

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

ANDRÉA CRISTINA DALL'AGO WOŁOWSKI

**A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE
PARTICULARES:
dogmática e análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**

Porto Alegre

2010

ANDRÉA CRISTINA DALL'AGO WOLOWSKI

A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE
PARTICULARES:

dogmática e análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Trabalho de Conclusão apresentado ao
Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da
Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul, como
requisito parcial para a obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Vivian Joséte Pantaleão
Caminha

Porto Alegre

2010

*As tragédias verdadeiras no mundo não são conflitos
entre o certo e o errado. São conflitos
entre dois direitos.*

(Georg W. Friedrich Hegel)

AGRADECIMENTOS

A meus pais, pelo incentivo e confiança em mim depositados desde que, pela primeira vez, manifestei o interesse em prosseguir meus estudos e ingressar no Direito; pela referência de honestidade e ética que sempre representaram; por fomentar, desde cedo, o apreço pelo estudo; pelo carinho e cuidados infinitos; enfim, por tudo.

À professora Vivian Joséte Pantaleão Caminha, querida orientadora, justificadamente escolhida como uma das professoras homenageadas da turma de 2010/2 da UFRGS, por seu direcionamento qualificado e detalhado, pelos comentários, pela paciência nessa reta final e pelas preciosas aulas de Direito Constitucional.

Aos professores Telmo Candiota da Rosa Filho e Maria Isabel de Azevedo Souza pela presença na Banca Examinadora e pelos comentários importantes.

Aos Professores Alfredo de Jesus Dal Molin Flores, Cezar Saldanha Souza Júnior, Claudia de Lima Marques, Cláudio Michelin Jr, Danilo Knijnik, Jamil Bannura, Luis Afonso Heck e Luis Fernando Barzotto, grandes mestres, deixo registrada a minha imensa admiração.

A meu marido Cícero, companheiro de jornada por esta vida, pela compreensão, por dividir tanto as melhores quanto as mais difíceis etapas nessa trajetória de cinco anos, especialmente nos últimos meses.

Aos meus filhotes felinos pela doce e inesquecível companhia nas madrugadas.

A minha família e a todos os meus amigos.

A Deus, essência da vida, que guia nossos passos e nos conduz ao caminho do bem.

Minha gratidão.

RESUMO

Este trabalho de conclusão de curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul tem como objetivo analisar a posição do Supremo Tribunal Federal brasileiro frente à questão da extensão da eficácia dos direitos fundamentais às relações entre particulares, partindo-se de decisões proferidas pela Corte. Em um primeiro momento, apresentam-se os conceitos básicos sobre o tema, tais como o conceito, características e desenvolvimento histórico dos direitos fundamentais. Logo após, faz-se um apanhado das principais teorias sobre o tema, com breve descrição dos seus pontos principais, bem como da problemática da colisão de direitos. Por fim, cinco casos enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal são analisados. Conclui-se dos acórdãos, e, principalmente da análise dos votos do chamado “Caso UBC”, que o Supremo Tribunal Federal reconhece a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares mas não adere a nenhuma das teorias sobre o tema, deixando para discussões posteriores seu posicionamento sobre a questão.

Palavras-Chaves: Direitos Fundamentais, Eficácia dos Direitos Fundamentais, Colisão de Direitos Fundamentais, *Drittwirkung*.

ABSTRACT

This final paper presented as basic requirement for graduation in the Law School of the State University of Rio Grande do Sul aims at analyzing the position of the Brazilian Supreme Court facing the issue of the horizontal effects of fundamental rights provisions, based on decisions that our High Court has faced in the last years. Firstly, basic concepts about fundamental rights are presented, such as their concept, characteristics and historical development. Secondly, basic theories about the theme are introduced, with a brief description of their core points, as well as the problem of conflicts between fundamental rights. Finally, five cases recently faced by our Supreme Court are analyzed. By the study of the decisions, mainly by the reading of the votes related to the so-called “UBC Case”, it is concluded that the Brazilian Supreme Court recognizes the effect of fundamental rights on cases involving private parties but has not yet clearly declared its support to any of the traditional doctrines on the theme, leaving to future debates its position on the issue.

Key Words: Fundamental Rights, Horizontal Effects of Fundamental Rights, Conflicts between Fundamental Rights, *Drittwirkung*.

SUMÁRIO

1	Introdução.....	8
2	Conceitos Introdutórios sobre Direitos Fundamentais.....	9
2.1	Conceito.....	9
2.2	Características.....	13
2.3	Dimensões.....	16
3	Dimensões Subjetiva e Objetiva dos Direitos Fundamentais.....	29
3.1	Dimensão Subjetiva.....	29
3.2	Dimensão Objetiva.....	31
4	Eficácia Vertical e Horizontal dos Direitos Fundamentais.....	37
4.1	Eficácia Vertical dos Direitos Fundamentais.....	37
4.2	Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais.....	37
5	A Eficácia dos Direitos Fundamentais as Relações entre Particulares.....	41
5.1	State Action.....	41
5.2	Teoria da Convergência Estatista.....	44
5.3	Teoria Mediata ou Indireta.....	45
5.4	Teoria dos Deveres de Proteção.....	48
5.5	Teoria Imediata ou Direta.....	49
5.6	A Teoria Conciliadora.....	53
6	Colisão de Direitos Fundamentais.....	55
7	Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	58
	Recurso Extraordinário 160.222-8 (O Caso <i>De Millus</i>).....	58
	Recurso Extraordinário 161.243-6 (O Caso <i>Air France</i>).....	61
	Recurso Extraordinário 158.215-4 (O Caso <i>São Luiz</i>).....	62
	Habeas Corpus 82.424-2 (O Caso <i>Ellwanger</i>).....	64
	Recurso Extraordinário 201.819 (O Caso <i>UBC</i>).....	66
8	Considerações Finais.....	73
	Referências Bibliográficas.....	75

1 INTRODUÇÃO

O tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares tem sido objeto de discussões doutrinárias e jurisprudenciais desde meados do século passado, tendo sua origem e desenvolvimento na jurisprudência alemã. Nossa Constituição, diferentemente daquela de Portugal, não se manifesta de forma expressa em relação à extensão da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, mas reconhece sua existência, do que se pode concluir do princípio da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais.

A problemática recentemente chegou ao Supremo Tribunal Federal, na apreciação e julgamento do Recurso Extraordinário 201.819/RJ, no qual restou evidenciado o reconhecimento de nossa Suprema Corte da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas.

Partindo desse *leading case*, e com o estudo de outros precedentes judiciais da Corte, o objetivo básico deste trabalho de conclusão é analisar como o Supremo Tribunal Federal entende que deva ser a extensão dessa eficácia.

Antes, todavia, de se adentrar no estudo e análise das decisões, proceder-se-á a um breve apanhado dos conceitos-chave que cercam o problema dos direitos fundamentais, apresentando sua definição pela doutrina, suas características principais e seu desenvolvimento histórico, tradicionalmente descrito a partir das dimensões dos direitos de Norberto Bobbio. Logo após, segue-se uma breve descrição das principais teorias sobre o assunto em nossa doutrina pátria e estrangeira.

Por fim, apresenta-se cinco casos, enfrentados por nosso Supremo Tribunal, que apresentaram nitidamente a problemática da colisão de direitos fundamentais entre particulares, e de onde se pretende analisar sobre a posição da Corte sobre a extensão desses direitos nas relações privadas.

Com a consciência de que não serão esgotados todos os pontos de análise do tema, o presente estudo tem também o objetivo de servir como estímulo a novas pesquisas e reflexões na área no âmbito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

2 CONCEITOS INTRODUTÓRIOS SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 CONCEITO

A definição de direitos fundamentais pressupõe, necessariamente, sua diferenciação dos chamados “direitos humanos”, pois muitas vezes ambos os termos são considerados como praticamente sinônimos tanto na doutrina quanto na jurisprudência. E a nítida separação entre esses dois conceitos passa pelas fontes das quais eles surgem.

Os chamados direitos humanos (ou direitos do homem¹) são aqueles considerados válidos para todos os povos e em todos os tempos, pois tem origem na própria natureza humana, tendo caráter inviolável e intemporal, com inequívoco caráter supranacional. Os direitos fundamentais, por sua vez, são os mesmos direitos humanos quando positivamente garantidos e vigentes na Constituição de um determinado Estado, pertencendo à ordem jurídica concreta de um país², daí uma de suas características principais: a constitucionalização, que lhes confere um status singular no ordenamento jurídico.

Importante também é a distinção que toma como critério a fundamentalidade dos direitos, classificando-os segundo o sentido formal e o material,

deve-se ter como direito fundamental [formal] toda a posição jurídica subjectiva das pessoas enquanto consagrada na Lei Fundamental. [...] com o conceito material de direitos fundamentais não se trata de direitos declarados, estabelecidos, atribuídos pelo legislador constituinte, pura e simplesmente; trata-se também dos direitos resultantes da concepção de Constituição dominante, da idéia de Direito, do sentimento jurídico coletivo (MIRANDA, 2000, p. 8-10).³

No intuito de conceituá-los, o jusfilósofo alemão Robert Alexy defende a idéia de que os critérios formais são mais aptos do que os materiais para a caracterização

¹ Termo de conotação marcadamente jusnaturalista (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 30).

² CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5.ed. aum. Coimbra: Almedina, 1991, p. 369; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 29.

³ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3.ed. Lisboa: Coimbra, 2000. v.4 Tomo IV, p.8-10.

de uma norma que enuncia um direito fundamental⁴. Para o autor, são direitos fundamentais todos aqueles oriundos, diretamente ou não, de enunciados normativos inseridos no texto constitucional⁵. Nesse sentido, são enunciados de direitos fundamentais os artigos 1 a 19 da Lei Fundamental (*Grundgesetz*) da República Federal da Alemanha⁶, simplesmente por sua localização no texto constitucional (artigos inseridos no título “Direitos Fundamentais”), independentemente da consideração de qualquer tipo de argumentação sobre sua fundamentalidade. Seguindo essa linha formal de raciocínio, são direitos fundamentais todos aqueles que se extraem das normas elencadas no Título II (“Dos Direitos e Garantias”) da nossa Constituição Federal.

Alexy reconhece que um critério eminentemente formal pode ser demasiadamente estreito e insuficiente para a correta identificação de um enunciado de direito fundamental, admitindo a inclusão de outras normas expressas pelo texto constitucional, que ele denomina “disposições fundamentais satélites”⁷, localizadas em outros pontos da Constituição.

Ainda de acordo com Alexy, para que se possa conectar argumentativamente uma norma de direito fundamental a um enunciado normativo que o expressa, é necessária uma relação de fundamentação⁸. Dessa forma, torna-se importante a existência de argumentos racionais para justificar que determinada norma expressa um direito fundamental, isto é, deve-se encontrar uma fundamentação jusfundamental correta⁹ por meio da argumentação e de critérios racionais, históricos e políticos.

O jurista alemão Carl Schmitt, pelo contrário, define os direitos fundamentais, entendendo que o simples fato de estar previsto em um rol de direitos fundamentais

⁴ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid: 1997. p. 62-65.

⁵ As normas de direito fundamental que são indiretamente oriundas de enunciados normativos da Constituição são chamadas por Robert Alexy de *normas atribuídas*: “As normas de direito fundamental podem, portanto, ser divididas em dois grupos: as normas de direito fundamental estabelecidas diretamente pelo texto constitucional e as normas de direito fundamental atribuídas” (ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid: 1997. p. 63.

⁶ Como exemplo, o artigo 1: “A dignidade humana é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é dever de toda autoridade estatal”.

⁷ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid: 1997. p. 65.

⁸ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid: 1997. p. 70.

⁹ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid: 1997. p. 71.

de uma certa Constituição não tem o condão de transforma automaticamente a norma nem o direito por ela reconhecido, em fundamental. Segundo o autor, a positivação de um direito fundamental é mero reconhecimento de algo inerente ao homem livre, anterior e superior ao Estado, independente da legislação, pois a base de todos os direitos fundamentais é a liberdade, que está na essência do ser humano¹⁰.

El auténtico derecho fundamental del individuo es siempre absoluto, y corresponde al principio de distribución del Estado de Derecho, según el cual la libertad del individuo es ilimitada em principio, y la facultad del Estado, limitada em principio. [...] El derecho fundamental y de libertad se encuentra, pues, bajo la salvaguardia de la Ley (SCHMITT, 1992, p. 179-180).¹¹

Doutrinadores nacionais, como José Afonso da Silva e Alexandre de Moraes, adotando uma concepção material, definem os direitos fundamentais como “prerrogativas e instituições que [o ordenamento jurídico] concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas¹²”, cuja “finalidade básica [consiste no] respeito a sua dignidade [da pessoa humana], por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana”¹³.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes¹⁴, com base na definição do jurista português Vieira de Andrade, conceitua direitos fundamentais como “pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana”. Segundo o próprio Ministro, o STF nunca apresentou em sua jurisprudência um conceito material de direitos

¹⁰ SCHMITT, Carl. **Teoria de la constitucion**. Madrid: Alianza Editorial, 1992. p. 169.

¹¹ Tradução livre: “O autêntico direito fundamental do indivíduo é sempre absoluto e corresponde ao princípio de distribuição do Estado de Direito, segundo o qual a liberdade do indivíduo é limitada em princípio, e a faculdade do Estado, limitada em princípio. [...] O direito fundamental e de liberdade se encontra, pois, sob a salvaguarda da Lei”. (SCHMITT, Carl. **Teoria de la constitucion**. Madrid: Alianza editorial, 1992. 377 p. 179-180).

¹² SILVA, Jose Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 178.

¹³ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1. a 5. da constituição da republica federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 3.ed. Sao Paulo: Atlas, 2000. p. 39.

¹⁴ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocência; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 238.

fundamentais, mas reconhece seu vínculo com os valores essenciais da dignidade da pessoa humana, elencados no artigo 5º de nossa Constituição¹⁵.

Conquanto o Título II da Constituição brasileira apresente um rol de direitos fundamentais, eles podem tanto ser encontrados por todo o texto constitucional, de forma não expressa, quanto decorrer de princípios por ela adotados a partir de tratados internacionais em que o Brasil seja parte¹⁶. Esse parágrafo, segundo a doutrina, consagra o princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais¹⁷ e viabiliza a abertura de um catálogo de direitos fundamentais não positivados¹⁸ que não se encontram positivados no texto constitucional, ou seja, os chamados direitos fundamentais materialmente constitucionais.

Portanto, apesar da doutrina tradicionalmente considerar direitos fundamentais como tais apenas aqueles inseridos formalmente em seu texto, reconhece a constante e rápida evolução da vida contemporânea enseja o reconhecimento de novos direitos fundamentais, que incorporam as características dos diferentes momentos históricos. Dessa forma, “a ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no evolver histórico”¹⁹, fato reconhecido em nosso ordenamento jurídico, dificultam a tarefa dos doutrinadores de elaborar um conceito único e definitivo.

Com a tendência de se compreender os direitos fundamentais como *standards* abertos, fundada em um critério material de identificação, existe o perigo da banalização do termo, o que “pode acarretar a retirada da força dos reais e efetivos direitos fundamentais, que terão uma diluição de sua importância em face da inserção de direitos utópicos”²⁰.

¹⁵ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 238-239,

¹⁶ Art. 5º, §2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

¹⁷ Segundo Canotilho, esse parágrafo enuncia o princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais. Ver CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. rev. Coimbra: Almedina, 2003. p. 349.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 85.

¹⁹ SILVA, Jose Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 175.

²⁰ GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. **Os direitos fundamentais e sua validade no âmbito das relações privadas**. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/VarelaG.pdf>. Acesso em: 12 out. 2010.

