânica, em 1958¹⁶⁴.

Através desse reconhecimento da dimensão objetiva, surge, como já mencionado, a principal consequência, a eficácia irradiante dos direitos fundamentais. Ou seja, a percepção de que os valores contidos nesses direitos espraiam-se por todo ordenamento jurídico. Isso é o que leciona Paulo Mota Pinto ao aferir que as normas que consagram os direitos fundamentais não se limitam a atribuir posições subjetivas aos titulares desses direitos, mas que essas normas configuram direito objetivo. Expressam valores que estendem a sua eficácia para além daquela subjetivação¹⁶⁵. Dessa dimensão objetiva dos direitos fundamentais decorre a propositada “eficácia de irradiação”.

Na esteira de Gilmar Ferreira Mendes, ao lado da função protetiva ou de defesa contra atos lesivos do poder público, cumprem “os direitos fundamentais um relevante papel como elementos da ordem jurídica objetiva da comunidade”¹⁶⁶.

Essa concepção que identifica os direitos fundamentais como princípios objetivos, legitima a idéia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos dos

¹⁶³ Idem, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, Trad. Prof. Luís Afonso Heck, p. 239.

¹⁶⁴ Daniel Sarmento. *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 141.

¹⁶⁵ Paulo Mota Pinto. “O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade”, in: *Portugal-Brasil Ano 2000*, p. 187.

¹⁶⁶ Idem, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, p. 216.

indivíduos, mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros.

Nas palavras de José Carlos Vieira de Andrade¹⁶⁷, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais constitui “valores constitucionais que aos poderes públicos cabe respeitar, mas igualmente fazer respeitar como interesses públicos fundamentais”. O autor faz essa constatação após fazer referência à clássica função defensiva que originariamente era atribuída com exclusividade aos direitos fundamentais. Observa que:

“(…) sendo os direitos fundamentais também *princípios de valor objetivos*, têm de valer nas relações privadas, tanto mais intensamente quanto mais íntima for a sua ligação ao valor-mãe da dignidade da pessoa humana (…)

Esta *eficácia objetiva* não pode ser negada aos preceitos relativos aos direitos fundamentais, pois resulta directamente do princípio da constitucionalidade e é comum a todas as relações entre normas constitucionais e preceitos legislativos.”¹⁶⁸

Tal concepção dos direitos fundamentais sofreu severa crítica por parte de doutrinadores alemães, principalmente Ernst Forsthoff que chamou esse método de interpretação de “*scientifico spirituale*”. Segundo Forsthoff, o método científico-espiritual acarreta um enfraquecimento da lei constitucional, pois haverá de ser interpretada conforme as tendências democrático-sociais do momento. Assim:

“Com l’indebolimento della legge costituzionale dovuto all’affermazione del método gerarchico scientifico-spirituale, com l’applicazione dello ‘sviluppo evolutivo della validità del diritto costituzionale politicizzato’, nel senso di Smend, la legge costituzionale há perduto in misura rilevante forma, razionalità ed evidenza. Cio implica una diminuzione della funzione di stabilizzazione che la legge costituzionale deve assicurare di per sé, secondo la sua natura.”¹⁶⁹

Porém, essa concepção dos direitos fundamentais como uma ordem de valores acaba sofrendo uma outra estruturação com a teoria dos princípios de Robert Alexy, que entende que esses direitos constituem uma ordem de princípios que estão no plano ontológico, portanto, e não no campo axiológico. A vantagem desta última vertente está em que a teoria dos princípios é menos exposta às objeções de caráter filosófico, dogmático e metodológico. Nas palavras do referido professor:

¹⁶⁷ Idem, “Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares”, in: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, pp. 273-299.

¹⁶⁸ Idem, “Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares”, in: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 291.

¹⁶⁹ Ernst Forsthoff. “La trasformazione della legge costituzionale”, in: FORSTHOFF, Ernst. *Stato di diritto in trasformazione*. A cura di Carlo Amirante, p. 230-231.

“(...) la axiología del Tribunal Constitucional Federal puede ser reformulada como una teoría de principios que está expuesta a las numerosas objeciones que se han hecho valer en contra de la teoría de los valores o que puede ser defendida frente a ellas. Por lo tanto, el concepto de valor en la construcción del Tribunal puede ser reemplazado por el de principio.”¹⁷⁰

Mas, problema surge quando se quer estabelecer o que é e em que consiste o carácter objetivo dos princípios?

A questão é tormentosa, pois deveras abstrata. Levado a responder a essa pergunta, Alexy desenvolve a fórmula da tríplice abstração ou exclusão. Desta forma, abstrai-se do conteúdo o carácter subjetivo dos princípios jusfundamentais, o titular e o destinatário dos direitos. Assim, usando como exemplo a liberdade de opinião, Alexy conclui que através dessa tríplice abstração, o direito frente ao Estado, determina que este:

“(...) no le impida las manifestaciones de opinión se convierte en un simple deber ser de la libertad de opinión. Es de suponer que se está pensando en este tipo de principios triplemente abstrayentes cuando se habla de ‘decisiones básicas jurídico-constitucionales’, de ‘normas básicas que deciden valores’, de ‘decisiones valorativas’, etc., o simplemente de las ‘ideas dominantes en la Ley Fundamental que irradian en todos los ámbitos del derecho.’”¹⁷¹

Sobre o carácter objetivo dos direitos fundamentais, Luís Afonso Heck pondera:

“Os pressupostos essenciais de uma vida em liberdade e dignidade humana devem ser criados e mantidos pelos direitos fundamentais. Isso somente é possível quando a liberdade da vida em comunidade é garantida da mesma forma como a liberdade individual. A liberdade do particular somente pode existir dentro de uma comunidade livre. Essa liberdade pressupõe homens que seja capazes e que estejam dispostos a decidir, eles mesmos, sobre seus próprios assuntos e a cooperar de modo auto-responsável nos assuntos da comunidade.

Essas conexões configuram a peculiaridade, a estrutura e a função dos direitos fundamentais. Eles garantem não apenas direitos subjetivos do particular, mas também princípios fundamentais objetivos da ordem constitucional estatal-jurídica e democrática. Nesse carácter duplo, os direitos fundamentais mostram camadas de significado distintas que, cada vez, condicionam, protegem e completam reciprocamente.”¹⁷²

Indo um pouco além, analisando a dimensão objetiva, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins observam a existência de três aspectos objetivos dos direitos

¹⁷⁰ Ibidem, p. 508.

¹⁷¹ Ibidem, pp. 509-510.

¹⁷² Luís Afonso Heck, “Direitos fundamentais e sua Influência no Direito Civil”, in: *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, p. 44-45.

fundamentais: (i) primeiramente, o caráter de norma de competência negativa, ou seja, aquilo que é outorgado ao indivíduo está sendo retirado do Estado; (ii) como critério de interpretação e configuração do direito infraconstitucional, o que foi até agora proposto; e, por último, (iii) a doutrina alemã vislumbra um desdobramento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, consistente no dever estatal de tutela desses direitos¹⁷³.

Quanto a esse último aspecto, Dimoulis e Martins criticam o entendimento da doutrina alemã, pois o dever estatal de tutela resultaria, na verdade, da aplicação da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, nestes termos:

“(…) a dogmática do dever estatal de tutela com fulcro nos direitos fundamentais corresponde, no entendimento ora seguido, à dimensão subjetiva dos direitos fundamentais. De fato, o dever de tutela se fundamenta na *ameaça* de direitos proveniente de particulares e cria uma posição jurídica subjetiva. Os efeitos decorrentes do exercício do dever estatal de tutela são próprios da função clássica dos direitos fundamentais (resistência contra intervenção lesiva que, no caso, provém de particulares e não do Estado).”¹⁷⁴

3.5. Conclusões

De início, apenas como mera recomendação ou instituição de programas que poderiam ser realizados, a força normativa da Constituição traz o reconhecimento do Texto Maior como topo da pirâmide do sistema normativo, nos dizeres de Kelsen. Importante passo para o reconhecimento dos direitos fundamentais como normas impositivas das condutas do Estado e dos indivíduos.

Maior salto, ainda, verifica-se quando do reconhecimento da força normativa da dignidade humana. As modernas constituições consagram a dignidade humana como inspiradora da estrutura estatal e social, como base para todas as ações desenvolvidas no seio social.

E dentro desse caminhar opera-se a dimensão objetiva dos direitos fundamentais como reconhecimento de sua irradiação nas relações privadas. A dignidade humana, os direitos fundamentais estão a inspirar, também, como não poderia deixar de ser, as relações jurídicas privadas.

¹⁷³ Ibidem, pp. 118-120.

¹⁷⁴ Ibidem, pp. 126-127.

4. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES

4.1. Considerações iniciais

Citemos alguns casos consagrados na doutrina e na jurisprudência que envolvem questionamentos a respeito da eficácia horizontal dos direitos fundamentais:

a) empresa celebra contratos de trabalho nos quais os trabalhadores renunciam a qualquer atividade partidária e à filiação em sindicatos.

b) congresso de partido político destinado a escolher os candidatos do partido às eleições parlamentares, em que é excluída a participação de indivíduos da raça negra [casos da jurisprudência americana: *Smith v. Allright* (1944) e *Terry v. Adams* (1946)].

c) professora contratada por um colégio particular, onde se impõe a cláusula do celibato.

d) empresa sujeita suas empregadas a (i) testes de gravidez para serem admitidas, (ii) a demissão no caso de gravidez durante o contrato de trabalho, inclusive no caso de servirem como “mães hospedeiras”.

e) entidades patronais e sindicais celebram contrato coletivo de trabalho em que inserem a cláusula de *closed-shop*.

f) escola particular de alunos portadores de necessidades especiais, subsidiada pelo Estado, recusa-se a receber crianças não batizadas ou cujos pais professem uma religião diferente da ministrada na escola.

g) indivíduo conclama o público a boicotar uma dada publicação ou produção artística.

h) administração de uma “cidadã privada” impede que adeptos das testemunhas de Jeová distribuam panfletos nas ruas e praças.

i) administradores de *shopping centers* impedem a distribuição de informes de interesse público no seu interior.

j) um clube social recusa o ingresso de novo sócio por questão racial ou de gênero sexual.

k) poder de sanção exercido pelo pai sobre os filhos menores.

l) se os donos de hotéis, táxis ou restaurante, bem como as escolas ou clubes privados, podem recusar a permanência, o transporte, o serviço ou a frequência de certas categorias de pessoas (estrangeiro, pessoas de determinada raça ou sexo)¹⁷⁵.

m) a administradora de Shopping Center impõe a seus locatários cláusulas restritiva da concorrência consistentes na impossibilidade de abertura de ponto em outros centros de compras e a proibição de abertura num determinada distância¹⁷⁶.

Outros casos poderiam aqui ser citados, mas apenas estes já demonstram os problemas que podem ser levantados quando questionamos a possibilidade dos direitos fundamentais vincularem os agentes privados.

A discussão a respeito da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais – *Drittwirkung* - tinha certa consistência no passado, porém, hodiernamente,

¹⁷⁵ Os casos “a” a “f” foram retirados de JJ Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, pp. 590-591; os “g” a “i” foram retirados de Gilmar Ferreira Mendes. “Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. Análise da jurisprudência da Corte Constitucional alemã”, *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, pp. 33-44; e as letras “j” a “l” são de Jane Reis Gonçalves Pereira. “Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares”, in: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 139-140.

¹⁷⁶ Processo nº 08012.006636/1997-43 do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Partes: Associação dos Lojistas de Shopping do Estado de São Paulo X Condomínio Shopping Center Iguatemi.

pode-se afirmar com certa segurança que não existem grandes controvérsias, pelo menos quanto à possibilidade de vinculação dos particulares¹⁷⁷ aos direitos fundamentais.

Não olvidamos que existam respeitáveis entendimentos contrários à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, tais como o de Ernst Forsthoff, para quem a tentativa de fazer valer esses direitos nas relações privadas leva à criação de “*conceitos bem intencionados, moralmente louváveis, mas juridicamente nas nuvens*”¹⁷⁸.

Conforme Forsthoff, os direitos fundamentais não podem ser considerados um sistema de valores, pois são produtos da história constitucional, impondo limites ao Estado, em um determinado momento histórico. Diz:

“Ma è fin da ora evidente che introdurre nei diritti fondamentali idee come il ‘sistema di valori’ produrrà determinate associazioni di idee e procedimenti logici. Il sistema di valori indica una dimensione spirituale, ma non tale da avere un posto nel campo dell’interpretazione delle norme giuridiche.

L’idea che un regolamento legislativo formi un sistema non è naturalmente estranea all’interpretazione giuridica. Essa consente di trarre dal contesto sistematico conseguenze per l’interpretazione normativa. Così i rapporti speciali di debito o i diritti reali possono essere considerati un sistema. In tal senso i diritti fondamentali non rappresentano un sistema. Como prodotto della storia costituzionale, essi pongono allo stato limiti per la tutela di determinate funzioni individuali che, in costanza di determinate condizioni storiche, appaiono particolarmente degne di tutela.(...) Manca ogni appiglio storico o di altra natura che provi che la normazione sui diritti fondamentali abbia mai seguito concezioni informate ad una sistematica obiettiva.”¹⁷⁹

Critica, dessa forma, a interpretação dos direitos fundamentais como um sistema de valores, mostrando clara preferência pelos tradicionais métodos de interpretação constitucional:

“(...) I motivi che vengono addotti a favore dell’efficacia verso i terzi sono incomprensibili per chi resta nella tradizione della scienza del diritto pubblico e della scienza costituzionale. (...) naturalmente no vi è alcuna possibilità di ricavare dalla Legge Fondamentale, com i mezzi dell’interpretazione tradizionale, l’efficacia verso i terzi e, per chi è rimasto sul piano dell’interpretazione tradizionale, tutti i tentativi di ricavarla da essa non sono che una *petitio principii*.”¹⁸⁰

¹⁷⁷ Daniel Sarmiento. “A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil”, in: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 193.

¹⁷⁸ FORSTHOFF, Ernst. *Der Staat der Industriegesellschafts, dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland*, 2ª ed., Munique, 1971. *Apud*: SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. “Vinculação das Entidades Privadas pelos Direitos, Liberdades e Garantias”, in: *Revista de Direito Público*, n. 82, 1987, p. 43.

¹⁷⁹ *Ibidem*, pp. 203-204.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 211

Observa Juan María Bilbao Ubillos¹⁸¹, citando Ernst Forsthoff, que doutrinadores e juristas de peso defendem que as ameaças que os agentes privados sofrem quando relacionam entre si, podem muito bem ser resolvidas pelos tradicionais instrumentos do Direito Civil. Os adeptos da doutrina que nega a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, entendem que a fórmula da *Drittwirkung* é inútil, pois as ameaças procedentes dos particulares estão reprimidas pelas leis civis e penais e não na Constituição, que apenas traça limites nos quais o poder público não pode avançar. Constata Bilbao Ubillos que a principal bandeira dessa doutrina é o princípio da autonomia privada, que sofreria forte golpe com o reconhecimento de que os direitos fundamentais vinculariam os particulares. Sintetiza dizendo o professor da Universidade de Valladolid que:

“Late en el fondo de estas posturas la convicción de que la *Drittwirkung* puede ser una especie de ‘caballo de Troya’ que destruya el sistema construido sobre la base de la autonomía privada.”¹⁸²

Dentro do direito comparado, além do sistema constitucional dos Estados Unidos, pode ser citado o Direito Constitucional suíço, em que prevalece, na doutrina e na jurisprudência, a clássica visão liberal a respeito dos direitos fundamentais. Exemplo de decisão judicial neste sentido é a proferida pelo Tribunal Federal no caso “Seeling”, de 1954, quando o Tribunal entendeu que prevaleceria a autonomia contratual dos donos de salas de cinema que impediram o acesso de jornalista, o qual havia criticado a programação de exibição cinematográfica. Reconheceu o tribunal que a liberdade de expressão não produz efeitos nas relações privadas¹⁸³.

Em que pese essas respeitáveis críticas à vinculação dos agentes privados aos direitos fundamentais, a verdade é que essa doutrina vem prevalecendo na maior parte dos países do mundo ocidental. Mas, independente dessa aceitação geral da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, reconhece-se que diversas questões precisam ser melhores desenvolvidas. Qual a forma dessa vinculação, qual o seu alcance, e, se podemos falar em uma eficácia horizontal dos direitos sociais prestacionais.

¹⁸¹ Ibidem, p. 310

¹⁸² Ibidem, p. 311.

¹⁸³ Daniel Sarmento. “A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil”, in: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 198.

Como já referido, estudaremos algumas das correntes e doutrinas a respeito da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, deixando apenas uma menção, no último capítulo, a respeito dos direitos sociais fundamentais poderem ou não vincular os particulares em suas relações.

Segundo André Ramos Tavares, o reconhecimento de direitos humanos não deve operar-se, hodiernamente, apenas “verticalmente”, pois existe o reconhecimento de privilegiar-se, também, a eficácia horizontal dos direitos humanos¹⁸⁴. Porém, entende Tavares que essa eficácia não terá a mesma intensidade que aquela verificada nas relações entre os particulares e o Estado¹⁸⁵. Faz ainda a observação a respeito das ações constitucionais de tutela da eficácia horizontal, pois elas serão diferentes, conforme se trate da proteção de um direito declarado, bastando, para tanto, mero processo interpretativo, ou se estiver em questão uma garantia constitucional, que, em sua maioria, tem como destinatário o poder público¹⁸⁶.

O professor Tavares parece tender a aceitar que os agentes privados estão vinculados aos direitos fundamentais de forma indireta, dependendo do legislador infraconstitucional para regular essas relações. Isso porque aponta para o problema da constitucionalização do direito privado, relegando esse a um plano secundário; e, também, pelo risco de transformação do Tribunal Constitucional em verdadeira Corte de Revisão¹⁸⁷. Abre margem, porém, para aceitar-se a aplicação direta quando não houver intermediação legislativa, quando os direitos fundamentais estiverem previstos “apenas” no Texto Constitucional, o que entende difícil, em face da amplitude da legislação existente.

Em um último comentário a respeito da eficácia horizontal, Tavares levamos à discussão dessa eficácia no que tange aos direitos sociais prestacionais. Admite o autor a possibilidade de se exigir, não apenas do Estado, mas, também, do agente privado, a implementação positiva dos direitos fundamentais. Nestes termos:

“(…) é exigível não apenas do Estado, mas também dos próprios particulares, a implementação *positiva* dos direitos fundamentais, e não apenas o respeito a eles (pela não-violação – aspecto negativo). Aliás, nesse ponto a Constituição foi expressa, embora a doutrina pouco se tenha preocupado em analisar o real alcance dessas exigências, como se constata do direito à educação, dever da família a ser promovida com a colaboração do sociedade (art. 205), dentre outros direitos.”¹⁸⁸

¹⁸⁴ Idem, *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed., p. 373.

¹⁸⁵ Idem, *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed., p. 374.

¹⁸⁶ Idem, *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed., p. 374.

¹⁸⁷ Idem, *Curso de Direito Constitucional*, 4ª ed., p. 451.

¹⁸⁸ Idem, *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed., p. 375.

Como aludido, de uma forma geral, pode-se dizer que na doutrina prevalece a tese da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. É o que nos coloca Pérez Luño ao citar que por influência da teoria dos valores, da teoria institucional e da jurisprudência e doutrina alemã, a doutrina do *Drittwirkung der Grundrechte* se desenvolveu nos vários Estados europeus e fora do continente¹⁸⁹. Essa eficácia perante terceiros está baseada na necessidade da plena vigência dos valores incorporados nos direitos fundamentais em todas as esferas do ordenamento jurídico. O autor espanhol, sem tomar partido em relação ao *como* da eficácia horizontal, apresenta dois argumentos para aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas. O primeiro decorre de uma exigência lógica, partindo de uma coerência interna do ordenamento jurídico, pois caso refutada a tese da aplicação dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, haveria uma dupla ética dentro da sociedade, uma referente à relação Estado/particular e outra à relação particular/particular, o que não pode ser aceito. O segundo argumento decorre do reconhecimento da existência dos poderes sociais, econômicos, etc. que, tanto quanto o Estado, são violadores das liberdades e garantias constitucionais¹⁹⁰.

Já outros problemas surgem quanto a saber como e em que medida esses direitos influenciam as relações privadas. A questão do *como* as normas fundamentais incidem sobre as relações entre os particulares decorre de um problema de construção. Enquanto que o problema da *medida* relaciona-se com a colisão de direitos¹⁹¹.

Observa o professor Gomes Canotilho¹⁹² que, apesar do tema da eficácia dos direitos fundamentais ter ganhado dimensão a partir da década de 50, o assunto já era tratado na própria idéia de Constituição. Assim, a Declaração dos Direitos do Homem, de 1789 não afirmava apenas o valor dos direitos fundamentais perante o Estado, mas dirigia-se também contra a sociedade dominante, o clero e a nobreza.

Idealizados inicialmente com o intuito de conter o poder do Estado Liberal, os direitos fundamentais ganharam amplitude quando se verificou que não apenas do poder público poderiam partir ataques contra as liberdades individuais. Grandes corporações, bancos, sociedades comerciais, associações de classe, igreja, organizações não governamentais dentre outros entes civis detentores de poder econômico-social também

¹⁸⁹ Ibidem, p. 319.

¹⁹⁰ Ibidem, p. 320.

¹⁹¹ Robert Alexy, *Teoria de los Derechos Fundamentales*, p. 511.

¹⁹² Idem, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1289.

podem exercer pressões econômica, política, social e adotar ações que atentam contra os direitos fundamentais.

É o reconhecimento que faz Ana Cláudia Pires Ferreira de Lima nesta passagem de seu artigo:

“(...) É preciso quebrar o monopólio dos meios de comunicação de massa em mãos de minoria dominante, bem como instruir o povo para que tenha consciência e discernimento do exercício de seus direitos políticos, não se deixando manipular pelos detentores do poder (soberanos do mercado).

(...)

Não se pode permitir que a maioria do povo ‘esmague democraticamente’ a minoria, em nome do interesse nacional, nem que a minoria, se detentora do poder de controle social, se utilize periodicamente do voto majoritário popular para legitimar todas as exclusões sociais, em nome da democracia.”¹⁹³

No Estado liberal a Constituição regulava apenas as relações entre o Estado e os particulares, enquanto o Código Civil disciplinava as relações privadas. Os direitos fundamentais funcionavam como limites à atuação dos governantes em favor dos governados, tratava-se de direitos públicos subjetivos, oponíveis em face do Estado. No Direito Privado o princípio fundamental era o da autonomia privada, ou seja, a liberdade de atuação dos particulares, que deveriam pautar suas condutas apenas nas leis civis.

Ocorre que a evolução e a complexidade das relações sociais demandaram uma nova forma de visualização do direito privado. Uma releitura dos estatutos fundamentais do Direito privado foi necessária para que se compreenda “*a crise e a superação do sistema clássico que se projetou para o contrato, a família e o patrimônio*”¹⁹⁴.

O modelo econômico liberal caracterizava-se pelo afastamento do Estado do mercado, pois o dogma era de que este teria condições de se auto-regular, corrigindo eventuais distorções, sem a necessidade de atuação externa.

Essa concepção primária dos direitos fundamentais não resistiu às mudanças operadas na realidade política, social e econômica, resultando na nova ordem que se convencionou chamar de “sociedade técnica de massa”¹⁹⁵. A tese liberal dos direitos fundamentais que os conduziram ao reconhecimento exclusivo de direitos subjetivos de defesa perante os poderes estatais é incompatível com a eficácia externa. A teoria liberal,

¹⁹³ Ana Cláudia Pires Ferreira de Lima. “Ações Afirmativas frente a Particulares”, in: *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos: divisão jurídica*, pp. 251-276.

¹⁹⁴ Luiz Edson Fachin, op. cit., p. 317-324.

ao considerar o poder público o único destinatário, não é suficiente para compreender a atual dimensão objetiva dos direitos fundamentais e sua eficácia irradiante¹⁹⁶.

É o que leciona Gustavo Tepedino ao aferir a superação deste tipo de sociedade pois:

“(...) mostram-se, no entanto, abalados pela crescente demanda da sociedade tecnológica, em que a economia massificada e os avanços científicos colocam em crise a demarcação, antes cristalina, dos territórios do direito público e do direito privado. O dirigismo contratual, de um lado, e a formulação de novos meios – processuais e substanciais – de controle e de participação social corroboram este fenômeno de superposição dos espaços público e privado, suscitando a redefinição de limites e uma profunda relativização conceitual.”¹⁹⁷

Acrescenta Carlos Roberto Siqueira Castro, após constatar que a finalidade da Sociedade e do Estado é a promoção da dignidade do ser humano, que forçoso é o reconhecimento de uma função social (meta individual) dos direitos revestidos de fundamentalidade para o gênero humano, exigindo-se a extensão da eficácia dessas normas constitucionais ao domínio das relações privadas¹⁹⁸.

Na virada do século XX, o Estado do Bem-Estar Social e a nova consagração dos direitos constitucionais demandam a atuação estatal a fim de se garantir condições mínimas de vida para a população (saúde, educação, previdência etc.). Os primeiros documentos constitucionais a reconhecerem esses direitos são as Constituições do México de 1917 e de Weimar de 1919. Aqui o modelo econômico exige a presença do Estado para disciplinar, impor limites e corrigir distorções do mercado, pois se observou a formação de oligopólios e monopólios, prejudiciais à livre concorrência.

Neste quadro a constituição liberal é substituída pela constituição dirigente que promove um projeto de transformação da sociedade. No Estado Social de Direito não apenas o Estado ampliou suas funções, mas toda a sociedade participa do exercício do poder. Surgem entes civis fortes no âmbito social, detentores de poderes sociais e econômicos.

Nas palavras de José Carlos Vieira de Andrade:

¹⁹⁵ José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 248 e Carlos Roberto Siqueira Castro, *A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*, p. 246.

¹⁹⁶ JJ Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 591.

¹⁹⁷ Idem, “A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas”, in: *Revista da AJURIS – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, pp. 153-167.

“A paz social, o bem-estar colectivo, a justiça e a própria liberdade não podem realizar-se espontaneamente numa sociedade economicamente desenvolvida, complexa, dividida, dissimétrica e conflitual. É necessário que o Estado regule os mecanismos económicos, proteja os fracos e desfavorecidos e promova as medidas necessárias à transformação da sociedade numa perspectiva comunitariamente assumida de progresso, de justiça e de bem estar.

...

Os direitos fundamentais ganham uma dimensão objetiva, são também valores constitucionais que aos poderes públicos cabe respeitar, mas igualmente fazer respeitar como interesses públicos fundamentais (...).

...

(...) as entidades privadas passam a exercer tarefas de interesse colectivo ou determinam em termos fundamentais os comportamentos de indivíduos em diversas áreas sociais (...)¹⁹⁹

Observa-se no século XIX, a respeito da regulamentação das relações privadas, o chamado “modelo da incomunicabilidade”²⁰⁰, ou seja, a Constituição e o Código Civil eram como paralelas, duas realidades a parte, que não se tocavam, senão sob aspectos formais.

A superação desse modelo de incomunicabilidade, conforme Judith Martins-Costa²⁰¹, deu-se em razão de três fatores: (i) de ordem sociológica, (ii) de ordem jurídico-dogmática e (iii) de ordem hermenêutica.

O fator sociológico decorre das transformações na vida social provocada pela sociedade de massas. Hoje as liberdades individuais são mais ameaçadas pelos poderes sociais – económicos, de informação, de tecnologia.

A ordem jurídico-dogmática decorre da expansão dos Direitos de Personalidade. O núcleo da dimensão existencial do Direito Civil passa a ser desenvolvido tendo em vista o “valor-fonte” do ordenamento, a pessoa humana, cuja dignidade vem reconhecida em sede constitucional.

Conforme Gustavo Tepedino:



“(...) Propriedade, empresa, família, relações contratuais tornam-se estruturas jurídicas funcionalizadas à realização da dignidade da pessoa humana, fundamento da República, para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, objetivo central da Constituição brasileira de 1988. Assim, a pessoa humana – e não mais o sujeito de direito neutro e abstrato -, qualificada na concreta relação jurídica em que se insere, de acordo com o valor social de sua atividade, e protegida pelo ordenamento segundo o grau de vulnerabilidade que

¹⁹⁸ Idem, “Extensão dos direitos e deveres fundamentais às relações privadas”. *Fórum Administrativo*, pp. 4231-4239.

¹⁹⁹ Idem, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 248.

²⁰⁰ Judith Martins-Costa. “Os Direitos Fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil”, in: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 66 e ss.

²⁰¹ Ibidem, p. 70.

apresenta, em qualquer situação que reclame tutela, torna-se a categoria central do direito privado, redesenhado pelos valores constitucionais.”²⁰²

É neste ponto que a dogmática dos direitos fundamentais volta à questão da multiplicidade dos seus efeitos. Observa-se que, ao lado do dever de abstenção – efeito negativo -, os direitos fundamentais apresentam também efeitos positivos, decorrentes de um dever de proteção, consistente na obrigação do Estado assegurar a proteção ou a promoção das liberdades civis e os demais direitos fundamentais.

Em termos hermenêuticos, verifica-se a necessidade de visualizar o indivíduo não exclusivamente como “sujeito de direito”, a “pessoa” participa dos vínculos jurídicos e sociais, assumindo responsabilidades. As normas jurídicas não se confundem com o seu texto, segundo Judith Martins-Costa:

“(…) a sua leitura é conformada por um processo prévio, pré-compreensivo, de modo que a ciência jurídica, como um todo, só ‘si constitui-se contextualmente’, estando, pois, tanto distante do enrijecido formalismo quanto da estéril exegese de regras, sempre pronta a negar a natureza normativa dos princípios.”²⁰³

O professor da Universidade de Buenos Aires, Christian Courtis, faz uma abordagem diferente sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Analisa essa vinculação a partir da noção dos direitos humanos dentro do direito internacional²⁰⁴. Assim, verifica que diversos tratados, convenções e pactos internacionais estabelecem previsões que podem ter como destinatários tanto agentes públicos como entes privados. É o caso do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que estabelecem direitos laborais que vinculam o empregador público e privado²⁰⁵. Ainda, observa que muitos tratados de direitos humanos estabelecem deveres ao Estado no sentido de impor proibições e deveres aos particulares. É o caso, por exemplo, da Convenção para a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher²⁰⁶. Em outras situações as normas de direito internacional de direitos humanos estabelecem obrigações estatais destinadas a impedir ou reparar danos que os atos privados possam causar a um bem consagrado como direito humano, como faz a Convenção sobre os Direitos das Crianças, em seu artigo 19. Conclui Courtis que:

²⁰² Idem, “A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas”, in: *Revista da AJURIS – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, pp. 153-167.