[..] normas de direitos fundamentais se apresentam – via de regra – como líquido que se amolda a vários recipientes, fator que [...] dificulta uma conceituação ajustada dos direitos fundamentais e a conseguinte aplicabilidade de certos direitos na órbita privatística (eis que não se sabe ao certo se eles são ou não detentores de fundamentalidade). [...] a vagueza conceitual dos direitos em testilha, ao passo que colabora com o surgimento de novos direitos fundamentais de duvidosa fundamentalidade, faz também apequenar a sua efetivação em virtude da diluição de sua importância entre direitos ilusórios (fenômeno da banalização ou vulgarização dos direitos fundamentais) (GONÇALVES, 2010).²¹

A adoção de um critério formal ou material de identificação de um enunciado de direito fundamental, quer seja formal ou material, não afasta por completo o outro. Ambos devem ser considerados, a fim de garantir uma ampla proteção às situações jurídicas.

A importância da definição ou delimitação conceitual dos direitos fundamentais reside justamente na sua expansão e validade nas relações entre particulares.

2.2 CARACTERÍSTICAS

Para a melhor compreensão do tema, são identificadas pela doutrina²² algumas das características dos direitos fundamentais, entre elas: a universalidade, a absolutividade, a historicidade, a inalienabilidade, a indisponibilidade, a imprescritibilidade, a irrenunciabilidade e sua aplicação imediata.

Por universalidade entende-se que todos os seres humanos são titulares de direitos fundamentais, sem restrições, independentemente de raça, convicção política, situação econômica, sexo, raça ou nacionalidade. Essa característica manifestou-se pela primeira vez com o desenvolvimento do racionalismo e expressou-se através da célebre Declaração dos Direitos do Homem de 1789²³ à época da Revolução Francesa. Contudo, a evolução histórica dos direitos fundamentais fez com que estes se tornassem mais específicos, de sorte que hoje

²¹ GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. **Os direitos fundamentais e sua validade no âmbito das relações privadas**. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/VarelaG.pdf>. Acesso em: 12 out. 2010.

²² MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 239.

²³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 20.ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 516.

nem todos eles têm como titular a universalidade de indivíduos²⁴. Temos, por exemplo, em nossa Constituição, o rol de direitos dos trabalhadores²⁵, além daqueles aqueles voltados aos idosos e crianças, expressos em documentos infraconstitucionais²⁶.

No pólo passivo das relações jurídicas que se desenvolvem ao redor de um direito fundamental também não se pode falar em universalidade absoluta, pois há direitos fundamentais que, por sua natureza, obrigam apenas o Estado; outros, têm por obrigados não somente os Poderes Públicos mas também os particulares, como será ainda analisado neste estudo.

Os direitos fundamentais estão, via de regra, no patamar mais alto do ordenamento jurídico, daí a idéia de absolutividade²⁷. A despeito disso, podem ser objeto de restrições, quando enfrentam outros valores constitucionais ou direitos fundamentais²⁸. A nossa Constituição admite, por exemplo, a limitação do direito à vida, como em caso de guerra declarada ou da legítima defesa. Nesse sentido, não há que falar em direitos fundamentais absolutos ou ilimitados, mas relativos.

Ressalve-se ainda que, no confronto entre direitos fundamentais podem ser aplicados critérios diversos daqueles utilizados para solucionar o conflito entre regras, pois, nesse âmbito, são mais comuns as normas de natureza principiológica. Nesses casos, busca-se a conciliação entre os interesses contrapostos, mediante um juízo de ponderação (pautado pela proporcionalidade), sem a exclusão de um direito em detrimento do outro²⁹, sopesando os bens ou valores e procurando encontrar uma solução mais adequada para o caso concreto, harmonizando bens jurídicos conflitantes.

Tendo em vista a historicidade dos direitos fundamentais, entende-se que seu significado e existência variam conforme o contexto histórico e o desenvolvimento de uma sociedade. O reconhecimento da existência de um direito pode ser considerado imprescindível atualmente enquanto que em outra época nem sequer era

²⁴ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 240.

²⁵ Artigo 6º da Constituição Federal

²⁶ Como exemplos, o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90).

²⁷ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 240.

²⁸ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 240.

²⁹ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 285.

considerado, como por exemplo, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (artigo 225 da CF/88). Dessa forma, os direitos fundamentais são faculdades e instituições que apenas fazem sentido em certo contexto histórico³⁰.

Os direitos fundamentais são, a princípio, inalienáveis, não podendo ser objeto de nenhum ato de disposição, porque baseados na idéia da dignidade humana³¹, embora possam ser restringidos, “em prol de uma finalidade acolhida ou tolerada pela ordem constitucional³²”. Essa característica, contudo, não é aplicável a todos os direitos fundamentais, mas especialmente àqueles ligados à vida, à liberdade, à saúde, à integridade física entre outros.

Outra característica dos direitos fundamentais é a imprescritibilidade, pois o seu titular não o perde pelo não-uso, nem há prazo para o seu exercício, dada a natureza imutável do ser humano³³.

Outrossim, pela característica da irrenunciabilidade, o titular de tais direitos não podem ser deles privados – como, por exemplo, no caso de eutanásia, pelo fato de o direito a vida ser irrenunciável³⁴.

Por fim, dada a sua aplicabilidade imediata, os direitos fundamentais, normas de caráter perceptivo, não necessitam de regulamentação legislativa para serem aplicados, embora alguns reclamem uma complementação normativa, de iniciativa do legislador infraconstitucional, para a sua plena eficácia, como, por exemplo, o direito à educação (artigo 205)³⁵.

A doutrina aponta outras características dos direitos fundamentais, tais como a vinculação aos poderes públicos (Executivo, Legislativo e Judiciário)³⁶, a inviolabilidade³⁷, a efetividade³⁸, a complementaridade³⁹ e a interdependência, entre

³⁰ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 240-241.

³¹ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 240-243.

³² MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 240-244.

³³ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1. a 5. da constituição da republica federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 23.

³⁴ SILVA, Jose Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 179.

³⁵ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 251

³⁶ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 240-245-250.

³⁷ Inviolabilidade: impossibilidade de desrespeito por normas infraconstitucionais ou por atos das autoridades públicas, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e penal. (MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1. a 5. da**

outros. Todavia, essas características não têm ampla acolhida, sendo comumente citadas as que foram analisadas anteriormente.

2.3 DIMENSÕES

Foi no denominado período pré-socrático da filosofia ocidental que os indivíduos começaram a buscar respostas racionais aos problemas da natureza e da sociedade sem se valer de explicações mitológicas ou religiosas⁴⁰. Já na Grécia Antiga, vislumbrou-se uma preocupação com a idéia de direitos fundamentais, especialmente nos textos dos filósofos sofistas⁴¹ e estóicos⁴². Bem antes disso, eram encontradas alusões aos direitos fundamentais em documentos da civilização mesopotâmica, onde já existiam alguns primitivos mecanismos de proteção individual em face do Estado⁴³.

No Direito Romano Clássico também havia um sistema de interditos⁴⁴ com objetivo de tutelar direitos individuais contra os abusos estatais⁴⁵.

constituição da republica federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 23).

³⁸ Efetividade: a atuação do Poder Público deve ser no sentido de garantir a efetivação dos direitos e garantias previstos, com mecanismos coercitivos para tanto, uma vez que a Constituição não se satisfaz com o simples reconhecimento abstrato. (MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1. a 5. da constituição da republica federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência.** 3.ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 23).

³⁹ Complementaridade: As normas de direitos fundamentais não devem ser interpretadas isoladamente, mas sim de forma conjunta com a finalidade de alcance dos objetivos previstos pelo legislador constituinte. (MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1. a 5. da constituição da republica federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência.** 3.ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 23).

⁴⁰ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de Filosofia do Direito.** 8.ed. São Paulo: Atlas, 2010. p.61. Esse período também é chamado por (COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 6.ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 8.) de “Período Axial” (*Achsenzeit*), que durou por volta do século VIII ao século I a.C.

⁴¹ Os filósofos sofistas reconheciam a natureza biológica comum dos homens, aproximando-se da tese da igualdade natural e da ideia de humanidade. (Canotilho, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7.ed. rev. Coimbra: Almedina, 2003. p. 381)

⁴² Para os estóicos, a igualdade assumia um lugar importante pois era conseqüência do fato de todos se encontrarem sob um *nomos* unitário, que os converte em cidadão dos grande Estado universal. Segundo os estóicos, “o mundo é uma única cidade – cosmo-polis – da qual todos participam como amigos e iguais”. (Canotilho, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7.ed. rev. Coimbra: Almedina, p.381)

⁴³ A primeira codificação que consagrou os direitos comuns a todos os homens foi o Código de Hamurabi (1690 a. C.). (MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1. a 5. da constituição da republica federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência.** 3.ed. Sao Paulo: Atlas, 2000.- 342.7 M827d 2000. p.7).

⁴⁴ No Direito Romano, quando a pretensão nascia do *jus possessionis*, isto é, do simples fato de o autor ter sido violado na posse de algum bem, a ação chamava-se possessória, ou interdito

Com o Cristianismo, fundado na crença de que todos os homens eram iguais e cada pessoa era criada à imagem e semelhança de Deus - premissa referenciada no Antigo e no Novo Testamento -, a necessidade de proteção desses direitos foi fortalecida⁴⁶.

As concepções cristãs medievais, especialmente o direito natural tomista, ao distinguir entre *lex divina*, *lex natura* e *lex positiva*, abriram o caminho para a necessidade de submeter o direito positivo às normas jurídicas naturais, fundadas na própria natureza dos homens. Mas como era a consciência humana que possibilitava ao homem aquilatar da congruência do direito positivo com o direito divino, colocava-se sempre o problema do conhecimento das leis justas e das entidades que, para além da consciência individual, sujeita a erros, captavam a conformidade da *lex positiva* com a *lex divina*⁴⁷ (CANOTILHO, 2003, p. 512).

Na Idade Média, o humanista italiano Pico della Mirandola, baseado no pensamento de São Tomás de Aquino, advogava que “a personalidade humana se caracterizava por ter um valor próprio, inato, expresso na idéia de dignidade do ser humano”⁴⁸. A partir dessa premissa, e também através da obra do holandês Hugo Grócio, um dos mais importantes teóricos do Direito Natural, o pensador cristão Guilherme de Occam desenvolveu a idéia de direito subjetivo.

Em que pese esse viés jusnaturalista explique o nascimento dos direitos fundamentais, prevalece a concepção de que eles são históricos, tendo obtido seu reconhecimento em etapas, segundo a já consagrada classificação do jusfilósofo italiano Norberto Bobbio⁴⁹, seguida por Paulo Bonavides, Jorge Miranda, José Joaquim Gomes Canotilho e Ingo Sarlet, que os apresenta em três dimensões principais.

possessório. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Procedimentos Especiais. 3v. Rio de Janeiro: Forense.2010, p. 114)

⁴⁵ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1. a 5. da constituição da republica federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 3.ed. Sao Paulo: Atlas, 2000. p. 24-25.

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 29-30.

⁴⁷ CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. rev. Coimbra: Almedina, 2003. p. 512.

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 38.

⁴⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004. p.9.

Primeira Dimensão dos Direitos Fundamentais

O reconhecimento dos direitos fundamentais de primeira dimensão foi um fato histórico contemporâneo ao Liberalismo, ao Iluminismo dos séculos XVII e XVIII e à Revolução Francesa. Como conseqüência do apogeu do Estado Absolutista, surgiram em resposta à supremacia monárquica, com o objetivo de “proteger um espaço de liberdade individual contra a ingerência do poder do Estado e contra a sua expansão totalitária⁵⁰”. Nos dizeres do professor Paulo Bonavides, são chamados de “direitos da liberdade”⁵¹, tais como as liberdades de locomoção, de pensamento e de religião.

Esses direitos, também denominados direitos individuais ou direitos subjetivos de defesa, de acordo com Robert Alexy⁵² e José Gomes Canotilho⁵³, ou direitos negativos, segundo Georg Jellinek⁵⁴, têm como titular o indivíduo e, dessa forma, apresentam uma grande carga de subjetividade. Foram os “primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente”⁵⁵.

Outra nota caracterizadora dos direitos individuais era “a de prescindirem de qualquer fato aquisitivo. Exemplo: todas as pessoas têm direito à vida, sem que se possa dizer que esse direito decorreu de determinada situação jurídica⁵⁶. Dessa forma, eles não necessitavam da ocorrência de um fato que tornasse o indivíduo apto a adquiri-lo, como o direito de crédito.

A anotação de direitos em um documento escrito era prática que teve início na segunda metade da Idade Média. Esses documentos ainda não continham um

⁵⁰ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 419.

⁵¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 20.ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 562-564.

⁵² Robert Alexy apresenta a chamada Teoria Estrutural dos Direitos Fundamentais de forma tríplice: a) Direitos a algo (direitos a ação negativas, positivas); b) Liberdades (não protegidas e protegidas) e c) Competências. Ver: ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid: 1997. p. 186-246.

⁵³ CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. rev. Coimbra: Almedina, 2003. p. 552.

⁵⁴ Para a Teoria dos Quatros Status de Jellinek, ver: MENDES, Gilmar; COELHO, Inocência; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 255-265.

⁵⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 20.ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 563.

⁵⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 20. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 258-259.

verdadeiro registro de direitos do homem, mas de direitos de comunidades locais. O marco desse período foi a *Magna Carta Libertatum* Inglesa de 15 de junho de 1215⁵⁷, outorgada por John Lackland, Rei João Sem Terra, que garantiu aos barões ingleses, que se sentiam ameaçados e prejudicados pelo Rei, o direito à liberdade de religião e ao devido processo legal. O documento também consagrou vários direitos que limitavam o poder do soberano, “não apenas por normas superiores, fundadas no costume e na religião, mas também por direitos subjetivos dos governados”⁵⁸. Embora à época não tenha tido repercussão significativa à época entre as massas, inclusive porque a moderna concepção de liberdade sequer havia se formado, a Magna Carta foi importante por ter traçado, pela primeira vez, limites permanentes para a atuação do governante, tornando-se um referencial no processo de formação de outros Estados⁵⁹.

As declarações inglesas⁶⁰, contudo, não apresentavam um caráter de universalidade. Somente a partir do século XVIII, por influência das idéias de Locke⁶¹, Montesquieu e Rousseau, avançou-se no sentido da explicitação desses direitos fundamentais.

Outro grande avanço no reconhecimento dos direitos de primeira dimensão ocorreu nos Estados Unidos, durante o processo de independência daquele país. Na Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, proclamada em 12 de junho de 1776, foram assegurados, por exemplo, os direitos à liberdade, à propriedade, à felicidade, à segurança e à vida⁶², bem como a divisão de poderes e a eleição popular como única forma de acesso a cargos de governo. A referida Declaração

⁵⁷ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1. a 5. da constituição da republica federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 3.ed. Sao Paulo: Atlas, 2000. p. 57.

⁵⁸ COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6.ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p.76.

⁵⁹ CRIVELARO, Dandara L. Amaral; TREVISAN, Thiago Valentim. **O Legado Jurídico da Magna Carta de 1215**. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1251/1193>>. Acesso em: 28 out. 2010.

⁶⁰ Foram editados também na Inglaterra o *Petition of Rights* em 7 de junho de 1628, o Habeas Corpus Act de 1679, o Bill of Right em 13 de fevereiro de 1689 e o *Act of Settlement* de 12 de junho de 1701.

⁶¹ John Locke foi o primeiro a reconhecer aos direitos naturais e inalienáveis do homem uma eficácia oponível, inclusive, aos detentores do poder, baseando-se na idéia do contrato social. (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 40).