²⁰³ Ibidem, p. 74.

²⁰⁴ Ibidem, p. 406.

²⁰⁵ Ibidem, p. 408.

“(…) numerosas normas de los tratados internacionales que configuran derechos humanos involucran obligaciones de particulares, y no pueden ser entendidas como exclusivamente referidas a las relaciones entre la persona titular del derecho y el Estado.”²⁰⁷

Quanto a sua idéia inicial, de contenção dos poderes do Estado, tratam alguns autores de denominar a eficácia dos direitos fundamentais de “*vertical*”; nestes casos a questão da vinculação envolverá uma entidade estatal (pública). Observe-se que a recíproca não é verdadeira, ou seja, apesar de o Estado ser titular de alguns direitos fundamentais – por exemplo: propriedade, liberdade de comunicação -, quando o particular atentar contra um direito fundamental do Estado, não haverá uma relação vertical como aqui tratada.

Do outro lado encontra-se a chamada eficácia “*horizontal*” dos direitos fundamentais. Aqui os destinatários dos preceitos constitucionais são os particulares (pessoas físicas ou jurídicas). Este será o tema tratado neste capítulo, a fim de que possamos chegar, no seguinte, ao estudo da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional.

Delimitando-se ainda o tema, a eficácia dos direitos fundamentais frente aos particulares pode ser analisada sob dois aspectos: (i) substancial e (ii) processual. Materialmente, analisa-se a existência de uma vinculação dos particulares, bem como a sua amplitude e forma. Enquanto, processualmente, a questão levantada diz respeito aos meios processuais existentes para se tornar efetivos os direitos fundamentais nas relações privadas.

Apenas como referência, podemos vislumbrar no direito comparado diversos instrumentos de proteção dos direitos fundamentais nas relações privadas. Assim, por exemplo, o *référé* na França e na Bélgica, o *recurso de proteccion* no Chile, o *amparo* argentino e o *writ of injuction* do direito anglo-americano são instrumentos processuais colocados à disposição dos particulares para fazer valer as disposições das normas fundamentais constitucionais²⁰⁸.

Neste estudo, por motivos de ordem temporal e espacial, concentrar-nos-emos na análise material da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

²⁰⁶ Ibidem, p. 413.

²⁰⁷ Ibidem, p. 416.

²⁰⁸ Paulo Roberto de Gouvêa Medina. “Ação especial para tutela de direitos fundamentais em face de particulares”, in: *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, pp. 27-36.

Pois bem, neste capítulo queremos saber se, como e até onde pode o particular recorrer aos direitos fundamentais para se opor à atividade de outro particular igualmente titular desses direitos.

Tratado com diversas denominações, “eficácia privada”, “eficácia em relação a terceiros” (“*Drittwirkung der Grundrechte*” ou “eficácia externa”) e “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”, o tema foi desenvolvido principalmente na doutrina e jurisprudência alemã da segunda metade do século XX, tendo, posteriormente, ganhado corpo através da contribuição da doutrina de toda a Europa.

A respeito da terminologia, fazendo uma breve análise crítica sobre as denominações tradicionais, Ingo Wolfgang Sarlet²⁰⁹ opta por denominar o tema como “eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares” ou “vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”. Segue o autor fazendo advertência necessária ao estudo científico, no sentido de que a noção de “eficácia” aqui tratada é aquela consagrada pela doutrina brasileira, ou seja, “*a possibilidade da norma (no caso, da norma definidora de direitos e garantias fundamentais) gerar os efeitos jurídicos que lhe são inerentes.*”²¹⁰

Fazendo uma análise de nossa Constituição, num primeiro plano podemos retirar da discussão aqueles direitos fundamentais cujos destinatários são única e exclusivamente os órgãos estatais, pois esses, em razão de seu comando, exigem observância apenas do poder público, não exigindo maior atenção do particular. Como exemplos, podemos citar os direitos políticos e algumas garantias processuais fundamentais, tais como o *habeas corpus* e o mandado de segurança.

Do outro lado, também não há controvérsia a respeito dos direitos fundamentais cujo destinatário seja os particulares, como os direitos dos trabalhadores do artigo 7º, cujas normas estão direcionadas aos empregadores.

Questionamentos surgem quando verificamos a existência de uma zona cinzenta, onde a vinculação do particular aos direitos fundamentais não parece tão evidente. Isso levando em conta que, ao contrário do constituinte português²¹¹, o nosso legislador não previu expressamente a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

²⁰⁹ Idem, “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 para o Público e o Privado*, p. 114.

²¹⁰ Idem, “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 para o Público e o Privado*, p. 115.

²¹¹ Art. 18/1 da Lei Maior de Portugal.

Antes, porém, de analisar a eficácia horizontal, faremos uma breve passagem sobre a vinculação do Estado aos direitos fundamentais, pois é ele, por excelência, o primeiro destinatário desses direitos.

4.2. A vinculação do poder público aos direitos fundamentais: eficácia vertical

A vinculação do poder público aos direitos fundamentais decorre da própria gênese desses direitos, idealizados, como já referido, a colocar o indivíduo a salvo das ingerências estatais. Os direitos fundamentais foram concebidos para limitar a atuação do Estado, de forma que determinados bens e interesses fossem colocados a salvo de violações do poder soberano.

Analisando o mandamento do § 1º do artigo 5º da nossa Constituição Federal e comparando-o com os enunciados dos artigos 18/1 da Constituição portuguesa, 53.1 da Constituição espanhola e 1º, III, da Lei Fundamental da Alemanha, Ingo Wolfgang Sarlet observa que, apesar do comando contido em nosso Texto Maior não fazer referência à vinculação das entidades públicas e privadas aos direitos fundamentais, ao contrário do que fazem essas últimas – portuguesa e alemã -, pode-se concluir, compreendendo-se tratar de um mandado de otimização de sua eficácia, que os direitos fundamentais no direito brasileiro têm a mesma aplicação e eficácia que no direito português²¹².

E no direito português, JJ Gomes Canotilho, ao comentar o artigo 18º/1 da Constituição de Portugal, ressalta que:

“(…) as entidades públicas *estão sob reserva de direitos, liberdades e garantias*. As *formas* de actuação dessas entidades podem ser extremamente diversas: desde os actos normativos típicos (leis, regulamentos) às várias medidas administrativas ou decisões judiciais, passando pelas próprias intervenções fácticas, nenhum acto das entidades públicas é ‘livre’ os direitos fundamentais.”²¹³

4.2.1. Atividade legislativa

²¹² Idem, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 360.

²¹³ Idem, *Direito Constitucional*, p. 580.

Para o Poder Legislativo, a vinculação aos direitos fundamentais significa que a sua atividade regulamentadora e concretizadora está limitada materialmente por tais direitos. O conteúdo dos direitos fundamentais deve ser extraído da própria norma constitucional e nunca da legislação infraconstitucional. A atividade legislativa, neste sentido, é fiscalizada através da Jurisdição Constitucional.

Há para o legislador uma vinculação proibitiva de criar atos legislativos contrários às normas consagradoras de direitos fundamentais. De outro lado, há, também, uma dimensão positiva, vinculando o legislador a conformar as relações da vida, entre o Estado e os cidadãos e entre estes, segundo as medidas e diretivas dos direitos fundamentais²¹⁴.

Conforme Jorge Miranda, a vinculação do legislador significa que a regulamentação legislativa deve ser conforme as normas constitucionais e as normas que não forem exequíveis por si mesmas devem ser concretizadas nos termos por elas próprias previstas²¹⁵.

Consoante Joaquim de Sousa Ribeiro, a vinculação do legislador significa a proibição de criação de normas lesivas das posições subjetivas – direitos, liberdades e garantias constitucionais. Afirmam-se, a um tempo, limites e diretrizes à liberdade reguladora do legislador: nas intervenções de concretização ou organização institucional, deve ser procurada a conformação que melhor se coaduna com os valores que incorporam; nas intervenções de cunho restritivo, não se deve exceder o necessário para salvaguardar outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos²¹⁶.

No decorrer da história, o poder legislativo deixou de ser considerado como um soberano, que se autolimita, não guardando obediência nem mesmo ao texto constitucional. Trata-se de poder constituído, obrigado a realização de certas tarefas, respeitar limites e atuar de forma a atingir os objetivos propostos na forma e modo destacados na Constituição²¹⁷.

Os legisladores estão vinculados pelos direitos fundamentais em dupla dimensão, conforme leciona Gomes Canotilho, há uma proibição de emanação de leis inconstitucionais lesivas de direitos, liberdades e garantias – normas negativas de competência -, e uma dimensão positiva, em que eles têm os deveres de:

²¹⁴ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 580.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 287.

²¹⁶ *Ibidem*, pp. 729-755.

“(...) conformarem as relações da vida, as relações entre o Estado e os cidadãos e as relações entre os indivíduos, segundo as medidas e directivas materiais consubstanciadas nas normas garantidoras de direitos, liberdades e garantias.”²¹⁸

Leciona, ainda, Gomes Canotilho que por atos legislativos devem-se compreender todos aqueles praticados por entidades públicas ou por entidades privadas que a lei confere força de norma jurídico-pública (cita, como exemplo, o contrato coletivo de trabalho)²¹⁹. Ingo Wolfgang Sarlet entende que até mesmo as emendas à Constituição, em face do disposto no art. 60, § 4º, IV da nossa Carta Magna, encontram-se abrangidas pela eficácia vinculante.

4.2.2. Atividade administrativa e executiva

Igualmente a atividade administrativa está vinculada às normas definidoras de direitos fundamentais em face do art. 5º, § 1º. Devem obediência a esse comando tanto as pessoas jurídicas de direito público, como também as pessoas jurídicas de direito privado que exerçam atividade pública e as pessoas jurídicas de direito público que atuem na esfera privada.

Desta forma, devem ser consideradas como “entidades públicas”, para esses efeitos, pessoas coletivas de direito privado, sejam de criação pública ou particular ou mista, quando dispuserem de poderes públicos frente aos particulares²²⁰. Mas, como adverte Viera de Andrade, as entidade coletivas públicas ou privadas que ele denomina de “mão pública” – sociedade de economia mista, fundações públicas - que não disponham desses poderes, também estão sujeitas aos direitos fundamentais em face de sua “ligação organizativa, funcional ou material²²¹” à atividade administrativa em sentido estrito.

No mesmo sentido, Jorge Miranda ao referir que:

²¹⁷ José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 219.

²¹⁸ Idem, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 440.

²¹⁹ Idem, *Direito Constitucional*, p. 581.

²²⁰ José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 237 e Paulo Gustavo Gonet Branco, “Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais”, in: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Marins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 128.

²²¹ Idem, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 238.

“Na Administração compreendem-se não só qualquer pessoa colectiva pública mas também qualquer pessoa colectiva de direito privado quando nas suas relações com os particulares disponha de poderes públicos, de faculdade de *imperium*. E actividade vinculada aos direitos, liberdade e garantias é não só a actividade de Direito público (regulamentos, actos, contratos administrativos) mas igualmente a actividade de Direito privado das pessoas colectivas públicas (ainda que, eventualmente, com graduações e especialidades).”²²²

A não observância dos direitos fundamentais pela Administração gera a possibilidade de controle jurisdicional com a possibilidade de invalidação de seus atos.

Questão que causa certa polêmica é a possibilidade da administração deixar de aplicar uma lei por considerá-la inconstitucional, pois afronta, no exemplo que nos cabe, um direito fundamental. Ressalta Ingo Wolfgang Sarlet²²³ que parece existir certo consenso em que não cabe, por não ser o órgão competente para tanto, à Administração Pública exercer controle de constitucionalidade sobre as leis. Porém, observa o mesmo autor que, na esteira dos ensinamentos de José Carlos Vieira de Andrade²²⁴, em casos excepcionais – no caso de ocorrência de crime ou violação ao direito à vida e à integridade física - há de se conferir a possibilidade da Administração exercer controle das leis contrárias à Constituição²²⁵.

Trata-se do problema do poder-dever de rejeição de leis (normas) inconstitucionais pela administração que, da mesma forma, pondera JJ Gomes Canotilho²²⁶, em um primeiro plano, não poder a administração exercer qualquer controle de constitucionalidade das leis, mesmo que resulte em violação de direito fundamental. Porém, o agente administrativo poderá não acatar a aplicação de “lei inexistente”, violadora de direitos fundamentais, quando implicarem na prática de um crime. Por “lei inexistente”, leciona o professor da Universidade de Coimbra, se tratar de lei violadora do núcleo essencial dos direitos fundamentais, especialmente aquelas aniquiladoras do direito à vida e da integridade pessoal.

É a mesma opinião de Jorge Miranda que sustenta a impossibilidade de reconhecimento aos órgãos da Administração de qualquer poder de fiscalização da constitucionalidade. Isso, sustenta, em razão da certeza e da segurança jurídica, que seriam

²²² Ibidem, p. 288.

²²³ Idem, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 366.

²²⁴ Idem, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 262.

²²⁵ É o que leciona também Paulo Gustavo Gonet Branco. “Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais”, in: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Marins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, pp. 131-132.

²²⁶ Idem, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 443.

afetadas se o administrador pudesse fazer esse julgamento, podendo entrar em colisão com o Tribunal Constitucional. No entanto, da mesma forma, admite que no caso da prática de um crime a Administração possa aferir da aplicação ou não da norma infraconstitucional contrária ao direito fundamental²²⁷.

4.2.3. *Atividade jurisdicional*

É evidente a influência, ou melhor, a vinculação que os direitos fundamentais exercem sobre os atos do Poder Judiciário, pois todas as suas decisões devem estar de acordo com as normas constitucionais, principalmente as relativas àqueles direitos. Neste sentido é o que leciona Gomes Canotilho ao dizer que:

“Aos tribunais cabe a tarefa clássica da ‘defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos’ (CRP, artigo 205º/2). Os tribunais, porém, não estão apenas ‘ao serviço da defesa de direitos fundamentais’; eles próprios, como *órgãos do poder público*, devem considerar-se vinculados pelos direitos fundamentais. Esta vinculação dos tribunais efectiva-se ou concretiza-se: (1) através do *processo* aplicado no exercício da função jurisdicional ou (2) através da *determinação e direcção das decisões judiciais* pelos direitos fundamentais materiais.”²²⁸

Analisando a vinculação dos legisladores aos direitos fundamentais, no âmbito do ordenamento jurídico português, Joaquim de Sousa Ribeiro faz referência que:

“(…) os tribunais não podem decidir apenas em função do disposto na lei ordinária, devendo entrar em linha de conta com o alcance normativo dos preceitos constitucionais. Estes são direito aplicável, com eficácia integradora imediata dos critérios de decisão. As normas de direito civil que porventura prevejam a situação *sub judice* não podem ser lidas isoladamente, como um complexo normativo separado e autosuficiente, devendo antes ser pensadas em conjunto com as normas constitucionalizadoras dos direitos afectados pelo caso em apreço. O que leva, em primeira via, a uma interpretação da lei ordinária em conformidade com a Constituição. Se persistir uma contrariedade insanável por esse processo hermenêutico, prevalece então a disposição constitucional, o que investe o juiz no dever de não aplicar a norma que a viola. (...) As lacunas assim geradas são preenchidas por recurso directo e exclusivo aos preceitos e princípios constitucionais, quando eles tenham densidade suficiente para servir de suporte à solução concreta, ou então, quando isso não suceda, criando o juiz a norma do caso, à luz e por refração dos valores constitucionalmente consagrados.”²²⁹

²²⁷ Ibidem, p. 289.

²²⁸ Idem, *Direito Constitucional*, p. 586.

²²⁹ Ibidem, p. 729 e ss.

Examinando a vinculação do Poder Judiciário aos direitos fundamentais, Leonardo Martins faz análise de dois casos da jurisprudência alemã: o primeiro é o caso *Lüth*, que será examinado, por sua importância, mais detalhadamente à frente, e o outro é o da “Antena Parabólica”, BVerfGE 90, 27, no qual o Tribunal Constitucional Federal alemão estabeleceu os parâmetros para a liberdade de informação, prevista no art. 5º I 1, 2ª parte da *Grundgesetz*²³⁰.

O caso envolvia um morador da Alemanha, de origem turca, que locou um apartamento e pretendia instalar uma antena parabólica no alto do prédio, para captar sinais de TV provenientes da Turquia. A sua pretensão não foi acatada pelo locador, fazendo com que o cidadão turco recorresse ao Judiciário, por meio do qual teve o seu pedido indeferido. Através de uma reclamação constitucional, o Tribunal Constitucional Federal alemão julgou a favor de sua demanda²³¹.

O trecho da decisão do Tribunal Constitucional Federal que interessa a respeito da vinculação do Poder Judiciário aos direitos fundamentais foi assim traduzida por Leonardo Martins:

“(...) A decisão atacada não observou suficientemente esta exigência (de se interpretar o direito infraconstitucional à luz do direito fundamental da liberdade de informação, n. trad.). Ainda que o tribunal estadual não tenha ignorado que o direito fundamental da liberdade de informação deva ser observado junto à interpretação e aplicação dos §§ 535, 536, 242 BGB, ele descuidou dos interesses específicos de informação do autor da reclamação constitucional por razões que, em face do direito fundamental, não podem prevalecer.”²³²

Anota Martins que essa decisão deu um salto qualitativo na dogmática da eficácia horizontal mediata dos direitos fundamentais, descrevendo o vínculo específico do Poder Judiciário.

Sobre a vinculação dos tribunais, Jorge Miranda preceitua que ela se traduz (i) positivamente, na interpretação, integração e aplicação de modo a conferir aos direitos fundamentais a máxima eficácia possível, e (ii) negativamente, na não aplicação dos preceitos legais que não os respeitem²³³.

²³⁰ Leonardo Martins, “Do vínculo do Poder Judiciário aos Direitos Fundamentais e suas implicações práticas”, in: *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, pp. 161-193.

²³¹ Leonardo Martins, op. cit., p. 161-193.

²³² *Ibidem*, p. 176-177.

²³³ *Ibidem*, p. 290.

Questão mais delicada refere-se à possibilidade do Poder Judiciário impor que os particulares respeitem os direitos fundamentais, dentro de suas relações. Para tanto o juiz deve enfrentar as seguintes questões: os agentes privados estão vinculados? Qual a forma? Como fica a autonomia privada? Como enfrentar o problema de ambas as partes serem titulares de direitos fundamentais? Todos os direitos fundamentais vinculam da mesma forma e intensidade?

Na linha deste trabalho, para a primeira questão, o julgador deverá abraçar a tese de que os direitos fundamentais vinculam os agentes privados em suas relações, pois, caso contrário, as demais questões ficam prejudicadas.

Veremos, mas já adiantando, que o problema da autonomia privada, como princípio constitucional, da mesma forma que os direitos fundamentais, deve ser solucionado, caso a caso²³⁴, através de um juízo de ponderação. Assim, analisando o caso concreto, o magistrado deve procurar dar a maior eficácia possível aos direitos em confronto, podendo um direito fundamental, no caso em exame, preponderar sobre o outro.

Outra questão refere-se à possibilidade de todos os direitos fundamentais serem aplicados nas relações privadas da mesma forma. Verificamos que existem normas de direitos fundamentais de baixa densidade normativa, que dependem de atuação legislativa para a produção de todos os efeitos. Neste caso, parece que enquanto não houver a norma infraconstitucional integradora, o particular não poderá ser compelido a observá-la em suas relações privadas. Sem se olvidar que, mesmo as normas de baixa densidade, apresentam, no mais das vezes, pelo menos o efeito defensivo. Assim, as relações interprivadas não poderão ir contra as normas de direitos fundamentais de baixa densidade.

Um último ponto que vislumbramos é responder se os agentes privados podem ser obrigados a observar normas de direitos fundamentais de dimensão prestacional em suas relações. Aqui vários problemas – reserva do possível, incompetência para determinação de políticas públicas, princípio da separação dos poderes etc. - são levantados em relação à possibilidade do Poder Judiciário determinar ao poder público cumprir normas de cunho prestacional, que se dirá em relação ao particular. Esses problemas serão enfrentados, ainda que brevemente, no último capítulo, quando iremos tratar dos direitos sociais prestacionais. Adiantando, consideramos, na esteira de Daniel

²³⁴ Ingo Wolfgang Sarlet. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 379.

Sarmiento²³⁵ e Ingo Wolfgang Sarlet²³⁶, que o Judiciário pode impor o cumprimento das normas prestacionais, observados certos parâmetros que serão adiante colocados.

4.3. Eficácia horizontal ou vinculação dos particulares aos direitos fundamentais

Como já exaustivamente referido, os direitos fundamentais foram inicialmente idealizados como forma de contenção e limitação dos poderes do Estado Soberano. A partir da metade do século XX, com a constituição do Estado Social, que teve ampliada as suas funções, bem como uma crescente participação ativa da sociedade no exercício do poder, verificou-se que violações às clássicas liberdades individuais não partiam apenas do poder público, mas também de setores da própria sociedade.

Analisando a Lei Suprema polonesa, Krystian Complak observa que:

“La Constitución contiene normas importantes no sólo para el orden legal público, sino también para toda clase de relaciones entre las personas. Fuera de la estructura del poder estatal hay en la sociedad otros géneros de la dominación. Ellos no son menos sojuzgadores que los que caracterizan las estructuras políticas.”²³⁷

São três os marcos históricos para a consecução do Estado Liberal: a Revolução Gloriosa inglesa, de 1688; a independência das colônias inglesas da América do Norte, em 1776; a Revolução Francesa, de 1789. Seguiram-se a esses acontecimentos os documentos principais de idealização dos direitos fundamentais que foram o *Bill of Rights* inglês, em 1689; a Constituição dos Estados Unidos da América em 1787, o *Bill of Rights* americano, em 1791; a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, e a primeira Constituição Francesa, de 1791.

A construção do Estado de Direito ou Estado Liberal teve como pilares (i) a separação dos poderes, (ii) os direitos fundamentais e (iii) o princípio da legalidade. Se, anteriormente, o poder estava concentrado no monarca, no Estado Liberal cresce a força do Poder Legislativo, uma vez que até os direitos fundamentais estão a ele submetidos, pois dependentes de lei para sua efetivação.

²³⁵ Idem, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, pp. 332-350.

²³⁶ Idem, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, pp.283-359.

²³⁷ COMPLAK, Krystian. “La eficacia de los derechos constitucionales individuales en la ley fundamental polaca”. *Cuestiones Constitucionales*, pp. 53-66.

Verifica-se que os direitos fundamentais ficavam à mercê do Poder Legislativo, pois ainda não havia a consciência de subordinação das leis à Constituição. O comando social derivava das leis.

Em face da conscientização da necessidade de também conter o Legislativo, a chamada crise do constitucionalismo liberal do início do século XX, e a queda dos regimes totalitaristas na Alemanha e Itália, ocorreu, gradualmente, a mudança do Estado Liberal para o Estado constitucional, do Estado de Direito para o Estado Democrático de Direito.

O principal ponto ressaltado é o reconhecimento da supremacia constitucional. Dessa supremacia decorre a elevação do *status* dos direitos fundamentais, que antes advinha da lei, agora surge a partir do texto supremo de um Estado. Desta forma, passam a constituir limites a todos os poderes públicos.

Fora a questão jurídico-constitucional, verificou-se na sociedade uma mudança de colocação no que tange às violações dos direitos fundamentais. Nas lições de Gustavo Tepedino, na democracia capitalista globalizada, os tradicionais instrumentos de proteção dos direitos humanos têm pouca serventia, se as políticas públicas e a atividade econômica privada conseguirem escapar aos controles jurídicos. Na era da tecnologia, dos contratos de massa, esses tradicionais instrumentos empregados pelo direito civil – responsabilidade civil fundada na culpa – mostram-se pouco eficazes.²³⁸

São também as lições de Cláudia Lima Marques ao referir sobre a crise da teoria contratual clássica, que não conseguia solucionar as novas questões surgidas em decorrência da transformação social. Assim é que, nos novos contratos a liberdade de escolha do parceiro ou a própria liberdade de contratar não mais existia, sendo que muitas vezes a manifestação de vontade mostrava-se irrelevante²³⁹.

Refere Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, que a idéia de efeito externo dos direitos fundamentais inspirou-se no Direito das Obrigações. Pois neste ramo do direito privado prevalece o conceito de duplo efeito das obrigações, ou seja, além do efeito *inter partes*, haveria outro que consistiria no dever de todas as demais pessoas respeitar o direito do credor. Transposta essa construção para o âmbito dos direitos fundamentais, tem-se que eles estão fundamentalmente dirigidos contra o Estado,

²³⁸ Idem, *Temas de Direito Civil*, p. 61.

²³⁹ Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, p. 70-71.

*“enquanto que as entidades privadas se encontram na secundária posição de não poder pôr em causa esses direitos”*²⁴⁰.

De forma geral, os questionamentos que os doutrinadores fazem a respeito da eficácia externa dos direitos fundamentais podem ser resumidos nos seguintes pontos: (i) os direitos fundamentais vinculam os particulares nas relações que estabelecem entre si? (ii) sendo positiva essa resposta, de que forma ou modo e em que medida ou alcance os particulares estão vinculados a esses direitos?

A resistência em aceitar a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais está relacionada com o fato das Constituições não fazerem previsão expressa a esse respeito. Examinando alguns textos, Wilson Steinmetz cita que fazem expressa menção à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais as Constituições de Portugal (1976), no artigo 18.1: *“Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.”*, da Rússia (1993), art. 17.3: *“O exercício dos direitos e liberdades do homem e do cidadão não deve infringir os direitos e liberdades das demais pessoas.”* e da Suíça (1998), art. 35: *“1. Os direitos fundamentais devem marcar todo o ordenamento jurídico. (...) 3. As autoridades devem zelar para que os direitos fundamentais, por quanto para isto se prestam, sejam realizados também nas relações entre particulares.”*²⁴¹

A despeito de não fazer menção expressa, verificaremos, a seguir, quais são os fundamentos para falarmos na eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

4.3.1. Fundamentos para uma vinculação dos particulares a direitos fundamentais na Constituição do Brasil

A Constituição Federal de 1988 é a lei maior não apenas do Estado brasileiro, mas, também, da sociedade, pois contém os principais valores e diretrizes para a conformação da vida social do país.

Observa-se, da análise de seu corpo, que a Constituição de 1988 é intervencionista e social, como revela o elenco de direitos sociais e econômicos. Trata-se

²⁴⁰ Ibidem, p. 41.

²⁴¹ Wilson Steinmetz, *A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*, p. 34.

de modelo para a construção de um Estado Social, que visa à promoção da igualdade, da solidariedade, da dignidade da pessoa humana, etc.

Apesar de, como dito anteriormente, não existir no Texto Constitucional pátrio, norma expressa que preveja a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, isso não é empecilho para que se desenvolva construção jurídico-normativa para chegar a tal conclusão. E isso porque a Carta Magna, apesar de não prever expressamente, por outro lado, (i) não proíbe a vinculação dos particulares, (ii) é possível que se chegue a tal conclusão de forma mediata, (iii) observa-se, em algumas normas, que, estruturalmente, os direitos fundamentais têm como destinatários os particulares, e (iv) alguns autores defendem que a norma do § 1º do artigo 5º prevê a “máxima otimização” das normas definidoras de direitos fundamentais²⁴². Esses são argumentos que podem ser levantados para sanar a omissão constitucional a respeito da vinculação dos particulares.

Para Wilson Steinmetz²⁴³ o fundamento constitucional para a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais não pode ser um só, mas “*um ‘feixe’ ou uma ‘constelação’ de fundamentos constitucionais*”. Entende o autor que a vinculação dos particulares decorre de diversos fundamentos constitucionais, alguns com maior “força dogmática”, cita o princípio da supremacia da Constituição, postulado da unidade material do ordenamento jurídico, os direitos fundamentais como princípios objetivos e o princípio da dignidade da pessoa, e outros com menor “força dogmática”, como o princípio da solidariedade e da aplicação imediata dos direitos fundamentais.

Outra fundamentação constitucional para a eficácia horizontal dos direitos fundamentais está no princípio da dignidade da pessoa humana esculpido no Texto Maior no inciso III, art. 1º, como fundamento da República Federativa do Brasil. Sobre o princípio da dignidade da pessoa humana Wilson Steinmetz, após expor os pensamentos filosóficos de Immanuel Kant, traz para o direito constitucional essas lições e conclui que o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana:

“ordena: (i) o respeito à pessoa como ser autônomo, livre e valioso em si mesmo; (ii) o reconhecimento da pessoa, independentemente das particularidades (traços ou características) e vicissitudes pessoais e sociais, como ser singular, único e irrepetível; (iii) o reconhecimento de cada pessoa como uma manifestação concreta da humanidade; (iv) a criação de condições, oportunidades e instrumentos para o livre desenvolvimento da pessoa. Em contrapartida, o princípio constitucional da dignidade proíbe: (i) a ‘coisificação’ ou a ‘objetualização’ da pessoa; (ii) a ‘funcionalização’ (política, social, econômica, religiosa, científica, técnica) da pessoa; (iii) a privação, da pessoa,

²⁴² Neste sentido Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*.

²⁴³ *Ibidem*, p. 102.

de condições e de meios para uma sobrevivência livre, autônoma e decente; (iv) humilhações ou vexações da pessoa; (v) a submissão da pessoa a uma posição servil; (vi) a eliminação total da vontade e da possibilidade de livre escolha da pessoa.”²⁴⁴

Sobre o princípio da dignidade humana já tecemos comentários no item 3.3., o que nós permite passarmos adiante.

Da mesma forma que os conceitos de liberdade, igualdade e dignidade da pessoa, a solidariedade é um conceito, originariamente, moral. Como princípio constitucional está previsto no inciso I do art. 3º, sendo tomado como argumento para a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Nesse sentido, a solidariedade foi inicialmente reconhecida na fase do constitucionalismo social, consolidando-se com a formação do Estado Social (*Welfare State*), a partir da década de 30 do século passado. O princípio da solidariedade liga-se à idéia de bem-estar social das pessoas, garantia das condições mínimas vitais para a sobrevivência do ser humano, a fim de promoção da existência digna. Logo se vê que não pode ser o Estado o único destinatário de tal princípio, vez que ele se irradia sobre a sociedade, regulando, da mesma forma, as relações entre particulares.

Aponta Steimnetz²⁴⁵ como outro ponto a favor de uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, o chamado princípio da aplicação imediata dos direitos fundamentais, estabelecido no § 1º do art. 5º.

Em outro prisma, para uma compreensão sistêmica da teoria da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares precisamos analisar três pontos: a fundamentalidade, a concepção de sistema e o âmbito de proteção dos direitos fundamentais.

Assim, a preponderância dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico e, como não poderia deixar de ser, no direito privado, advém da fundamentalidade das normas que os consagram. A Constituição, como norma fundamental de uma sociedade, regula as atividades estatais e, também, as relações privadas. A autonomia do direito privado não representa a sua independência frente à Constituição.

Tome-se agora a noção de sistema que abarca o ordenamento jurídico, neste sentido, da Constituição como norma fundamental deriva uma série de conseqüências, tais como a aplicabilidade imediata, a força vinculante e posição hierarquicamente superior, o

²⁴⁴ Ibidem, p. 116.

²⁴⁵ Ibidem, p. 121-122.

que consolida a aplicação ampla e irrestrita dos direitos fundamentais em todo o ordenamento. São as lições de Eduardo García de Enterría ao dizer que:

“(…) asegura a la Constitución una preeminencia jerárquica sobre todas las demás normas del ordenamiento, producto de los poderes constituidos por la Constitución misma, obra del superior poder constituyente. Esas demás normas sólo serán válidas si no contradicen, no ya sólo el sistema formal de producción de las mismas que la Constitución establece, sino, y sobre todo, el cuadro de valores y de limitaciones del poder que en la Constitución se expresa.”²⁴⁶

E essa concepção de fundamentalidade permite formular uma teoria acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, pois como princípios constitucionais não podem deixar de ser considerados pelos entes privados nas suas relações.

Avançando, a noção de sistema pode ser analisada por diversos ângulos, mas a que nos importa neste trabalho é a idéia de sistema como posição e relação jurídicas, ou seja, aquele que permite que o intérprete disponha e utilize de mecanismos do próprio sistema para dirimir as controvérsias surgidas em concreto.

A esse respeito, Robert Alexy comenta sobre o efeito da irradiação das normas de direitos fundamentais sobre todo o sistema jurídico com a ajuda do conceito da ordem objetiva de valores²⁴⁷. Citando decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, Alexy observa que as normas fundamentais não contêm somente direitos subjetivos defensivos do indivíduo frente ao Estado, mas também representam uma ordem objetiva de valores que “*vale para todos los ámbitos del derecho y proporciona directrices e impulsos para la legislación, la administración y la justicia*”²⁴⁸.

Essas lições são perfeitamente transportadas para a nossa realidade jurídica, pois em face da positivação dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, o reconhecimento de preponderância das normas constitucionais referentes a direitos fundamentais e a irradiação desses direitos para todas as normas infraconstitucionais não podem levar a outra conclusão que não o respeito que os particulares devem ter, em suas relações, aos direitos fundamentais.

²⁴⁶ Eduardo García de Enterría. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, pp. 49-50.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 507.

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 507.

4.4. As diversas teorias a respeito da forma de vinculação dos particulares

4.4.1. Teoria da eficácia imediata ou direta (*unmittelbare, direkte Drittwirkung*)

Conforme Juan María Bilbao Ubillos²⁴⁹, Ingo Wolfgang Sarlet²⁵⁰, dentre outros doutrinadores, a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas foi desenvolvida e sustentada por Hans Carl Nipperdey, presidente do Tribunal Federal do Trabalho, na Alemanha da década de 50, e, posteriormente, adotada e reforçada por Walter Leisner. Espalhou-se pela Europa ocidental, principalmente, na Itália, Portugal e, sobretudo, na Espanha, sendo, ironicamente, de pouca aceitação na Alemanha.

Assim, Tomás Quadra-Salcedo refere que:

“(...) la obligación de respetar los derechos fundamentales por los ciudadanos surge y emana directamente de la Constitución y no sólo de las normas de desarrollo de ésta, no es por lo tanto un mero reflejo del ordenamiento que puede sufrir las alteraciones, modificaciones y supresiones que el legislador decida, sino que hay un núcleo esencial que se deduce directamente de la Constitución y que se impone a todos los ciudadanos.”²⁵¹

Essa teoria está fundamentada no fato dos direitos fundamentais serem expressão máxima dos valores adotados por um Estado, aplicáveis a toda ordem jurídica. E, também, em razão da força normativa da Constituição que faz com que todas as normas infraconstitucionais, inclusive as do Direito Privado, devam-lhe obediência.

Os adeptos dessa teoria acabaram superando a tese de que a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais decorreria da expressa previsão da vinculação dos poderes públicos a tais direitos, pois se reconheceu uma diferença estrutural entre as relações particular/Estado e dos particulares entre si, vez que estes são, todos, titulares de direitos fundamentais.

Assim, Gomes Canotilho, em face do regime jurídico previsto na Constituição de Portugal de 1976 para os direitos fundamentais, reconhece que só de pode

²⁴⁹ Ibidem, p. 309.

²⁵⁰ Idem, *A Constituição Concretizada – Construindo Pontes para o Público e o Privado*, p. 121.

²⁵¹ QUADRA-SALCEDO, Tomás. *El recurso de amparo y los derechos fundamentales em las relaciones entre particulares*. Madrid: Civitas, 1981, p. 70, *apud*: SARMENTO, Daniel. “A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil”, in: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 222.

falar em eficácia externa dos direitos fundamentais quando se admite a sua eficácia imediata em relação a terceiros:

“Dizer, como faz DÜRIG, e, na sua senda os defensores da eficácia mediata, que as posições jurídico-subjectivas reconhecidas pelos direitos fundamentais e dirigidas contra o Estado não podem transferir-se, através de uma eficácia externa, de modo imediato e absoluto, para as relações cidadão-cidadão (melhor: particular-particular), embora se reconheça terem os direitos fundamentais força conformadora quer através da *legislação* civil e criminal quer através da *interpretação* das cláusulas gerais do direito civil susceptíveis ou carecidas de preenchimento valorativo (*wertausfähige und wertausfüllungsbedürftige General-klauseln*), parece-nos uma conclusão quase ‘evidente’ que não responde, como demonstrou Leisner, ao verdadeiro problema da eficácia dos direitos fundamentais em relação a entidades privadas. Também não resolve o problema a idéia que, partindo do carácter jurídico-objetivo das garantias dos direitos fundamentais, prefere situar a questão, não no plano de uma eficácia directa dos direitos nas relações cidadão-cidadão, mas no plano da *congruência ou conformidade normativa jurídico-objectiva* entre as normas consagradoras dos direitos fundamentais e as normas de direito civil. Isto supõe a existência de dois ordenamentos autónomos e horizontais, quando a ordem jurídica civil não pode deixar de compreender-se dentro da ordem constitucional: o direito civil não é matéria extra-constitucional, é matéria constitucional.”²⁵²

A doutrina da eficácia directa dos direitos fundamentais também é conhecida por teoria monista, como bem lembrado por Benedita Ferreira da Silva Mac Crorie²⁵³. Essa autora observa, ainda, que Nipperdey desenvolveu a teoria da eficácia imediata através da observação de que nas constituições modernas existem direitos fundamentais que não se restringem apenas em proteger o indivíduo contra o Estado, mas que visam, sobretudo, a garantir a protecção dos indivíduos nas relações que estabelecem entre si. E esses direitos somente podem ser determinados através do seu conteúdo concreto, da essência e da função de cada um.

O desenvolvimento²⁵⁴ da teoria coube a Walter Leisner fundamentando-se no fato de, historicamente, os direitos fundamentais terem surgido como uma tendência universal, tendo ganhado força a idéia de que eles encarnavam não apenas direitos contra o Estado, mas valores fundamentais, irradiação da dignidade da pessoa humana. Em que pese a Constituição alemã não trazer expressa a eficácia horizontal, verificou-se que a tendência a dar a máxima efetividade aos direitos fundamentais é do seu espírito. Por último, o autor reafirma a existência de uma aproximação cada vez maior entre o direito público e o privado.

²⁵² Idem, *Direito Constitucional*, p. 595.

²⁵³ Benedita Ferreira da Silva Mac Crorie, *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, p. 22.

²⁵⁴ Benedita Ferreira da Silva Mac Crorie, *op. cit.*, p. 23.

Na jurisprudência alemã, o Tribunal Superior do Trabalho sustentou a eficácia imediata dos direitos fundamentais no BAGE 1, 185 (193), sob os seguintes fundamentos:

“Em verdade, nem todos, mas um série de direitos fundamentais destinam-se não apenas a garantir os direitos de liberdade em face do Estado, mas também a estabelecer as bases essenciais da vida social. Isso significa que disposições relacionadas com os direitos fundamentais devem ter aplicação direta nas relações privadas entre os indivíduos. Assim, os acordos de direito privado, os negócios e atos jurídicos não podem contrariar aquilo que se convencionou chamar ordem básica ou ordem pública.”²⁵⁵

Essa decisão sofreu severas críticas por ser contrária à disposição do art. 1, III, da Lei Fundamental que expressamente prevê que apenas os poderes estatais estão vinculados aos direitos fundamentais.

Adepto da tese da vinculação direta ou imediata dos particulares aos direitos fundamentais, Ingo Wolfgang Sarlet observa que isso se deve, dentre outras razões, em face da previsão expressa da aplicabilidade direta das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais do § 1º do art. 5º da nossa Constituição. Não olvida que o modo pelo qual se opera a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas não é uniforme, devendo-se analisar o caso concreto. Ou seja, conclui o autor que, em face da peculiaridade da relação privada abranger titulares de direitos fundamentais em ambos os lados, não se pode falar em uma eficácia direta de feições absolutas²⁵⁶.

Para Wolfgang Sarlet, a tese contrária - da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas - merece reparos pelo fato de confundir essa forma de vinculação com a vinculação do poder público. Observa o autor que, como entende a doutrina da eficácia indireta, realmente é o legislador o primeiro a realizar a tarefa de compatibilizar o conteúdo dos direitos fundamentais nas relações privadas, mas isso decorre do corolário da própria vinculação direta do legislador, como órgão estatal²⁵⁷.

Sustenta o autor que a eficácia direta dos direitos fundamentais encontra fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, do qual emanam, em maior ou menor grau, aqueles direitos. Argumenta, ainda, que os particulares devem obediência em face de um velho adágio consagrado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de que os direitos de uns encontram seus limites nos direitos dos outros. Observa

²⁵⁵ Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, p. 221.

²⁵⁶ Idem, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 379.

Wolfgang Sarlet que, na sociedade contemporânea, grandes e muitas violações a direitos fundamentais são praticadas não apenas pelo Estado, mas também por entidades privadas.

Em Portugal, prevalece a aplicação imediata ou direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. JJ Gomes Canotilho entende necessária a busca de soluções diferenciadas para cada caso concreto, buscando harmonizar-se a tutela dos direitos com a proteção da autonomia privada²⁵⁸.

Porém, em que pese esse entendimento manifestado inicialmente pelo professor da Universidade de Coimbra, como observado por Daniel Sarmiento, em recente artigo doutrinário²⁵⁹, Gomes Canotilho parece ter mudado de tese, lançando dúvidas a respeito do acerto da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais, ao proferir que:

“A ordem jurídica privada não está, é certo, divorciada da Constituição. Não é um espaço livre de direitos fundamentais. Todavia, o direito privado perderá a sua irredutível autonomia quando as regulações civilísticas – legais ou contratuais – vêm o seu conteúdo substancialmente alterado pela eficácia directa dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada. A Constituição, por sua vez, é convocada para as salas diárias dos tribunais com a consequência da inevitável banalização constitucional. Se o direito privado deve recolher os princípios básicos dos direitos e garantias fundamentais, também os direitos fundamentais devem reconhecer um espaço de auto-regulação civil, evitando transformar-se em ‘direito de não-liberdade’ do direito privado. A nosso ver, o problema não está apenas nos perigos que espreitam as duas ordens – constitucional e civil – quando se insiste na conformação estrita e igualitarizante das relações jurídicas privadas pelas normas constitucionais. Em causa está também o problema de saber se o apego a *Drittwirkung* não transporta um *pathos* ético e jurídico profundamente desconhecedor das rupturas pós-modernas. Propomos, assim, uma breve suspensão reflexiva sobre este tópico.”²⁶⁰

Argumentam os autores adeptos da teoria de aplicação imediata que algumas normas de direitos fundamentais não se restringem à proteção de uma esfera de liberdade ante o Estado, garantindo, também, os particulares, nas relações que mantêm entre si, e, principalmente, nas relações em que existir elemento de poder social.

²⁵⁷ Idem, *A Constituição Concretizada – Construindo Pontes para o Público e o Privado*, p. 142/147.

²⁵⁸ Idem, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1.150 e Idem, *Direito Constitucional*, p. 602-612.

²⁵⁹ Idem, “A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil”, in: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 228.

²⁶⁰ Idem, “Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais no contexto do direito pós-moderno”, in: GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, p. 113.

A doutrina da eficácia mediata dos direitos fundamentais está superada, pois advém de uma visão atrasada que considerava os direitos fundamentais apenas direitos públicos subjetivos. Essa é a crítica que faz Rafael Naranjo de La Cruz ao concluir que:

“(…) los derechos fundamentales, en su doble vertiente subjetiva y objetiva, constituyen el fundamento del entero ordenamiento jurídico y son aplicables en todos los ámbitos de actuación humana de manera inmediata, sin intermediación del legislador. Por ello, las normas de derechos fundamentales contenidas en la Constitución generan, conforme a su naturaleza y tenor literal, derechos subjetivos de los ciudadanos oponibles tanto a los poderes públicos como a los particulares.”²⁶¹

Wilson Steinmetz apresenta a síntese de Naranjo De La Cruz, para a teoria da eficácia imediata:

“(…) os direitos fundamentais, em sua dupla vertente subjetiva e objetiva, constituem o fundamento de todo o ordenamento jurídico e são aplicáveis em todos os âmbitos de atuação humana de maneira imediata, sem intermediação de legislador. Por isso, as normas de direitos fundamentais contidas na Constituição geram, conforme a sua natureza e teor literal, direitos subjetivos dos cidadãos oponíveis tanto aos poderes públicos como aos particulares.”²⁶²

Ressaltando o princípio da dignidade humana como estruturante das constituições modernas, Carlos Roberto Siqueira Castro observa que:

“(…) o sentimento constitucional contemporâneo passou a exigir que o princípio da dignidade do homem, que serve de estrutura ao edifício das Constituições da era moderna, venha fundamentar a extensão da eficácia dos direitos fundamentais às relações privadas, ou seja, a eficácia externa, também denominada direta ou imediata, que na prática coincide com o chamado efeito horizontal do elenco de direitos, de liberdades e de garantias que através dos tempos granjearam assento dos estatutos supremos das nações. O postulado da dignidade humana passou, assim a embasar a reivindicação, que já hoje assume foros de universalidade na teoria constitucional, de que os preceitos relativos aos direitos e deveres individuais e coletivos, segundo a ementa adotada pelo constituinte brasileiro no Capítulo I do Título II de nossa Carta Política, vinculem também a esfera privada.”²⁶³

²⁶¹ NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. *Los limites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*. Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2000, p. 199, *apud*: SARMENTO, Daniel. “A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil”, in: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 223.

²⁶² *Ibidem*, p. 167.

²⁶³ *Idem*, “Extensão dos direitos e deveres fundamentais às relações privadas”. *Fórum Administrativo*. Belo Horizonte, pp. 4231-4239.

4.4.1.1. Análise de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal

Analisando a jurisprudência de nossa Corte Constitucional verifica-se que o STF não se posiciona expressamente sobre o tema. Porém, da análise de alguns acórdãos a respeito da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, pode-se concluir, embora não haja enfrentamento teórico, que se entende possível aplicar-se a doutrina da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais²⁶⁴.

Podemos arrolar os seguintes precedentes²⁶⁵.

No RE 161.243 (DJ 19.12.97, rel. min. Carlos Velloso), a Corte Suprema aplicou diretamente o princípio da igualdade em relação trabalhista, em que empresa francesa, no Brasil, estabelecia vantagens apenas aos empregados de nacionalidade francesa. A ementa foi a seguinte:

“CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DE PESSOAL DESTA. APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, ART. 153, § 1º, C.F., 1988, ART. 5º, *CAPUT*.

I – Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita aos empregados de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade (CF, 1967, art. 153, § 1º, CF, 1988, art. 5º, *caput*).

II – A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846 (Ag. Rg.)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465.

III – Fatores que autorizariam a desigualação não ocorrentes no caso.

IV – R.E. conhecido e provido.”

Admitindo também a aplicação direta da garantia da ampla defesa e do contraditório na relação entre um cooperado e uma cooperativa - o primeiro foi expulso sem que se observasse essa garantia – o Supremo Tribunal, no RE 158.215-4/RS (DJ 7.6.96, rel. min. Marco Aurélio), anulou o ato de expulsão. Na parte que interessa, o acórdão foi assim ementado:

²⁶⁴ Daniel Sarmiento, “A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil”, in: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 262.

“COOPERATIVA – EXCLUSÃO DE ASSOCIADO – CARÁTER PUNITIVO – DEVIDO PROCESSO LEGAL

Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância do devido processo legal, viabilizando o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa.”

Outro precedente é o RE 160.222 (DJ 1.9.95, rel. min. Sepúlveda Pertence), em que estava em questão o direito fundamental à intimidade das empregadas de uma indústria de *lingerie*, pois o gerente exigia o cumprimento de cláusula do contrato de trabalho. Pela cláusula, as trabalhadoras deveriam se submeter a revista íntima, sob pena de dispensa.

Em outro derradeiro exemplo onde foi aventa a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, citamos o julgamento do RE 201819/RJ, onde o relator para o acórdão foi o Ministro Gilmar Ferreira Mendes. A ementa é a seguinte:

“SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À

²⁶⁵ Exemplos extraídos de Paulo Gustavo Gonet Branco, “Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais”, in: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Marins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, pp. 179-180.

AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.

(DJ 27-10-2006; PP-00064)

No julgamento houve divergência, a Ministra Ellen Gracie, relatora original, entendia não caber a aplicação do art. 5º, LV, da Constituição Federal:

“Entendo que as associações privadas têm liberdade para se organizar e estabelecer normas de funcionamento e de relacionamento entre os sócios, desde que respeitem a legislação em vigor. Cada indivíduo, ao ingressar numa sociedade, conhece suas regras e seus objetivos, aderindo a eles.

A controvérsia envolvendo a exclusão de um sócio de entidade privada resolve-se a partir das regras do estatuto social e da legislação civil em vigor. Não têm, portanto, o aporte constitucional atribuído pela instância de origem, sendo totalmente descabida a invocação do disposto no art. 5º, LV da Constituição para agasalhar a pretensão do recorrido de reingressar nos quadros da UBC.”

Do outro lado, o Ministro GILMAR MENDES, após citar doutrina e jurisprudência da própria Corte Constitucional, proferiu voto onde reconhece a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Destaco os seguintes trechos:

“(…)

Não estou preocupado em discutir no atual momento qual a forma geral de aplicabilidade dos direitos fundamentais que a jurisprudência desta Corte professa para regular as relações entre particulares.

Tenho a preocupação de, tão-somente, ressaltar que o Supremo Tribunal Federal já possui histórico indene de uma jurisdição constitucional voltada para a aplicação desses direitos às relações privadas.

(…)

Destarte, considerando que a União Brasileira de Compositores (UBC) integra a estrutura do ECAD, é incontroverso que, no caso, ao restringir as possibilidades de defesa do recorrido, ela assume posição privilegiada para determinar, preponderantemente, a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seu associado.

Em outras palavras, trata-se de entidade que se caracteriza por integrar aquilo que poderíamos denominar como *espaço público* ainda que *não-estatal*.

(…)

Todavia, afigura-se-me decisivo no caso em apreço, tal como destacado, a singular situação da entidade associativa, integrante do sistema ECAD, que, como se viu na ADI nº 2.054-DF, exerce uma atividade essencial na cobrança de direitos autorais, que poderia até configurar um serviço público por delegação legislativa.

Esse caráter público ou geral da atividade parece decisivo aqui para legitimar a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF) ao processo de exclusão de sócio de entidade.”

Ao final, a Segunda Turma negou provimento ao recurso extraordinário interposto pela União Brasileira de Compositores.

Como ressaltado pelo eminente ministro relator para o acórdão, não se discutiu a forma geral de *aplicabilidade dos direitos fundamentais* nas relações privadas. Podemos observar das decisões aqui colacionadas que o Supremo Tribunal reconhece que os direitos fundamentais vinculem os particulares.

Uma análise mais apressada do RE 2011819/RJ, poder-se-ia concluir que a Segunda Turma defende uma aplicação direta das normas definidoras de direitos fundamentais, mas não é isso que ocorreu.

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes aplica, na verdade, a doutrina da *state action*, reconhecendo o caráter público dos serviços prestados pela União Brasileira de Compositores (UBC), integrante do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD). Desta forma, nada mais lógico do que reconhecer o direito do agente privado invocar os direitos fundamentais nas relações que mantiver com essa entidade privada, mas que exerce funções no *espaço público*.

De uma forma geral, podemos aferir que, embora não se discuta sobre as diversas teorias, o Supremo Tribunal Federal aceita a aplicação direta dos direitos fundamentais na resolução de conflitos interprivados, independentemente da intervenção legislativa, na esteira de Daniel Sarmiento²⁶⁶. Porém, reconhecemos que essa conclusão é polêmica, pois há autores que entendem de forma diversa, concluindo que a Corte Suprema não se vinculou a nenhuma corrente²⁶⁷.

4.4.1.2. Colisão de direitos fundamentais e soluções

²⁶⁶ Idem, “A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil”, in: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 262.

Um dos pontos de maior entrave para o reconhecimento da vinculação direta dos direitos fundamentais entre particulares é o fato de ambas as partes serem titulares desses direitos, em que se inclui a autonomia privada.

Aqui o problema se resume a solucionar a colisão entre direitos fundamentais, qual a forma, qual princípio fundamental deve prevalecer etc.

Há colisão quando um direito fundamental afeta diretamente o âmbito de proteção de outro direito fundamental. Não tratamos daquelas situações de aparente conflito, em que a controvérsia desborda da proteção oferecida pelo direito fundamental. São os casos citados por Gilmar Ferreira Mendes, que não estão dentro do âmbito de proteção do direito fundamental, como o do inquilino proibido pelo senhorio de colocar propaganda política no imóvel locado; de invocação da poligamia com fundamento na liberdade de religião; da prática de um assassinato no palco sob o pretexto da liberdade artística.²⁶⁸

O professor Ferreira Mendes faz referência à decisão da Corte Constitucional alemã no BVerfGE 28, 243, a respeito da ponderação de bens e valores para a solução de conflito, destacando o seguinte trecho:

“(...) tendo em vista a unidade da Constituição e a defesa da ordem global de valores por ela pretendida, a colisão entre direitos individuais de terceiros e outros valores jurídicos de hierarquia constitucional pode legitimar, em casos excepcionais, a imposição de limitações a direitos individuais não submetidos explicitamente à restrição legal expressa.”²⁶⁹

Analisa Ferreira Mendes, que o tribunal não propõe uma solução simplista de precedência de um direito de maior hierarquia sobre outro. Até porque é difícil estabelecer uma hierarquia precisa entre direitos fundamentais. Explica que a Corte quer estabelecer que a solução desses conflitos se resolva, caso a caso, através do recurso à *concordância prática*, de forma que todos os valores jurídicos em conflitos ganhem

²⁶⁷ Ver Paulo Gustavo Gonet Branco, “Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais”, in: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, p. 180

²⁶⁸ Idem, “Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões”, in: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, p. 280.

²⁶⁹ Idem, “Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões”, in: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, 2002, p. 285-286.

realidade²⁷⁰. Passa a apresentar decisões da Corte Constitucional alemã que enfrentaram a questão da ponderação no conflito entre direitos fundamentais: (i) o engajamento de soldado no serviço militar com armas (BVerfGE 28, 243); (ii) *Mephisto* (BVerfGE 30, 173); (iii) *Lebach* (BVerfGE 35, 202); (iv) obrigatoriedade de colocação de crucifixos em sala de aula (BVerfGE 93, 1); e (v) discussão sobre a expressão “soldados assassinos”. Faço breve referência a alguns desses casos, cuja fundamentação tem maior interesse para essa dissertação. Observo que essas decisões serão novamente tratadas quando da análise específica da proporcionalidade.

No caso do romance *Mephisto*, de Klaus Mann, o filho adotivo do falecido ator e diretor de teatro Gustaf Gründgen postulava a proibição da publicação do romance sob o argumento de que se tratava de uma biografia depreciativa e injuriosa à memória de seu pai. Estavam em conflito o direito de liberdade artística e os direitos de personalidade. O Tribunal Superior de Hamburgo autorizou a publicação do livro, mas desde que constasse referência de que as personagens eram produtos da “fantasia poética do autor”.

O Tribunal Constitucional reconheceu que o direito de liberdade artística não é assegurado na Constituição de forma ilimitada, encontrando barreiras na concepção humana que baliza a Lei Fundamental.

No caso concreto, entendeu a Corte Constitucional que os Tribunais avaliaram de forma criteriosa os valores em conflito, inclusive possibilitando a publicação do romance (liberdade artística) com esclarecimento obrigatório (direito de personalidade)²⁷¹.

Outra decisão em que havia conflito entre interesses privados é o caso *Lebach*, no qual um dos envolvidos em grave homicídio – caso conhecido por “assassinato de soldados de *Lebach*” – pretendia impedir a divulgação de filme, em que era citado, por um canal de televisão, sob a alegação de que a publicidade lesaria seu direito de personalidade. Tratava-se de conflito entre a liberdade de imprensa e o direito de personalidade.

Pois bem, o Tribunal Constitucional, em sua decisão, não atribui primazia a um ou outro princípio ou direito, conforme denota Ferreira Mendes, a Corte esforçou-se para assegurar a aplicação de ambas as normas conflitantes, ainda que uma delas sofresse

²⁷⁰ Idem, “Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões”, in: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, p. 286.

atenuação²⁷². Entendeu-se que a divulgação do fato era de interesse público, mas a identificação de pessoa, que estava prestes a ser libertada condicionalmente, poderia prejudicar o seu processo de ressocialização. Verifica-se o esforço da Corte em não dar prevalência de um direito sobre o outro, de forma que não haja “revogação” da norma constitucional. Busca-se solução de compatibilização entre os direitos fundamentais aplicáveis ao caso concreto.

A decisão no caso da obrigatoriedade de colocação de crucifixos em sala de aula não envolve, estritamente, conflito entre interesses de particulares, pois essa determinação partiu do Estado da Baviera. Porém, a decisão do Tribunal Constitucional dá importante lição sobre o princípio da “concordância prática”, apresentado nestes termos por Ferreira Mendes:

5. “Esse conflito entre diversos titulares de um direito fundamental não submetido à reserva legal expressa, bem como entre esse direito e outros bens constitucionalmente protegidos deve ser resolvido com aplicação do princípio da concordância prática, que não permite se privilegie uma das posições em conflito em detrimento de outra, mas recomenda uma compatibilização adequada (BVerfGE 28, 243 (296 s.) 41, 29 (50); 223 (247, 251). Essa compatibilização não impõe que, no cumprimento do dever constitucional de legislar previsto no art. 7, I, da Lei Fundamental, relativo ao ensino, deva o Estado renunciar a qualquer consideração de caráter religioso-filosófico. Também um Estado, que assegura a liberdade religiosa e, por isso, se obriga a uma neutralidade religiosa e filosófica, não pode ficar indiferente às concepções valorativas desenvolvidas no complexo processo histórico e cultural nas quais se assenta a integração da sociedade e das quais depende o próprio cumprimento de suas tarefas.”²⁷³

Outro ponto relevante para solução das colisões entre direitos fundamentais refere-se a sua interpretação. Quanto a isso é necessário que não se corra o risco de torná-los modelos abstratos. A melhor forma será a interpretação tópico-sistêmica, que, conforme lecionam Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk:

“(…) não encara o sistema como um conjunto de respostas prontas e acabadas e problemas que podem se pôr no futuro – pretensão das codificações civis – mas, sim, parte dos problemas concretos, buscando no sistema a melhor entre várias possíveis soluções. Tal escolha se faz por meio da hierarquização axiológica. É

²⁷¹ Gilmar Ferreira Mendes, “Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões”, in: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, pp.287-290.

²⁷² Idem, “Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões”, in: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, p. 292.