⁶² [...] todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança.

“inaugurou a era dos direitos fundamentais constitucionais, [...] prevendo a todos os homens direitos naturais e inalienáveis”⁶³.

O texto original da Constituição Americana, discutido e aprovado pela Convenção Constitucional de Filadélfia, na Pensilvânia, entre 25 de maio e 17 de setembro de 1787, não incluiu uma declaração de direitos, apesar de inspirado na Declaração da Virgínia⁶⁴. Somente dois anos depois, com a adição de dez artigos, sob a forma de emendas, ela incorporou um rol de direitos fundamentais, posteriormente ampliado⁶⁵. O caráter não positivo da Constituição Americana justificou a expressão “direitos negativos” (obrigações de não-fazer do Estado), também é utilizada para designar os direitos de primeira dimensão.

Foi com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que os direitos fundamentais obtiveram maior projeção, em razão da repercussão mundial da Revolução Francesa, cujas idéias, expressas na Assembléia Nacional Francesa pelo revolucionário Ernest Dominique François Joseph Duquesnoy, citado por Fábio Konder Comparato, dirigiram-se a todos os povos e em todos os tempos

Uma declaração deve ser de todos os tempos e de todos os povos; as circunstâncias mudam, mas ela deve ser invariável em meio às revoluções. É preciso distinguir as leis e os direitos: as leis são análogas aos costumes, sofrem o influxo do caráter nacional; os direitos são sempre os mesmos. (COMPARATO, 2008, p. 128)⁶⁶

Após esses documentos iniciais, diversos países pelo mundo positivaram os direitos concebidos como fundamentais, de acordo com o seu ordenamento jurídico. Por essa razão, a sua maior efetivação ocorreu durante o Constitucionalismo⁶⁷ do século XIX: a Constituição espanhola de 1812, a Constituição portuguesa de 1822, a Constituição belga de 1831 e a Declaração francesa de 1848 (esta última inspirada diretamente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão) elencaram seus

⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 52.

⁶⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 2002. p. 301.

⁶⁵ A Primeira Emenda garantiu o direito às liberdades de expressão e de religião.

⁶⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6.ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 128.

⁶⁷ O Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. rev. Coimbra: Almedina, 2003. p. 45).

direitos fundamentais. Da mesma forma, a Constituição Brasileira de 1824 listou-os em seu artigo 179 e seus incisos⁶⁸.

Segunda Dimensão dos Direitos Fundamentais

A Revolução Industrial do século XIX, inspirada nos ideais do Liberalismo econômico, ao mesmo tempo em que trouxe inovações tecnológicas, foi acompanhada pelo agravamento da miséria e da exploração humana.

A esse respeito, Fábio Konder Comparato afirma que

em contrapartida a essa ascensão do indivíduo na História, a perda da proteção familiar, estamental ou religiosa tornou-o muito mais vulnerável às vicissitudes da vida. A sociedade liberal ofereceu-lhe, em troca, a segurança da legalidade, com a garantia da igualdade de todos perante a lei. Mas essa isonomia cedo revelou-se uma pomposa inutilidade para a legião crescente de trabalhadores, compelidos a se empregarem nas empresas capitalistas. (COMPARATO, 2008, p. 53)⁶⁹

Passou-se a exigir do Estado prestações sociais positivas (assistência social, saúde, educação, trabalho – liberdades materiais concretas) às quais se agregaram liberdades sociais (liberdade de sindicalização, direito de greve, direitos dos trabalhadores)⁷⁰. A adoção dessas novas funções caracterizou o Estado Social, que buscava a promoção da igualdade material entre os membros da coletividade⁷¹.

À época, foram reconhecidos os direitos fundamentais de segunda dimensão (direitos sociais⁷²), fundados nas reivindicações de movimentos sociais, tais como o anarquismo e o socialismo, cujas bases ideológicas podem ser encontradas no pensamento de autores como Hegel, Engels e Marx. Foram denominados direitos à igualdade, em oposição aos chamados direitos da liberdade, que caracterizaram o século XIX. Exigem uma conduta ativa por parte do Estado em busca do bem-estar

⁶⁸ Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte. I. Nenhum Cidadão pôde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei.

⁶⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6.ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 53.

⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 55.

⁷¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 20.ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 564.

⁷² MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2004. p. 224.

social (direitos a prestações⁷³). Eles dominaram o século XX da mesma forma como os direitos de primeira geração dominaram o século XIX⁷⁴.

[São] prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. (SILVA, 2007, p. 287)⁷⁵

Entende-se que a positivação dos direitos fundamentais de segunda geração começou com a Constituição Mexicana de 1917, que conferiu expressão máxima às reivindicações fundadas nos princípios da Revolução Mexicana⁷⁶, iniciada em 1910. Seu texto foi inspirado pela doutrina anarcossindicalista do teórico político russo Mikhail Bakunin. Foram criadas normas que tutelavam o trabalho, dispersas ao longo de toda a constituição⁷⁷.

A Constituição de Weimar, de 1919, fruto de fatores históricos tais como a unificação dos Estados alemães⁷⁸, a consolidação do capitalismo e a Primeira Guerra Mundial⁷⁹, declarou em sua Parte II tanto o compromisso com a tutela dos direitos individuais, reconhecidos nas primeiras Declarações, quanto os direitos relacionados à vida social, à religião, às Igrejas, à educação e à vida econômica⁸⁰. A Parte II - que a tornou famosa - inspirou outras Constituições em todo o mundo, inclusive no Brasil (Constituição de 1934).

⁷³ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid: 1997. p. 499.

⁷⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 20.ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p.564.

⁷⁵ SILVA, Jose Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 286.

⁷⁶ Desde o final do século XIX e início do século XX, o México vivia uma ditadura encabeçada por Porfírio Diaz, governada por uma aristocracia rural que negava à população todo e qualquer direito de cunho social. Em 1906, Ricardo Magón, líder do grupo Regeneración, lançou um manifesto que viria a ser a base da futura Constituição do México.

⁷⁷ Foram criadas normas relativas à jornada de trabalho de oito horas, descanso semanas remunerado, direitos da trabalhadora gestante, salário mínimo, entre outros.

⁷⁸ A Alemanha, originariamente formada por vários estados independentes, se unificou em 1864.

⁷⁹ Em 1914, a Alemanha declarou guerra contra a França e Inglaterra, principais potências européias da época, com objetivo de se afirmar econômica e politicamente entre os países da Europa. Sem condições de manter a guerra, a Alemanha foi obrigada a assinar um armistício. Durante a Guerra, o governo alemão, com o fim de evitar conflitos internos, começou a apoiar os sindicatos, reconhecendo, assim, seu papel na sociedade. Como consequência, a nova Constituição da Alemanha, resguarda, em seu texto, vários direitos sociais.

⁸⁰ VELLOSO, Carlos Mário Da Silva. **Dos Direitos Sociais na Constituição do Brasil**. Disponível em:

<http://www.ufrnet.br/~tl/otherauthorsworks/dpr0027/velloso_carlos_dos_direitos_sociais_na_cf.pdf>. Acesso em 03 nov 2010.

Os direitos sociais prestacionais, tais como saúde e educação, eram obviamente dependentes de fatores econômicos e disponibilidade de verbas públicas. Portanto, a escassez de recursos de um país limitava sua plena concretização, que permanece à mercê da discricionariedade da Administração Pública. Surgiu, dessa forma, a necessidade de controle e proteção da implementação dos direitos fundamentais sociais, função atribuída ao Poder Judiciário.

No Brasil, nos últimos tempos, foi reconhecida, por juízes e tribunais, a aplicabilidade direta e imediata das normas constitucionais que dispunham sobre direitos sociais, o que, em alguns casos, levou a excessos e inconsistências⁸¹. Como resposta a essa “judicialização” das políticas públicas e a necessidade de observação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade⁸², a jurisprudência alemã, a partir de um *case* paradigmático chamado *numerus clausus*⁸³, passou a sustentar, como restrição à intervenção excessiva do Poder Judiciário, a teoria da reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*), que propugnava que qualquer decisão judicial sobre a correta efetividade dos direitos sociais deveria ser tomada mediante a ponderação dos bens e interesses em questão, segundo critério da proporcionalidade. De acordo com Ingo Sarlet, a reserva do possível constitui um limite jurídico e fático dos direitos fundamentais,

⁸¹ Sobre esse assunto, ver texto do professor Luiz Roberto Barroso, “**Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial**”. Disponível em: <http://www.uniube.br/publicacoes/unijus/arquivos/unijus_15.pdf> Acesso em 03 nov. 2010.

⁸² A razoabilidade, diferente da proporcionalidade, não faz uma referência a uma relação de causalidade entre um meio e um fim. É o dever de harmonização do Direito com suas condições externas, quer demandando um suporte empírico, quer exigindo uma relação congruente entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada. É necessário, assim, uma relação entre uma qualidade e uma medida adotada. (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros. 10ª Edição, 2009, p. 161-162.

⁸³ No caso, a Corte alemã analisou uma demanda judicial proposta por estudantes que não haviam sido admitidos em escolas de medicina de Hamburgo e Munique em face da política de limitação do número de vagas em cursos superiores adotada pela Alemanha em 1960. A pretensão foi fundamentada no artigo 12 da Lei Fundamental segundo a qual “todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação”. Ao decidir a questão, o Tribunal Constitucional entendeu que o direito à prestação positiva – no caso aumento do número de vagas na universidade – encontra-se sujeito à reserva do possível, no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável. (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 284)

mas também como sua garantia nos casos em que se invoca a indisponibilidade de recursos na realização dos direitos prestacionais.⁸⁴

A chamada “reserva do possível” apresenta uma dimensão tríplice, abrangendo a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais, a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos e o problema da proporcionalidade da prestação. Tais aspectos necessitam de um equacionamento com outros princípios constitucionais para que não constituam uma barreira efetiva à prestação jurisdicional. Nos dizer de Robert Alexy, deve haver uma ponderação dos valores e bens em conflito, pois a garantia de um padrão mínimo existencial⁸⁵ dos direitos sociais que deve ser assegurado, reconhecendo-se, assim, um direito subjetivo definitivo a prestações⁸⁶. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já proferiu decisões que se fundamentam na noção do mínimo existencial⁸⁷.

Terceira Dimensão dos Direitos Fundamentais

O conceito de terceira geração de direitos desenvolveu-se, primeiramente, no âmbito do Direito Internacional, em documentos elaborados por organizações internacionais, tais como as Nações Unidas (ONU) e da *United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization* (UNESCO).

Após a Segunda Guerra Mundial e a descolonização de países do continente africano e asiático, houve a “necessidade do gênero humano [de afirmar-se] como valor supremo em termos de existencialidade concreta⁸⁸”. No que tange à sua

⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 288.

⁸⁵ Nas palavras de Ricardo Lobo Torres, significa “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” (TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 141)

⁸⁶ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid: 1997. p. 445-448.

⁸⁷ ADPF 45 MC/DF. Rel. Celso de Mello. 29 de abril de 2004; RE-AgR 410715/SP. Relator Min. Celso de Mello. Julgamento: 22/11/2005. Segunda Turma; STA 278-6-AL. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 22/10/2008; STA-238-TO. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 21/10/2008.

⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 58.

positivação, a maior parte desses direitos ainda não foi reconhecida no Direito Constitucional da maioria dos países⁸⁹.

Em 10 de dezembro de 1948, a ONU aprovou um documento declarando a proteção aos direitos humanos oponível a todos os cidadãos do mundo: a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Uma das principais inovações da Declaração foi considerar os direitos humanos como inerentes a cada ser humano, sem atribuí-los a um determinado país ou raça.

Direitos fundamentais de terceira dimensão seriam aqueles que se assentam sobre a fraternidade (ou solidariedade)⁹⁰ e possuem um grande teor de humanismo e universalidade, tendo como destinatário o gênero humano. Também são definidos como aqueles que "trazem como marca distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa"⁹¹. O professor Paulo Bonavides lista cinco direitos básicos de fraternidade: direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, ao patrimônio comum da humanidade e à comunicação⁹². São também chamados de transindividuais, que, por sua vez, são divididos em três tipos: difusos, coletivos e individuais homogêneos, de acordo com a regra enunciativa do parágrafo único do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90).

Assim, nos termos do inciso I do artigo 81, lê-se: "interesses ou direitos difusos, [são] assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato". Como exemplo, podemos citar o direito à paz pública, à segurança pública e ao meio ambiente.

O inciso II do mesmo artigo dispõe: "interesses ou direitos coletivos, [são] assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si

⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 59.

⁹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 20.ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 569, seguindo a idéia de Karel Vasak.

⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 58.

⁹² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 20.ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 569.

ou com a parte contrária por uma relação jurídica base". Diferente dos direitos difusos, os titulares dos direitos coletivos são pessoas determináveis, que fazem parte de algum grupo, categoria ou classe, tendo em comum uma relação jurídica⁹³. Seria direito coletivo uma ação que tivesse como objetivo impedir o desrespeito à observância do quinto constitucional na composição dos Tribunais. Um advogado ou um membro do Ministério Público não poderia ingressar, então, com uma ação individual, pois o direito é indivisível, devendo a ação ser pleiteada pelo órgão representativo da categoria.

A última espécie de direitos transindividuais é a dos individuais homogêneos, definidos pelo inciso III, nos seguintes termos: "interesses ou direitos individuais homogêneos, [são] assim entendidos, os decorrentes de origem comum". Os titulares de interesses individuais homogêneos são determináveis. Entretanto, diferente dos direitos difusos e coletivos, o bem jurídico tutelado é divisível, ligado por uma origem comum⁹⁴. Como exemplo, podemos apontar o caso de consumidores que adquiriram veículos cujas peças saíram defeituosas de fábricas. Nessa hipótese, mesmo havendo a possibilidade de a lesão atingir várias pessoas, cada uma delas, individualmente, poderá pleitear jurisdicionalmente a reparação.

No que tange à sua positivação, a maior parte desses direitos ainda não foi reconhecida no Direito Constitucional de muitos dos países. A expressão "direitos de terceira geração" já foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal no RE 134.297 e no MS 22.164-0/SP, ambos de relatoria do Ministro Celso de Mello, assim se referindo ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Parte da doutrina acredita que os chamados direitos de terceira dimensão são decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana, podendo enquadrar-se na categoria dos direitos de primeira dimensão⁹⁵.

Para Bobbio⁹⁶, "a terceira geração dos direitos propugna por um novo enfoque com base em estratégias de prevenção, adaptação e cooperação internacional entre as nações, cabendo à inteligência humana conduzir o processo histórico em benefício de todos".

⁹³ MAZILLI, Hugo Nigro. **Curso sobre a Tutela Coletiva**. Disponível em: <<http://www.mazzilli.com.br/pages/informa/cursodefesa.pdf>>. Acesso em: 02 nov 2010.

⁹⁴ MAZILLI, Hugo Nigro. **Curso sobre a Tutela Coletiva**. Disponível em: <<http://www.mazzilli.com.br/pages/informa/cursodefesa.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2010.

⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 59-60.

⁹⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004. p. 26.

Quarta e Quinta Dimensões dos Direitos Fundamentais

Norberto Bobbio também acredita no reconhecimento da existência de uma quarta dimensão de direitos fundamentais, que se originaram de novas exigências "referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo⁹⁷".