²⁷³ Idem, “Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões”, in: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, p. 294.

por meio dela em cada caso concreto, que os direitos fundamentais se concretizam como normas – que são modelos abstratos pré-ordenados.”²⁷⁴

Ressalvam os citados autores para a necessidade de se observar com a devida cautela o discurso de que a Constituição proporcionaria abertura para o ordenamento jurídico, sob pena dela tornar-se elemento formal de legitimação da ordem jurídica, sendo insuficiente para a efetivação dos direitos fundamentais²⁷⁵. Aduzem que:

“Não basta, por certo, pelo simples desvio do enfoque de modelos codificados para modelos constitucionalizados. O que se deve é examinar as possibilidades concretas de que o Direito Civil atenda a uma racionalidade emancipatória da pessoa humana que não se esgote no texto positivado, mas que permita, na porosidade de um sistema aberto, proteger o sujeito de necessidades em suas relações concretas, independente da existência de modelos jurídicos.”²⁷⁶

Posição um tanto quanto diferenciada é a de Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva em que defende que a discussão a respeito da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas é, na verdade, um problema de conciliação dos preceitos do Direito Privado com o Direito Constitucional²⁷⁷. Para o professor da Faculdade de Lisboa, a resposta deve levar em conta a unidade do sistema jurídico. Assim, quando decidimos pela aplicação de uma determinada norma a um caso concreto, na verdade aplicamos todo o ordenamento jurídico. O processo de aplicação dos direitos fundamentais às relações inter-privadas corresponde a três hipóteses lógicas: (i) no caso de existir lei ordinária concretizadora de direitos fundamentais, haverá aplicação indireta da Constituição nas relações privadas; (ii) se a lei ordinária estabelece cláusulas gerais e conceitos indeterminados, estes são preenchidos pela norma de direito fundamental, ou seja, nova aplicação indireta; e (iii) não existe norma infraconstitucional ou ela existe mas o seu âmbito de aplicação é menos amplo que o das normas constitucionais, neste caso aplica-se diretamente os preceitos dos direitos fundamentais²⁷⁸.

Para Paulo Gustavo Gonet Branco o conflito de direitos fundamentais reconduz a um conflito de princípios²⁷⁹. Desta forma, a solução passa pela diferenciação entre regras e princípios, em que estes têm como características serem normas que exigem

²⁷⁴ Ibidem, p.102.

²⁷⁵ Ibidem, p. 104.

²⁷⁶ Ibidem, p. 104.

²⁷⁷ Ibidem, p. 46-47.

²⁷⁸ Ibidem, p. 46.

²⁷⁹ Ibidem, p. 182.

a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Neste conflito deve-se buscar uma conciliação entre eles, sem que um dos princípios venha a ser excluído do ordenamento jurídico. Há de ser realizado um juízo de ponderação, que exige que um sacrifício de um direito seja necessário para a solução de um problema, sem que esse ônus aniquile o direito fundamental a ser restringido²⁸⁰.

Exemplifica, Gonet Branco, com uma matéria jornalística a respeito da vida de alguém. Um indivíduo de vida pública ativa (artística, político etc.) está mais sujeito à invasão de sua esfera privada – não porque não tenha nenhum direito à privacidade, mas porque vive de sua imagem pública -, sendo que a sociedade tem maior interesse sobre sua vida pessoal; de outro lado está a pessoa que não depende profissionalmente de sua imagem²⁸¹.

A sistematização de critérios para a solução dos conflitos entre os direitos fundamentais não é tarefa fácil. Entendemos que, no mais das vezes, será necessária a verificação do caso concreto e suas peculiaridades para balizar o alcance que cada direito terá. A resposta dependerá muito mais da criatividade do intérprete. Sem que se perca isso de vista, os autores promovem esforço para lançar alguns critérios gerais para solucionar os conflitos. Vejamos alguns.

Adepto da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, Daniel Sarmiento traça parâmetros para solucionar a colisão com a autonomia privada, apresenta os seguintes fatores que devem ser levados em conta²⁸²:

a) o grau de desigualdade fática entre as partes – quanto maior a assimetria, maior deverá ser a proteção aos direitos fundamentais;

b) a essencialidade do bem - quanto mais essencial para a vida humana, maior será a proteção do direito fundamental em jogo. Assim, numa relação econômica-patrimonial, dar-se-á maior ênfase a autonomia privada, enquanto que se o bem em questão for essencial à vida, os direitos fundamentais deverão incidir com maior força a fim de que seja dada a devida proteção à dignidade da pessoa humana.

c) quando a lesão ao direito fundamental partir apenas de ato unilateral do particular-violador, neste caso está em questão apenas a autonomia privada (ex: despedida de empregado portador do vírus HIV), o peso atribuído à autonomia privada é menor do

²⁸⁰ Ibidem, p. 183.

²⁸¹ Ibidem, p. 182.

²⁸² Idem, *Direitos fundamentais e relações privadas*, pp. 306-313.

que no caso em que a lesão decorrer de negócio bilateral, cuja validade depende de aceitação do particular-violado;

d) por fim, um último fator a ser considerado, refere-se às diferentes culturas étnicas que forma o plural Estado brasileiro. A aplicação dos direitos fundamentais dentro das diferentes culturas e comunidades étnicas deverá ser ponderada segundo os usos e costumes dessas minorias.

Quanto ao primeiro ponto – desigualdade fática entre as partes – Jane Reis Gonçalves Pereira faz objeção. Para essa autora, a possibilidade de invocar os direitos fundamentais nas relações privadas deve ser pautada por critério de gradação e não de exclusão. A presença ou não de certos fatores de desigualdade poderá implicar uma maior ou menor intensidade da vinculação das pessoas privadas aos direitos fundamentais. Desta forma não se poderia cogitar de uma aplicação incondicionada desses direitos, bem como setores imunes à sua incidência. Conclui que:

“(…) não há como apontar respostas abstratas tal como: os direitos fundamentais são aplicáveis nas relações de poder e não são nas relações entre iguais. A igualdade ou não entre as partes corresponde a um dos aspectos que conferem maior ou menor peso ao *princípio da autonomia* no processo de ponderação, não constituindo critério único ou suficiente para determinar a incidência ou não dos direitos fundamentais nas relações privadas.”²⁸³

Para Robert Alexy, a ponderação deve realizar-se em três planos: (i) definir a intensidade da intervenção; (ii) saber a importância dos fundamentos justificadores da intervenção; e (iii) praticar-se a ponderação em sentido estrito e específico. Alexy leciona que a ponderação em sentido estrito ou “lei da ponderação” significa que quanto maior for a intervenção em um dado direito fundamental, mais significativos ou relevantes hão de ser os fundamentos justificadores da intervenção²⁸⁴.

Sobre o conflito de direitos fundamentais, lapidar síntese faz Ana Cláudia Pires Ferreira de Lima ao aduzir que:

“O método da ponderação de bens ou valores será aplicado em conjunto com os princípios da unidade da Constituição e os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade. Estes últimos devem orientar o juízo de ponderação na distribuição dos custos do conflito, no sentido de que o sacrifício imposto a uma

²⁸³ Ibidem, p. 187.

²⁸⁴ *Kollision und Abwägung als Grundproblem der Grundrechtsdogmatik*, palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10.12.98, tradução livre de Gilmar Ferreira Mendes, publicada em MENDES, Gilmar Ferreira. “Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões”, in: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, p. 298.

das partes seja razoável e não seja proporcionalmente mais intenso do que o benefício auferido pela outra parte.”²⁸⁵

No processo de ponderação deve-se procurar realizar a aplicação das normas constitucionais em conflito ainda que uma delas sofra atenuação. Não se deve atribuir primazia absoluta a uma delas, mas verificar qual terá preponderância sobre a outra, sem que se extirpe um dos direitos fundamentais no caso concreto.

Ressalta Juan María Bilbao Ubillos que a eficácia dos direitos fundamentais encontra também seus limites, decorrentes dos princípios estruturais e dos valores próprios do Direito privado²⁸⁶. Há de se ter cautela ao aplicar os direitos fundamentais entre agentes privados, sob pena de sacrificar-se a autonomia contratual. A aceitação de uma vinculação aos direitos fundamentais sem precedentes, seria algo como “*meter um elefante em uma cacharrería*”²⁸⁷.

O importante nessa operação é buscar uma solução para o embate de direitos fundamentais nas relações privadas, definir critérios para a ponderação da incidência desses direitos nas relações privadas. Em um primeiro plano, deve ser levada em conta a relação de igualdade entre os agentes privados, quanto maior for essa relação, maior prevalência dar-se-á a autonomia privada. Pelo contrário, quando estivermos diante de uma relação onde um dos agentes privados seja detentor de poder social, maior será a penetração dos direitos fundamentais, a fim de proteger a parte débil da relação. Em segundo lugar, há de ser analisada o quanto da dignidade humana está sendo afetada, pois, como princípio fundamental do ordenamento jurídico, constitui núcleo intangível e indisponível frente a ataques de quem quer que seja. Assim, quanto maior for a questão da dignidade da pessoa humana em jogo, maior será a consideração dos direitos fundamentais.

É o que pensa Paulo Mota Pinto ao referir que:

“(…) uma aplicação não mediatizada pelas normas de direito privado não será legitimada tanto pelas categorias de ‘poderes sociais’ ou ‘poderes privados’, e correspondente posição de desigualdade, como pela consideração do sentido nuclear dos direitos fundamentais em questão: nesse núcleo, correspondente aos direitos humanos e que se prende com a *dignidade da pessoa humana*, tem de afirmarse que são destinatários dos direitos fundamentais também os particulares, e na mesma medida das entidades públicas.”²⁸⁸

²⁸⁵ Ibidem, pp. 251-276.

²⁸⁶ Ibidem, p. 334-335.

²⁸⁷ Ibidem, p. 334.

²⁸⁸ Ibidem, p. 369.

Outro critério a ser considerado é o grau de autonomia real das partes, que, a princípio, pode se argumentar que estaria inserido naquele outro. Porém, numa análise concreta, pode haver situações em que, apesar da existência de um poder social, o grau de autonomia real das partes envolvidas na relação jurídica possa variar. Benedita Ferreira da Silva Mac Crorie²⁸⁹ exemplifica com acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal no qual se decidiu que a dispensa do autor, trabalhador, foi justa, pois se recusou a submeter-se a teste de exame de alcoolemia, exigida pela ré, empregadora.

Pode ainda ser levada em conta, na ponderação do conflito de direitos fundamentais, a gravidade quanto à irreversibilidade da intromissão nos direitos fundamentais.

Na letra de J.J. Gomes Canotilho²⁹⁰, o problema da eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada *tende hoje para uma superação da dicotomia eficácia mediata/imediata a favor de 'soluções diferenciadas'*. Argumenta o ilustre autor que se deve ter em mente a multifuncionalidade dos direitos fundamentais, de forma a possibilitar soluções diferenciadas e adequadas, de acordo com o direito fundamental que estiver em causa no caso concreto.

Na lição de Dimitri Dimoulis, a antinomia entre direitos fundamentais deve ser resolvida pelo intérprete através de sua harmonização. O aplicador deve otimizar todos os direitos e princípios, sendo que nessa operação a principal ferramenta é a *proporcionalidade*²⁹¹.

A respeito da proporcionalidade, leciona Dimoulis que:

“Avaliando um caso de conflito entre direitos fundamentais ou princípios sob o prisma da proporcionalidade, é possível encontrar um ponto de equilíbrio. Examina-se, notadamente, se a limitação feita em um direito ou princípio para preservar um outro direito ou princípio é:

- adequada (permite alcançar a finalidade proposta) e
- necessária (não há um outro meio que permita alcançar a mesma finalidade, limitando menos o direito fundamental ou o princípio).”²⁹²

Adverte, no entanto, Dimoulis que o exame da proporcionalidade não está livre de problemas, pois o aplicador do direito pode ser levado pela tentação de colocar posições subjetivas, distanciando-se das considerações constitucionais. Por isso é

²⁸⁹ Ibidem, p. 104/105.

²⁹⁰ Idem, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1289.

²⁹¹ Ibidem, pp. 263.

²⁹² Ibidem, p. 264.

imprescindível a detalhada fundamentação da decisão que resolve o conflito, evitando-se a colocação de posições subjetivas e possibilitando-se a avaliação crítica²⁹³.

Verifiquemos, portanto, a seguir, a proporcionalidade.

4.4.1.2.1. *Eficácia horizontal e a proporcionalidade*

Conforme já referido alhures, a questão da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, no mais das vezes, demanda uma análise de eventual conflito de interesses, colisão de direitos.

Diante de um conflito de direitos fundamentais a solução a ser adotada pelo intérprete será a de resolvê-lo através da proporcionalidade. Esse tema seria suficiente para ser explorado em uma dissertação à parte, mas, aqui, iremos tratá-lo apenas em suas linhas gerais, pois entendemos necessário para o estudo do assunto eleito.

A proporcionalidade ou razoabilidade leva em conta três fatores²⁹⁴: (i) adequação, (ii) necessidade e (iii) a razoabilidade propriamente²⁹⁵.

A adequação demanda que as medidas adotadas sejam aptas a atingir os objetivos pretendidos. A necessidade revela que nenhum outro meio menos gravoso para o indivíduo será igualmente eficaz. Por último, a razoabilidade em sentido estrito exige a ponderação entre o direito fundamental atingido ou restringido em face de outro direito fundamental e os objetivos perseguidos.

A esse respeito colocamos novamente as lições do prof. Gilmar Ferreira Mendes que apresenta²⁹⁶ paradigmáticos casos de colisão de direitos fundamentais que foram enfrentados pela jurisprudência tedesca e brasileira, sendo solucionados através da ponderação.

Num primeiro exemplo já citado, a Corte Constitucional alemã, no caso BVerfGE 30, 173²⁹⁷, decisão de 24.2.1971, resolveu conflito entre a liberdade de imprensa ou liberdade artística e os direitos da personalidade (direito à honra e à imagem). A questão

²⁹³ Ibidem, p. 265.

²⁹⁴ Está é a lição de Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, pp. 42 e ss.

²⁹⁵ Marcos Maselli Gouvêa, *O controle judicial das omissões administrativas*, pp. 136-143.

²⁹⁶ Idem, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional*.

²⁹⁷ Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, pp. 91-92.

envolvia a publicação do livro “Mephisto”, de Klaus Mann, que seria uma biografia depreciativa do ator e diretor de teatro Gustaf Gründgen. O Tribunal Constitucional entendeu que o conflito entre a liberdade artística e o direito de personalidade deve ser solucionado com fulcro na ordem de valores estabelecida pela Lei Fundamental, garantindo-se, particularmente, a inviolabilidade do princípio da dignidade humana. Reconheceu-se que o direito de liberdade artística não é ilimitado, e que esse direito deve considerar a concepção humana constante da Lei Maior.

Outro exemplo instigante decidido pela Corte Constitucional da Alemanha e já citado anteriormente é o *caso Lebach*, BVerfGE 35, 202, de 5.6.1973, no qual havia confronto entre a liberdade de imprensa e os direitos de personalidade. Ilustra muito bem a questão da ponderação e proporcionalidade a tradução deste trecho da decisão apresentada por Ferreira Mendes:

“Para a atual divulgação de notícias sobre crimes graves tem o interesse de informação da opinião pública, em geral, precedência sobre a proteção da personalidade do agente delituoso. Todavia, além de considerar a intangibilidade da esfera íntima, tem-se que levar em conta sempre o princípio da proporcionalidade. Por isso, nem sempre se afigura legítima a designação do autor do crime ou a divulgação de fotos ou imagens ou outros elementos que permitam a sua identificação.

A proteção da personalidade não autoriza que a Televisão se ocupe, fora do âmbito do noticiário sobre a atualidade, com a pessoa e a esfera íntima do autor de um crime, ainda que sob a forma de documentário.

A divulgação posterior de notícias sobre o fato é, em todo caso, ilegítima, se se mostrar apta a provocar danos graves ou adicionais ao autor, especialmente se dificultar a sua reintegração na sociedade. É de se presumir que um programa, que identifica o autor de fato delituoso pouco antes da concessão de seu livramento condicional ou mesmo após a sua soltura, ameaça seriamente o seu processo de reintegração social.”²⁹⁸

Um derradeiro exemplo brasileiro é extraído do HC nº 76.060-4, em que se discutia a legitimidade da decisão que obrigava o pai presumido a submeter-se ao exame de DNA, em ação de paternidade movida por terceiro, que reivindicava o *status* de pai biológico de um menor. O Min. Sepúlveda Pertence, que em julgamento anterior (HC nº 71.373) entendeu pela obrigatoriedade do exame, neste julgou que:

“Na espécie, por certo, não estão presentes as circunstâncias – que, atinentes ao direito fundamental à própria e real identidade genética – me induzem a insistir na ressalva prudente.

Cuida-se aqui, como visto, de hipótese atípica, em que o processo tem por objeto a pretensão de um terceiro de ver-se declarado pai da criança gerada na

²⁹⁸ Idem, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional*.

constância do casamento do paciente, que assim tem por si a presunção legal da paternidade e contra quem, por isso, se dirige a ação.

Não discuto aqui a questão civil da admissibilidade da demanda.

O que, entretanto, não parece resistir, que mais não seja, ao confronto do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade – de fundamental importância para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais – é que se pretenda constringer fisicamente o pai presumido ao fornecimento de uma prova de reforço contra a presunção de que é titular.”²⁹⁹

4.4.1.3. Intensidade dos direitos fundamentais nas relações privadas

Outra questão que surge comumente a respeito da eficácia horizontal dos direitos fundamentais refere-se a sua intensidade, ou seja, as entidades privadas estão vinculadas a esses direitos com a mesma intensidade das entidades públicas?

Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva aponta³⁰⁰ para a existência de duas correntes: (i) uma que defende que os direitos fundamentais são aplicados nas relações privadas nos mesmos termos em que se aplicam às relações entre o particular e o Estado. Seriam adeptos desse entendimento, em um primeiro momento, Gomes Canotilho e Vital Moreira. (ii) Do outro lado, estão doutrinadores que defendem que a vinculação das entidades privadas é menos intensa que a das entidades públicas, variando o grau de intensidade conforme a entidade em causa. São adeptos Gomes Canotilho, em um segundo momento, Viera de Andrade, Mota Pinto.

Tomando partido, Pereira da Silva defende³⁰¹ que a intensidade da vinculação dos agentes privados deve ser menor que a dos agentes públicos, em razão da necessidade de coordenar essa vinculação aos princípios básicos do Direito Privado. Observa que na hipótese de haver agente privado detentor de poder social, a vinculação aos direitos fundamentais estará muito próxima à vinculação estatal. E quando estivermos em uma relação entre iguais? Explica o professor da Faculdade de Lisboa que:

“(…) Ao falar de vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias englobamos, na mesma expressão, duas modalidades de vinculação distinta: uma vinculação, a título principal, que cabe às entidades privadas dotadas de poder, pela qual estas se encontram obrigadas a um dever ativo de cooperação com os particulares que, face delas, podem fazer valer direitos

²⁹⁹ Gilmar Ferreira Mendes, “Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões”, in: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, p. 275.

³⁰⁰ *Ibidem*, p. 48.

³⁰¹ *Ibidem*, p. 49.

fundamentais; e uma vinculação, a título secundários, que cabe a todo e qualquer indivíduo, de respeitar um direito fundamental reconhecido a outrem face ao poder e cujo reflexo, nas relações inter-privadas, é esse dever geral de respeito. Assim, a vinculação das entidades privadas pelos direitos fundamentais pode assumir a forma de uma ‘eficácia horizontal’, quando são entidades privadas poderosas as destinatárias dos direitos fundamentais, ou pode assumir a forma de uma ‘eficácia externa’, quando sujeitos privados apenas se encontram obrigados a um dever geral de respeito dum direito fundamental, constituído numa relação, relativamente à qual são terceiros. No primeiro caso, a vinculação obriga a um dever ativo de cooperação, no segundo caso, a vinculação obriga a um dever geral de respeito.”³⁰²

Já Jorge Miranda não parece tomar posição frente ao tema, assevera o professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa que não se pode compreender uma realidade em que na relação Estado-particular os direitos fundamentais deveriam ser observados, enquanto na relação particular-particular, isso não ocorresse. No entanto, aduz que:

“(…) não parece que o Estado possa impor esse respeito da mesma maneira a si próprio e aos seus cidadãos: o respeito da liberdade das pessoas pelo Estado implica limitações do poder, o respeito da liberdade da pessoa pelas outras pessoas implica a colaboração da sua liberdade e das demais pessoas (antes ou a par da limitação de eventuais poderes privados que se manifestem).”³⁰³

Pontos interessantes são levantados por Jane Reis Gonçalves Pereira ao analisar a vinculação de um ente privado aos direitos fundamentais, assim resumidos:

a) se a ação violadora for indiretamente imputada ao Estado, os direitos fundamentais devem ser aplicados. Assim, por exemplo, na ação de uma concessionária de serviço público.

b) a pessoa privada que se encontra em posição de supremacia deve ter suas ações limitadas pelos direitos fundamentais.

c) a proximidade da relação jurídica entre particulares da esfera pública. Quanto mais próxima à esfera privada estiver de uma relação jurídica, menor a possibilidade de um direito fundamental vir a prevalecer sobre a autonomia privada. Assim, por exemplo, não se pode obrigar os pais a dar presentes de Natal semelhantes aos filhos. Por outro lado, uma escola não pode dar privilégios a alunos do sexo masculino, em detrimento do sexo feminino.

d) a necessidade de preservar a pluralidade no âmbito social, ou seja, analisar os efeitos que a incidência direta dos direitos fundamentais acarretará para a

³⁰² Ibidem, p. 50.

preservação da identidade da pessoa ou entidade afetada. Exemplifica a autora através da hipótese de se obrigar uma escola islâmica – que siga todos os ritos e costumes desta religião – a ser compelida a acatar matrículas de alunos não-muçulmanos. Observa que outra será a hipótese se uma escola laica recusar-se a aceitar matrículas de estudantes de uma determinada religião.

4.4.1.4. *Variações teóricas*

A doutrina da eficácia direta ou imediata pode apresentar algumas variações, sem que, no entanto, afaste-se do seu núcleo essencial, qual seja, que os direitos fundamentais operam efeitos diretos nas relações particulares.

Assim, há uma variação da corrente que prega a aplicação imediata dos direitos fundamentais de forma absoluta, encabeçada por Hans Carl Nipperdey³⁰⁴. Para essa corrente, a incidência dos direitos fundamentais não dependeria da análise de qualquer outro fator, tal como a desigualdade entre as partes, o direito fundamental em questão, etc.

Haveria uma variação menos intensa em que os direitos fundamentais deveriam, preferentemente, ser concretizados pela atividade legislativa, em face do princípio da segurança jurídica. Não havendo norma infraconstitucional aplicando os direitos fundamentais nas relações privadas, essa operação ocorrerá através da interpretação e aplicação das cláusulas gerais, ou seja, através da intermediação indireta. Porém, não havendo pontos de conexão para uma possível interpretação das cláusulas gerais, as normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais têm aplicação direta. É o posicionamento de Juan María Bilbao Ubillos, que, citando Böckenförde, sustenta que:

“A mi juicio, la mediación del legislador, aun siendo altamente recomendable, no puede considerarse un trámite indispensable (como no lo es tampoco em el campo de las relaciones individuo/Estado), salvo em matéria penal (por imperativo del principio de legalidad penal: no hay ilícitos penales deducibles directamente de la Constitución). La realización de los derechos fundamentales, há escrito Böckenförd, ‘no puede depender de una

³⁰³ Ibidem, p. 294.

³⁰⁴ Conforme Ingo Wolfgang Sarlet, “Direitos fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação doas particulares aos direitos fundamentais”, in: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado*, p. 122 e José Carlos Vieira de Andrade, “Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares”, in: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 278.

configuración infraconstitucional suficiente del ordenamiento jurídico-privado'. Cuando esa realización puede llevarse a cabo mediante la interpretación y aplicación de preceptos legales o cláusulas generales, la eficacia frente a terceros será indirecta. Pero 'si faltan tales puntos de conexión no cesa la actuación de los derechos fundamentales, sino que se impone directamente.'³⁰⁵

Parece ser também o entendimento de Carlos Alberto da Mota Pinto ao referir sobre o sistema português que:

“em casos absolutamente excepcionais, por não existir cláusula geral ou conceito indeterminado adequado, uma norma constitucional reconhecadora de um direito fundamental aplica-se independentemente da mediação de uma regra de direito privado (p. ex. a protecção contra o uso incorreto da informática, nos termos do art. 35º da Constituição, embora se pudesse sustentar que esta protecção dos cidadãos já encontra guarida no art. 70º e até no art. 80º do Cód. Civil, dada a sua generalidade.”³⁰⁶

Por fim, haveria uma terceira aceção a respeito da aplicação imediata dos direitos fundamentais que entende que essa aplicação não é ilimitada, incondicionada e indiferenciada. Se o problema que se apresenta é de colisão de direitos fundamentais, então a solução será a aplicação da proporcionalidade, mais especificamente através de sua modalidade estrita – a ponderação de bens³⁰⁷.

A variação absoluta da eficácia parece ter sido abandonada pelo próprio Nipperdey, conforme menciona Ingo Wolfgang Sarlet³⁰⁸. Não poderia ser de outra forma, pois a colisão dos direitos fundamentais demanda uma análise de caso a caso, não se podendo sustentar a sua aplicação absoluta. Além disso, há de se lembrar que o princípio da autonomia privada não pode ser afastado simplesmente da relação interprivada para que prevaleça outro direito fundamental.

A versão fraca muito se confunde com a teoria da eficácia mediata ou indireta dos direitos fundamentais, também devendo ser descartada.

Tomando posição a respeito do tema, parece que a melhor solução, portanto, é a versão em que:

³⁰⁵ Ibidem, p. 312.

³⁰⁶ Carlo Alberto da Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 74.

³⁰⁷ Ingo Wolfgang Sarlet, “Direitos fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação das particulares aos direitos fundamentais”, in: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado*, pp. 138-147 e JJ Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, pp. 1.290-1.294.

³⁰⁸ Ingo Wolfgang Sarlet, “Direitos fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação das particulares aos direitos fundamentais”, in: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado*, p. 122.

- o problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é visto e solucionado como um problema de colisão de direitos;
- a autonomia privada é um bem constitucionalmente tutelado, da mesma forma que os direitos fundamentais;
- o alcance da eficácia imediata em cada caso concreto deve resultar de uma ponderação dos direitos, interesses e bens em jogo.

4.4.1.5. Objeções à teoria da eficácia imediata

Os principais empecilhos levantados contra a doutrina da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas podem ser resumidos nos seguintes pontos:

a) falta de normas expressas nos principais textos constitucionais do mundo ocidental, acatando a eficácia horizontal dos direitos fundamentais;

b) equiparação errônea que se faz entre a relação vertical particular-Estado e a relação horizontal particular-particular. Na primeira, o Estado não é titular de direito fundamental, enquanto que na última temos, em ambos os lados, há titulares de direitos fundamentais;

c) descaracterização do direito privado, pois o recurso aos direitos fundamentais para a solução de conflitos jurídico-civis ameaçaria a identidade desse direito;

d) “panconstitucionalização”, com a conseqüente “colonização” constitucional do direito privado, acarretando uma banalização constitucional. Tornando o Tribunal Constitucional dos países em um Supremo Tribunal de conflitos jurídico-civis;

e) inflação dos direitos fundamentais;

f) princípios da segurança jurídica, do regime democrático e da separação dos poderes. Questiona-se a linguagem imprecisa e aberta das normas de direitos fundamentais que ameaçaria a segurança jurídica nas relações interprivadas, pois essas estariam melhor preservadas com a intermediação do legislador na definição dos termos dessa relação. Por outro lado, argumenta-se que a decisão sobre a vinculação dos particulares é competência do legislador e não do juiz;

g) autonomia privada.

Como observado por Jane Reis Gonçalves Pereira, a oposição a uma eficácia direta dos direitos fundamentais não se centra na inconsistência ou equívocos desta teoria, mas nos efeitos que acarreta. As premissas da teoria oposta - da eficácia medita - estão marcadas por aspectos ideológicos, reflexos de uma opção por um modelo de hermenêutica constitucional e não de uma explicação sobre as funções e os destinatários dos direitos fundamentais³⁰⁹.

A respeito da objeção de que a aplicação imediata dos direitos fundamentais afetaria os princípios do regime democrático e da separação de poderes, há de se observar que (i) nas hipóteses em que o legislador infraconstitucional não criar regulações normativas especificando as bases de aplicação dos direitos fundamentais, e se, em um determinado caso concreto, o juiz não puder solucioná-lo por via das cláusulas gerais, então restarão duas alternativas, ou se nega a eficácia imediata ou se a admite. Esse argumento contraria até a própria teoria da eficácia mediata. Por outro lado, não se está a sobrepor a atividade judicial sobre a legislativa. O que se sustenta é que se há desenvolvimento legislativo e se esse for compatível com a Constituição, o juiz deverá obediência a essas normas.

É o que ensina José Carlos Vieira de Andrade ao analisar o problema da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais na Constituição portuguesa, refere o professor de Coimbra que:

“(...) não deve temer-se que, por esta via, se instale um ‘governo dos juízes’, por estes ficarem com a possibilidade de dominar abusivamente a aplicação das normas de direito privado, substituindo-se ao legislador (e, em certa medida, aos próprios particulares), com o fundamento (afinal, um pretexto) da aplicabilidade imediata dos preceitos constitucionais.

Para além da eventualidade de esse resultado, sem dúvida inconveniente, constituir um risco inevitável, visto que inerente em geral aos poderes de fiscalização judicial da constitucionalidade do direito legislado, pensamos que a extensão da vinculação directa dos direitos, liberdades e garantias aos privados poderosos, tal como entendemos, não o agrava. Na realidade tal vinculação, além de ser limitada às situações de poder (em regra, de pessoas colectivas), há-de ser entendida como uma vinculação *gradativa*, pelo que o juiz não pode deixar de ponderar os valores em jogo, tendo em conta o diferente peso dos direitos e da liberdade nas situações concretas. A isto se somará que, no nosso sistema, não deixa de caber em primeira linha ao *legislador* a regulação imperativa das relações privadas e a resolução dos problemas da colisão entre as liberdades e, em geral, entre os direitos dos particulares nelas envolvidos.”³¹⁰

³⁰⁹ Ibidem, p. 181.

³¹⁰ Idem, “Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares”, in: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 289

Como já referido, a falta de norma constitucional determinando a aplicação imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas não pode ser levada como fator determinante, pois, se não o previu expressamente, também não o proibiu. Trata-se de questão jurídico-constitucional que depende de construção dogmática. Tal como a da máxima eficácia das normas de direitos fundamentais, prevista, em nosso Texto, no § 1º do art. 5º. Assim, é preciso um esforço para analisar o ordenamento jurídico público e privado, equacionando as relações conforme as normas constitucionais.

Não é verdade que o Estado não seja titular de alguns direitos fundamentais, como, o de propriedade. Também na eficácia vertical poderá haver situação entre confronto de direitos do Estado e do particular. Desta forma a solução para esse problema está em equacionar a colisão de direitos fundamentais através da proporcionalidade.

Também parece errôneo falar em uma descaracterização do direito privado, o que há é uma integração, uma complementação com a Constituição, tal qual vem sendo reconhecido pela doutrina da constitucionalização do direito civil. Trata-se de reconhecer o sistema jurídico como um todo, não se admitindo visualizar o direito como compartimentos estanques.

Da mesma forma que as normas de direitos fundamentais, diversos institutos do direito privado são colocados de forma abrangente, ampla ou imprecisa a fim de possibilitar o desenvolvimento desse ramo. A utilização de enunciados imprecisos não é exclusiva das normas de direitos fundamentais.

Defensora da eficácia direta, Benedita Ferreira da Silva Mac Crorie³¹¹ observa que os direitos fundamentais vinculam o poder público, gerando direitos subjetivos aos particulares, independente da indeterminação das normas, não havendo razão para, no âmbito das relações interprivadas, que, eventual indeterminação, seja impeditiva de uma eficácia direta.

Não se pode aceitar a objeção de que a doutrina da aplicação direta dos direitos fundamentais amesquinhas o princípio da autonomia da vontade. Tais quais outros direitos ou princípios constitucionalmente consagrados, a autonomia da vontade deve ser sopesada juntamente com outros princípios ou direitos igualmente importantes para uma sociedade. Os adeptos da eficácia mediata na verdade pregam a *prevalência* da autonomia privada sobre os demais direitos fundamentais, o que não pode ser aceito.

³¹¹ Ibidem, p. 72.

4.4.2. Teoria da eficácia mediata ou indireta (*mittelbare, indirekte Drittwirkung*)

Para os seguidores dessa corrente, desenvolvida pelos ensinamentos de Günther Dürig, que também entendem que os direitos fundamentais constituem uma ordem de valores que se reflete por todo ordenamento jurídico, advogam, no entanto, que uma aplicação direta acarretaria uma estatização do Direito Privado e aniquilação da autonomia privada.

Para essa doutrina, as normas definidoras de direitos fundamentais seriam formas de interpretação, integração das cláusulas gerais e conceitos indeterminados do direito privado.

Os preceitos constitucionais serviriam como:

“(...) princípios de interpretação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados susceptíveis de concretização, clarificando-os (*Wertverdeutlichung*), acentuando ou desacentuando determinados elementos do seu conteúdo (*Wertakzentuierung, Wertverschärfung*), ou, em casos extremos, colmatando as lacunas (*Wertschutzlückenschliessung*), mas sempre dentro do ‘espírito’ do direito privado.”³¹²

Também conhecida por teoria dualista, conforme lembra Benedita Ferreira Da Silva Mac Crorie. Refere a autora que nessa doutrina os direitos fundamentais influenciam, através da concretização das cláusulas gerais e conceitos indeterminados, o direito privado.

Assim, o primeiro destinatário seria o legislador que deve dar efetividade as normas constitucionais, através da atividade legislativa. É o Poder Legislativo que estabeleceria o conteúdo dos direitos fundamentais nas relações interprivadas através da lei, definindo-os e delimitando-os. As normas de direitos fundamentais, no mais das vezes trazem linguagem ambígua e imprecisa, a atividade do legislador infraconstitucional teria a vantagem de eliminar eventuais incertezas que cercariam esses direitos.

Não sendo o caso de haver norma infraconstitucional a respeito, caberia ao Judiciário (i) fazer a interpretação e aplicação das normas de direito privado segundo as normas de direitos fundamentais; e (ii) integração das lacunas e conceitos indeterminados

³¹² José Carlos Vieira de Andrade, “Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares”, in: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 278.

ou abertos – cláusulas gerais - do direito privado conforme os valores estabelecidos nas normas fundamentais. As cláusulas gerais, no direito privado, são recursos de interpretação usados pelo legislador para que, no caso concreto, o juiz possa restringir a autonomia privada e o exercício de direitos ou interesses subjetivos legais³¹³.

Essa é a doutrina que acabou por prevalecer na Alemanha, inclusive adotada pelo Tribunal Federal Constitucional a partir do conhecido caso “*Lüth*” (*BVerfGR7, 198*), de 15 de janeiro de 1958, assim narrado nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet:

“Em 1950, Erich Lüth, diretor do Clube de Imprensa da Hamburgo, sustentou boicote público contra o filme ‘Unsterbliche Gelibte’ (Amada imortal), dirigido pelo cineasta Veit Harlan, que havia produzido filme de cunho notoriamente anti-semita, durante a ditadura nazista. Harlan obteve decisão do Tribunal de Justiça de Hamburgo no sentido de que Lüth se abstivesse de boicotar o filme, com base no parágrafo 826 do Código Civil (BGB). Contra essa decisão, Lüth ingressou com reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) perante a Corte Constitucional, argumentando que a decisão do Tribunal de Hamburgo violou sua liberdade de expressão, que – segundo Lüth – protege também a possibilidade de influir sobre outros mediante o uso da palavra. O Tribunal Constitucional, por sua vez, acolheu o recurso, argumentando que os tribunais civis podem lesar o direito fundamental de livre manifestação de opinião, aplicando regras de Direito Privado. Entendeu a Corte que o Tribunal Estadual desconsiderou o significado do direito fundamental de Lüth (liberdade de expressão e informação) também no âmbito das relações jurídico-privadas, quando ele se contrapõe a interesses de outros particulares.”³¹⁴

Acrescentando informações, Claus-Wilhelm Canaris narra o caso:

“(…) um particular (um cidadão de nome Lüth, que ingressou por força dessa sentença na história do direito alemão) apelara, em 1950, aos proprietários e frequentadores de salas de cinema ao boicote de um novo filme, argumentando que o diretor do mesmo rodara um filme anti-semita durante o período nacional-socialista. Os tribunais cíveis consideraram o apelo um ato ilícito, por ofensivo aos bons costumes no sentido do estabelecido pelo § 856 do BGB [Código Civil Alemão] condenando, por conseguinte, o Sr. Lüth a não repeti-lo.

Em resposta ao recurso constitucional impetrado pelo Sr. Lüth, o Tribunal Constitucional Federal cassou a sentença do tribunal cível, pois este teria, na aplicação do § 826 do BGB, violado o direito fundamental à liberdade de opinião do Sr. Lüth, assegurado pelo artigo 5º, inciso I, da LF.”³¹⁵

Em razão de sua importância para o reconhecimento da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, destaco aqui trecho da decisão proferida pelo BVerfG, traduzida por Benedita Ferreira Da Silva Mac Crorie:

³¹³ Wilson Steinmetz, op. cit., p. 147.

³¹⁴ Idem, *A Constituição Concretizada – Construindo Pontes para o Público e o Privado*, p. 124.

³¹⁵ Claus-Wilhelm Canaris, “A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha”. Trad. de Peter Naumann, in: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, pp. 225-245.

“(...) o juiz tem de verificar se, em virtude de imposição constitucional, as normas materiais de direito civil por ele utilizadas devem ser influenciadas pelos direitos fundamentais. Se for esse o caso, ele terá que ter em consideração a modificação daí resultante para o direito privado, na interpretação e aplicação desses preceitos. (...) Essa influência na ordem objectiva de valores faz-se sobretudo valer através das cláusulas gerais de direito privado, como é o caso do parágrafo 826º do *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB). (...) Apesar disso, o conteúdo normativo dos direitos fundamentais enquanto norma objectiva desenvolve-se, no direito privado, através dos preceitos desse ramo do direito. A contenda mantém-se, material e processualmente, uma contenda de direito civil. É o direito civil que é aplicado e interpretado, ainda que essa interpretação deva obedecer ao direito público, à Constituição.”³¹⁶

Neste caso, a Corte Constitucional alemã consolidou entendimento de que a dimensão objectiva dos direitos fundamentais demanda o dever do Estado de proteger esses direitos contra a agressão ensejada por atos de terceiros³¹⁷. Como bem colocado por Gilmar Ferreira Mendes, há uma evolução da posição do Estado, antes adversário, para guardião dos direitos fundamentais.

A decisão reconheceu os direitos fundamentais como uma ordem de valores que se desenvolve no Direito Privado por meio de dispositivos que regulam a matéria. É o que leciona Claus-Wilhelm Canaris que fundamenta com o seguinte trecho da decisão:

“(...) uma vinculação do juiz aos direitos fundamentais na solução do litígio no campo do direito privado não se verifica de modo directo, mas apenas na medida em que a Lei Fundamental, no seu capítulo sobre os direitos fundamentais, simultaneamente erigiu uma ordem objectiva, que, como decisão jurídico-constitucional fundamental, deve valer para todos os ramos do direito, influenciando, assim também o direito privado.”³¹⁸

A aceitação dessa nova doutrina sofreu resistências. A decisão *Lüth* recebeu severas críticas dos civilistas, sendo qualificada como “*um golpe de estado metodológico*”³¹⁹.

A “*problemática da super-revisão*” é um dos pontos levantados por Claus-Wilhelm Canaris, como risco a ser enfrentado pelo Tribunal Constitucional alemão em face da decisão *Lüth*. Pois o Tribunal corria sérios riscos de se transformar em um tribunal de super-revisão. Observa, no entanto, que o problema cinge-se a uma questão processual-

³¹⁶ Ibidem, p. 27.

³¹⁷ Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, p. 217.

³¹⁸ Idem, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Trad. de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, pp. 43-44.

³¹⁹ Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Trad. de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, pp. 44.

constitucional, sendo resolvido através de uma interpretação restritiva do artigo 93, nº 1, alínea 4a, da Lei Fundamental. Outra crítica, refere-se ao uso do conceito de “*eficácia de irradiação*” dos direitos fundamentais, pois, segundo o autor, existiriam outros mecanismos menos incertos e vagos, tais como o da “*ordem objetiva de valores*” ou da dimensão negativa da proibição de intervenção nos direitos fundamentais, que poderiam fundamentar melhor a decisão.

Adepto da teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais Konrad Hesse expõe seu pensamento da seguinte forma:

“(...) os direitos fundamentais, em geral, não podem vincular diretamente os privados. Ter em conta sua influência sobre o direito privado como parte da ordem jurídica total é, com vista à problemática exposta, em primeiro lugar, tarefa do *legislador de direito privado* – vinculado aos direitos fundamentais – a quem cabe, em suas regulações, concretizar o conteúdo jurídico dos direitos fundamentais, em especial, demarcar reciprocamente posições de privados afiançadas jurídico-fundamentalmente.(...)”

Se o legislador, em suas regulações, emprega, no entanto, conceitos indeterminados ou cláusulas gerais, então direitos fundamentais, para a sua interpretação em cada caso particular, podem tornar-se significativos (‘efeitos diante de terceiros’ indireta); nesse ponto, falta uma concretização legal e é tarefa do juiz satisfazer a influência dos direitos fundamentais na diferenciação necessária, como a concepção predominante na literatura aceita isso, com razão.”³²⁰

Essa teoria tem as seguintes premissas básicas: (i) as relações entre particulares contêm peculiaridades que diferem da relação Estado-particular; (ii) a aplicação imediata dos direitos fundamentais acarretaria a violação do princípio da autonomia privada.

A respeito da autonomia privada, Claus-Wilhelm Canaris³²¹ aponta para o problema de temas do direito privado – em especial, dos contratos e da responsabilidade civil – tornarem-se matéria constitucional. Para o autor, a compreensão da relação entre direitos fundamentais e Direito Privado cinge-se em responder três perguntas: (i) quem é o destinatário dos direitos fundamentais? (ii) de quem é o comportamento objeto do exame realizado com base nos direitos fundamentais, de um órgão público ou de um particular? (iii) em que função – defensiva ou prestativa – se aplicam os direitos fundamentais?³²²

³²⁰ Idem, *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. de Luís Afonso Heck, pp. 281-287.

³²¹ Idem, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Trad. de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, pp. 53.

³²² Idem, “A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha”. Trad. de Peter Naumann, in: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, pp. 225-245.

À primeira questão, Canaris responde que, no direito alemão, somente o Estado é destinatário dos direitos fundamentais, fazendo crítica a aplicação da doutrina da eficácia imediata pois:

“Salta aos olhos que uma aplicação conseqüente dessa doutrina poderia destruir tanto o direito contratual quanto também o direito da responsabilidade extracontratual, pois ambos seriam em larga escala substituídos pelo direito constitucional. Isso contradiz a autonomia do Direito Privado, desenvolvida organicamente no decorrer de muitos séculos, contrariando, também no que diz com o direito alemão, a função dos direitos fundamentais que, em princípio, de acordo com a sua gênese e em consonância com a formulação do seu suporte fático, têm por destinatário direto apenas o Estado e não um particular.”³²³

Quanto à segunda pergunta Canaris entende que não cabe discutir a eficácia externa, pois, segundo a tese prevalente na Alemanha, tanto as normas de direito público, como as de direito privado, têm de ser analisadas à luz do texto constitucional, não havendo necessidade de se apreciar qualquer diferenciação neste ponto.

Por último, os direitos fundamentais, no direito alemão, teriam a função de proibir a intervenção do Estado nos bens jurídicos do cidadão – função defensiva. Isso porque, segundo a doutrina alemã, o Estado é o único destinatário dos direitos fundamentais, cabendo-lhe a proteção do cidadão contra a ação de outro cidadão que viole um direito fundamental.

Citando Dürig e Konrad Hesse, Gilmar Ferreira Mendes³²⁴ parece sustentar a impossibilidade de uma vinculação imediata dos particulares aos direitos fundamentais, em síntese, porque (i) o próprio sistema dos direitos fundamentais possibilita que os indivíduos dêem aos seus negócios jurídicos, conformação não coincidente com tais direitos, prestigiando o princípio da autonomia privada; e (ii) há diferença inconciliável entre as relações Estado-cidadão e cidadão-cidadão, pois nesta última os direitos fundamentais operariam a favor e contra os dois partícipes da relação de direito privado. O prestigiado constitucionalista advoga que existe dentro do sistema jurídico-constitucional meios de aplicação – primeiramente ao legislador caberia a concretização dos direitos, ou através do reconhecimento da irradiação dos efeitos - dos direitos fundamentais sem que seja necessário falar em uma eficácia direta destes direitos. O ponto que nos leva a

³²³ Idem, “A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha”. Trad. de Peter Naumann, in: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 237.

³²⁴ Idem, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, p. 223.

concluir que o prof. Ferreira Mendes adota a teoria da eficácia mediata está neste trecho de seu livro:

“É certo, por outro lado, que, a despeito do esforço desenvolvido pela doutrina, não se logra divisar, com clareza, uma distinção precisa entre a questão material da *Drittwirkung* (eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas) e a questão processual, que alça a Corte Constitucional a um papel de um *Supertribunal de Revisão*.”³²⁵

Além da Alemanha, a Áustria é adepta da doutrina da eficácia mediata ou indireta dos direitos fundamentais. Na França, em que pese esses termos não serem empregados, a jurisprudência aproxima-se desta teoria³²⁶.

4.4.2.1 Variações teóricas

Aponte-se a existência de algumas variações a respeito da teoria de aplicação mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Numa primeira, as normas definidoras de direitos fundamentais somente seriam aplicadas quando houvesse intermediação legislativa, não havendo, seria impossível a incidência de tais normas nas relações particulares. É uma variação que se aproxima em reconhecer um caráter absoluto à autonomia privada.

A segunda variação da teoria da eficácia mediata ou indireta é aquela que prega a preferência legislativa na aplicação dos direitos fundamentais, não havendo essa intermediação, caberia ao juiz decidir o caso concreto mediante o preenchimento das cláusulas gerais do direito privado.

Essa parece ser a tese adotada por Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins³²⁷, que defendem a aplicação mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas. Os autores entendem que, vinculado diretamente, está apenas o Estado, cabendo-lhe, através do Legislativo, promover a proteção dos cidadãos, por meio da atividade legislativa. Caso

³²⁵ Idem, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, p. 229.

³²⁶ Daniel Sarmiento, “A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil”, in: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 219.

³²⁷ Ibidem.

não haja lei a respeito, os direitos fundamentais serão efetivados nas relações privadas através do Judiciário³²⁸.

Segundo DIMOULIS e MARTINS, para se falar em direitos fundamentais há de estar presente uma relação desigual, *verbis*:

“A relação jurídica própria dos direitos fundamentais só é tecnicamente viável entre os tradicionalmente desiguais, quais sejam: o particular e o Estado que tem a obrigação de respeitar os direitos fundamentais, não podendo recorrer a nenhuma prerrogativa normativa, a nenhuma outra face da mesma norma que lhe conferiria o contrário do dever: a atribuição de uma posição jurídica de direito subjetivo.”³²⁹

Os aludidos autores defendem a existência de um dever estatal de tutela, em que, diretamente, somente o Estado estaria vinculado. Não significando que os agentes privados não devem obediência às normas definidoras de direitos fundamentais, apenas que, por via indireta, devem socorrer-se do Judiciário para fazer valer esses direitos³³⁰.

A terceira variante é aquela que defende, no caso de não haver intermediação legislativa e não ser possível a integração do direito privado feito pelo juiz, excepcionalmente, caso seja observada uma desigualdade fática ou de poder entre os particulares, que as normas de direitos fundamentais podem ser aplicadas imediata e diretamente. É o posicionamento de Konrad Hesse sustentando que, se a legislação não dispõe, ou, ainda, o faz de forma incompleta, a respeito do caso, então as normatizações correspondentes devem ser interpretadas “*na luz dos direitos fundamentais.*”³³¹.

Uma última variação é aquela que admite a aplicação das normas de direitos fundamentais nas relações privadas, mas como exceção, independentemente de haver desigualdade de poder entre as partes. Esse parece ser o entendimento de Joaquim de Sousa Ribeiro que, após aferir a conveniência de uma intermediação legislativa no que tange à aplicação dos direitos fundamentais e à existência de agentes detentores de poder social, conclui que:

“(…) mesmo com a exploração apropriada das potencialidades aplicativas de todos os dispositivos de direito civil, não é de excluir a subsistência de lacunas de tutela. Quando assim for, e para salvaguarda de um mínimo de protecção, nada obsta à aplicação directa do preceito constitucional, como norma de carácter imperativo que, nos termos gerais, produz a nulidade dos negócios que o

³²⁸ Ibidem, p. 114.

³²⁹ Ibidem, p. 111.

³³⁰ Ibidem, pp. 111-112.

³³¹ Idem, *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 286.

contrariem, ou, pelo menos, e para quem admitir esse expediente, a redução do seu conteúdo vinculativo, repondo-o dentro da medida admissível.”³³²

Também é o entendimento de Paulo Mota Pinto que exclui a adoção pura das teorias da eficácia mediata e imediata, defendendo a adoção de soluções diferenciadas, havendo de se adotar uma subsidiariedade na aplicação direta. Primeiramente, a aplicação das normas consagradoras dos direitos fundamentais será determinada pelas normas de direito privado, seja através da direta reprodução daquelas, seja por intermédio de conceitos indeterminados ou de cláusulas gerais. Em segundo plano, não havendo a possibilidade de se encontrar norma privada a ser aplicada, excepcionalmente, por meio do controle difuso de constitucionalidade, o julgador deverá aplicar diretamente as normas constitucionais³³³.

Para Mota Pinto, não parece haver relevância a existência de um “*poder privado*” ou uma relação de desigualdade fática que alteraria o caráter jurídico-privado, pois aduz que:

“(…) não parece que a existência de uma situação de ‘poder privado’ ou de desigualdade altere o caráter jurídico-privado de actuação em causa, ou o facto de a entidade em situação de poder igualmente ser titular de direitos fundamentais. Logo, por isto, parecem compreensíveis reservas quanta a uma eficácia vinculativa directa dos direitos fundamentais que dependa dessa característica, equiparando essas entidades privadas a entidades públicas.”³³⁴

Porém, ressalta o ilustre professor lusitano que, no seu núcleo essencial, os direitos fundamentais terão a mesma força vinculativa, seja para agentes públicos como privados. Diz que:

“Na verdade, no seu *núcleo essencial*, que visa proteger a *dignidade humana*, os direitos fundamentais têm como destinatários particulares, na mesma medida em que se dirigem as entidades públicas. (...)”

Assim, por exemplo, terá de considerar-se irrelevante saber se quem impõe trabalho escravo a uma pessoa é o Estado, num estabelecimento penitenciário ou numa empresa pública, ou se o mesmo é feito por um empregador privado – em ambos os casos, a dignidade humana impõe-se directamente perante o lesante.”³³⁵

³³² Ibidem, pp. 729-755.

³³³ Ibidem, pp. 238-240.

³³⁴ Ibidem, p. 240.

³³⁵ Ibidem, p. 241.

Fácil verificar que essas últimas variações muito se confundem ou, talvez melhor, sejam um passo para o reconhecimento da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas.

4.4.2.2. *Objecções à teoria da eficácia mediata*

Uma das críticas apontadas à teoria da eficácia mediata refere-se a seu caráter supérfluo, na medida em que acaba por se reconduzir à noção de interpretação conforme a Constituição. Observa Benedita Ferreira da Silva Mac Crorie que a teoria da eficácia mediata não explica suficientemente o papel dos direitos fundamentais nas relações privadas, pois representa apenas um corolário da afirmação da lei fundamental como norma jurídica e do princípio da interpretação conforme a mesma³³⁶.

A respeito da teoria da eficácia mediata pugnar pela concretização dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, num primeiro momento, pelo legislador e, num segundo, pelo juiz, através da interpretação de cláusulas gerais e abstratas, Juan María Bilbao Ubillos faz as seguintes críticas, que entendemos pertinentes:

“Un derecho cuyo reconocimiento, cuya existencia, depende del legislador, no es un derecho fundamental. Es un derecho de rango legal, simplemente. El derecho fundamental se define justamente por la indisponibilidad de su contenido por el legislador. (...) Quienes defienden la necesidad de una mediación legal como paso obligado para el reconocimiento del derecho están negando, en realidad, la eficacia ‘horizontal’ de los derechos fundamentales, en cuanto tales.

(...) Pero entonces, ¿qué diferencia hay, en la práctica, entre la teoría de la eficacia mediata a través del juez y el principio general de interpretación de todas las normas del ordenamiento conforme a la Constitución? No alcanzamos a ver ninguna, francamente.

Si nos atenemos, pues, a los estrictos términos en que se formula, esta teoría niega realmente la eficacia vinculante de los derechos fundamentales en las relaciones privadas. Al interponerse necesariamente la ley o la cláusula general, lo que se aplica como regla de decisión del litigio es una norma de Derecho privado.”³³⁷

A teoria da eficácia mediata parece ser mera afirmação da força normativa da lei fundamental e do princípio da interpretação conforme a mesma. Não pode ser essa a

³³⁶ Ibidem, p. 63.

³³⁷ Ibidem, pp. 315-316.

força normativa a ser dada às constituições modernas. Há de se reconhecer que as normas constitucionais vão além, sendo condicionantes das relações sociais.

4.4.3. Teoria dos deveres de proteção

Essa corrente decorre de um aprimoramento da tese da eficácia indireta dos direitos fundamentais, que aconteceu na própria Alemanha. Considera-se como primeiro caso em que se adotou essa teoria quando da discussão em torno da legislação que previu a abolição da punição, na esfera penal, da prática do aborto (*Abtreibungsurteil I* ou *Schwangerschaftsabbruch I*, BVerfGE 39)³³⁸.

Posteriormente, o dever de proteção encontrou-se associado a um imperativo de proteção suficiente chamado de princípio da proibição do déficit (*Untermassverbot*)³³⁹, na segunda decisão sobre o aborto do BVerfG. Assim, para a doutrina dos deveres de proteção, o legislador tem a obrigação de concretizar o dever de proteção estatal, mas, para isso, deverá levar em consideração as exigências mínimas do ordenamento jurídico.

A esse respeito, leciona José Carlos Viera De Andrade que o dever de proteção está:

“(...) associado a um imperativo de protecção suficiente, formulado negativamente como *princípio de proibição do défice (Untermassverbot)*, que, ao contrário do princípio simétrico – não tem de ser visto como uma protecção mínima, mas também não impõe uma protecção máxima, seja na medida em que tem de respeitar o *princípio da proporcionalidade* quando atinja outros direitos e liberdades ou valores comunitários relevantes, com relevo especial para a autonomia privada, seja na medida em que há-de respeitar a *liberdade constitutiva do legislador*, que pode e deve graduar a protecção conforme os valores ou bens jurídicos em causa, a intensidade da ameaça e a possibilidade de autodefesa do particular.”³⁴⁰

Verificou-se que as normas definidoras de direitos fundamentais impõem aos órgãos estatais um dever de proteção dos particulares contra agressões aos bens tutelados constitucionalmente, inclusive quando os ataques partirem dos próprios particulares. Trata-se de aspecto positivo dessas normas que, além de exigirem uma

³³⁸ Benedita Ferreira da Silva Mac Crorie, *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, p. 30.

³³⁹ Benedita Ferreira da Silva Mac Crorie, *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, p. 31.

abstenção dos poderes públicos, no que tange a violação por parte destes, demandam, também, uma atuação do Estado no sentido de proteger esses direitos contra atividade indevida de terceiros.

Assim, as normas definidoras de direitos fundamentais necessitam de concretização legislativa a fim de que se delimite o seu conteúdo para que possa gerar direito subjetivo. Subsidiariamente, o Poder Judiciário deve promover a proteção dos direitos fundamentais que sejam violados por outro titular desses mesmos direitos, através do controle de constitucionalidade das normas do Direito Privado.

Afirma Robert Alexy que:

“(…) los derechos a protección son derechos subjetivos constitucionales frente al Estado para que éste realice acciones positivas fácticas o normativas que tienen como objeto la delimitación de las esferas de sujetos jurídicos de igual jerarquía como así también la imposibilidad y la imposición de esta demarcación. (...) Los derechos a protección son, pues, derechos constitucionales a que el Estado organice y maneje el orden jurídico de una determinada manera por lo que respecta a la relación recíproca de sujetos jurídicos iguales.”³⁴¹

Os seus adeptos sustentam a sua preferência em razão de se evitar riscos para a autonomia privada que decorreriam da sujeição dos particulares aos direitos fundamentais de forma direta. Outro argumento é o de que ela evitaria o ativismo judicial, que as outras teorias permitem.

O conceito de dever de proteção é melhor compreendido em face da função clássica dos direitos fundamentais como deveres de proteção. Essa função demanda proteção do Estado quando as ameaças aos direitos fundamentais:

- a) promoverem violação *irreparável*;
- b) não forem *domináveis*; e,
- c) no jogo estabelecido na relação privada não forem reguláveis autonomamente³⁴².

Decisão que adotou essa doutrina foi proferida pelo Tribunal Constitucional alemão na BverfGE 81, 242, em 1990. Neste caso, em síntese, havia confronto entre uma norma do Código Comercial alemão que permitia que as partes em um contrato de representação comercial pactuassem a proibição do ex-representante de exercer negócio no

³⁴⁰ Idem, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 257-258.

³⁴¹ Ibidem, p. 436.

³⁴² Luís Afonso Heck, “Direitos fundamentais e sua Influência no Direito Civil”, in: *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, p. 49.

mesmo ramo, por até dois anos, sem qualquer indenização, e o artigo 12, § 1º, da Lei Fundamental, que ordena ao legislador infraconstitucional o estabelecimento de medidas de proteção ao livre exercício profissional ou ofício frente a restrições contratuais. Entendeu a Corte Constitucional que o legislador privado não promoveu a devida proteção conferida na norma de direito fundamental, afastando o dispositivo do Código Comercial no caso concreto³⁴³.

Claus-Wilhelm Canaris procura fundamentar a sua opção pela teoria dos deveres de proteção através da função dos imperativos de tutela³⁴⁴. Segundo essa função dos direitos fundamentais, em que o Estado é o seu destinatário, caber-lhe-ia proteger um cidadão perante o outro.

A doutrina dos deveres de proteção por vezes parece se confundir com a teoria da eficácia mediata ou indireta, porém, caminha um pouco mais ao entender que o poder estatal, além de estar proibido de intervir na liberdade constitucional do cidadão, está também obrigado a estabelecer meios de proteção eficazes contra outros particulares³⁴⁵. Embora entenda que os direitos fundamentais apenas incidam indiretamente nas relações entre particulares, avança no que tange ao reconhecimento de que cabe aos poderes públicos (legislador, administrador e juiz) a obrigação de velarem para que não exista ofensa aos direitos fundamentais por parte de entidades privadas.

Esse dever de proteção, segundo José Carlos Vieira de Andrade:

“(...) não se resumiria ao cumprimento pontual daquelas imposições expressamente estabelecidas na Constituição, constituiria, para além disso, um *dever geral*, decorrente do princípio do Estado de Direito e do correspondente *monopólio estadual* da autoridade e do uso da força legítima, visto que os particulares, salvo situações excepcionais, só podem evitar ou defender-se das agressões dos seus direitos por outros particulares se os poderes públicos proibirem, prevenirem e reprimirem tais ofensas.”³⁴⁶

O Juiz do Tribunal Constitucional de Portugal, Paulo Mota Pinto, apresenta uma posição um tanto diferente, mas que aceita a função de proteção dos direitos fundamentais. O magistrado parece defender que poderá haver incidência direta das normas de direitos fundamentais nas relações privadas, quando estiver em consideração o

³⁴³ Daniel Sarmiento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 260.

³⁴⁴ Idem, *Direitos fundamentais e direito privado*, p. 58.

³⁴⁵ Jane Reis Gonçalves Pereira, op. cit., p. 163.