No Direito Constitucional brasileiro, o professor Paulo Bonavides, em seu livro *Curso de Direito Constitucional*⁹⁸, defende o reconhecimento da existência desses direitos, oriundos da globalização e das inovações tecnológicas do final do século XX. São eles, exemplificadamente, os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo. Em recentes debates científicos⁹⁹, o professor cearense cogitou da existência de em uma quinta geração de direitos fundamentais, como consequência pós os recentes atentados terroristas, os quais correspondem a um direito à paz.

Outros doutrinadores também defendem uma quinta dimensão de direitos fundamentais, entre eles, o professor gaúcho José Alcebíades de Oliveira Júnior. Na opinião desse autor, são aqueles que tratam dos direitos da realidade virtual, "que nascem do grande desenvolvimento da cibernética na atualidade, implicando no rompimento de fronteiras tradicionais, estabelecendo conflitos entre países com realidades distintas, via Internet, por exemplo"¹⁰⁰.

A classificação dos direitos fundamentais em quarta e quinta dimensões sofre críticas, como a de que se tratam, na verdade, de releituras de direitos reconhecidos anteriormente na história da sociedade ocidental¹⁰¹. Nesse sentido, são "os antigos adaptados às novas exigências do momento. Assim, por exemplo, a garantia contra

⁹⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004. p. 6.

⁹⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 20.ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 570-572.

⁹⁹ IX Congresso Íbero-Americano e VII Simpósio Nacional de Direito Constitucional, realizados em Curitiba/PR, em novembro de 2006, bem como II Congresso Latino-Americano de Estudos Constitucionais, realizado em Fortaleza/CE, em abril de 2008 (MARANHÃO, Ney Stany Moraes. **A Afirmação Histórica dos Direitos Fundamentais: A Questão das Dimensões ou Gerações de Direitos**. Disponível em: <<http://ww1.anamatra.org.br/sites/1200/1223/00001554.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2010)

¹⁰⁰ OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. **Teoria jurídica e novos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2000. p. 100-101.

¹⁰¹ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 94.

certas manipulações genéticas muitas vezes traz à baila o clássico direito à vida, confrontado, porém, com os avanços da ciência e da técnica”¹⁰².

A explicação do progressivo reconhecimento dos direitos fundamentais, exemplificado no conceito de dimensões (ou gerações¹⁰³) de direitos, apresentada inicialmente pelo jurista tcheco-francês Karel Vasak¹⁰⁴ em uma conferência em 1979 em Estrasburgo, na aula inaugural do Curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, tem fins meramente acadêmicos¹⁰⁵, pois é impossível imaginar espaços temporais históricos fechados de direitos fundamentais. Os direitos de cada dimensão interagem com os das outras, anteriores e posteriores, indicando seu caráter cumulativo no tempo.

¹⁰² MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 234.

¹⁰³ Na doutrina recente, a expressão “geração” tem sido criticada, pois pode induzir à falsa idéia de substituição de um direito por outro ao longo da história, sendo preferido o termo “dimensão”, que traduz a noção de adaptação a novas realidades.

¹⁰⁴ MARMELESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 40

¹⁰⁵ Em entrevista publicada na Internet (2010), o professor Antônio Augusto Cançado Trindade disse: “Eu conversei com Karel Vasak e perguntei: “Por que você formulou essa tese em 1979?”. Ele respondeu: “Ah, eu não tinha tempo de preparar uma exposição, então me ocorreu fazer alguma reflexão, e eu me lembrei da –bandeira francesa” – ele nasceu na velha Tchecoslováquia. Ele mesmo não levou essa tese muita a sério, mas, como tudo que é palavra “chavão”, pegou. Aí Norberto Bobbio começou a construir gerações de direitos etc.”

3 DIMENSÕES SUBJETIVA E OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Antes de analisar a eficácia dos direitos fundamentais, é fundamental tecer breves comentários sobre as duas dimensões desses direitos: a subjetiva, em que eles correspondem a direitos individualmente exigíveis; e a objetiva, em que os direitos são relacionados a valores fundamentais de um ordenamento jurídico.

Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo quanto aqueles outros, concebidos como garantias individuais – forma a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático. (MENDES, 2004, p.2)¹⁰⁶

Essas dimensões não são as duas faces de uma mesma moeda¹⁰⁷, porque são consideradas pela doutrina como compatíveis e complementares entre si.

3.1 DIMENSÃO SUBJETIVA

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais tem origem no reconhecimento de sua primeira geração, cuja face manifestamente liberal os concebe como instrumentos de proteção do indivíduo contra a intervenção estatal. Nesse sentido, correspondiam a direitos subjetivos de defesa dos indivíduos, isto é, limites impostos ao poder do Estado, do qual era exigível uma atitude de abstenção.

Os direitos fundamentais são, por essa perspectiva, direitos subjetivos do cidadão, isto é, permitem que o cidadão exija, caso queira, um comportamento, omissivo ou comissivo, do próprio Estado ou de particulares, através do Poder Judiciário ou, ainda, exerça uma competência, como por exemplo, de modificar posições jurídicas.

Os direitos fundamentais, por serem normas jurídicas, são direitos exigíveis e justiciáveis, ou seja, podem ter sua aplicação forçada através do Poder Judiciário. É o que os constitucionalistas chamam de “dimensão subjetiva”,

¹⁰⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2004. p. 2.

¹⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 158.

expressão que simboliza a possibilidade de os direitos fundamentais gerarem pretensões subjetivas para os seus titulares, reivindicáveis na via judicial. Assim, caso o Poder Público deixe de cumprir com os deveres de respeito, proteção e promoção a que está obrigado, poderá ser compelido a fazê-lo forçadamente por força de um processo judicial. (MARMELSTEIN' 2008, p. 289)¹⁰⁸

Vale ressaltar que, apesar de parte da doutrina utilizar a expressão “direito público subjetivo”, esse termo é criticado por caracterizar resquícios do liberalismo, quando os direitos fundamentais eram simplesmente reduzidos a instrumentos de defesa da autonomia privada frente ao Estado¹⁰⁹.

Quanto à dimensão subjetiva dos direitos sociais (direitos de segunda dimensão), entende-se que sua exigibilidade estaria restringida pela questão do mínimo existencial e da reserva do possível. Dessa forma, sua plena concretização demandaria a intermediação do legislador e a atuação discricionária da Administração Pública. Todavia, deve-se lembrar, outrossim, que todos os direitos fundamentais, especialmente aqueles de cunho social, enunciados em normas programáticas, por exemplo, possuem um grau mínimo de efetividade, pois servem como parâmetro de controle de constitucionalidade de medidas restritivas desses direitos. Além disso, estabelecem deveres para o legislador ordinário, condicionando a legislação futura. Por fim, constituem um sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação de normas jurídicas, condicionando, ainda, a atividade discricionária da Administração e do Judiciário¹¹⁰.

De acordo com Canotilho

[A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais] resulta da consagração constitucional desses direitos como direitos fundamentais dos cidadãos e não apenas como direito objetivo expressos através de normas programáticas ou imposições constitucionais (direitos originários de prestações); da radiação subjetiva de direitos através da criação por lei de prestações, instituições e garantias necessárias à concretização dos direitos constitucionalmente reconhecidos. [...] que justificam o direito de judicialmente ser reclamada a manutenção do nível de realização e de se proibir qualquer tentativa de retrocesso social. (grifo meu) (CANOTILHO, 2003, p. 374)¹¹¹

¹⁰⁸ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 289.

¹⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 166-167.

¹¹⁰ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7ª edição. São Paulo: Malheiros. 2009, p. 164.

¹¹¹ CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. rev. Coimbra: Almedina, 2003. p. 374.

Por serem os direitos fundamentais posições primariamente do indivíduo, seu caráter individual implica que a teoria subjetiva deve aparecer, pelo menos, ao lado da teoria objetiva¹¹².

3.2 DIMENSÃO OBJETIVA

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais convive com a objetiva, mantendo com ela uma relação de complementaridade. Nesse sentido, os direitos fundamentais expressam os “princípios básicos da ordem constitucional”, tornando-se normas que revelam os valores essenciais da sociedade política, “expandindo-se para todo o direito positivo”¹¹³ e servindo para balizar as tarefas dos órgãos judiciários, legislativos e executivos¹¹⁴. Eles transcendem, assim, a perspectiva das posições individuais, operando como limite do poder e diretriz da ação estatal.

O seu reconhecimento, pelo constitucionalismo contemporâneo, resultou em inovações importantes, tais como

a) a irradiação e a propagação dos direitos fundamentais a toda esfera do Direito Privado; em rigor, a todas as províncias do Direito, sejam jusprivatistas, sejam juspublicísticas; b) a elevação de tais direitos à categoria de princípios, de tal sorte que se convertem no mais importante pólo de eficácia normativa da Constituição; c) a eficácia vinculante, cada vez mais enérgica e extensa, com respeito aos três Poderes, nomeadamente o Legislativo; [...] e) a dimensão axiológica, mediante a qual os direitos fundamentais aparecem como postulados sociais que exprimem uma determinada ordem de valores e ao mesmo tempo servem de inspiração, impulso e diretriz para a legislação, a administração e a jurisdição; f) o desenvolvimento da eficácia inter privatos, ou seja, em relação a terceiros (*Drittwirkung*), com atuação no campo dos poderes sociais, fora, portanto, da órbita propriamente dita do Poder Público ou do Estado, dissolvendo assim, a exclusividade do confronto subjetivo imediato entre o direito individual e a máquina estatal; confronto com o qual, nessa qualificação, os direitos fundamentais se desataram; g) aquisição de um “duplo caráter”, ou seja, os direitos fundamentais conservam a dimensão subjetiva - da qual nunca se podem apartar, pois, se o fizessem, perderiam parte de sua essencialidade - e recebem um aditivo, uma nova qualidade, um novo feitio, que é a dimensão objetiva, dotada de conteúdo valorativo decisório, e de

¹¹² ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid: 1997. p. 288.

¹¹³ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 266.

¹¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5281>>. Acesso em: 29 out. 2010.

função protetora tão excelentemente assinalada pelos publicistas e juízes constitucionais da Alemanha; [...] (BONAVIDES, 2007, p. 588)¹¹⁵.

A idéia de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais foi desenvolvida, inicialmente, no Direito Constitucional alemão, a partir da jurisprudência da Corte constitucional daquele país (*Bundesverfassungsgericht*), especialmente do caso Lüth¹¹⁶, de 15 de janeiro de 1958.

O caso Lüth foi um precedente jurídico importante para o estudo dos direitos fundamentais, considerado o mais importante case da História do constitucionalismo alemão depois da Segunda Guerra Mundial. No começo dos anos 50, Erich Lüth, crítico de cinema e presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, membro de um grupo cujo objetivo era restaurar a confiança dos judeus na Alemanha do pós-guerra. Durante a Semana do Filme Alemão, Lüth incitou o público a boicotar a exibição de “*Unsterbliche Geliebte*” (A Amante Imortal), um romance do cineasta Veit Harlan, o principal responsável pelas películas que divulgavam as idéias nazistas durante o Terceiro Reich. Ele havia produzido a obra “*Jud Sü*”, que ficou conhecido como a obra cinematográfica que mais teria contribuído, na Alemanha, para a difusão do ideal nazista e do ódio ao povo judeu. Por isso, quando o cineasta decidiu voltar às telas do cinema alemão, houve oposições ao lançamento de seus filmes.

Veit Harlan, juntamente com os empresários que o patrocinavam, ingressaram com uma ação judicial alegando que a atuação de Eric Lüth violava o Código Civil alemão que dispõe: “quem dolosamente causa dano a outrem, de maneira contrária aos bons costumes, está obrigado a repará-lo” (artigo 826). Lüth foi, então, em primeira instância, condenado a indenizar os produtores de cinema atingidos pelo boicote.

A lide foi submetida ao Tribunal Constitucional alemão por Recurso Constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), sob a alegação de que a decisão impugnada feria direito fundamental à liberdade de expressão, previsto na Constituição alemã. Aduziu o recorrente que “os direitos fundamentais, enquanto direitos subjetivos com dignidade constitucional, seriam para o direito civil ‘causas [normativas] superiores de justificação’”.

¹¹⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 20.ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 588

¹¹⁶ Texto da Decisão na íntegra. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra>> Acesso em 28 out 2010.

O Tribunal reconheceu que a Constituição consistia em "um ordenamento axiológico objetivo", corporificado nos direitos fundamentais. Dessa forma, além de uma dimensão subjetiva, existia uma outra perspectiva, a dimensão objetiva, que consagra valores que devem ser parâmetro para todos os ramos do Direito.

os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo ordenamento jurídico e que fornecem as diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos" (SARLET, 2009, p. 168)¹¹⁷.

No menos famoso caso da tributação dos cônjuges¹¹⁸, da mesma forma, aquela Corte entendeu que o artigo 6.1 da Constituição daquele país ("o matrimônio e a família encontram-se sob a proteção da ordem estatal") não constituía somente um direito fundamental no sentido subjetivo, mas também uma norma valorativa vinculante para o matrimônio e a família, tanto no Direito Público quanto no Direito Privado.

Nesses dois precedentes, o Tribunal Constitucional abrigou também em sua decisão as teses da existência de uma eficácia irradiante dos direitos fundamentais (*Austrahlungswirkung*) e dos deveres de proteção (*Schutzpflicht*). Segundo a doutrina, são três as principais conseqüências do reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais¹¹⁹.

Direitos Fundamentais como Normas de Caráter Axialógico

Em primeiro lugar, a dimensão objetiva faz com que os direitos fundamentais sejam vistos como um conjunto de valores essenciais à uma dada comunidade, expressando os bens jurídicos mais importantes para uma sociedade e se constituindo em fundamentos de um ordenamento jurídico.

¹¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 168.

¹¹⁸ FERREIRA, Conceição de Maria Barbosa. **Direitos Fundamentais**: inovações na Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmli/bitstream/handle/2011/17245/Direitos_Fundamentais_Inova%C3%A7%C3%B5es_Concei%C3%A7%C3%A3o%20de%20Maria%20Ferreira.pdf?sequence=1>. Acesso em: 02 nov. 2010.

¹¹⁹ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 265-268.

[...] as normas que estabelecem direitos fundamentais, se podem ser subjetivadas, não pertencem somente ao sujeito, mas sim a todos aqueles que fazem parte da sociedade. Com efeito, como explica Vieira de Andrade, os direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto faculdades ou poderes de que estes são titulares, mas valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins¹²⁰ (MARINONI, 2004, p. 168).

A idéia de que os direitos fundamentais são resultado de opções axiológicas de uma comunidade e constituem uma ordem de valores objetivada na Constituição é o cerne da chamada “Teoria Axialógica dos Direitos Fundamentais”, defendida por Ernest Smend e apresentada pelo jurista alemão Ernest-Wolfgang Böckenförde, que entende que os direitos fundamentais possuem íntima conexão com os valores políticos e morais da comunidade política, na qual estão inseridos seus titulares¹²¹.

Teoria dos Deveres Estatais de Proteção

A segunda consequência¹²², derivada da primeira, consagra a denominada Teoria dos Deveres Estatais de Proteção, significando que a existência dos direitos fundamentais em um ordenamento jurídico, como expressões dos valores máximos do ordenamento, enseja um dever de proteção (*Schutzpflicht*) pelo Estado tanto contra as próprias ameaças estatais como dos particulares, independentemente da vontade do seu titular. Dessa forma, o Estado deve adotar medidas que tutelem efetivamente os direitos fundamentais, não apenas em relação à abstenção (não os lesar).

Outra importante função atribuída aos direitos fundamentais e desenvolvida com base na existência de um dever geral de efetivação atribuído ao Estado, por sua vez agregado à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, diz com o reconhecimento de deveres de proteção (*Schutzpflichten*) do Estado, no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões providas de particulares e até mesmo de outros Estados. Esta

¹²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.168.