³⁴⁶ Idem, “Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares”, in: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 282.

núcleo essencial desses direitos, ou seja, estiver em questão a dignidade da pessoa humana. Fora deste núcleo essencial, o professor considera:

“(…) mais adequada à situação específica das partes nas relações de direito privado uma protecção, pelos entes públicos, de particulares perante outros particulares – que são igualmente titulares de direitos fundamentais -, através do apelo à *função de protecção* dos direitos fundamentais (numa relação triangular lesante-Estado-vítima, portanto). À perspectiva da eficácia ‘horizontal’ directa perante ‘poderes sociais’ é, pois, para lá daquele núcleo essencial, preferível uma impositação com base na função dos direitos fundamentais enquanto *imperativos de tutela*.”³⁴⁷

A crítica que se faz a essa corrente refere-se a ela não responder se os particulares estão vinculados aos direitos fundamentais. Ela apenas reafirma uma função dos direitos fundamentais, o reconhecimento do Estado como vinculado às normas constitucionais. Porém, não enfrenta a questão de os particulares estarem ou não vinculados.

4.4.4. Teoria dos poderes privados

Parte da doutrina diferencia quando nas relações particulares existirem sujeitos que estejam em situação, pelo menos formal, de igualdade, daquelas situações em que um dos agentes privados for detentor de poder social. Nesta hipótese, entende-se que a vinculação aos direitos fundamentais dar-se-á da mesma forma que em relação ao poder público, ou seja, de direta (imediata).

O Estado Liberal de Direito promete a neutralidade e a não intervenção, para o pleno desenvolvimento dos indivíduos, à margem da atuação dos poderes estatais. O Direito privado encarrega-se de estabelecer as regras de convivência entre as pessoas. Neste quadro, não era possível a aplicação dos direitos individuais constitucionais nas

³⁴⁷ Ibidem, p. 125 e ss.

relações privadas, pois se partia da premissa de que essas relações estabeleciam-se entre iguais, livres e autônomos³⁴⁸.

A partir do século XIX multiplicam-se as formas de organização privada, que assumem papel importante em todos os setores sociais, deixando o Estado de exercer certas funções.

A premissa de igualdade nas relações privadas mostra-se falsa. A complexidade da sociedade contemporânea compreende relações jurídicas entre particulares que podem ser qualificadas como *verticais, desiguais ou de sujeição*³⁴⁹.

Partindo dessa situação de fato, Jane Reis Gonçalves Pereira conclui que:

“A tese de que os direitos fundamentais são aplicáveis em relações jurídicas dessa natureza tem em conta, principalmente, a dimensão funcional dos direitos fundamentais. É intuitivo que, quando se vislumbra os direitos fundamentais a partir de sua finalidade – a qual é, em suma, assegurar níveis máximos de autonomia e dignidade aos indivíduos – torna-se pertinente sua aplicação em todas as situações nas quais possa ser comprometida essa esfera de autonomia, sendo irrelevante se isto ocorre em decorrência da atuação de um poder privado ou do público. Se uma das partes encontra-se em situação de sujeição, seu poder de autodeterminação resta aniquilado, não havendo como cogitar-se de aplicação do princípio de liberdade.”³⁵⁰

Parece ser adepto dessa corrente o professor lusitano José Carlos Vieira de Andrade, pois defende a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas quando refere que³⁵¹:

“(…) só deverá aceitar-se esta transposição directa dos direitos fundamentais, enquanto direitos subjectivos, para as relações entre particulares quando se trate de situações em que pessoas coletivas (ou, excepcionalmente, indivíduos) disponham de *poder especial* de carácter privado sobre (outros) indivíduos. Em tais casos, estamos perante relações de poder – e não relações entre iguais – e justifica-se a protecção da liberdade dos homens comuns que estejam em posição de vulnerabilidade.”³⁵²

Continua, Vieira De Andrade, e refere que nas relações entre ‘iguais’, os particulares “não devem ser considerados *sujeitos passivos* dos direitos fundamentais,

³⁴⁸ Jane Reis Gonçalves Pereira, op. cit., p. 146.

³⁴⁹ Jane Reis Gonçalves Pereira, op. cit., p. 147.

³⁵⁰ Ibidem, p. 148.

³⁵¹ Digno de nota, a análise do professor de Coimbra não se refere aquelas entidades privadas que poderiam ser equiparadas às públicas, no que tange ao exercício de poder, no que cairíamos na teoria da *state action*.

³⁵² Idem, “Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares”, in: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 286.

enquanto *direitos subjectivos*, com os deveres típicos correspondentes.³⁵³ Entende que, como princípios de valor objetivo, os direitos fundamentais incidem indiretamente, através da interpretação e aplicação das normas jurídicas ordinárias, nas relações entre particulares³⁵⁴.

O autor analisa o tema levando em conta o dever do Estado em proteger os bens jurídicos e a liberdade contra a violação de terceiros, no que tange ao núcleo essencial dos direitos fundamentais; os direitos fundamentais como princípios de valor objetivo. Neste ponto o professor faz crítica à doutrina tradicional que defende a aplicação indireta dos direitos fundamentais, pois a idéia foi mal defendida:

“(...) porque os seus partidários não se libertaram do peso das concepções liberais-individualistas e deixaram-se influenciar pela circunstância de terem sido o direito civil e o direito penal, na sua ancianidade, que primeiro regularam as relações privadas e definiram os termos em que se assegurariam os direitos pessoais no âmbito dessas relações. É que a essência dessa idéia respeita à necessidade de defesa de uma esfera de liberdade dos homens concretos em face dos poderes públicos, mesmo quando estes pretendem actuar para proteção da liberdade e da dignidade das pessoas.”³⁵⁵

Conclui Vieira De Andrade que o problema resolve-se através da necessária conciliação entre os direitos fundamentais com a “*liberdade negocial e a autonomia privada no direito civil*”³⁵⁶, pois são bens igualmente tutelados constitucionalmente.

Expressamente o professor da Universidade de Lisboa, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, faz referência à necessidade de haver um agente poderoso para que se possa falar em aplicabilidade direta dos direitos fundamentais³⁵⁷. Entende Pereira da Silva que entre iguais, fora do âmbito de relação de poder, só se justifica a aplicação dos direitos fundamentais enquanto dimensão objetiva da ordem jurídica, impondo limites à liberdade individual³⁵⁸.

Adverte, porém, Ingo Wolfgang Sarlet³⁵⁹ que uma boa parcela da doutrina³⁶⁰ aponta para incorreções desta corrente, pois considera que a existência do

³⁵³ Idem, “Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares”, in: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 290.

³⁵⁴ Idem, “Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares”, in: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 291.

³⁵⁵ Idem, “Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares”, in: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, pp. 291-292.

³⁵⁶ Idem, “Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares”, in: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 292.

³⁵⁷ Ibidem, p. 48.

³⁵⁸ Ibidem, p. 47.

³⁵⁹ Idem, *A Constituição Concretizada – Construindo Pontes para o Público e o Privado*, p. 129.

“poder privado” faria com que se alterasse o caráter jurídico-privado da relação, o que não ocorre, vez que, dos dois lados, continuam a figurar entes privados titulares, ambos igualmente, de direitos fundamentais.

Não é o fato de uma das partes na relação privada ser detentora de poder social que fará com que essa relação seja comparável à existente entre o poder público e o particular, pois nesta há evidente relação de subordinação.

Outra crítica que se faz refere-se à generalização das situações, levando sempre a se considerar uma relação de desigualdade entre as partes, uma vez que nem sempre se estará em face de uma perturbação da liberdade de negociação do contrato.

Por derradeiro, o último ponto a ser considerado pelos opositores desta doutrina refere-se à estatização (socialização) do Direito Privado. Neste sentido, cabe ao legislador a proteção dos direitos fundamentais frente a outros particulares, criando instrumentos de proteção para tanto.

Para Paulo Mota Pinto, antes de se levar em consideração a existência de “poderes sociais” ou “poderes privados”, com a conseqüente posição de desigualdade, o que é imperativo a considerar é se a incidência dos direitos fundamentais decorre de violação a seu núcleo essencial. Aferir se há violação à dignidade da pessoa humana, a qual faz com que sejam destinatários dos direitos fundamentais tanto os entes privados como públicos³⁶¹.

Conclui Ingo Wolfgang Sarlet³⁶² que, para esses casos, em que há o poder social, deve ser dada a mesma solução que nos demais de eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas, cabendo ao legislador, inicialmente, o dever de atuar na correção de eventuais distorções referentes à desigualdade entre os particulares. Em última instância, cabe ao Judiciário o dever de proteção dos direitos, inclusive com a integração das leis infraconstitucionais.

4.4.5. A teoria da convergência estatista (Alemanha)

³⁶⁰ O autor faz referência a KLAUS STERN, KONRAD HESSE e CLAUS-WILHELM CANARIS, doutrinadores alemães que criticam essa concepção.

³⁶¹ Ibidem, p. 370.

³⁶² Idem, *A Constituição Concretizada – Construindo Pontes para o Público e o Privado*, p. 132.

Essa teoria foi desenvolvida por Jürgen Schwabe, em 1971, na Alemanha, e nega a relevância em discutir se os direitos fundamentais demandam uma eficácia direta ou indireta nas relações privadas, uma vez que a atuação dos particulares no exercício de sua autonomia privada decorre sempre de uma autorização do Estado. Desta forma, em última análise, será sempre este o responsável por virtual violação de direito fundamental dentro de uma negociação privada, pois lhe incumbe o dever de evitar a ocorrência de tais danos³⁶³.

Da mesma forma, Schwabe entende desnecessária a doutrina dos deveres de proteção, argumentando que, ao não proibir a atividade particular atentatória de um direito fundamental, o Estado está a permiti-la, sendo partícipe dessa conduta lesiva.

Essa corrente extrai do monopólio estatal a idéia da responsabilidade pública por qualquer agressão, pelos agentes privados, dos direitos fundamentais de uma pessoa, pois entende ser essa ofensa imputada ao Estado, que a permitiu por uma lei, ou sua ausência, quando não resultar de falta de prevenção ou repressão.

Assim, citando Schwabe, ensina Robert Alexy que esta teoria baseia-se no fato dos:

“(...) deberes de protección y, por lo tanto, también de derechos a protección es superflua e induce a error. Lo que se pretende con ellos podría lograrse más fácilmente y mejor dentro del marco de la ‘función denegatória’ de los derechos fundamentales. Su fundamentación es de una fascinante simplicidad. Si el Estado no prohíbe las intervenciones de particulares en bienes protegidos iusfundamentalmente, como la vida y la salud, entonces las *permite*. Pero, a las permisiones estatales corresponden *deberes de tolerancia*. El Estado, al proteger actividades privadas ‘a través de la regulación jurídica, la actividad judicial y la intervención ejecutiva’, *participaría* en el proceso de lesión que, por lo tanto, debería serle imputable.”³⁶⁴

Lapidando o conceito da teoria da Schwabe, Alexy explica que não é qualquer conduta que não está proibida que, lesando um direito fundamental, pode ser atribuída ao Estado. Caso assim fosse, o Estado participaria em toda ação humana não proibida e este não é o sentido que se deve dar a teoria de imputação de Schwabe, mas sim que:

“Lo que puede querer decirse con ella es que el Estado tiene un determinado tipo de responsabilidad por determinadas acciones de un ciudadano con respecto a otro. Las acciones por las que tiene una responsabilidad son intervenciones privadas en bienes iusfundamentales como la vida, la libertad y la propiedad. La

³⁶³ Jane Reis Gonçalves Pereira, op. cit., p. 164.

³⁶⁴ Ibidem, p. 442.

responsabilidad que tiene el Estado puede consistir sólo en un deber de prohibir determinadas intervenciones de terceros en bienes protegidos iusfundamentalmente. Pero, con esto, el *deber* de prohibir las intervenciones es el punto angular constructivo. En cambio, la mera permisión no dice todavía nada acerca de la participación y la imputación. (...) Lo decisivo son siempre los deberes estatales de protección y los correspondientes derechos a protección. La no prohibición, es decir, permisión de Estado, puede constituir una lesión de los derechos a protección; una intervención en un derecho de defensa, no.”³⁶⁵

Arguta observação faz Gilmar Ferreira Mendes ao referir que a orientação de Schwabe em muito se assemelha à doutrina americana da *state action*. A diferença reside no fato de que, para Schwabe, não há que se cogitar de uma eficácia horizontal, pois os direitos fundamentais devem ser aplicados até mesmo contra uma decisão estatal³⁶⁶.

Apesar de considerar a relevância da tese da “convergência estatista”, Ingo Wolfgang Sarlet critica essa concepção que parte de premissa equivocada, qual seja, a de que o Estado está a corroborar a atividade privada violadora de direito fundamental, quando não evita essa conduta pelos meios colocados a sua disposição³⁶⁷. Observa Wolfgang Sarlet que o particular, por sua condição de ser humano dotado de vontade, é livre em escolher os atos que lhe convier, independentemente de consideração do Estado.

Por outro lado, fica difícil compatibilizar a teoria de Schwabe e o princípio da autonomia privada e o direito geral de liberdade. Se numa negociação o particular permitir uma restrição ou violação do seu direito, como atribuir ao Estado tal conduta?

A ordem jurídica está baseada no princípio da liberdade, sendo que os indivíduos não atuam por delegação do Estado, mas segundo a sua vontade, sendo responsáveis por seus atos.

Não é outro o entendimento de José Carlos Vieira de Andrade ao referir que essa concepção não é defensável

“(…) no âmbito de uma ordem jurídica baseada no princípio da liberdade, em que os indivíduos não actuam por delegação estadual e são responsáveis pelos seus actos, de modo que a ausência de intervenção pública, designadamente normativa, não torna lícita nem autoriza necessariamente a actuação privada. A idéia de liberdade e de responsabilidade individual pela ofensa de direitos fundamentais de outrem vale, quer no âmbito contratual (em que haverá uma autolimitação), quer nas relações extracontratuais (em que a ofensa é directamente imputável ao particular), de modo que o Estado só pode ser corresponsabilizado na medida em que haja incumprimento de um dever específico, seja de um dever específico de protecção do legislador, seja de um

³⁶⁵ Ibidem, pp. 443-444.

³⁶⁶ Idem, “Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. Análise da jurisprudência da Corte Constitucional alemã”, *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, pp. 33-44.

³⁶⁷ Idem, *A Constituição Concretizada – Construindo Pontes para o Público e o Privado*, p. 136/138.

dever específico de cumprimento da lei pelo poder administrativo ou judicial.”
368

4.4.6. A teoria da *state action* (Estados Unidos da América)

Nos Estados Unidos, a discussão sobre a possibilidade de invocar os direitos civis nas relações entre pessoas privadas começou entre os anos de 1944 e 1948, quando a Suprema Corte julgou se a 14ª Emenda seria aplicada na atividade privada³⁶⁹. A solução estabelecida consistiu em tratar o problema como uma questão de imputação.

Para a doutrina e jurisprudência dos Estados Unidos da América, os direitos fundamentais vinculam única e exclusivamente o Estado e, portanto, não podem ser invocados nas relações privadas. Fundamentam esse entendimento na literalidade do texto da *Bill of Rights* da Carta americana, que se refere apenas aos poderes públicos na maioria das suas cláusulas consagradoras de direitos fundamentais. Outro argumento é o pacto federativo, pois cabe aos Estados, e não à União, legislar sobre direito privado³⁷⁰.

No entanto, os órgãos jurisdicionais procuraram relativizar esse entendimento, dilatando os conceitos de poder público e atividade estatal, através da chamada *public function theory*. Assim, pode-se opor violação a um direito fundamental quando: (i) o ente privado exerce função estatal típica; (ii) quando se possa imputar ao Estado a responsabilidade pela conduta praticada pelo ente privado.

Leciona Juan Maria Bilbao Ubillos que:

“(...) duas têm sido as vias apontadas na jurisprudência da Corte Suprema para ampliar com caráter excepcional o raio de ação das garantias constitucionais: o exercício por um sujeito aparentemente privado de uma função própria do Estado e a existência de contatos ou cumplicidades suficientemente significativas para implicar o Estado na conduta de um ator privado. As duas conduzem ao mesmo resultado: ao responsabilizar-se o Estado do ato impugnado, consegue-se prolongar essa especial tutela das liberdades de tal sorte que determinadas controvérsias surgidas entre particulares, excluídas, em princípio, deste âmbito constitucionalmente protegido, acabam compreendidas finalmente nele.”³⁷¹

³⁶⁸ Idem, “Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares”, in: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 283.

³⁶⁹ Jane Reis Gonçalves Pereira, op. cit., p. 133.

³⁷⁰ Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 228.

³⁷¹ BILBAO UBILLOS, Juan. *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado (la noción de state action en la jurisprudencia norteamericana)*. Madrid, MacGraw-Hill, 1997, pp. XV-XVI.

Observa o professor da Universidade de Valladolid que essa construção jurisprudencial não questiona em nenhum momento o princípio do sistema jurídico norte-americano, de que os direitos fundamentais expressos na Constituição apenas vinculam os órgãos e instituições do Estado. Essa teoria apenas amplia o raio de ação dos direitos fundamentais, no sentido de abarcar ações de entidades que exercem funções consideradas de interesse público³⁷².

Podemos citar como os casos mais emblemáticos de aplicação dessa teoria os seguintes:

a) *March* v. *Alabama* (<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=326&invol=501>) – a questão cingia-se em saber se uma empresa privada, que possuía terras no interior das quais localizavam-se ruas, residências, estabelecimentos comerciais, etc., pode-se ou não proibir Testemunhas de Jeová de pregar no interior de sua propriedade. A *Supreme Court* considerou tal proibição inválida, pois ao manter uma “*cidade privada*”, a empresa equipara-se ao Estado e está, sujeita à 1ª Emenda da Constituição norte-americana, que assegura a liberdade de culto.

b) *Shelley* v. *Kraemer* (<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=334&invol=1>) – em que questionou-se acordo privado que vincula os proprietários de vários imóveis de uma região a uma proibição de aliená-los a pessoas pertencentes a uma minoria racial. A *Supreme Court* considerou que, se os órgãos judiciais tutelassem o direito dos autores com base nessa forma de acordo, estaria autorizando uma discriminação contrária à Constituição. Reconheceu-se a presença da *state action* no caso, para rejeitar a ação.

A jurisprudência norte-americana mantém-se presa à concepção liberal de que os direitos fundamentais são oponíveis apenas contra o Estado, em parte pelo fato do texto constitucional apontá-lo, de forma expressa, como destinatário dos direitos civis. Invocam a autonomia privada como argumento teórico, considerada como a liberdade básica entre as concepções de liberdade. Outro argumento levantado, refere-se ao pacto federativo, pois, lá, compete aos Estados-membros, e não à União, legislar sobre Direito Privado.

Apud STEINMETZ, Wilson. *A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2004, p. 179.

³⁷² Ibidem, p. 320.

Jane Reis Gonçalves Pereira aponta que a imprecisão e incoerência dos pontos colocados pela jurisprudência norte-americana sob o título da *state action doctrine*, torna-a alvo de severas críticas da doutrina³⁷³.

O conceito da *state action* procura responder se uma conduta praticada por um particular pode ser considerada equivalente a uma ação estatal para efeito de incidência da 14ª Emenda. A Suprema Corte tende a reconhecer esta equivalência quando:

“(...) o ato lesivo é praticado com algum tipo de participação ou influência do Estado, bem como quando os poderes privados, em seu conteúdo, mostram-se semelhantes às ações praticadas pelo Estado.”³⁷⁴

A origem remota da *state action doctrine* pode ser encontrada no julgamento do *Civil Rights Cases* de 1883, em que a Suprema Corte declarou inconstitucional o *Civil Rights Act* de 1875, que estabelecia medidas visando combater a discriminação racial em locais públicos (teatros, hotéis, restaurantes, meios de transporte etc.), contemplando conseqüências penais e civis aos particulares. A Suprema Corte entendeu que o Congresso, que editou o *Civil Rights Act* com fundamento na 14ª Emenda, só poderia legislar para assegurar a efetivação da emenda em relação aos atos estatais (*state action*), uma vez que as liberdades nela enunciadas não alcançariam as relações privadas³⁷⁵. Posteriormente, a Suprema Corte reconheceu que a proteção pela Emenda 14 devia ser aplicada também nas situações em que indivíduos privados, a pretexto de exercer poderes estatais, atuassem extrapolando os limites da lei - *Ex parte Virgínia*, [100 U.S. 339 (1879)] - ou, ainda, violando a lei - *Raymond v. Chicago Union Traction Co.* [207 U.S. 20 (1907)]³⁷⁶.

Outras decisões importantes foram tomadas pela Suprema Corte nos denominados *white primry cases*. Essa Corte Constitucional decidiu que a resolução do Partido Democrata, que limitava a participação nas eleições primárias aos brancos, violava a 14ª Emenda³⁷⁷. Adotou-se o entendimento que o comitê partidário exerce um poder atribuído pelo Estado, devendo, portanto, ser considerado uma agência estatal³⁷⁸. Essa decisão foi aprimorada no julgamento *Smith v. Allwright* [321 U.S. 649 (1944)], na qual a Corte entendeu que o partido, ao conduzir as eleições primárias atua como uma agência

³⁷³ Ibidem, p. 170.

³⁷⁴ Jane Reis Gonçalves Pereira, op. cit., p. 171.

³⁷⁵ Jane Reis Gonçalves Pereira, op. cit., pp. 171-172.

³⁷⁶ Jane Reis Gonçalves Pereira, op. cit., p. 172.

³⁷⁷ *Nixon v. Condon* [286 US 73 (1932)].

³⁷⁸ Jane Reis Gonçalves Pereira, op. cit., p. 173.

pública. Assim, como as primárias integram a engenharia eleitoral, as mesmas vedações que limitam a discriminação nas eleições devem a elas ser aplicadas.

A despeito dessas decisões, pairava dúvida a respeito de qual deveria ser a relação necessária de “cumplicidade” entre o Estado e o particular para invocar-se a Emenda. A Suprema Corte recorreu a *doctrine* para solucionar conflitos decorrentes de acordos restritivos que discriminavam determinadas raças no mercado imobiliário, consistentes, basicamente, em cláusulas contratuais que obrigavam o adquirente de um imóvel a não vendê-lo ou alugá-lo à pessoa de determinada raça ou nacionalidade³⁷⁹. É paradigmático o caso referido anteriormente *Shelley vs. Kraemer* [334 US (1948)].

Apesar dessa evolução da *state action doctrine*, a partir da década de 70, a Suprema Corte passa a restringir o seu conceito, não aceitando a aplicação dos direitos civis em várias situações³⁸⁰:

1) *Jackson v. Metropolitan Edison Co.* [419 US 345 (1974)] – entendeu-se que a interrupção do fornecimento de corte de energia elétrica por falta de pagamento não está sujeita ao *due process*, se o serviço é prestado por uma empresa privada.

2) *Flag. Bros. Inc. v. Brooks* [436 US 149 (1978)] – decidiu-se que a venda, por parte de um armazém, de bens por ele guardados para custear as taxas de armazenagem não pagas não constitui uma ação estatal. A proprietária dos bens vendidos sem autorização sustentou que não havia sido observado o devido processo legal, pois o armazém, pessoa privada, não poderia promover a execução coercitiva de seus contratos. A Suprema Corte entendeu que muitas das funções tradicionalmente exercidas pelo Estado não são a eles reservadas.

Uma síntese da doutrina da *state action* pode ser extraída do julgamento do caso *Lugar v. Edmondson Oil Co* [457 U.S. 922 (1982)]:

“Nossos precedentes têm insistido em que a conduta supostamente causadora da privação de um direito constitucional (federal) seja razoavelmente atribuível ao Estado. Esses precedentes traduzem uma abordagem bipolar do problema da ‘atribuição razoável’. Em primeiro lugar, a privação tem que decorrer do exercício de algum direito ou prerrogativa criada pelo Estado ou por uma pessoa pela qual o Estado seja responsável. (...) Em segundo lugar, a pessoa acusada de causar a privação há de ser alguém de quem razoavelmente se possa dizer que se trata de um ‘ator estatal’. Isto por ser ele uma autoridade do Estado, por ter atuado juntamente com uma autoridade estatal ou por ter obtido significativa

³⁷⁹ Jane Reis Gonçalves Pereira, op. cit., p. 176.

³⁸⁰ Jane Reis Gonçalves Pereira, op. cit., pp. 176-177.

ajuda de agentes estatais, ou porque a sua conduta é de alguma forma atribuível ao Estado.”³⁸¹

Embora dominante nos Estados Unidos, algumas vozes estão surgindo, questionando os equívocos desta construção jurisprudencial. Daniel Sarmiento apresenta como críticos à doutrina da *state action* o prof. Erwin Chemerinsky, John E. Nowak e Ronald D. Rotunda³⁸².

O prof. Chemeinsky, no artigo *Rethinking State Action*, nos anos 80, sustentou que (i) essa doutrina está apenas olhando um dos lados da questão, pois ao se reconhecer a liberdade de alguém para violar um direito fundamental de terceiro, ocorre uma restrição ao direito desta vítima. (ii) É que a autonomia dos Estados – em face do pacto federativo norte-americano - tem limites na própria Constituição americana. Conclui o professor que a *state action doctrine* deve ser substituída por um juízo de ponderação, em que os tribunais, em cada caso, avaliariam o que seria mais importante proteger: a liberdade individual ou o direito fundamental.

Os professores John E. Nowak e Ronald D. Rotunda entendem, de forma semelhante, que a doutrina prevalente nos Estados Unidos deve ser substituída por meio de uma ponderação de interesses. A posição defendida por eles muito se aproxima da teoria dos deveres de proteção, pois entendem que sempre que houver uma lesão a um direito fundamental, haverá omissão do Estado, que não vedou tal conduta, cabendo aos tribunais ponderar, de um lado, a liberdade do particular ao lesionar o direito fundamental, e, de outro, o direito da vítima.

Também adota a *state action doctrine* o direito constitucional do Canadá, conforme se verifica na decisão do caso *Retail, Wholesale & Department Store Union, Local 580 v. Dolphin Delivery Ltd.*, apreciado pela Suprema Corte em 1986, em que se decidiu que os direitos fundamentais não são aplicáveis aos litígios privados³⁸³.

Essa doutrina é passível das críticas mencionadas pela maioria dos autores, pois está atrelada a uma visão liberal, fazendo com que surjam duas realidades éticas, em que numa observam-se os direitos fundamentais, enquanto noutra isso não ocorre.

³⁸¹ Daniel Sarmiento, “A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil”, in: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 205.

³⁸² Daniel Sarmiento, “A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil”, in: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 207-209.

4.4.7. Teoria integradora de Alexy

O doutrinador alemão Robert Alexy propôs³⁸⁴ um modelo diferenciado que integra as três teorias básicas³⁸⁵: da eficácia mediata, da eficácia imediata e a da imputação de Schwabe. Alexy observa que as três teorias têm como pontos em comum: (i) o reconhecimento de que na relação entre particulares, ambas as partes são titulares de direitos fundamentais; (ii) que, por essa razão, a eficácia deve ser graduada; (iii) que a medida da eficácia deve ser definida pela ponderação³⁸⁶.

A teoria de Alexy propõe um modelo em três níveis:

“(…) el de los deberes del Estado, el de los derechos frente al Estado y el de las relaciones jurídicas entre sujetos del derecho privado. Entre estos tres niveles no existe una relación de gradas sino una relación de implicación recíproca.”³⁸⁷

Assim, num primeiro nível estaria a teoria da aplicação mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, situada ao nível de deveres do Estado. Nas palavras de Alexy:

“La teoría del efecto mediato en terceros está situada en el nivel de los deberes del Estado. El hecho de que las normas iusfundamentales, en tanto principios objetivos (orden objetivo de los valores), valgan para todos los ámbitos del derecho implica que el Estado está obligado a tenerlas en cuenta tanto en la legislación civil como en la jurisprudencia civil.”³⁸⁸

Segue explicando sua formulação, através de excerto do multicitado caso

Lüth:

“Por mandato constitucional, el juez debe examinar si las prescripciones materiales de derecho civil que tiene que aplicar están influenciadas iusfundamentalmente en la manera descrita; si tal es el caso, entonces, en la

³⁸³ Daniel Sarmiento, “A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil”, in: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 209.

³⁸⁴ *Ibidem*, pp. 511-524.

³⁸⁵ Wilson Steinmetz, *op. cit.*, p. 181.

³⁸⁶ *Ibidem*, p. 514.

³⁸⁷ *Ibidem*, pp. 516

³⁸⁸ *Ibidem*, p. 516.

interpretación y aplicación de estas prescripciones, tiene que tener en cuenta la modificación del derecho privado que de aquí resulta.”

Num segundo nível encontram-se os direitos frente ao Estado, ou seja, o direito de ser protegido pelo Estado, em face de lesões a direitos fundamentais praticados por terceiros. Exemplificando com o caso *Blinkfüer*³⁸⁹, Alexy sustenta que se deve aplicar a teoria da proteção estatal, direito frente ao Estado, para reclamar proteção em face de conduta realizada por terceiros que atentem contra os direitos fundamentais. Trata-se de violação de um direito fundamental de status positivo frente ao Estado³⁹⁰.

No último patamar trata dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre agentes privados, sustentando a aplicação direta desses direitos. Mas por efeito imediato em relação a terceiros, deve-se (i) excluir os direitos do cidadão perante o Estado e (ii) não se pode simplesmente trocar o destinatário dos direitos fundamentais frente ao Estado³⁹¹.

Por efeito imediato em relação a terceiro deve-se entender:

“(…) en que, por razones iusfundamentales, en la relación ciudadano/ciudadano existen determinados derechos y no-derechos, libertades y no-libertades, competencias y no-competencias que, sin estas razones, no existirían. Si se define de esta manera el concepto de efecto inmediato en terceros, de la teoría de los efectos mediatos en terceros y de los efectos en terceros a través de la mediación del Estado, surge un efecto inmediato en terceros.”³⁹²

Alexy demonstra a sua teoria através da decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, no já citado caso *Blinkfüer*:

“El Tribunal Constitucional Federal comienza con la constatación de que el orden objetivo de valores que subyace a la sección de derechos fundamentales influye en la cuestión de saber qué es contrario a derecho en el sentido del § 823 párrafo 1 BGB. Esto responde a la teoría del efecto mediatos en terceros. La Corte de Justicia Federal había llegado a la conclusión de que el llamado a boicot de la Editorial Springer no era contrario a derecho. Esto significaba que el editor de ‘Blinkfüer’ no tenía frente a la Editorial Springer ningún derecho a que ésta omitiera su llamado a boicot. Como se ha mostrado más arriba, este no-derecho del editor de ‘Blinkfüer’ a la omisión es equivalente a una permisión de la Editorial Springer a llevar a cabo el llamado a boicot. De acuerdo con el Tribunal Constitucional Federal, los principios iusfundamentales exigen justamente el resultado opuesto. Esto significa que, *sobre la base* de los principios iusfundamentales, existe un derecho del editor de ‘Blinkfüer’ frente a

³⁸⁹ BVerfGE 25, 256: o caso trata do direito fundamental da liberdade de imprensa. A Editora Springer convocou os comerciantes de diários e revistas a um boicote a revista *Blinkfüer*, com a ameaça de sanções comerciais para os que não aderissem ao boicote.