¹²¹ MOTA, Marcel Moraes. **Uma Teoria Axialógica dos Direitos Fundamentais Constitucionalmente Adequada**. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/marcel_moraes_mota2.pdf. Acesso em 01 nov 2010.

¹²² MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 267.

incumbência, por sua vez, desemboca na obrigação de o Estado adotar medidas positivas da mais diversa natureza (por exemplo, por meio de proibições, autorizações, medidas legislativas de natureza penal, etc.), com o objetivo precípua de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais. (SARLET, 2009, p. 174)¹²³

A dimensão objetiva legítima, inclusive, restrições a direitos subjetivos individuais, limitando seu conteúdo e alcance, gerando um dever de proteção pelo Estado dos direitos fundamentais contra agressões do próprio Estado, de outros Estados ou particulares e impondo-lhe, também, providências jurídicas e materiais em reforço da efetividade dos direitos subjetivos. Como exemplo, temos o caso da obrigatoriedade do uso de cinto de segurança em automóveis, em que o livre arbítrio do condutor perde alcance diante do valor constitucional da vida e da integridade física dos indivíduos, cuja proteção é exigida do Estado, mesmo contra sua vontade¹²⁴.

Eficácia Irradiante dos Direitos Fundamentais

A terceira consequência¹²⁵ é a eficácia irradiante (*Austrahlungswirkung*) dos direitos fundamentais, significando que eles são diretrizes para a interpretação e aplicação das normas dos demais ramos do direito tanto pelo Poder Judiciário quanto pela Administração Pública.

a norma de direito fundamental, independentemente da possibilidade de sua subjetivação, sempre contém valoração. O valor nela contido, revelado de modo objetivo, espalha-se necessariamente sobre a compreensão e atuação do ordenamento jurídico. Atribui-se aos direitos fundamentais, assim, uma eficácia irradiante. (MARINONI, 2010)¹²⁶

¹²³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 174.

¹²⁴ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. 226 p.

¹²⁵ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 268.

¹²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5281>>. Acesso em: 29 out. 2010.

Dessa forma, a eficácia dirigente dos direitos fundamentais em relação aos poderes públicos os obriga a busca pela sua permanente concretização¹²⁷.

na sua condição de direito objetivo, [os direitos fundamentais] fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, o que, além disso, apontaria para a necessidade de uma interpretação conforme aos direitos fundamentais, que, ademais, pode ser considerada - ainda que com restrições - como modalidade semelhante à difundida técnica hermenêutica da interpretação conforme à Constituição¹²⁸ (SARLET, 2009, p. 172-173).

É a partir dessas conseqüências que surge a discussão sobre a eficácia desses direitos na esfera privada, no âmbito das relações entre particulares.

¹²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 161.

¹²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 172-173.

4 EFICÁCIA VERTICAL E HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

4.1 EFICÁCIA VERTICAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Estado Liberal surgiu a partir do Iluminismo e dos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade. Naquela época, os direitos fundamentais eram considerados direitos subjetivos oponíveis em face do Estado, impondo-lhe um dever de abstenção frente ao particular.

Com a evolução do Estado Liberal para o Estado Social de Direito, os direitos fundamentais passaram a constituir não apenas limites ao exercício do poder estatal, mas também um conjunto de valores relacionados a uma atuação positiva do Poder Público, no sentido de promover condições materiais para o desfrute efetivo das liberdades garantidas pelos direitos de segunda dimensão¹²⁹.

Essa vinculação do Estado aos direitos fundamentais dos particulares denomina-se “eficácia vertical” dos direitos fundamentais¹³⁰, que se manifesta nas relações caracterizadas pela desigualdade, hierarquia e subordinação existentes entre o indivíduo e o Estado.

Deve-se ainda lembrar que os direitos fundamentais têm uma natureza dúplice (positiva e negativa) que decorre do seu caráter vinculante. Em uma dimensão positiva, impõem a todos os Poderes estatais a sua promoção efetiva, isto é, o dever de assegurar condições de efetiva concretização, incluídas a criação de meios necessários para exercê-los. Em uma dimensão negativa, introduzem limites de proteção, pois o Estado deve abster-se de estabelecer quaisquer normas e de praticar quaisquer atos que violem direitos fundamentais.

4.2 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A doutrina utiliza diversas designações quando trata da aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas: eficácia privada, eficácia entre terceiros (*Drittwirkung*), eficácia externa, eficácia horizontal (*Horizontalwirkung*), eficácia frente

¹²⁹ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008. p.42.

¹³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.155.

a particulares e eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas, privatização dos direitos humanos, constitucionalização do direito privado, dentre outras.

O tema chamado pela maior parte da doutrina de “eficácia horizontal dos direitos fundamentais” tem sido objeto de discussões doutrinárias e jurisprudenciais desde meados do século passado, tendo surgido na Alemanha, nos anos 50 e começo dos anos 60¹³¹, sob a denominação de *Drittwirkung der Grundrechte*. Inicialmente, a expressão *Drittwirkung* referia-se à eficácia dos direitos fundamentais relativamente aos terceiros (*Dritte*) destinatários, diferentes do tradicional sujeito passivo, o Estado. Tal denominação é hoje rejeitada pela doutrina, que nega a existência de um terceiro nível eficaz, defendendo somente um segundo nível, o dos particulares¹³².

Utilizou-se também a expressão *Horizontalwirkung der Grundrechte* (“eficácia horizontal dos direitos fundamentais”), em clara alusão opositiva à verticalidade característica das relações entre o cidadão e o Estado. Entretanto, essa designação também é deficiente.

Convém lembrar que na época do Estado Liberal, quando os direitos fundamentais envolviam basicamente a proteção de interesses individuais frente ao Estado, não se cogitava da aplicação desses direitos às relações que envolvessem particulares, pois acreditava-se que nelas havia uma igualdade de condições entre eles¹³³. Contudo, com a crescente complexidade da sociedade contemporânea, percebeu-se que essa igualdade efetivamente não existia.

ao contrário do Estado clássico e liberal de Direito, no qual os direitos fundamentais, na condição de direitos de defesa, tinham por escopo proteger o indivíduo de ingerências por parte dos poderes públicos na sua esfera pessoal e no qual, em virtude de uma preconizada separação entre Estado e sociedade, entre o público e o privado, os direitos fundamentais alcançavam sentido apenas nas relações entre os indivíduos e o Estado, no Estado social de Direito [...] a sociedade cada vez mais participa ativamente do exercício do poder, de tal sorte que a liberdade individual não apenas carece de proteção contra aos poderes públicos, mas também contra os

¹³¹ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 31.

¹³² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.372.

¹³³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 368.

mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, os detentores de poder social e econômico, já que é nesta esfera que as liberdades se encontram particularmente ameaçadas. (SARLET, 2009. p.374)¹³⁴

Com o desenvolvimento do capitalismo, fortaleceram-se os chamados poderes privados¹³⁵, titularizados por particulares ou grupos (associações, empresas, igrejas, partidos) que, ao lado do Estado, encontravam-se em posição de supremacia econômica ou social. Grandes grupos passaram a deter poder, muitas vezes lutando até contra o próprio Estado¹³⁶, restringindo os direitos de outros indivíduos.

José Gomes Canotilho apresenta seis casos verídicos que ilustram essa problemática. O primeiro deles é o de uma empresa industrial que exigia que seus operários renunciassem ao direito de exercer qualquer atividade partidária e à filiação a sindicatos em seus contratos de trabalho. O segundo trata de um congresso de um partido político destinado a escolher um candidato às eleições parlamentares, em que não foi admitida a participação de indivíduos da raça negra. No terceiro, uma senhora, atuando como professora em um colégio particular, assinou contrato de trabalho no qual havia uma “cláusula de celibato”. Posteriormente, ela celebrou casamento e foi demitida pelo empregador por violação de cláusula contratual. No quarto caso, uma empresa, ao contratar duas pessoas do sexo feminino para trabalhar na área de informática, condicionou a admissão à adesão a três cláusulas: a primeira, submeterem-se a um teste de gravidez no momento da admissão; a segunda, aceitarem como justa causa para a dispensa do trabalho a ocorrência de gravidez; a terceira, não se submeterem a procedimento de inseminação artificial durante o contrato. O quinto caso versa sobre entidades patronais e organizações sindicais que celebram contratos coletivos de trabalho nos quais foi incluída uma cláusula de *closed-shop*, ou seja, proibição de contratação de funcionários não sindicalizados. No sexto e último caso, uma escola particular para alunos deficientes, subsidiada pelo Estado, recusou-se a receber crianças não

¹³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.374.

¹³⁵ CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. rev. Coimbra: Almedina, 2003. p. 610.

¹³⁶ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 85.

batizadas ou cujos pais professassem uma religião diferente daquela ensinada na escola.

Partindo desses casos concretos, percebe-se que a expressão “eficácia horizontal” pode trazer uma falsa idéia de que os particulares estão em uma situação igualitária em todas as relações jurídicas de direito privado. Um bom exemplo dessa desigualdade é a relação de consumo, em que o poder econômico do fornecedor de produto ou prestador de serviço o coloca em uma posição privilegiada frente ao consumidor, tornando este hipossuficiente. Para assegurar o equilíbrio nessa relação jurídica, foram criadas normas protetivas, porque apesar de ser uma relação entre dois particulares, há uma verticalidade manifesta entre eles.

[...] a expressão eficácia horizontal não dá conta das situações de manifesta desigualdade de poder entre indivíduos e portadores de poder social, que, no que diz com o exercício de poder e imposição da vontade em detrimento da outra parte da relação jurídicoprivada, assumem feições manifestamente verticalizadas, no sentido de similares às relações entre os particulares e o poder público. Por tais razões, o mais apropriado é, de fato, falarmos de uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais ou mesmo da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. (SARLET, 2009. p. 112)¹³⁷

Por essa razão, prefere-se a expressão “**eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares**” àquela.

¹³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 112.

5 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS AS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES

Diferentes países (Estados Unidos, Alemanha, Portugal e Brasil, por exemplo) analisaram a questão da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais sob enfoques distintos, procurando delimitar a extensão e delimitação dessa eficácia. Até mesmo no Direito português, em que há expressa disposição constitucional declarando a vinculação direta das entidades privadas aos direitos fundamentais, não há consenso quanto à forma e ao alcance desse efeito¹³⁸.

5.1 STATE ACTION

A própria História dos Estados Unidos levou o país a basear seu ordenamento jurídico na autonomia privada e no individualismo, atrelando o país preso a um modelo liberal de direitos fundamentais.

Em relação ao dever do Estado de respeitar os direitos fundamentais, expressos nas Emendas Constitucionais – chamado de *state action* (ação estatal) – predominou na jurisprudência americana a idéia de que eles somente impõem limitações aos Poderes Públicos¹³⁹ ou a particular no exercício de uma atividade estatal. Os defensores dessa tese invocavam o argumento do pacto federativo, tendo em vista a competência dos Estados norte-americanos em legislar sobre Direito Privado. Com o conceito de *state action*, preserva-se o espaço de autonomia dos Estados, “impedindo que as cortes federais intervenham na disciplina das relações privadas”¹⁴⁰.

Os primeiros *cases* a adotar a teoria chegaram à Corte Americana no final do século XIX. Nesses julgamentos, ficaram estabelecidas duas idéias principais: (a) os direitos fundamentais enunciados na Constituição americana vinculam apenas os Poderes Públicos; e (b) o Congresso Nacional não tem poderes para editar normas protegendo os direitos fundamentais nas relações privadas, pois a competência,

¹³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 399.

¹³⁹ À exceção da 13ª Emenda, que proibiu a escravidão nos Estados Unidos.

¹⁴⁰ SARMENTO, Daniel. **A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil**. Disponível em: <<http://www.escoladamagistratura.org.br/downloader.php?a=upload/arquivos/0213473001256227949.pdf&b>>. Acesso em: 22 out. 2010.

nesses casos, é exclusiva do legislador estadual. A primeira premissa recebeu atenuações e a segunda foi alterada. Atualmente, há competência da União para legislar sobre direitos humanos mesmo quando nenhum ente estatal esteja envolvido. Em meados da década de 1870, a Suprema Corte americana, aplicando a teoria do *state action*, declarou inconstitucional as leis que proibiam o cerceamento do acesso de negros em hotéis, teatros e trens, afirmando que apenas os Poderes Estatais, e não os indivíduos e as empresas privadas, estavam vinculados ao princípio da igualdade¹⁴¹.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal brasileiro, Joaquim Barbosa, em seu livro *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade*, relata o caso *Rendell-Baker vs. Kohn*¹⁴², no qual a Corte Americana julgou não ser dever do Estado de coibir a discriminação em escolas públicas, mesmo quando operam em sob contrato governamental. A decisão serve, segundo o Ministro, para exemplificar como a aplicação pura da teoria da *state action* pode causar nítido retrocesso na concretização de direitos fundamentais¹⁴³.

Com as mudanças sociais oriundas dos movimentos civis americanos da década de 60, os casos envolvendo violações de direitos fundamentais por particulares começaram a surgir com maior frequência na Suprema Corte Norte Americana. Passou-se então a interpretar de modo mais amplo a idéia de *state action* para possibilitar sua aplicação na esfera privada, utilizando dois parâmetros para a aplicação dos direitos fundamentais na esfera privada: os *public function cases* e *symbiotic relationships*¹⁴⁴.

Em relação ao primeiro parâmetro, a Corte entende que se aplicam os direitos fundamentais de maneira direta, quando um particular, por algum motivo, exerce um ato próprio de um ente público, sujeitando-se, assim, aos mesmos condicionamentos constitucionais impostos aos Poderes Públicos. Trata-se da delegação de alguma atividade pública a um particular. O caso mais importante que exemplifica essa

¹⁴¹ SARMENTO, Daniel. **A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil.** Disponível em: <<http://www.escoladamaquadratura.org.br/downloader.php?a=upload/arquivos/0213473001256227949.pdf&b>>. Acesso em: 22 out. 2010.

¹⁴² Texto da decisão na íntegra em inglês em: <http://supreme.justia.com/us/457/830/case.html>. Acesso em 02 nov 2010.

¹⁴³ GOMES, Joaquim Barbosa. **Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade.** 1ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar. 2001, p.88.

¹⁴⁴ CAMPOY, Beatriz Rigoletto; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. **Direitos Fundamentais - Uma nova Perspectiva.** Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1604/1531>. Acesso 02 nov. 2010.

teoria foi *Marsh vs. Alabama*¹⁴⁵, julgado em 1946. Na decisão, a Suprema Corte declarou inválida uma proibição, imposta por uma empresa privada, de entrada de Testemunhas de Jeová em um loteamento onde havia ruas e residências. A Corte considerou que manter uma “cidade privada” é uma função equiparada a de um Estado e, assim, a empresa possuidora do loteamento deveria se sujeitar à primeira emenda do *Bill of Rights* que assegura a liberdade de culto¹⁴⁶.

No caso dos chamados *symbiotic relationships*, ou *state commandment* ou ainda *encouragement of private activities*, a Suprema Corte entende que quando houver qualquer vinculação entre o ato do particular e a administração pública deverão ser respeitados os direitos fundamentais de forma direta, uma vez que o Estado tem relação com o fato de alguma maneira.

Uma das primeiras decisões judiciais a reconhecer esse segundo parâmetro foi proferida pela Suprema Corte americana no caso *Shelley x Kraemer*¹⁴⁷. Com o objetivo de evitar a presença de negros em um loteamento em Saint Louis, exigiu-se, via contrato, que os compradores não vendessem seus terrenos a pessoas não-brancas. Um dos proprietários resolveu alienar seu imóvel a um casal de negros e o negócio foi contestado judicialmente por violação da cláusula restritiva. O Tribunal do Missouri reconheceu a legalidade da venda, mas a Suprema Corte decidiu que a cláusula restritiva feria a idéia de igualdade expressa na Emenda XIV da Constituição americana, a partir do pressuposto que o juízo inferior praticou uma ação estatal de violação ao direitos fundamentais ao decidir a favor de uma discriminação contrária à Constituição¹⁴⁸.

Apesar da teoria da *state action*, com suas mitigações, ser majoritária na jurisprudência americana, constitucionalistas daquele país, como Erwin

¹⁴⁵ Texto da decisão na íntegra, em inglês, em: <http://supreme.justia.com/us/326/501/case.html> . Acesso em 02 nov 2010.

¹⁴⁶ SARMENTO, Daniel. **A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil.** Disponível em: <http://www.escoladmagistratura.org.br/downloader.php?a=upload/arquivos/0213473001256227949.pdf&b>>. Acesso em: 22 out. 2010.

¹⁴⁷ Texto da decisão na íntegra em inglês em: <http://supreme.justia.com/us/334/1/case.html>. Acesso em 02 nov. 2010.

¹⁴⁸ SARMENTO, Daniel. **A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil.** Disponível em: <http://www.escoladmagistratura.org.br/downloader.php?a=upload/arquivos/0213473001256227949.pdf&b>>. Acesso em: 22 out. 2010.

Chemerisnky, John Nowak e Ronald Rotunda, já apresentaram críticas e reformulações à teoria¹⁴⁹.

Na Alemanha, autores como Hermann von Mangoldt e Ernst Forsthoff se basearam nas idéias do liberalismo clássico para refutar a idéia de uma eficácia imediata ou mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, sob a alegação de que eles representam somente direitos de defesa em face do Estado, posição semelhante a do *state action* americana. Alegava-se também que haveria uma destruição da autonomia privada, destruindo a identidade do Direito Civil, que ficaria absorvido pelo Direito Constitucional, conferindo um poder exagerado aos juízes¹⁵⁰.

5.2 TEORIA DA CONVERGÊNCIA ESTATISTA

A chamada Teoria da Convergência Estatista (ou Teoria da Imputação) foi desenvolvida pelo doutrinador alemão Jürgen Schwabe em obra publicada em 1971, intitulada *Die sogennante Drittwirkung der Grundrechte* (A chamada eficácia dos direitos fundamentais perante terceiros). Segundo essa tese, é sempre o Estado responsável último pelas lesões a direitos fundamentais que tem origem nas relações privadas, razão pela qual toda a discussão em torno *Drittwirkung* constituiria um grande equívoco.

Segundo Schwabe, conforme destacado por Steinmetz, “se o Estado – por meio da legislação, jurisdição e administração – não proíbe uma violação de direito fundamental entre particulares, o Estado a permite”¹⁵¹, devendo ser imputada a ele a responsabilidade pela lesão. Na medida em que o Poder Público disciplina e tutela as relações privadas, ele se torna responsável também pelos atentados aos direitos fundamentais cometidos por particulares contra particulares sempre que não os impedir.

¹⁴⁹ SARMENTO, Daniel. **A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil**. Disponível em: <<http://www.escoladamagistratura.org.br/downloader.php?a=upload/arquivos/0213473001256227949.pdf&b>>. Acesso em: 22 out. 2010.

¹⁵⁰ SARMENTO, Daniel. **A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil**. Disponível em: <<http://www.escoladamagistratura.org.br/downloader.php?a=upload/arquivos/0213473001256227949.pdf&b>>. Acesso em: 22 out. 2010.

¹⁵¹ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p.174.

Essa teoria encontra suas bases na idéia dos direitos fundamentais como direitos de defesa e de proteção: o Estado deve se omitir de intervenções e se encarregar de que terceiros também façam o mesmo¹⁵². O Poder Público, ao regular e proteger atividades privadas, torna-se partícipe da lesão que, portanto, deve ser-lhe imputada¹⁵³. Para essa teoria, a conversão de uma intervenção privada em uma atividade estatal tem essencialmente um apoio tríplice: a permissão estatal; os deveres de tolerância vinculados a ela; a imposição estatal do dever de tolerância¹⁵⁴.

Wilson Steinmetz apresenta em seu livro “A vinculação dos particulares a direitos fundamentais” outras críticas importantes à teoria elaborada por Schwabe. O autor sustenta que a adoção da teoria da imputação, além de simplesmente deslocar o problema da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais para o plano das relações entre cidadão e Estado, gera a total irresponsabilidade dos particulares em suas relações privadas. Afirma ainda que uma possível adoção da teoria da imputação acarretaria uma inflação legislativa, pois o Estado teria o dever de disciplinar todas as relações jurídico-privadas possíveis, no intuito de evitar que lhe fosse imputada qualquer responsabilidade¹⁵⁵.

5.3 TEORIA MEDIATA OU INDIRETA

O doutrinador alemão Günter Dürig, em obra publicada em 1956, *Grundrechte und Zivilrechtsprechung* (Direitos Fundamentais e Jurisdição Civil), foi quem originalmente apresentou as principais diretrizes da Teoria da Eficácia Mediata (*mittelbare Drittwirkung*) ou Indireta (*indirekte Drittwirkung*) dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares.

Segundo essa corrente, seria tarefa do legislador, em primeiro lugar, transformar o conteúdo axiológico dos direitos fundamentais, com base na ordem constitucional objetiva de valores, em realizações concretas através de normas

¹⁵² ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid: 1997, 441

¹⁵³ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid: 1997, 442

¹⁵⁴ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid: 1997, p. 443

¹⁵⁵ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 174

infraconstitucionais, ocorrendo, assim, a aplicação mediata dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares¹⁵⁶.

Juan Maria Bilbao Ubillos apresenta a seguinte crítica:

A nuestro juicio, um derecho cuyo reconocimiento depende del legislador, no es um derecho fundamental. Es um derecho de rango legal, simplemente. El derecho fundamental se define justamente por la indisponibilidad de su contenido por el legislador. No parece compatible com esta caracterización la afirmación de que los derechos fundamentales sólo operan (entre particulares) cuando el legislador así lo decide.¹⁵⁷

Quando não houvesse normas jurídico-privadas infraconstitucionais sobre o tema, a operacionalização se daria através da atuação do Poder Judiciário, pela integração das normas de direitos fundamentais através de cláusulas gerais (*generalklausel*) e conceitos jurídicos indeterminados presentes no direito privado¹⁵⁸, incidindo assim os direitos fundamentais nas relações entre particulares a partir de sua dimensão objetiva, como base de um sistema de valores, com seu efeito irradiante. Um exemplo é o artigo 187 do Código Civil brasileiro, quando dispõe que “comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Nesse exemplo, o conceito de “boa-fé” presente na norma seria uma “porta de entrada” dos direitos fundamentais na relação jurídica.

[...] compete, em primeira linha, ao legislador a tarefa de realizar ou concretizar os direitos fundamentais no âmbito das relações privadas. [...]Um meio de irradiação dos direitos fundamentais para as relações privadas seria as cláusulas gerais (*Generalklauseln*), que serviriam de porta

¹⁵⁶ SARMENTO, Daniel. **A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil.** Disponível em: <<http://www.escoladmagistratura.org.br/downloader.php?a=upload/arquivos/0213473001256227949.pdf&b>>. Acesso em: 22 out. 2010.

¹⁵⁷ Tradução livre: A nosso juízo, um direito cujo reconhecimento depende do legislador não é um direito fundamental. É um direito de cunho legal, simplesmente. O direito fundamental se define justamente pela indisponibilidade de seu conteúdo pelo legislador. Não parece compatível com essa caracterização a afirmação de que os direitos fundamentais só operam (entre particulares) quando o legislador assim o decide. (UBILLOS, Juan María Bilbao. **¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos privados?** In: Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Organizador: Ingo Wolfgang Sarlet. 2ª Edição. Rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2006, p.315).

¹⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 366

de entrada (*Einbruchstelle*) dos direitos fundamentais no âmbito do direito privado. (STEINMETZ, 2004. p. 136)¹⁵⁹

A mediação na aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares também seria feita pelos órgãos judiciais pela técnica hermenêutica da interpretação conforme à Constituição¹⁶⁰. No Direito brasileiro, o Poder Judiciário, especialmente ao Supremo Tribunal Federal, possui essa incumbência, consoante o disposto no artigo 102, inciso I, alínea a, e inciso III, da Constituição.

A teoria da eficácia indireta recebeu notoriedade ao ser explicitamente adotada pelo Tribunal Constitucional alemão no caso Lüth, conquistando diversos defensores, entre eles Konrad Hesse, Klaus Stern e Claus-Wilhelm Canaris. Até hoje, essa doutrina é predominante na Alemanha¹⁶¹.

¹⁵⁹ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 125

¹⁶⁰ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 145.

¹⁶¹ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 136.

5.4 TEORIA DOS DEVERES DE PROTEÇÃO

A Teoria dos Deveres de Proteção, surgida também na Alemanha, a partir de obras de autores tais como Joseph Isensee, Stefan Oeter, Klaus Stern e Claus-Wilhelm Canaris, aproxima-se muito, quanto aos seus efeitos, da Teoria da Eficácia Indireta. Segundo esse pensamento, o Estado tem a obrigação não apenas de abster-se de violar os direitos fundamentais, mas também de protegê-los diante de lesões e ameaças provenientes de terceiros, inclusive particulares porque isso é intrínseco aos seu dever de tutelá-los¹⁶².

O legislador público, segundo essa teoria, estaria plenamente vinculado aos direitos fundamentais, não podendo atentar contra eles, sob pena das normas serem consideradas inconstitucionais. Além do mais, o Poder Legislativo teria o dever de disciplinar as relações jurídicas e evitar lesões, realizando a conciliação entre a o exercício da autonomia privada e a tutela dos direitos fundamentais. Quanto ao Judiciário, incumbiria a ele zelar pela constitucionalidade das leis elaboradas pelo legislador, declarando sua inconstitucionalidade quando necessário¹⁶³.

Os particulares, por sua vez, não se sujeitariam a essa mesma vinculação, pois o comportamento dos indivíduos e entidades privadas, nas suas relações recíprocas, não estaria submetido aos direitos fundamentais, devendo eles se conformarem aos parâmetros ditados pelo legislador, cuja trabalho foi feito em conformidade com a Constituição. A vinculação dos indivíduos aos direitos fundamentais se daria, portanto, de forma indireta.

A Teoria dos Deveres de Proteção, dessa forma, defende que os direitos fundamentais seriam direcionados apenas para o Estado, evitando riscos para

¹⁶² SARMENTO, Daniel. **A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil.** Disponível em: <<http://www.escoladamagistratura.org.br/downloader.php?a=upload/arquivos/0213473001256227949.pdf&b>>. Acesso em: 22 out. 2010.

¹⁶³ SARMENTO, Daniel. **A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil.** Disponível em: <<http://www.escoladamagistratura.org.br/downloader.php?a=upload/arquivos/0213473001256227949.pdf&b>>. Acesso em: 22 out. 2010.

autonomia privada¹⁶⁴. A vantagem da Teoria dos Deveres Estatais de Proteção é a tentativa de uma compatibilização entre as teorias da eficácia direta e indireta, valorizando o papel do legislador e não desprezando a necessária intervenção do Poder Judiciário em situações de ofensa à Constituição¹⁶⁵. Viabiliza também uma conciliação entre o direito privado e o público, admitindo a intervenção estatal nas relações privadas apenas em casos excepcionais e justificados.

5.5 TEORIA IMEDIATA OU DIRETA

A chamada teoria da eficácia direta (*direkte Drittwirkung*), ou imediata (*unmittelbare Drittwirkung*), defende a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, tese cujas diretrizes iniciais foram lançadas, bem antes da publicação do aresto do caso Lüth, pelo juiz alemão do Tribunal Federal do Trabalho (*Bundesarbeitsgericht*), Hans Carls Nipperdey, retomada e desenvolvida posteriormente pelo jurista alemão Walter Leisner, em tese de cátedra referente ao tema.

Em um artigo publicado em 1950, sob o título *Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung* (Igualdade salarial da mulher pela mesma função), Nipperdey defendeu a aplicação direta das normas fundamentais a casos concretos entre particulares, justificando que não há necessidade de intermediação legislativa, uma vez que esses direitos foram formalmente reconhecidos nas Constituições exatamente com o objetivo de suprir a própria omissão do legislador em determinados casos.

Conforme destaca o próprio Nipperdey:

[...] em verdade, nem todos, mas uma 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 os atos jurídicos não podem

¹⁶⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. **A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha**. In: Constituição, direitos fundamentais e direito privado. 3.ed. rev. e ampl. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010. p. 240.

¹⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Constituição concretizada – construindo pontes para o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000, p. 107

contrariar aquilo que se convencionou chamar de ordem básica ou ordem pública. (STEINMETZ, 2004. p. 166)¹⁶⁶

Para a teoria da eficácia direta ou imediata, os direitos fundamentais são normas de valor universal, consistindo em direitos subjetivos¹⁶⁷, devendo ser aplicados diretamente nas relações entre particulares, sem mediação, seja legislativa ou judicial. Dessa forma, não haveria necessidade de cláusulas gerais para que os direitos fundamentais se irradiassem no ordenamento civil. Segundo Nipperday, “não seria admissível conceber o Direito Privado como um gueto, à margem da Constituição”¹⁶⁸.

Tal argumento, acolhido pelo Tribunal Federal do Trabalho alemão, foi criticado por parte de outros doutrinadores que negavam a possibilidade de uma intervenção direta dos direitos fundamentais na esfera privada, alegando que haveria, dessa forma, a destruição da autonomia privada. Vale lembrar que a tese de Nipperday não foi acatada posteriormente pelo Tribunal Constitucional Federal, preferindo aquela corte, no caso Lüth, aceitar a idéia de uma eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

A tese da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares difundiu-se por diversos países, conquistando vários adeptos: no Brasil, Ingo Wolfgang Sarlet, Daniel Sarmento, Gustavo Tepedino, Virgílio Afonso da Silva, Wilson Steinmetz; na literatura internacional: Klaus Stern, José Joaquim Gomes Canotilho, Juan Maria Bilbao Ubbilos e José Carlos Vieira de Andrade, entre outros.

A Constituição de Portugal de 1976, diferentemente da Constituição brasileira, prevê expressamente em seu artigo 18 a eficácia direta dos direitos fundamentais entre particulares: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”. Nesse sentido, afirma Canotilho:

¹⁶⁶ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 166.

¹⁶⁷ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 167.

¹⁶⁸ SARMENTO, Daniel. **A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil**. Disponível em: <<http://www.escoladamagistratura.org.br/downloader.php?a=upload/arquivos/0213473001256227949.pdf&b>>. Acesso em: 22 out. 2010.

A vinculação de entidades privadas, consagrada no artigo 18, significa que os efeitos dos direitos fundamentais deixam de ser apenas efeitos verticais perante o Estado para passarem a ser efeitos horizontais perante entidades privadas (efeito externo dos direitos fundamentais) (CANOTILHO, 1991, p. 594)¹⁶⁹.

Na tese da vinculação direta dos direitos fundamentais aos particulares, não se afasta totalmente a atividade do legislador. Contudo, deve-se aplicar as normas de direitos fundamentais de forma imediata quando não houver regra ordinária específica tratando da matéria ou quando houver uma incompatibilidade. A Constituição brasileira, por exemplo, favorece a incidência direta dos direitos fundamentais na esfera privada, pois apresenta, em seu texto, normas gerais referentes à família e a à propriedade, temas marcadamente privados¹⁷⁰.