³⁹⁰ Ibidem, pp. 518-519.

³⁹¹ Ibidem, p. 520.

³⁹² Ibidem, p. 521.

la Editorial Springer a que omita el llamado a boycott. Este derecho es equivalente a la obligación de la Editorial frente al editor a omitir el llamado a boycott. Por lo tanto, los principios iusfundamentales conducen a derechos y deberes en relaciones entre iguales que, debido a la vigencia de estos principios relativa a la Constitución, son necesarios pero que, sin su vigencia no lo serían. Este es un efecto inmediato en terceros. La teoría del efecto mediato en terceros tiene, pues, como consecuencia necesariamente un efecto inmediato en terceros.

Lo mismo vale para la teoría del efecto en terceros a través de la mediación del Estado. Como ya se expuso, la Corte de Justicia Federal lesionó el derecho del editor de 'Blinkfuer' a una protección en la relación entre iguales. Lesionó este derecho porque no tomó en cuenta en la debida medida el principio iusfundamental que apoyaba la posición que había hecho valer el editor. Pero, esto presupone la existencia de un derecho definitivo del editor frente a la Editorial a la omisión del llamado a boycott, exigido por el principio iusfundamental."³⁹³

Ora, percebe-se que pelo modelo de Alexy, na verdade ele prega, em última análise, a eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Os dois primeiros níveis de sua teoria referem-se à vinculação do Estado aos direitos fundamentais, como destinatário nato desses direitos, devendo realizar a sua promoção através da lei ou dos atos jurisdicionais.

4.5. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e o princípio da autonomia privada

Ao se falar da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, não poderíamos deixar de passar, mesmo que sucintamente, sobre o princípio da autonomia privada, vez que é este que, no mais das vezes, é posto em conflito com outros direitos fundamentais.

A autonomia privada é pedra angular, princípio fundamental do direito privado³⁹⁴, podendo ser definido como a faculdade atribuída aos particulares de, livremente, estabelecerem regras sobre os próprios interesses (bens e direitos). Conforme Carlos Alberto Da Mota Pinto a autonomia da vontade ou autonomia privada:

“(...) consiste no poder reconhecido aos particulares de auto-regulamentação dos seus interesses, de autogoverno da sua *esfera jurídica*. Significa tal princípio

³⁹³ Ibidem, pp. 521-522.

³⁹⁴ Carlo Alberto da Mota Pinto, op. cit., p. 83.

que os particulares podem, no domínio da sua convivência com os outros sujeitos jurídico-privados, estabelecer a ordenação das respectivas relações jurídicas.”³⁹⁵

A autonomia privada é tema muito caro ao ser humano. A liberdade de atuação do particular também é direito constitucionalmente protegido. A sua eventual restrição deve ser feita com cautela e de acordo com os ditames constitucionais.

Pois bem, o problema cinge-se em saber se os direitos fundamentais são capazes de limitar esse princípio do direito privado; em caso positivo, de que forma e em que medida.

Como se trata de um direito constitucionalmente tutelado – autonomia privada -, podemos concluir que se trata de uma colisão entre direitos fundamentais em sentido amplo. Desta forma, a solução encontra-se na teoria dos princípios através da aplicação da proporcionalidade. Como já visto anteriormente.

Assim, os princípios, como mandamentos de otimização, determinam que algo seja realizado na maior medida possível. A solução para o caso de conflitos entre princípios se resolve pela ponderação de interesses, ou seja, no caso concreto, deve-se verificar qual o princípio prevalente, o que não significa em estabelecer uma escala entre os princípios, vez que um mesmo princípio, preterido por outro em determinado caso, pode vir a prevalecer sobre o mesmo princípio em outra situação. Porém, nessa ponderação, é muito importante que sejam fixados parâmetros para o julgamento dos juízes, a fim de que preserve o princípio da segurança jurídica.

A aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas não está a imiscuir-se na autonomia privada, mas a reforçá-la, pois somente com a equalização das forças dos particulares, através daqueles direitos, é que se poderá pensar na livre escolha de atuação privada. Isso é observável, principalmente, nas relações trabalhistas e consumeristas.

No entanto, não apenas quando houver uma desigualdade fática dever-se-á impor a observância dos direitos fundamentais, também nos casos de relações entre iguais a regra deve ser a mesma, pois, do contrário, poderemos vislumbrar violações igualmente inaceitáveis. Porém, nesses casos, a proteção à autonomia privada será mais intensa do que nos casos em que haja desigualdade material entre as partes, pois se presume que o agente agiu com maior liberdade ao admitir a restrição ao seu direito fundamental.

³⁹⁵ Ibidem, p. 89.

Outro parâmetro a ser levado em conta na equalização do confronto entre autonomia privada e direito fundamental é a essencialidade deste direito. Explicando, quanto mais essencial para o ser humano for o direito, maior deve ser a sua proteção em face da autonomia privada. Por outro lado, quanto menor for a sua essencialidade, maior privilégio dar-se-á à autonomia privada.

Assim, por exemplo, ponderam os autores que caso ficasse acertado, em um contrato de locação - relação exclusivamente econômica -, que o inquilino poderia ser despejado caso recebesse em sua casa pessoas de cor negra, a autonomia privada deve ceder terreno na ponderação com o direito fundamental. Por outro lado, não se pode obrigar a uma pessoa a receber em seu círculo de amizade - direito à intimidade, vida privada -, pessoa dessa raça se não for de sua vontade.

Mais outro *standard* a balizar o problema está no fato de ter havido ou não consentimento do titular do direito fundamental violado. Quando o agente celebra em comum acordo ato que irá prejudicar seu direito, a incidência da autonomia privada será maior do que naqueles casos em que o agente não teve qualquer participação, como, no caso de rescisão unilateral de contrato de trabalho pelo fato do empregado ser portador do vírus do HIV.

Importante questão levantada neste ponto refere-se à validade da renúncia ao exercício do direito fundamental. Trata-se de tema complexo, que não pode ser examinado neste trabalho, pois fugiria ao objeto. Porém, é incontroverso que existem dois limites claros que não podem ser violados: (i) a vontade do agente deve ser verdadeiramente livre; e (ii) a renúncia não pode atingir o princípio da dignidade da pessoa humana.

Na aplicação do direito fundamental entre agentes privados deverão ser matizados os seus efeitos, compatibilizando-os com os parâmetros advindos do princípio da autonomia da vontade. A esse respeito, Juan María Bilbao Ubillos cita decisão do Tribunal Constitucional da Espanha, Sentença n. 177/1988, de 10 de outubro, em que a corte decidiu que:

“(...) ‘las relaciones entre particulares, si bien con ciertas matizaciones, no quedan excluidas del ámbito de aplicación del principio de igualdad’. Ahora bien, este principio ‘no puede tener aquí el mismo alcance que em otros contextos’. Há de tenerse em cuenta, em efecto, que ‘en el ámbito de las relaciones privadas... los derechos fundamentales y, entre ellos, el principio de igualdad, han de aplicarse matizadamente, pues han de hacerse compatibles con

otros valores o parámetros que tienen su último origen en el principio de la autonomía de la voluntad.”³⁹⁶

4.6. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e o princípio da igualdade

No item anterior tratamos da relação entre a autonomia privada e os direitos fundamentais. Foi abordado o aspecto positivo, ou seja, se os particulares, na liberdade de contratar, podem restringir ou violar direitos assegurados constitucionalmente.

Agora iremos tratar do aspecto negativo, da colisão entre o princípio da autonomia privada, concretizado na liberdade negativa de contratar, e o direito constitucional de tratamento isonômico.

Ninguém duvida que o tratamento isonômico é direito tratado constitucionalmente, conferindo aos indivíduos o direito fundamental de igualdade de tratamento.

Procura-se responder se o princípio da igualdade vincula os particulares em suas relações? Em caso positivo, como e qual o alcance dessa eficácia?

Para Wilson Steinmetz³⁹⁷, deve prevalecer nas relações privadas o princípio da liberdade, mais precisamente o princípio da autonomia privada. Não se pode obrigar, sempre, o particular a agir de forma racional e objetiva, excluindo eventuais preferências de foro íntimo, decisões movidas por sentimento de simpatia ou empatia. Exemplifica dizendo que o testador não está obrigado a dividir em partes iguais os bens constantes da parte disponível, o comerciante a dar igual desconto a amigos e a não amigos, etc.

No entanto, continua Steinmetz, isso não quer dizer que em determinados casos excepcionais, o princípio da igualdade, na dimensão positiva, não vincule os particulares. Há casos em que se exige o tratamento igual para os iguais e o tratamento diferenciado para os desiguais. Exemplifica através de casos em que o particular detém posição monopolista ou oligopolista (companhia de energia elétrica, de telefonia, etc.), ou poder social (*e.g.*, meios de comunicação social, sindicatos, partidos políticos, igreja, etc.); nas hipóteses em que se negociam bens e serviços essenciais e de interesse coletivo (*e.g.*, hospitais, farmácias, escolas, empresas de transporte coletivo); quando há uma emissão

³⁹⁶ *Ibidem*, p. 333.

pública e geral da vontade de contratar (*e.g.*, restaurantes, bares, hotéis, casas de espetáculos); também quando estiver presente um concessionário ou permissionário de serviço público.

Em termos um pouco diferentes é o entendimento de José Carlos Vieira de Andrade ao assentir que tal princípio não pode ser considerado como “*proibição do arbítrio ou imperativo de racionalidade de atuação*”³⁹⁸. Para o professor de Coimbra a liberdade do homem exige que lhe seja concedida uma margem de arbítrio para atuar conforme a sua vontade. Aduz que:

“O homem não é apenas um ser racional, nem é perfeito e a ética jurídica não pode pretender que ele o seja. A liberdade do homem individual inclui necessariamente uma margem de arbítrio, é também uma liberdade emocional.

Em vez de se pretender impor rigidamente a cada indivíduo que, nas relações com os seus semelhantes, os trate com estrita igualdade, fundamentando sempre juridicamente os seus actos e não actuando senão com a certeza de poder justificar a sua atitude com um valor socialmente igual ou maior, deve tolerar-se um certo espaço de espontaneidade e até de arbitrariedade.

É assim que o Direito Civil tutela generosamente a vontade, por exemplo, na doação e no testamento, e consagra em termos latos a liberdade de contratar (e de não-contratar), sem condicionar esses actos em geral por um critério de *racionalidade do comportamento*. Estender aos indivíduos a aplicação do princípio constitucional da igualdade afigura-se-nos, em princípio, impróprio, absurdo e insuportável. A liberdade tem de prevalecer sobre a igualdade, constitui um limite imanente deste princípio.”³⁹⁹

No entanto, ressalva Vieira De Andrade que o princípio da igualdade deverá ser anotado nos casos em que seja atingida a dignidade da pessoa humana do discriminado, principalmente no que tange aos direitos de personalidade.

A respeito do princípio da igualdade, lapidar é o ensinamento de Juan María Bilbao Ubillos ao dizer que:

“(…) la doctrina rechaza la vigencia del principio de igualdad en la esfera de las relaciones privadas en cuanto prohibición de la arbitrariedad o imperativo de razonabilidad en el comportamiento del particular. La libertad individual (en su vertiente negocial o asociativa) incluye necesariamente un margen de arbítrio. Puede ejercerse de forma irracional o incongruente. (...) En lugar de imponer rigidamente a cada individuo que trate a los demás con exquisita igualdad en sus relaciones recíprocas, obligándole a justificar de forma objetiva cualquier desviación de esa regla, se debe permitir un espacio de espontaneidad y hasta de arbitrariedad. Porque existe una esfera de actuación puramente privada, un

³⁹⁷ Ibidem, p. 262.

³⁹⁸ Idem, “Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares”, in: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 297.

³⁹⁹ Idem, “Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares”, in: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, pp. 298 e ss.

reducto de vida autenticamente privada, que queda fuera del alcance de las normas constitucionales, en el que los individuos son libres de discriminar a la hora de seleccionar las personas con las que van a relacionarse (pueden invitar a su casa o a una fiesta a quien crean conveniente, asociarse con quienes deseen y negarse a entrar en un determinado establecimiento, por los motivos que sean), de regular esas relaciones (determinando el contenido de los contratos, de los estatutos sociales o de las disposiciones testamentarias) y de comportarse, en general, de una manera que le está vedada al Estado.”⁴⁰⁰

Observa Joaquim de Sousa Ribeiro que o princípio da igualdade ganhou nas constituições contemporâneas uma diversidade de projeções. Assim, além da clássica igualdade perante e na aplicação da lei, o princípio abrange a igualdade de participação nos processos democráticos, de proibição de discriminações e de igualdade social. Quanto à proibição de discriminação, infere Sousa Ribeiro que esse princípio tem como conteúdo axiológico-jurídico a igual dignidade de todos os homens, pelo que estão vedadas diferenças de tratamento arbitrárias, sem fundamento material adequado⁴⁰¹.

Este último aspecto do princípio da igualdade pode apresentar alguma controvérsia, pois o negócio jurídico é um campo onde podem se exprimir preferências subjetivas. Assim, surgem questionamentos, na doutrina e na jurisprudência, a respeito de um pai que, em testamento, na quota disponível, privilegia um filho em prejuízo de outro; se um senhorio promove o despejo por falta de pagamento de um inquilino, mas mantém outro que está igualmente inadimplente; se um ofertante aceita uma proposta de contrato, sendo que havia rejeitado outra em igualdade de condições. Tais atos, como conclui Sousa Ribeiro, não podem ser impugnados a pretexto de uma pretensa violação do princípio de igualdade, pois, do contrário, estar-se-ia atingindo no seu cerne e expropriando a autodeterminação contratual⁴⁰².

Essa solução deixa de ser aceita ou justificada quando o seu exercício atenta intoleravelmente contra a dignidade humana dos preteridos. Aduz Sousa Ribeiro que:

“A cada um, pelo simples facto de ser pessoa, é devido igual consideração e respeito. Isso implica que a ordem jurídica, incluindo a ordem jurídico-negocial, não possa acolher como lícitas e válidas discriminações que traduzem menosprezo por certos traços individualizadores da pessoa, pela sua identidade física e cultural, pela sua posição social, pelas opções de vida que realizou.”⁴⁰³

⁴⁰⁰ Ibidem, p. 335.

⁴⁰¹ Ibidem, pp. 729-755.

⁴⁰² Ibidem, pp. 729-755.

⁴⁰³ Ibidem, pp. 729-755.

4.7. Conclusões

No decorrer da análise das diversas correntes a cerca da aplicação dos direitos fundamentais fizemos algumas considerações e críticas colocadas pela doutrina, apontando para um posicionamento sobre o assunto.

1) Não é mais possível sustentar-se, no direito constitucional contemporâneo, a tese de que os direitos fundamentais não se aplicam às relações privadas. A força normativa da Constituição, os princípios constitucionais, a dignidade humana e a eficácia objetiva dos direitos fundamentais demonstram a falta de sustentação desta doutrina.

2) Dentro das correntes a respeito da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a melhor opção é a que reconhece a vinculação direta dos particulares. Isso em face de tudo o que foi colocado sobre os direitos fundamentais não poderem ficar à mercê da atividade legislativa, a dignidade humana como preceito fundamental de toda sociedade civil, a força normativa constitucional.

3) Seguindo nesse entendimento, problema surgirá na aplicação direta dos direitos fundamentais, pois, muitas vezes, haverá colisão entre direitos igualmente fundamentais. A melhor solução passa pela aplicação da proporcionalidade.

4) Na aplicação da proporcionalidade, não haverá prevalência, no sentido de que um direito fundamental exclui o outro, mas, sim, deve-se procurar aplicar os princípios colidentes na máxima possibilidade possível, dentro de um juízo de razoabilidade, analisando caso a caso.

5) Dentro desse procedimento, alguns critérios podem ser postos para balizar o julgamento. Um primeiro critério a ser levado em consideração para a solução desses conflitos é a existência de desigualdade fática entre as partes. Quanto maior for essa desigualdade, maior deverá ser a vinculação aos direitos fundamentais.

6) Outro critério é a essencialidade do bem - quanto mais essencial para a vida humana, maior será a proteção do direito fundamental em jogo. Assim, numa relação econômico-patrimonial, dar-se-á maior ênfase à autonomia privada, enquanto que, se o bem em questão for essencial à vida, os direitos fundamentais deverão incidir com maior força a fim de que seja dada a devida proteção à dignidade da pessoa humana.

7) Uma última consideração refere-se à dignidade humana. Como princípio fundamental do Estado brasileiro e, além, da comunidade mundial, o princípio da dignidade humana deve ter primazia em todas as relações jurídicas. Pois a Sociedade, o Estado, o próprio Direito são, todos, instrumentos do fim maior que é o pleno desenvolvimento dos indivíduos.

5. EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS: UMA APROXIMAÇÃO INICIAL

5.1. Considerações iniciais

Questão que não é explorada de forma mais profunda, pelo menos perante os doutrinadores pátrios, cinge-se em saber se os direitos fundamentais de cunho prestacional vinculam os particulares? Em caso afirmativo, de que forma e qual o alcance? É possível exigir do agente privado, diante de um direito social prestacional, que ele realize uma conduta a fim de efetivar esse direito?

Apenas para colocação do assunto, podemos, por exemplo, citar algumas hipóteses: a) uma escola privada está obrigada a suportar em seu quadro discente aluno que

não pagou a mensalidade a fim de se dar plena satisfação ao artigo 205 da Constituição Federal; b) os planos de saúde estão obrigados, em face do disposto no artigo 6º do Texto Maior, a arcar com procedimentos dos seus clientes que não estão com o pagamento em dia ou a custear procedimento não coberto pelo contrato; c) um banco privado está obrigado a arcar com a inadimplência de um financiamento de casa própria; d) um hospital particular pode negar-se a atender um paciente, vez que não está recebendo devidamente as verbas do SUS; e) fornecimento gratuito de medicamentos; f) quebra de patente de medicamentos, nos casos em que o fabricante se nega a fornecê-los (HIV).

Verifica-se a existência de questionamentos a respeito da possibilidade do Poder Judiciário compelir o poder estatal à implementação de políticas públicas para a efetivação dos direitos fundamentais, sociais, educacionais, de saúde, habitacional, etc. O que se dirá em face dos agentes privados?

Essas são algumas das questões que podem ser levantadas quando tratamos da efetivação dos direitos sociais perante os agentes privados.

O caráter meramente programático, como carta de intenções, dos direitos fundamentais foi superado pela doutrina e jurisprudência. A respeito da força e regime jurídico dos direitos fundamentais sociais, José Carlos Vieira de Andrade diz que:

“Em primeiro lugar, os preceitos relativos aos direitos sociais a prestações não são meramente proclamatórios, constituem normas jurídicas preceptivas, que, enquanto tais, concedem aos indivíduos *posições jurídicas subjetivas* (a que chamamos pretensões) e estabelecem *garantias institucionais*, impondo ao legislador a obrigação de agir para lhes dar cumprimento efectivo – constituem, assim, ‘imposições legiferantes’. Em consequência, os preceitos constitucionais relativos aos direitos sociais gozam da força jurídica comum a todas as *normas constitucionais imperativas*.

Em segundo lugar, o conteúdo desses preceitos e das pretensões correspondentes é determinado pela Constituição, em regra, apenas num *mínimo*, e não pode ser-lhe imputado um conteúdo normativo mais vasto pela via de uma interpretação judicial ‘actualista’: esse conteúdo depende de opções próprias do *legislador* ordinário, ao qual se deve entender que foi delegado, por razões técnicas ou políticas, um poder de conformação *autônoma*, nessa medida sujeito a um controlo *atenuado* pelos tribunais. Não se aplica, por isso, em princípio, aos direitos sociais o regime específico dos direitos, liberdades e garantias, justamente porque este pressupõe, ou na medida em que pressuponha, a determinabilidade do conteúdo dos preceitos ao nível constitucional.”⁴⁰⁴

Para tratarmos da eficácia horizontal dos direitos sociais prestacionais, entendemos necessário fazer primeiro uma distinção entre direito social originário (aqueles que permitem ao seu titular, com base apenas na Constituição, exigir alguma prestação

⁴⁰⁴ Idem, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, pp. 392-393.

material do poder público, ex: ensino fundamental gratuito) e derivado (dependem de concretização legislativa para geração de direitos subjetivos positivos) e sua relação quanto à possibilidade dos particulares reclamarem prestações materiais ligadas a direitos sociais.

Desta forma, não se poderia exigir uma vinculação dos particulares aos direitos sociais derivados, que dependem ainda de concretização legislativa, isso não quer dizer que esses direitos constitucionalmente previstos não vinculem negativamente, ou seja, impeçam condutas contrárias aos dizeres da norma.

Este parece ser o entendimento de José Carlos Vieira de Andrade ao comentar que:

“À falta de melhor, e dado que se trata de uma figura nova, com autonomia, designaremos os direitos a prestações por *pretensões jurídicas*, querendo deste modo apenas significar que são mais que interesses juridicamente protegidos, porque visam em primeira linha à satisfação de bens ou interesses do particular, ainda que não constituam direitos subjetivos perfeitos, por não ser determinável *a priori* o seu conteúdo normal.

Só uma vez emitida legislação destinada a executar os preceitos constitucionais em causa é que os direitos sociais se consolidarão como direitos subjetivos plenos, mas, então, não valem, nessa medida conformada, como direitos fundamentais constitucionais, senão enquanto direitos criados por lei.”⁴⁰⁵

Como já alertado no início deste trabalho, não pretendemos fazer uma análise profunda sobre o tema, apenas vamos tecer algumas considerações de importância para que possamos deixar uma porta para futuras discussões.

Neste sentido vamos passar primeiro pelo que alguns doutrinadores pensam a respeito da vinculação dos particulares aos direitos sociais prestacionais, e, a seguir, mencionamos os tópicos do mínimo existencial, da reserva do possível e da legitimidade do Judiciário para adoção de políticas públicas, os quais consideramos nucleares para o entendimento da matéria. Já advertindo que os dois primeiros já foram tratados quando falamos do princípio da dignidade da pessoa humana.

5.2. Alguns posicionamentos na literatura jurídica

⁴⁰⁵ Idem, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, pp. 390-391.

Tratando dos direitos econômicos, sociais e culturais como pretensões originárias dos cidadãos, em relação ao Estado, JJ Gomes Canotilho observa o reconhecimento desses direitos sociais prestacionais, em sentido amplo, como fundamentadores de pretensões subjetivas, não apenas como princípio objetivo⁴⁰⁶. Afirma, ainda, que isso não se restringe no reconhecimento a um “*standard* mínimo de vida”, mas de direito a prestações sociais originárias como saúde, habitação, ensino. Acrescenta que, em que pese às restrições decorrentes de uma reserva do possível e um apelo legislativo, os direitos sociais são uma verdadeira “*imposição constitucional, legitimadora, entre outras coisas, de transformações económicas e sociais, na medida em que estas forem necessárias para a efectivação desses direitos.*”⁴⁰⁷

Para Wilson Steinmetz não se pode considerar dogmaticamente corretas tanto a tese que exclui a vinculação dos particulares a direitos fundamentais sociais, como àquelas que se situam no extremo oposto, ou seja, aceitam a vinculação de forma irrestrita⁴⁰⁸.

Steinmetz faz uma análise estrutural dos artigos da Constituição Federal que se referem aos direitos sociais prestacionais para concluir que a norma de direitos fundamentais sociais do art. 6º tem como único e exclusivo destinatário o Estado, não estando os particulares vinculados aos direitos fundamentais desse artigo. Por outro lado, o autor entende que, também através de uma análise estrutural, os direitos fundamentais do art. 7º, 8º, 9º, 10 e 11, que têm como destinatário imediato o ente privado, vinculam diretamente os particulares em suas relações. Em relação aos direitos fundamentais sociais do art. 6º, o autor acrescenta como argumentação contrária à vinculação particular, o fato desses direitos serem onerosos, exigindo disponibilidade de recursos para a sua implantação, não se podendo exigir do particular tal dispêndio.

Sustenta Ingo Wolfgang Sarlet, quanto aos direitos sociais prestacionais, que não se pode de imediato afastar a possibilidade de se exigir dos particulares a sua efetivação:

“(…) todos os direitos fundamentais (mesmo os assim denominados direitos a prestações) são, ademais, eficazes (vinculantes) no âmbito das relações entre particulares, inexistindo, em princípio, distinção entre os direitos de cunho defensivo e dos direitos prestacionais, em que pese o seu objeto diverso e a circunstância de que os direitos fundamentais do último grupo possa até vincular, na condição de obrigado, em primeira linha os órgãos estatais.

⁴⁰⁶ Idem, *Direito Constitucional*, p. 544.

⁴⁰⁷ Idem, *Direito Constitucional*, p. 545.

⁴⁰⁸ Ibidem, p. 278.

(...) não vislumbramos razão para afastar, desde logo, uma vinculação direta dos particulares – seja qual for a natureza do direito fundamental em questão – a não ser quando se cuide de direitos fundamentais que tenha por destinatário precípua o poder público.”⁴⁰⁹

Após citar diversos artigos da Constituição Federal referentes aos direitos sociais e que explicitamente citam a co-responsabilidade dos particulares, Daniel Sarmento entende que, em relação a essa espécie de direitos fundamentais, é possível aceitar que:

“(...) no tocante à dimensão defensiva, não existe qualquer argumento *a priori* que justifique a exclusão da aplicação direta dos direitos sociais sobre as relações entre particulares, dentro dos limites e condições válidas para a eficácia horizontal dos direitos individuais. Ou seja, a incidência deve realizar-se mediante uma ponderação, em que se considere, do outro lado da balança, o peso constitucional da autonomia privada do particular cujo comportamento se pensa em restringir, o qual deverá ser definido de acordo com toda aquela série de critérios discutida no capítulo anterior.”⁴¹⁰

Continua o autor a analisar a eficácia dos direitos sociais nas relações privadas, mas agora na dimensão prestacional. Argumenta que, a partir do advento do Estado do Bem-Estar Social, passou a ser dever do Estado a promoção das condições mínimas de vida para todos, através dos direitos sociais e econômicos. Os cidadãos contribuem através do pagamento dos impostos. Porém, sustenta que esse modelo é excessivamente simplificado⁴¹¹. Em face do princípio da solidariedade e em razão da crise do Estado, é preciso encontrar outros co-responsáveis para implantação dos direitos sociais, sendo possível visualizar um dever secundário da sociedade em assegurar tais direitos.

Quanto à possibilidade de exigir do particular o cumprimento de um dever social de cunho prestacional, Daniel Sarmento diz que:

“Mais complexa, no entanto, é a possibilidade de extrair, de uma norma consagrada de direito social de caráter não trabalhista, algum direito subjetivo positivo a determinada prestação comissiva devida pelo particular, independentemente da existência de lei ordinária, ou de cláusula geral do Direito Privado suscetível de concretização judicial. Apesar das dificuldades existentes, entendemos que tal possibilidade não pode ser descartada, já que a incidência na esfera privada dos valores constitucionais solidarísticos não deve permanecer completamente à mercê da vontade do legislador ordinário. Por isso, na nossa opinião, é possível postular, em certos casos, a existência de uma

⁴⁰⁹ Idem, “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 para o Público e o Privado*, 2000, p. 154.

⁴¹⁰ Idem, *Direitos fundamentais e relações privadas*, pp. 334-335.

⁴¹¹ Idem, *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 337.

eficácia horizontal direta e imediata da dimensão prestacional dos direitos sociais na ordem jurídica nacional.”⁴¹²

Observa Sarmento, no entanto, que se deve andar com cuidado em tal terreno, sendo que o responsável primário pela garantia das prestações sociais é o Estado, e que eventual sobrecarga dos atores privados poderá comprometer o sistema social, inclusive em prejuízo dos próprios grupos mais vulneráveis.

Desta forma, Sarmento propõe que sejam considerados os seguintes limites:

a) natureza da ligação existente entre as partes da relação jurídico-privada em questão – assim, por exemplo, uma pessoa miserável não poderá escolher a esmo uma pessoa abastada para que custeie o seu tratamento hospitalar.

b) o grau de eficácia do direito social em discussão – se nem o Estado tem o dever de promoção do direito social, não há de se exigir do particular que o faça. Exemplifica pelo fato do Estado não ter o dever jurídico de encontrar vagas no mercado empregatício para todos, também não cabe exigir tal direito do particular.

Ainda, para Sarmento⁴¹³, três dimensões devem ser sopesadas na ponderação a respeito da eficácia horizontal dos direitos sociais prestacionais: (i) o impacto econômico e orçamentário resultante da garantia do direito (reserva do possível), (ii) relevância da prestação postulada, do ponto de vista da dignidade da pessoa humana (mínimo existencial) e (iii) densidade normativa do preceito constitucional que assegura o direito social.

De maneira transversa algumas decisões judiciais enfrentaram a questão, sem, no entanto, passar especificamente sobre a eficácia horizontal dos direitos sociais prestacionais.

Assim é que, a respeito do direito fundamental à saúde, o acórdão do STJ, Recurso Especial n. 158.728, rel. Min. Carlos Alberto Direito, decidiu-se que as operadoras de planos de saúde, a despeito do contratado, estão obrigadas a arcar, sem limite temporal, com a internação de seus conveniados em unidade de tratamento intensivo, sob pena de afronta à própria existência do direito vida. É a seguinte ementa.

EMENTA: “PLANO DE SAÚDE. LIMITE TEMPORAL DA INTERNAÇÃO. CLÁUSULA ABUSIVA.