Há o reconhecimento de que a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas deve ser individualizada, respeitando as peculiaridades de cada norma e de cada situação. Existe, ainda, a necessidade de ponderar os direitos com a autonomia privada das partes envolvidas. Além disso, alguns autores, apesar de defensores da teoria da eficácia mediata, reconhecem a necessidade de aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas em certos casos que apresentam duas principais peculiaridades, chamadas de *standards mínimos*.

A primeira está ligada ao menor ou maior nível de desigualdade entre as partes. Quanto mais desigual a relação, maior a incidência dos direitos fundamentais, e quanto menos desigual a relação, menor a intervenção do Estado, confiando-se na autodeterminação dos indivíduos participantes desta relação. Dessa forma, defendem alguns autores a eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas e de consumo¹⁷¹.

A segunda peculiaridade é a fundamentalidade do direito à luz da ordem de valores prevista na Constituição. Quanto mais fundamental o direito, maior a

¹⁶⁹ CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5.ed.aum. Coimbra: Almedina, 1991, p. 594

¹⁷⁰ GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. **A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20081008100413941&query=home. Acesso em 02 nov 2010.

¹⁷¹ MARETTI, Luis Marcello Bessa. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2624, 7 set. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17348>>. Acesso em: 15 nov. 2010

proteção a ele conferida, devendo o mesmo ter pronta incidência, independentemente de ter sido mediado por normas de direito privado¹⁷².

A tese da à eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares não tem sido imune a críticas. JIMENA¹⁷³, com base na obra de FERRERES COMELLA lista as três principais críticas encontradas na doutrina.

A primeira parte da idéia de uma controvérsia sobre a natureza da Constituição. Para alguns doutrinadores, ela deve regular somente as relações entre os órgãos do Estado e deste relação com particulares. As relações dos indivíduos entre si ficariam fora do âmbito da Constituição e, dessa forma, deveriam ser reguladas pelo legislador ordinário. Do contrário, haveria um perigo de “desnaturalizar” o texto constitucional.

A segunda é derivada da primeira. Deixando a regulação das relações privadas ao legislador, há o risco de que esse fique à mercê de jogos de interesses entre grupos privados, o que levaria à elaboração de uma lei tendenciosa. Parte-se da idéia de que há na sociedade minorias vulneráveis cujos direitos não são levados em conta de maneira adequada no processo legislativo. O Estado, por sua vez, ao regular a relação privada, agiria como juiz, garantindo a imparcialidade e a igualdade entre as partes.

Por fim, a terceira crítica é relacionada ao medo da insegurança jurídica nas relações privadas. Devido à necessidade de ponderação dos direitos fundamentais em conflito, as normas infraconstitucionais tendem a perder sua rigidez e a capacidade de indicar de modo categórico o conteúdo da decisão judicial. Devido ao poder discricionário do juiz, os indivíduos tenderiam a perder sua capacidade de prever a decisão judicial. Nesse caso, haveria o risco de que o princípio da constitucionalidade abolisse princípio da legalidade, cujo objetivo é definir para o indivíduo seu próprio âmbito de liberdade.

Por fim, a última objeção à eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares é o risco de limitação da autonomia da vontade. Segundo Konrad Hesse:

¹⁷² MARETTI, Luis Marcello Bessa. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2624, 7 set. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17348>>. Acesso em: 15 nov. 2010.

¹⁷³ JIMENA, Rafael Sarás. **Derechos Fundamentales y Relaciones entre Particulares**. Disponível em: http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_tesis?codigo=1407&orden=0. Acesso em 12 nov 2010.

[...] correría pleigro el principio fundamental de nuestro Derecho Privado, la autonomía privada, si las personas em sus relaciones recíprocas no pudieron renunciar a las normas de derechos fundamentales que son indisponibles para la acción estatal. (HESSE, 1995, p. 60) ¹⁷⁴”

José Joaquim Gomes Canotilho, por sua vez, apresenta uma proposta de superação da dicotomia eficácia mediata / eficácia imediata a favor de soluções diferenciadas para harmonizar a tutela de direitos fundamentais com a proteção conferida a liberdade particular¹⁷⁵.

5.6 A TEORIA CONCILIADORA

A chamada Teoria Conciliadora (ou Integradora) foi proposta por Robert Alexy em sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”, com objetivo de realizar uma síntese das Teorias da Eficácia Direta, Indireta e dos Deveres de Proteção. Para o doutrinador alemão, as três teorias podem conduzir a resultados equivalentes, pois todas levam em consideração o fato de que, na relação entre particulares, ambas as partes são detentoras de direitos fundamentais. Contudo, nenhuma das teorias é completa e, portanto, o autor propõe uma solução que apresenta três níveis de efeitos: o nível dos deveres do Estado, o nível dos direitos frente ao Estado e o nível da relação entre sujeitos privados. O caso concreto, quando analisado, se encaixará em um desses níveis.

No primeiro nível (Teoria do Efeito Mediato), o caso está ligado aos deveres do Estado, uma vez que os poderes estatais (legislativo e executivo) estão vinculados aos direitos fundamentais e devem preservar sua influência na ordem objetiva de valores do ordenamento jurídico¹⁷⁶.

O segundo nível (Teoria dos Deveres de Proteção) trata do direito do cidadão a uma prestação estatal, ou seja, o julgador está obrigado a zelas pelos direitos fundamentais em seus julgados, uma vez que, agindo de forma contrária,

¹⁷⁴ HESSE, Konrad. **Derecho constitucional y derecho privado**. Madrid: Civitas, 1995. p.60.

¹⁷⁵ CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5.ed.aum. Coimbra: Almedina, 1991, p. 608-612.

¹⁷⁶ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid: 1997, p. 516.

responsabiliza o Estado por dupla omissão: não levando em conta sua irradiação natural e não tutelando o particular¹⁷⁷.

Quanto ao terceiro (Teoria da Eficácia Imediata)¹⁷⁸, refere-se os efeitos jusfundamentais nas relações entre particulares. Alexy entende que a incidência das normas de direitos fundamentais na referida relação exige a existência de uma Constituição, ou seja, uma norma ainda maior que a justifique. Dessa forma, deve existir um intermediário, ou seja, o legislador constitucional, nunca sendo a eficácia de todo direta. Para exemplificar, Alexy remete ao caso do pequeno jornal alemão *Blinkfuer*, que continuou a publicar a programação das rádios da República Democrática Alemã mesmo após a construção do muro de Berlim, em agosto de 1961. A Editora Springer, grande empresa da época, emitiu uma circular a todas as bancas e negócios de vendas de jornais ameaçando com a suspensão de fornecimento de seus jornais e revistas caso continuassem a vender o jornal '*Blinkfuer*'. O periódico, então, ajuizou pretensão de caráter indenizatório, rejeitada primeiramente pelo *Bundesgerichtshof* (Supremo Tribunal de Justiça da Alemanha). Apreciando o recurso constitucional interposto pela pequena publicação, entendeu o *Bundesverfassungsgericht* ponderou sobre as liberdades de imprensa do caso, constitucionalmente protegidas, e concluiu que a editora Springer não poderia valer-se de sua superioridade econômica para fazer prevalecer a sua opinião de forma contrária à Lei Fundamental Alemã. Assim, uma aplicação aparentemente imediata dos direitos fundamentais, é sempre, de certa forma, mediata, porque deve obediência à Constituição e suas normas.

Esta tese, apesar de complexa, tenta conciliar teses que, a princípio, parecem divergentes. Acredita o autor que para concretizar de forma plena os direitos fundamnetais é necessário o aporte de várias teorias, superando, dessa forma, as dualidades da doutrina tradicional em relação ao tema¹⁷⁹.

¹⁷⁷ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid: 1997, p. 516.

¹⁷⁸ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid: 1997, p. 521

¹⁷⁹ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid: 1997, p. 515-516.

5 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O ordenamento jurídico, de acordo com a clássica concepção de Hans Kelsen, em sua obra *Teoria Pura do Direito*, é um sistema hierárquico de normas, onde uma norma qualquer, para ser considerada válida deve, necessariamente, buscar seu fundamento de validade em uma norma superior, levando à conclusão lógica de que todas as normas de um ordenamento retiram sua validade de uma mesma norma fundamental, presente no ápice do ordenamento. Dessa forma, a Constituição é fonte de validade de todas as normas, garantindo a coerência do ordenamento através dos princípios nela expressos.

As normas dentro de sistema jurídico serão integradas por regras e princípios. Segundo a já clássica definição de Humberto Ávila, as regras são “normas descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência”. Os princípios, por sua vez, são “normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e parcialidade”¹⁸⁰.

Quando ocorre a colisão de duas regras que aparentemente incidem sobre uma mesma situação fática, estamos diante de uma antinomia¹⁸¹, cuja solução é encontrada através de critérios clássicos de hermenêutica, tais como: cronológico¹⁸², hierárquico¹⁸³ e da especialidade¹⁸⁴.

No caso de colisão de princípios constitucionais, não se pode simplesmente afastar a aplicação de um deles, pois não há hierarquia entre princípios constitucionais, isto é, todas as normas têm igual relevância, sendo inconcebível a aplicação dos critérios antinômicos clássicos. Canotilho considera “colisão de direitos fundamentais” a ocasião em que “o exercício de um direito fundamental por

¹⁸⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros. 10ª Edição, 2009, p. 78.

¹⁸¹ Por antinomia jurídica, entende-se “[...] a oposição que ocorre entre duas normas contraditórias (total ou parcialmente), emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo, que colocam o sujeito numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento dado.” (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 211.

¹⁸² Na existência de duas normas incompatíveis, prevalece a norma posterior. Este critério é anunciado pelo brocardo jurídico: *lex posterior derogat legi priori*.

¹⁸³ Por esse critério, na existência de normas incompatíveis, prevalece a hierarquicamente superior: *lex superior derogat legi inferior*

¹⁸⁴ Por esse critério, se as normas incompatíveis forem gerais e especiais, prevalece a segunda: *lex specialis derogat legi generali*

parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular"¹⁸⁵.

Quanto às normas que se referem a direitos fundamentais, “mesmo quando estabelecidos através de formulações precisas, estabelecem princípios¹⁸⁶”. Dessa forma, suas antinomias envolvendo normas de direito fundamental são também colisões de princípios.

A doutrina aponta duas dimensões para o problema da colisão de direitos fundamentais nas relações privadas: em sentido amplo e em sentido estrito¹⁸⁷. Quando a colisão de dá nas relações extracontratuais, temos uma colisão de direitos fundamentais em sentido estrito; quando se dá em uma relação contratual, há uma colisão em sentido amplo, estando o direito fundamental de um lado e a autonomia privada, constitucionalmente protegida, de outro. Em ambos os casos, a doutrina entende que se aplica o chamado Princípio da Proporcionalidade, que atua através de juízos comparativos de ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto, buscando a concordância de ambos de uma maneira conciliatória.

O Princípio da Proporcionalidade se consolidou no direito alemão, onde assumiu status constitucional, sustentado sobre a idéia de “proibição do excesso” (*Übermass*)¹⁸⁸, sendo que a doutrina, tanto brasileira quanto germânica, identifica três subprincípios do conteúdo essencial do princípio da proporcionalidade: a conformidade ou adequação aos meios, sua necessidade ou exigibilidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Com relação ao subprincípio da adequação (*Geeingnetheit*), também chamado de subprincípio da idoneidade ou conformidade, exige “uma relação empírica entre o meio e o fim¹⁸⁹”, devendo ser verificado se a medida adotada é eficaz para concretizar o objetivo visado, com vistas ao interesse público. Já o subprincípio da necessidade ou exigibilidade (*Erforderlichkeit*) envolve a “verificação

¹⁸⁵ CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. Direito constitucional. 5.ed.aum. Coimbra: Almedina, 1991, p. 1191

¹⁸⁶ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares**. In: BARROSO, Luís Roberto (coordenador). A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 223

¹⁸⁷ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 188

¹⁸⁸ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 72

¹⁸⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros. 10ª Edição, 2009, p. 167

da existência de meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhido pelo Poder Legislativo ou Poder Executivo, e que possam promover igualmente o fim sem restringir [...] os direitos fundamentais afetados¹⁹⁰”. Busca-se, assim, que a medida restritiva seja realmente indispensável para a conservação do direito fundamental, não excedendo ou extrapolando os limites indispensáveis à conservação do objetivo que se pretende alcançar. Por fim, como terceiro elemento caracterizador do princípio da proporcionalidade, encontramos o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*), também conhecido como “Lei da Ponderação¹⁹¹”, que “exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade na restrição aos direitos fundamentais¹⁹²”, caracterizando-se pela idéia de que os meios eleitos devem manter-se razoáveis com o resultado perseguido.

A problemática do *Drittwirkung* não deixa de ser, também, um problema de colisão de direitos, pois em ambos os pólos da relação jurídica há titulares de direitos fundamentais, de forma que nenhum deles poderá ser imposto de forma absoluta, sendo necessária uma ponderação com intuito de evitar excessos. O julgador, nesses casos, deve restringir direitos apenas na medida do necessário para realizar a plena tutela jurisdicional e preservando o núcleo essencial de cada direito.

¹⁹⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros. 10ª Edição, 2009, p. 172

¹⁹¹ O intérprete, utilizando-se da ponderação, vai escolher a melhor norma a ser aplicada ao caso concreto e, após essa escolha, o processo hermenêutico será concluído através da subsunção da norma adequada ao caso concreto. O vocábulo ‘ponderação’, em sua acepção mais corrente, “significa a operação hermenêutica pela qual são contrabalançados bens ou interesses constitucionalmente protegidos que se apresentam em conflito, em situações concretas, a fim de determinar, à luz das circunstâncias do caso, em que medida cada um deles deverá ceder ou, quando seja o caso, qual deverá prevalecer”. (PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares**. In: BARROSO, Luís Roberto (coordenador). A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 271)

¹⁹² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros. 10ª Edição, 2009, p. 172, p. 175

7 JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal, em poucos julgados, pôde se debruçar sobre a matéria da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares, somente tendo versado, de forma explícita sobre o tema em um único caso, no Recurso Extraordinário (RE) 201819/RJ, julgado pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, onde se discutia, especificamente, a eficácia do direito fundamental à ampla defesa nas relações jurídicas da associação civil sem fins lucrativos, União Brasileira de Compositores (UBC), e um de seus sócios integrantes.

Antes desse *leading case*, contudo, a Suprema Corte já tinha tangiversado sobre o tema em alguns precedentes que serviram de base para o acórdão que versou sobre o caso da UBC¹⁹³.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 160.222-8 (O CASO DE MILLUS)¹⁹⁴

Em 1995, o Supremo Tribunal Federal discutiu pela primeira vez, no Recurso Extraordinário 160.222-8, de relatoria do então Ministro Sepúlveda Pertence, se cometeria o crime de constrangimento ilegal o empregador que exigisse de suas operárias o cumprimento de cláusula contratual segundo a qual elas deveriam se submeter a humilhantes revistas íntimas, sob ameaça de demissão por justa causa. O RE em tela foi apelidado de “*caso De Millus*”.