1. É abusiva a cláusula que limita no tempo a internação do segurado, o qual prorroga a sua presença em unidade de tratamento intensivo ou é novamente

⁴¹² Idem, *Direitos fundamentais e relações privadas*, pp.343-344.

⁴¹³ Idem, *Direitos fundamentais e relações privadas*, pp. 345 (nota de rodapé)

internado em decorrência do mesmo fato médico, fruto de complicações da doença, coberto pelo plano de saúde.

2. O consumidor não é senhor do prazo de sua recuperação, que, como é curial, depende de muitos fatores, que nem mesmo os médicos são capazes de controlar. Se a enfermidade está coberta pelo seguro, não é possível, sob pena de grave abuso, impor ao segurado que se retire da unidade de tratamento intensivo, com o risco severo de morte, porque está fora do limite temporal estabelecido em uma determinada cláusula. Não pode a estipulação contratual ofender o princípio da razoabilidade, e se o faz, comete abusividade vedada pelo art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor. Anote-se que a regra protetiva, expressamente, refere-se a uma desvantagem exagerada do consumidor e, ainda, a obrigações incompatíveis com a boa-fé e a equidade.

3. Recurso especial conhecido e provido.”

(*REsp 158728/RJ; rel. min. Carlos Alberto Menezes Direito; DJ 17.05.1999; p. 197*)

No que se refere a um questionamento a respeito do direito fundamental à educação, podemos citar a batalha que se travou entre as entidades educacionais particulares e alunos inadimplentes no pagamento das mensalidades. De um lado estavam as escolas privadas fornecendo uma prestação de serviço, no caso o ensino, e do outro estavam os alunos inadimplentes buscando o direito fundamental ao ensino. Estabeleceu-se um conflito entre agentes privados. A solução adveio com a Lei Federal nº 9.870/99, ponderando interesses decorrentes da autonomia privada e o direito fundamental ao ensino. Lapidar esse julgado do Superior Tribunal de Justiça:

“ADMINISTRATIVO – ENSINO SUPERIOR – INSTITUIÇÃO PARTICULAR – RENOVAÇÃO DE MATRÍCULA – ALUNO INADIMPLENTE.

1. (...).

2. A Constituição Federal, no art. 209, I, dispõe à iniciativa privada o ensino, desde que cumpridas as normas gerais da educação nacional.

3. A Lei 9.870/99, que dispõe sobre o valor das mensalidades escolares, trata do direito à renovação da matrícula nos arts. 5º e 6º, que devem ser interpretados conjuntamente. A regra geral do art. 1.092 do CC/16 aplica-se com temperamento à espécie, por disposição expressa da Lei 9.870/99.

4. O aluno, ao matricular-se em instituição de ensino privado, firma contrato oneroso, pelo qual se obriga ao pagamento das mensalidades como contraprestação ao serviço recebido.

5. O atraso no pagamento não autoriza aplicarem-se ao aluno sanções que se consubstanciem em descumprimento do contrato por parte da entidade de ensino (art. 5º da Lei 9.870/99), mas a entidade está autorizada a não renovar a matrícula se o atraso é superior a noventa dias, mesmo que seja de uma mensalidade apenas.

6. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.”

(*STJ - RESP 725955 – DJ - DATA: 18/05/2007 - PÁGINA: 317 - Relator(a) ELIANA CALMON*)

A solução foi impedir que a entidade de ensino pudesse, de qualquer forma, através de sanções pedagógicas, compelir o aluno inadimplente ao pagamento das mensalidades, inclusive impedindo o seu desligamento durante o período letivo. Por outro

lado, conferiu a possibilidade da entidade de ensino obstar a matrícula do aluno inadimplente para o período letivo subsequente. Parece que a solução encontrada nos artigos 5º e 6º da Lei nº 9.870/99, é um belo exemplo daquele sistema proposto de ponderação de interesses e aplicação do princípio da razoabilidade para a solução de conflitos de direitos fundamentais.

5.3. Mínimo existencial ou mínimo social⁴¹⁴

O assunto do mínimo existencial já foi tratado quando falamos do princípio da dignidade da pessoa humana. Aqui iremos fazer algumas complementações a respeito, pois entendemos que se trata de ponto crucial para podermos falar em uma eficácia horizontal dos direitos fundamentais sociais prestacionais.

Ao examinar as diversas teses de redução dos direitos fundamentais sociais ao mínimo existencial, Ricardo Lobo Torres faz o seguinte comentário:

“(...) o exame do *mínimo existencial*, que se inclui no rol dos direitos fundamentais, protege contra as constringências do Estado e de terceiros, carece de prestações positivas e é plenamente garantido pela jurisdição, independentemente de *reserva orçamentária*, pois goza também de garantias institucionais. Insista-se em que o mínimo existencial pode exibir o *status negativus*, que impede generalizadamente a incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos, e o *status positivus libertatis*, que postula a entrega de prestações estatais positivas a quem se encontra abaixo de certo nível de pobreza.”⁴¹⁵

Conclui Lobo Torres que a jusfundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial, em ambos os aspectos – positivo e negativo. Ou seja, não se pode opor a *reserva do possível* quando não forem proporcionadas as condições mínimas para a existência do indivíduo. O mais, o que chama de direito social máximo, deve ser obtido “*na via do exercício da cidadania reivindicatória e da prática orçamentária, a partir do processo democrático*”⁴¹⁶.

⁴¹⁴ Expressão cunhada no art. 1º da Lei nº 8.742/93, que dispõe a respeito da Assistência Social.

⁴¹⁵ Ricardo Lobo Torres, “A Jusfundamentalidade dos Direitos Sociais”, in: BIENEMBOJN, Gustavo (org.). *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, p. 108.

⁴¹⁶ Idem, “A Jusfundamentalidade dos Direitos Sociais”, in: BIENEMBOJN, Gustavo (org.). *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, p.124.

Desta forma, como uma primeira conclusão, podemos aferir que eventuais alegações de falta de recursos financeiros para a implantação dos direitos sociais não poderão ser alegadas quando não existirem as condições mínimas de existência do ser humano.

Isso para o Estado, e o agente privado?

Em uma primeira análise, entendemos que, em certas situações, será possível exigir que o particular realize a prestação social, sob fundamento de, caso contrário, não estarem presentes as condições mínimas para existência do indivíduo.

Neste sentido, entendemos razoável, por exemplo, exigir de uma companhia que preste serviços de telecomunicações a instalação de telefones públicos em área rural, afastada, onde não haverá tanta demanda pelo serviço, mas que proporcionará condições para que os moradores comuniquem-se com outras pessoas. Da mesma forma, uma empresa fornecedora de água e esgoto, com personalidade jurídica de sociedade de economia mista⁴¹⁷, pode ser compelida a implantar a prestação de seus serviços em área desfavorecida.

Essas são apenas algumas idéias a respeito do assunto, claro que precisarão ser melhor lapidadas, com o estudo de doutrina e jurisprudência estrangeira.

5.4. Custo dos direitos

Quando estamos tratando dos direitos sociais de cunho prestacional, o “custo do direito” é ponto de grande entrave para sua efetivação. Esses direitos sociais têm a peculiaridade de demandarem recursos materiais para a sua efetiva implantação.

Mas como já aludido, a reserva do possível não poderá ser empecilho para a implantação de condições mínimas para sobrevivência do indivíduo. Trata-se de obrigação do Estado e, porque não, de toda a sociedade conferir prestações materiais mínimas de existência.

⁴¹⁷ É o caso da SABESP – Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo.

No entanto, também aqui o assunto precisa ser melhor analisado, deixamos apenas referência de se tratar de tema de importância para a eficácia horizontal dos direitos sociais.

Questão levantada refere-se à possibilidade, para efetivação dos direitos fundamentais sociais, do Poder Judiciário compelir, seja o poder público, seja o particular, a realização material das normas constitucionais que tratam dos direitos sociais.

Ou seja, coloca-se que o Judiciário não teria legitimidade para determinar políticas públicas para realização de programas sociais, educacionais, de saúde, habitacional⁴¹⁸. Igualmente, não poderia o magistrado entrar na discussão a respeito do planejamento orçamentário, pois essa atividade seria de competência do Executivo e do Legislativo.

A esse respeito Paulo Gustavo Gonet Branco comenta:

“A satisfação desses direitos é deixada, no regime democrático, primordialmente ao descortino do legislador. Não cabe, em princípio, ao Judiciário extrair direitos subjetivos das normas constitucionais que cogitam de direitos não-originários a prestação. O direito subjetivo pressupõe que as prestações materiais já hajam sido precisadas e delimitadas – tarefa própria de órgão político, e, não, judicial. Compreende-se, assim, que, por exemplo, do direito ao trabalho (art. 6º da Constituição) não se deduza um direito subjetivo do desempregado, exigível em juízo, a que o Estado lhe proporcione uma posição no mercado de trabalho”⁴¹⁹.

A atuação dos juízes nesse campo é por demais delicada, pois os direitos fundamentais sociais realizam-se através de prestações do poder público, prestações que pressupõem a existência de um orçamento e de dotações específicas⁴²⁰.

No entanto, o Judiciário brasileiro enfrenta dilema, como bem lembrado por José Eduardo Faria⁴²¹, pois existe um fosso entre o sistema jurídico-positivo e as condições de vida de uma sociedade com 40% de pessoas vivendo abaixo da linha de pobreza. Com a expansão dos direitos humanos, ganhando uma dimensão social, o Judiciário está encarregado de, em última instância, promover o desfrute da condição humana. Essa a característica básica dos direitos sociais:

“(...) não podem simplesmente ser ‘atribuídos’ aos cidadãos; cada vez mais elevados à condição de direitos constitucionais, os direitos sociais requerem do

⁴¹⁸ Clèmerson Merlin Clève, “A eficácia dos direitos fundamentais sociais”, in: *Crítica Jurídica: revista latinoamericana de política, filosofia y derecho*, pp. 17-29.

⁴¹⁹ Ibidem, p. 147.

⁴²⁰ Clèmerson Merlin Clève, op. cit., pp. 17-29.

⁴²¹ José Eduardo Faria, *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*, pp. 100 e ss.

Estado um amplo rol de políticas públicas dirigidas a segmentos específicos da sociedade – políticas essas que têm por objetivo fundamentar esses direitos e atender às expectativas por eles geradas com sua positivação.”⁴²²

Pois bem, isso requer do Judiciário uma nova postura, uma mudança nas considerações a respeito dos direitos humanos, que precisa ser assumida pelos poderes constituídos, cabendo aos juízes, determinar a sua efetivação, caso não seja feito pelo administrador.

Esse é o entendimento de Clèmerson Merlin Clève ao comentar sobre a legitimidade do Poder Judiciário para determinar o cumprimento dos direitos prestacionais. Nas suas palavras:

“É preciso considera, entretanto, que democracia não significa simplesmente governo da maioria. Afinal, a minoria de hoje pode ser a maioria de amanhã, e o guardião desta dinâmica majoritária/contra-majoritária, em última instância, é, entre nós, o próprio Poder Judiciário que age como uma espécie de delegado do Poder Constituinte. Ou seja, a democracia não repele, ao contrário, reclama a atuação do Judiciário nesse campo. Demais disso, zelar pela observância dos direitos fundamentais significa, para o Judiciário, no exercício da jurisdição constitucional, proteger a maioria permanente (Constituinte) contra a atuação desconforme da maioria eventual, e temporária (legislatura). Entre os que pretendem que no controle da omissão inconstitucional não há papel a ser desempenhado pelo juiz e aqueles que entendem que o Poder Judiciário tudo pode fazer, é necessário encontrar um lugar de equilíbrio, sensível à percepção de que o juiz, estando comprometido com a efetividade da Constituição, no entanto não pode ultrapassar certos limites sob pena de colocar em risco os postulados do Estado Democrático de Direito.

....

(...) É claro que é imprescindível, neste caso, uma certa dose de prudência, especialmente porque a sociedade brasileira, num quadro permanente de escassez de recursos, reclama soluções urgentes em muitos campos *ao mesmo tempo*: meio ambiente, proteção dos direitos sociais, políticas de inclusão, infra-estrutura, etc. Ou seja, não há como possa o Estado resolver *de uma vez* um quadro de deterioração das condições de vida que acompanha o Brasil há séculos. Mas pode o Estado, sim, implantar políticas para, progressivamente, resolver aquilo que é reclamado pelo documento constitucional.”⁴²³

Enfrentado o problema do “custo dos direitos”, especialmente na questão dos recursos públicos para implementação de políticas públicas, Merlin Clève refere que a falta de dinheiro não pode ser empecilho para uma programação séria e consciente a ser efetivada num *horizonte de tempo factível*⁴²⁴. Por isso, é necessário um rígido controle da peça orçamentária, exigindo o seu cumprimento, nas condições em que aprovado pelo Congresso Nacional.

Igualmente, já foram apresentadas considerações a respeito da “reserva do possível” quando tratamos do princípio da dignidade humana.

⁴²² Ibidem, p. 105.

⁴²³ Ibidem, pp. 17-29.

5.5. O papel do Poder Judiciário na eficácia horizontal dos direitos sociais prestacionais: estudo de casos

A respeito do papel do Judiciário no tema da eficácia horizontal dos direitos sociais, queremos apresentar duas situações que parecem se destacar. Uma primeira refere-se à relação entre entidades privadas de ensino e alunos inadimplentes. Ou seja, em face da Constituição determinar o ensino como direito fundamental do indivíduo, as instituições privadas de ensino estariam obrigadas a suportar em seu corpo discente alunos que não honram com a sua parte no contrato de prestação de serviços. Outro tema neste mesmo sentido refere-se aos planos/seguro saúde e seus pacientes no que tange a cobertura de doenças e limitação do tempo de internação, considerando o direito fundamental à saúde.

Em relação ao primeiro assunto, anteriormente a Lei nº 9.870/99 a questão era dividida, pois alguns julgados entendiam que, em face da Constituição Federal prever a educação como direito fundamental, a instituição de ensino superior não poderia interromper a prestação do serviço alegando falta de pagamento. De outro lado, outros tantos julgados determinavam que fosse aplicado o contrato de prestação de serviços assinados pelas partes, encerrando-se no caso de inadimplemento.

Como exemplos do primeiro entendimento podemos citar:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. AUTORIZAÇÃO. DELEGAÇÃO. ABUSO. DIREITO DE INGRESSO NO JUDICIARIO SEM APLICAÇÃO DE SANÇÃO DE NATUREZA ADMINISTRATIVA.

1. (...).

2. (...).

3. (...).

4. Interpretação sistemática dos arts. 205, 207, e 209 da constituição federal, de modo a entender-se que sendo a educação dever do estado, tem o cidadão direito subjetivo ao ensino, não importando a autonomia universitária em inexistência de controle administrativo ou jurisdicional, nem afastamento, por privada a entidade de ensino, da obrigação de prestar educação.

5. ‘E vedada a limitação ou restrição das atividades escolares e administrativas correlatas, por motivo de inadimplência do aluno’ (Medida Provisória nº 343, de 17.08.93, que alterou, dando nova redação ao art. 4, da Lei no. 8170, de 17.01.91).”

(TRF 2ª REGIÃO – DJ - DATA: 29/03/1994 - Relator(a) JUIZ RICARDO REGUEIRA)

⁴²⁴ Ibidem, pp. 17-29.

“CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ESTABELECIMENTO DE ENSINO. INADIMPLEMENTOS. AUTORIZAÇÃO DE MATRÍCULAS.

1. Instituição Educacional, prestadora de serviços delegados pelo Estado, tem à disposição meios legais para garantir o pagamento das mensalidades.

2. É-lhe vedado constitucionalmente utilizar sanções, como a obstacularização da matrícula, para conter eventual inadimplemento.

3. (...).”

(*REO 3036724-5/94-SP, TRF 3ª Região, 2ª Turma, Rel. Des. Aricê Amaral, DJ 26.07.95, p. 466095*).

“MANDADO DE SEGURANÇA. INADIMPLEMENTO DE MENSALIDADES. AUTORIZAÇÃO DE MATRÍCULA. CONCESSÃO DA ORDEM. IMPROVIMENTO DO RECURSO.

1. É vedado ao estabelecimento de ensino a aplicação de qualquer penalidade administrativa, com a proibição de efetuar matrícula, para coibir inadimplemento de mensalidade.

2. A Instituição Educacional tem a disposição meios legais para a cobrança de mensalidades em atraso.

3. (...).”

(*MAS 3021681-9/91-SP, TRF 3ª Região, 2ª Turma, Rel. Des. Sylvia Steiner, DJ 18.02.98, p. 351*).

“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LITISPENDÊNCIA. ENSINO SUPERIOR. RECUSA DA MATRÍCULA. INADIMPLÊNCIA.

. (...).

. A recusa da matrícula não pode ser utilizada como meio de cobrança de mensalidades em atraso, sob pena de violação ao direito fundamental à educação, previsto na Constituição Federal.

. (...).

. (...).

. (...).

(*TRF 4ª REGIÃO - D.E. - DATA: 25/04/2007 - Relator(a) SILVIA MARIA GONÇALVES GORAIEB*)

Esclarecedor sobre a matéria é este julgado:

“MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO SUPERIOR. MATÉRIA PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE DA AUTORIDADE COATORA PARA RECORRER. CONCEITO DE AGENTE PÚBLICO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. RENOVAÇÃO DE MATRÍCULA. DIREITO À EDUCAÇÃO. LEI Nº 8.170/91. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 550/94. LEI Nº 9.870/99. MEDIDAS PROVISÓRIAS NºS 1.930/99 E 2.713-24. INADIMPLÊNCIA ANTERIOR À LEI Nº 9.870/99.

- (...).

- Ampliação do conceito de agente público pela Constituição da República. Dirigentes de faculdades assim considerados, por exercerem atividade delegada do serviço público.

- A prestação de serviços educacionais por instituições de ensino particulares submete-se ao regime contratual, ou seja, ao regime de direito privado.

- Incidência em tais relações jurídicas de diversas normas de ordem pública, o que retira daquelas o feitiço meramente privatístico. Há que se ter em conta o caráter híbrido instituído pela Constituição Federal.

- (...).

- (...).

- (...).

- A relação existente entre aluno e entidade educacional deve atender às normas de cunho obrigacional e às de ordem pública.

- A Lei nº 8.170/91 proibia a suspensão de provas escolares, retenção de documentos de transferências ou o indeferimento das matrículas cuja inadimplência não decorresse de encargos fixados definitivamente e reajustados nos termos por ela estipulados.

- No período de 08/07/1994 a 23/11/1999, a legislação vigente (Medida Provisória nº 550/94, reeditada sucessivamente até MP nº 1.890, de 22/10/99) proibia expressamente a aplicação de quaisquer penalidades por motivo de inadimplência. Neste período, que pode retroagir até 17/01/91, conforme a hipótese, era defeso à entidade de ensino impedir a rematrícula do aluno.

- A partir de 23 de novembro de 1999 (Lei nº 9.870/99), prevista a possibilidade de desligamento do aluno por inadimplência e após a edição da Medida Provisória nº 1.930, de 29 de novembro de 1999 (e suas reedições até a MP nº 2.173-24, de 23/08/2001), que tal ocorrência só pode se dar ao final do ano (ou semestre) letivo e

desde que a inadimplência supere 90 dias.

- A Emenda Constitucional nº 32/2001 introduziu normas de transição em relação às Medidas Provisórias, determinando que sua vigência perdura até que a medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.

- Se a inadimplência é anterior à Lei nº 9.870/99, a instituição de ensino não estava autorizada a indeferir a rematrícula. Ao contrário, devia proporcionar-lhe a continuidade da prestação do serviço educacional, dando efetividade à garantia constitucional.

- Apelação e remessa oficial às quais se negam provimento.”

(TRF 3ª REGIÃO - AMS – DJU - DATA: 29/11/2002 - Relator(a) JUIZA THEREZINHA CAZERTA)

Como aludido na ementa do acórdão anterior, sobre o assunto adveio a Lei nº 9.870/99 que regulou o tema. Sendo que o Superior Tribunal de Justiça assim se manifestou:

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. INSTITUIÇÃO PARTICULAR. INADIMPLÊNCIA. EFETIVAÇÃO DE MATRÍCULA. ARTS. 5º e 6º DA LEI 9.870/99. EXEGESE. PROVIMENTO LIMINAR. TEORIA DO FATO CONSUMADO. INADIMPLÊNCIA. SÚMULA 7/STJ.

1. Os alunos já matriculados, salvo quando inadimplentes, terão direito à renovação das matrículas, observado o calendário escolar da instituição, o regimento da escola ou cláusula contratual. (Art. 5º da Lei 9.870/99)

2. Deveras, são proibidas a suspensão de provas escolares, a retenção de documentos escolares ou a aplicação de quaisquer outras penalidades pedagógicas por motivo de inadimplemento, sujeitando-se o contratante, no que couber, às sanções legais e administrativas, compatíveis com o Código de Defesa do Consumidor, e com os arts. 177 e 1.092 do Código Civil Brasileiro, caso a inadimplência perdure por mais de noventa dias. (Art. 6º da Lei 9.870/99)

3. A exegese dos dispositivos legais supramencionados revela a proibição da aplicação de penalidades pedagógicas, tais como a suspensão de provas escolares ou retenção de documentos escolares, inclusive, para efeitos de transferência para outra instituição de ensino, em decorrência do inadimplemento das mensalidades escolares.

4. A proibição da aplicação de penalidade como forma de coibir o aluno ao pagamento da mensalidade escolar, conduziu o legislador, objetivando impedir abusos e preservar a viabilidade financeira das instituições particulares de ensino, a excluir do direito à renovação da matrícula ou rematrícula os alunos inadimplentes.

5. (...).
6. (...).
7. (...).
8. (...).
9. (...).
10. (...).”

(DJ DATA: 31/05/2007; PÁGINA: 372; Relator(a) LUIZ FUX)

Em que pese o assunto aqui tratado referir-se a aplicação direta dos direitos sociais prestacionais às relações privadas, parece que a Lei nº 9.870/99 é um bom exemplo de solução de conflito de direitos fundamentais (educação e autonomia privada).

Neste sentido, o legislador conseguiu, no nosso entendimento, utilizar-se muito bem da ferramenta da proporcionalidade para dirimir a colisão de um direito fundamental social prestacional (educação) e a autonomia privada. Isso porque, garantindo o direito a educação, não permitiu que as entidades privadas de ensino, durante o período letivo, aplicassem penalidades pedagógicas em face do inadimplemento do aluno. Por outro lado, garantiu a autonomia privada, ao deferir à instituição de ensino a possibilidade de não rematricular o aluno inadimplente; vez que a contraprestação financeira do aluno é forma de garantir a sua subsistência.

Um último assunto que queremos levar a discussão refere-se ao direito fundamental à saúde. Estariam as prestadoras de plano/seguro saúde vinculadas ao direito à saúde?

Sem adentrar especificamente no tema, temos julgados determinando que as prestadoras de plano/seguro saúde dão cobertura a doença não prevista no contrato e que não limitem o tempo de permanência na Unidade de Tratamento Intensivo (UTI):

“DIREITO CIVIL. AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. LIMITE DE INTERNAÇÃO. ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA. NULIDADE DE PLENO DIREITO. ART. 51, INC. IV, DO CDC. PRECEDENTES.

- É nula de pleno direito a cláusula, inserida em contratos de plano ou de seguro-saúde, que limita o tempo de cobertura para internação em UTI.

- (...).”

(STJ – DJ - DATA: 01/02/2006 - PÁGINA: 531 - Relator(a) NANCY ANDRIGHI)

“SEGURO SAÚDE. MÁ-FÉ. EXCLUSÃO DA COBERTURA DE AIDS. PRECEDENTES DA CORTE.

1. Não é possível presumir-se a má-fé da segurada sobre a pré-existência da doença sem respaldo em prova técnica e, ainda, neste caso, sem que sequer tenha sido alegada e demonstrada pela seguradora.

2. São muitos os precedentes da Corte que acolhem a nulidade, por abusiva, da cláusula que exclui a cobertura da AIDS.

3. (...).”

(STJ – DJ - DATA: 17/12/2004 - PÁGINA: 540 - Relator(a) CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO)

“DIREITO CIVIL. CONTRATO DE SEGURO-SAÚDE. AIDS. EXCLUSÃO DE COBERTURA. CLÁUSULA POTESTATIVA E ABUSIVA. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADOS 5 E 7 DA SÚMULA/STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

I - Diante das circunstâncias do caso, especialmente pelo fato de que o autor não contratou diretamente com a ré, mas sim através de sua empregadora, que as instâncias ordinárias concluíram pelo direito de o recorrido receber tratamento através do plano de saúde. Nestes termos, tem incidência o disposto nos verbetes sumulares n. 5 e 7/STJ.

II - É da jurisprudência deste Tribunal a abusividade de cláusula que, em contrato de seguro-saúde, afasta o tratamento de moléstias infecto-contagiosas de notificação compulsória, a exemplo da AIDS.”

(STJ - DJ - DATA: 19/12/2003 - PÁGINA: 469 - Relator(a) SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA)

Embora não discutido nessas decisões, o direito à saúde deve ser levado em consideração quando da análise do tema. O princípio da dignidade humana demanda a realização de condições para existência individual, nesse sentido, o direito a saúde é um bem constitucionalmente protegido, dever de todos, Estados e Sociedade. Neste ponto, é razoável aferir a abusividade das prestadoras de plano/seguro saúde no ato de excluir da cobertura certos tipos de doenças, bem como limitar o período de internação. Exige-se, neste ponto, uma atuação positiva, prestando as condições necessária para o pleno restabelecimento do cidadão.

Eram essas as considerações que, numa primeira análise sobre o tema, queríamos apresentar. Não olvidamos que o assunto merece um melhor tratamento, que será dado pela doutrina constitucional.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2006.

_____. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 8ª ed., atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BILBAO UBILLOS, Juan María. ¿Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed., rev., atual. e amp. São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Marins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 1ª ed., 2ª tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. Trad. de Peter Naumann. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org).

- Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- _____. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Trad. de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Edições Almedina, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed., rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- _____. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais no contexto do direito pós-moderno. In: GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.
- CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 1993.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Extensão dos direitos e deveres fundamentais às relações privadas. *Fórum Administrativo*. Belo Horizonte, vol. 4, nº 42, pp. 4231-4239, ago. 2004.
- _____. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Crítica Jurídica: revista latinoamericana de política, filosofia y derecho*. Curitiba, nº 22, pp. 17-29. nov. 2003.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 2ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.
- COMPLAK, Krystian. La eficacia de los derechos constitucionales individuales en la ley fundamental polaca. *Cuestiones Constitucionales*. México, nº 3, pp. 53-66, jul./dic. 2000.

- COURTIS, Christian. “La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- DIMOULIS, Dimitri. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*, 2ª ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- FACHIN, Luiz Edson. Virada de Copérnico: um convite à reflexão sobre o Direito Civil brasileiro contemporâneo. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando os Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2ª ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.
- FARIA, José Eduardo. *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- FORSTHOFF, Ernst. La trasformazione della legge costituzionale. In: FORSTHOFF, Ernst. *Stato di diritto in trasformazione*. A cura di Carlo Amirante. Milano, Giuffrè, 1973.
- GALDINO, Flávio. O Custo dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3ª ed. Madrid: Civitas, 1994.

- GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.
- HECK, Luís Afonso. Direitos fundamentais e sua Influência no Direito Civil. *Revista da Faculdade de Direito* [da UFRGS]. Rio Grande do Sul, n. 16, p. 45, 1999.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- _____. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Ed. Sergio Fabris, 1998.
- LIMA, Ana Cláudia Pires Ferreira de. Ações Afirmativas frente a Particulares. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos: divisão jurídica*. Bauru, nº 41, pp. 251-276, set./dez. 2004.
- MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2005.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 2ª ed., rev., atual e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- MARTINS-COSTA, Judith. Os Direitos Fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- MARTINS, Leonardo. Do vínculo do Poder Judiciário aos Direitos Fundamentais e suas implicações práticas. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*. São Paulo, n. 2, julho/dezembro, 2004.
- MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Ação especial para tutela de direitos fundamentais em face de particulares. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*. Brasília, vol. 24, nº 57, pp. 27-36, mai/mar. 1992-1994.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões. In: MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 1999.

_____. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 1999.

_____. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. Análise da jurisprudência da Corte Constitucional alemã. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, ano 7, n. 27, pp. 33-44, abr.-jun., 1999.

_____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3ª ed., rev. e amp. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV, Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MOTA PINTO, Carlo Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3ª ed., atual. Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1985.

MOTA PINTO, Paulo. O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

MÜLLER, Friedrich. Interpretação e concepções atuais dos direitos do homem. Trad. de Peter Naumann. *Anais da XV Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*. São Paulo, JBA Comunicações, 1995, pp. 535-545.

- NEUNER, Jörg. O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental. Trad. de Peter Naumann. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los Derechos Fundamentales*. 9ª ed., Madrid: Ed. Tecnos, 2005.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição brasileira de 1988. *Revista dos Tribunais*, nº 833, março de 2005.
- REZEK, José Francisco. *Direito dos Tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Constitucionalização do direito civil. *Boletim da Faculdade de Direito*. [Universidade de Coimbra]. Coimbra, v. LXXIV, pp. 729-755, 1998.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, nº 16, pp. 39-58. 1996.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos Fundamentais e suas Características. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 29, ano 7, out./dez. 1999.
- _____. *Princípios Constitucionais*, 2ª tiragem (com acréscimos). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.
- 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 para o Público e o Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3ª ed., rev., atual. e amp., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2000.

_____. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2004.

_____. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 12ª ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

_____. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 4ª ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2000.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. Vinculação das Entidades Privadas pelos Direitos, Liberdades e Garantias. *Revista de Direito Público*. São Paulo, n. 82, p. 41-51, 1987.

STEINMETZ, Wilson. *A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed., rev. e amp., São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3ª ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas. *Revista da AJURIS – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, vol. 32, nº 100, dez. de 2005, pp. 153-167.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Forense Universitária, 1991.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Vol. III: *Os direitos humanos e a tributação – imunidades e isenções*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999.

_____. A Jusfundamentalidade dos Direitos Sociais. In: BIENEMBOJN, Gustavo (org.). *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, vol. XII. Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)