Este *leading case*, julgado pela primeira turma do STF, refere-se ao fato da indústria de lingerie *De Millus* realizar em suas funcionárias o procedimento de revista íntima, mediante sorteio, ao fim do expediente. As operárias escolhidas aleatoriamente deveriam se submeter ao exame, previsto em contrato. Finalizado o

¹⁹³ Outros casos que envolvem a eficácia de direitos fundamentais entre terceiros foram listados por Paula Fernanda Gorzoni em seu artigo “**Supremo Tribunal Federal e a Vinculação dos Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares**”. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/70_Paula%20Gorzoni.pdf. Acesso em 12 nov 2010. Também por Renata Lane em texto intitulado “**O Entendimento do STF em alguns casos de Colisão de Direitos Fundamentais**”. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/54_Renata%20Lane.pdf. Acesso em 12 nov 2010.

¹⁹⁴ Outros casos referentes à eficácia dos direitos fundamentais em relações de subordinação em: VASCONCELLOS, Armando Cruz. **A eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas de subordinação**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2107, 8 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12595>>. Acesso em 12 nov. 2010.

vínculo empregatício com a empresa, duas ex-funcionárias, então menores, impetraram uma ação judicial alegando a violação de dispositivos constitucionais.

Em primeira instância, o diretor-presidente da empresa foi condenado por constrangimento ilegal “à pena de 200 dias-multa no valor unitário correspondente a 5 vezes o salário mínimo vigente ao tempo do fato”. O Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro, contudo, absolveu o réu em apelação. No acórdão, defendeu-se a tese de que o constrangimento foi legal, pois o procedimento de revista das operárias à saída da fábrica era admitido por elas na assinatura do contrato de trabalho, que é “lei entre as partes”. Em Recurso Extraordinário, as recorrentes alegaram que o aresto do Tribunal de Alçada, “ao considerar legal a revista íntima, contrariou o artigo 5º, X, da Constituição Federal, que estabelece a proteção do direito à intimidade e à imagem das pessoas”.

No despacho de admissão do Recurso, lê-se que “a justificativa do acórdão – de que cuida-se de constrangimento legal – não tem o condão [...] de infirmar a prefalada garantia fundamental, que, repita-se, tem sede constitucional, sobrelevando-se, pois, quer ao contrato, quer à legislação ordinária mesma”.

Infelizmente, o recurso foi prejudicado e o processo acabou sendo extinto pela Turma sem julgamento do mérito em face da incidência de prescrição superveniente. Em seu voto, o Ministro Sepúlveda Pertence lamentou a impossibilidade de enfrentar a questão de direitos fundamentais da pessoa humana que o caso suscitava, não sendo capaz, então, de contrapor as teses defendidas pela sentença de primeiro grau e do recurso ao acórdão, que, segundo o relator, apresentava um “exacerbado privalismo”.

Pela leitura do texto, percebe-se que, caso o RE tivesse sido julgado em seu mérito, a tendência da Corte, expressa na crítica sutil ao acórdão recorrido, seria de admitir a irradiação dos direitos fundamentais em nosso ordenamento e sua eficácia nas relações privadas, partindo-se da premissa de que na colisão de princípios constitucionais em que, de um lado, há a autonomia privada e a livre iniciativa e de outro a tutela à honra e à imagem do trabalhador, com vistas à valorização da dignidade humana, há a prevalência deste último.

O caso De Millus foi referenciado na decisão do caso da União Brasileira de Compositores e ainda serve como precedente jurisprudencial em outros acórdãos, tanto do Tribunal Superior do Trabalho, quanto de Tribunais Regionais pelo país. Nesse sentido, são os seguintes julgados

1.REVISTA ÍNTIMA. CARACTERIZAÇÃO. A revista íntima resta configurada a partir de medida patronal capaz de invadir a privacidade do empregado, não exigindo, por isso mesmo, o contato físico entre o examinador e o examinado. Não é preciso "apalpar". Basta o olhar centrado no corpo humano descoberto para a averiguação se há nele escondido, entre a pele e a roupa, produto ou objeto pertencente ao empregador. [...] 2. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. Submetendo os empregados ao regime da revista íntima diária, em flagrante ilicitude, a empregadora quebra a fidúcia contratual, ocasionando um dano ao patrimônio moral da coletividade de empregados. [...] O ato fere a dignidade da pessoa humana, não podendo dispositivo normativo ou contratual ignorar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho e da proteção à intimidade, o que afasta a suposta licitude da prática de revista dos trabalhadores. A dignidade humana jamais pode ser violada a pretexto de mera desconfiança generalizada quanto à ameaça ao patrimônio do empregador. Sendo a vida o principal bem do ser humano, a honra lhe segue imediatamente em importância, situando-se acima do patrimônio material na escala dos valores protegidos pelo Estado Democrático de Direito. Ausente suporte jurídico para o empresário, a pretexto hipotético de furto de seus bens, agredir a intimidade de seus empregados. Recurso obreiro conhecido e provido. (TRT10-RO-01226-2008-001-10-00-5, Ac. 3ª Turma, Rel. Desembargador Grijalbo Fernandes Coutinho, 01/09/2009)

DANOS MORAIS. REVISTA ÍNTIMA. CONDUTA OFENSIVA À HONRA E À DIGNIDADE DOS EMPREGADOS. INDENIZAÇÃO. REDUÇÃO PELO TRIBUNAL REGIONAL. FIXAÇÃO NO MESMO PATAMAR PARA AMBOS OS SEXOS. PRETENSÃO DE DIFERENCIAÇÃO PELO TEMPO DE SERVIÇO. SÚMULA Nº 297, I E II, DO TST. VIOLAÇÃO DE PRECEITOS CONSTITUCIONAIS E DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO-CONFIGURADAS. Recurso de Revista nº TST-RR-1.540/2000-004-19-00.0, em que são recorrentes LUIS EDUARDO BORGES DE LIMA e OUTROS e recorrida C & A MODAS LTDA". Constitui fundamento do estado brasileiro o respeito à dignidade da pessoa humana, cuja observância deve ocorrer na relação contratual trabalhista; o estado de subordinação do empregado e o poder diretivo e fiscalizador conferidos ao empregador se encontram em linha de tensão, o que não pode levar à possibilidade de invasão da intimidade e desrespeito ao pudor do trabalhador. A comercialização, pela empresa, de produtos que lhe exigem maior vigilância sobre os estoques, apesar de ensejar a adoção de revista do empregado, ao término da jornada, não afasta o dever de que ela seja feita segundo meios razoáveis, de modo a não causar constrangimentos ou humilhação, cuja ocorrência configura dano moral a ser reparado. Recurso de revista conhecido e provido. (TST – RR 533.770/99-3ª R. – 1ª T. – Relª Juíza Conv. Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de Castro – DJU 07.12.2006)"

Em novembro de 2007, na sede do Tribunal Superior do Trabalho, foi aprovado o Enunciado nº 15 resultante da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, segundo o qual “toda e qualquer revista, íntima ou não, promovida pelo empregador ou seus prepostos em seus empregados e/ou

em seus pertences, é ilegal, por ofensa aos direitos fundamentais da dignidade e intimidade do trabalhador”¹⁹⁵.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 161.243-6 (O CASO *AIR FRANCE*)

Em 1996, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal julgou um caso em que o brasileiro Joseph Halfin, ex-funcionário da empresa aérea Air France, impetrava reclamação trabalhista contra a companhia, para quem trabalhou durante trinta e quatro anos, objetivando a nulidade de rescisões contratuais, bem como da opção pelo FGTS e, ainda, os demais direitos amparados pela legislação trabalhista e pelo Estatuto de Pessoal da empresa, que possuía aplicabilidade restrita aos funcionários franceses, infringindo, dessa forma, o princípio da isonomia. Alegava-se também que a companhia aérea pagava salários diferenciados para os seus funcionários brasileiros e franceses. A Air France, por sua vez, admitiu a desigualdade entre os colaboradores da empresa em contestação, sustentando a autonomia privada da companhia.

A matéria chegou ao Pretório Excelso, por meio do Recurso Extraordinário nº 161243/DF, de relatoria do então Ministro Carlos Velloso. A primeira discussão foi no sentido de definir se a questão se tratava de conflito restrito a aplicação de normas regulamentares da empresa. Todos os Ministros concordaram que o exame do estatuto deveria ser feito com atenção aos preceitos constitucionais, existindo, no recurso, prequestionamento de questão constitucional. No mérito, todos concordaram que o critério de discriminação estabelecido pela empresa não era adequado, ferindo, assim, o princípio da isonomia disposto na Constituição. Com esta decisão, o direito à igualdade foi aplicado de forma direta na relação de trabalho.

O Ministro Carlos Velloso partiu de considerações teóricas para justificar a vinculação do princípio da isonomia, citando a clássica frase aristotélica de que se deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Concluiu o raciocínio observando que o fator utilizado no caso – a nacionalidade - torna a discriminação

¹⁹⁵ VIDAL, Bernardo Raposo; ANELLO, Gustavo Lacerda. **A sujeição do trabalhador à revista pessoal pelo empregador**. Uma análise do Enunciado nº 15 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1894, 7 set. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11694>>. Acesso em: 02 nov. 2010

ainda mais ilegítima, sob o ponto de vista constitucional, pois brasileiros e franceses exerciam as mesmas tarefas.

Da mesma maneira, o então Ministro Maurício Corrêa, de forma mais generalizante, afirmou que qualquer empresa instalada no país “há que obedecer ao nosso ordenamento legal, máxime no que diz respeito aos ditames ordenados pela Constituição Federal”, reconhecendo que a discriminação não se coadunava nem com a razoabilidade nem com o ordenamento constitucional brasileiro.

Percebe-se, então, que, declarado ilegal o estatuto da empresa, na ponderação de interesses realizada pelo Supremo Tribunal Federal concluiu-se que a isonomia não poderia ser preterida em favor da autonomia da empresa. Da mesma forma que no caso *De Millus*, o STF não mencionou explicitamente que o caso se referia a uma colisão entre direitos fundamentais nem à questão da eficácia de direitos fundamentais entre particulares, permanecendo essa problemática, nos dois casos, subentendida.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 158.215-4 (O CASO SÃO LUIZ)

O terceiro caso é o Recurso Extraordinário nº 158.215-4, do Rio Grande do Sul, julgado em abril de 1996, chamado de *caso São Luiz*, cujo relator foi o Ministro Marco Aurélio, impetrado contra o acórdão da 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no processo nº 70017848672 da Comarca de Santa Rosa.

Os recorrentes impetraram recurso contra a Cooperativa Mista São Luiz Ltda. (Coopermil) em virtude da exclusão deles do quadro de associados, sem que houvesse o devido processo legal e o direito de ampla defesa. O acórdão impugnado consignou que os associados foram retirados da entidade de forma justificável, pois levaram a discussão para um foro externo, a imprensa, onde desafiaram a Cooperativa, via transmissão radiofônica, a expulsá-los. Dessa forma, a deliberação da Assembléia, sem a obediência aos estatutos sociais, teria resultado da própria atitude adotada pelos recorrentes, que solicitaram publicamente sua retirada do grupo. Nos embargos declaratórios, do mesmo modo, afirmou-se que “embora descumprida a norma estatutária atinente à exclusão de associado, harmônica com o preceito constitucional, a Assembléia da Cooperativa nada mais fez do que atender à proposta publicamente lançada pelos recorrentes, excluindo-os

da sociedade, alternativa por eles mesmos aventada. Tal aspecto estaria a afastar a possibilidade de se cogitar de vulneração ao inciso LV do art. 5º da CF”.

O Supremo, por sua vez, entendeu que para a exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, de acordo com a autonomia privada própria das organizações, impõe-se a observância ao devido processo legal, além de respeito ao estatuto da cooperativa, que foi descumprido. No caso em questão, os recorrentes haviam sido excluídos do quadro de associados da cooperativa em caráter punitivo, sem a devida oportunidade de ampla defesa.

Nesse sentido, afirmou o Ministro Marco Aurélio: “A garantia da ampla defesa está insculpida em preceito de ordem pública. Pouco importa que os agravantes tenham lançado, pelos veículos de comunicação, um repto à assembléia geral, como que desafiando-a a excluí-los. Esta é a premissa que torna ponderável o pedido de processamento do extraordinário. [...] A exaltação de ânimos não é molde a afastar a incidência do preceito constitucional assegurador da plenitude da defesa nos processos em geral”.

Esse precedente já evidenciava também a orientação jurisprudencial do STF pelo efetivo cumprimento dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. O mesmo raciocínio foi aplicado pelo STF ao AI 346.501-4-SP, cuja ementa segue:

EMENTA: 1. Agravo regimental: necessidade de impugnação da motivação da decisão agravada e de modo convincente (RISTF, art. 317, § 1º): precedentes. 2. Cooperativa: exclusão de cooperado: imposição de observância do devido processo legal: precedente (RE 158.215, Marco Aurélio, 2ª T., DJ 7.6.1996). 3. Recurso extraordinário: descabimento: a invocação do artigo 5º, XVIII, da Constituição, relativo à liberdade de criação e à autonomia de funcionamento de associações e cooperativas, não afasta o fundamento do acórdão recorrido referente à inobservância dos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, verificada à luz de normas estatutárias: incidência das Súmulas 283 e 454.

O caso São Luiz serviu como referência primordial para a decisão do caso relativo à União Brasileira de Compositores.

HABEAS CORPUS 82.424-2 (O CASO *ELLWANGER*)¹⁹⁶

O julgamento do gaúcho Sigfried Ellwanger Castan, em abril de 2003, representou um marco histórico na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, repercutindo na mídia e na sociedade. Em 1989, o Movimento Popular Anti-Racismo (Mopar), integrado pelo Movimento Negro, Movimento Judeu Independente e Movimento de Justiça e Direitos Humanos de Porto Alegre, ingressou com um processo criminal contra Ellwanger, que vinha se dedicando, de maneira sistemática, a publicar, editar e distribuir livros anti-semitas, tais como os "Protocolos dos Sábios de Sião", obra ainda dos anos 30, e a negar o Holocausto, como no livro de sua autoria "Holocausto - judeu ou alemão? Nos bastidores da mentira do século", identificando-se como historiador revisionista. O escritor foi denunciado pelo Ministério Público em 1991, pelo crime previsto no art. 20 da lei nº 8081, de 21 de setembro de 1990, *in verbis*: Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional. Pena: reclusão de 2 a 5 anos".

Ellwanger foi absolvido pela 8ª Vara Criminal de Porto Alegre, que entendeu que a atividade do réu não passava de mero exercício do direito constitucional da liberdade de expressão, sendo que o acusado apenas havia manifestado sua opinião sobre fatos históricos sob um ângulo diverso da maioria. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, através da 3ª Câmara Criminal, julgou o recurso da decisão, condenando o editor a dois anos de prisão, com suspensão da pena¹⁹⁷ e prestação de serviços comunitários por quatro anos.

Provendo novamente o recurso, o Supremo Tribunal Federal manteve a condenação proferida em 2º instância após julgamento realizado em março de 2001. Pela impossibilidade de contestar a decisão do STF, a defesa de Ellwanger pediu a extinção da punibilidade do caso, trocando a acusação de racismo por "práticas discriminatórias", uma vez que os judeus não seriam considerados uma raça. O pedido foi denegado pelo Superior Tribunal de Justiça e, com novo recurso, o *habeas corpus* foi submetido à mais alta Corte do país.

¹⁹⁶ Para análise completa da decisão sob enfoque do direito comparado, ver: VERGANI, Andréa Aline. **Utilização de Elementos do Direito Comparado pelo STF: Análise do Caso Ellwanger**. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Andrea%20Aline%20Vergani.pdf>. Acesso em 13 nov 2010.

¹⁹⁷ O benefício da suspensão da pena foi concedido pelo fato de Ellwanger ser réu primário.

Em dezembro de 2002, no início do julgamento, o relator do processo, Ministro Moreira Alves, acolheu os argumentos do *habeas corpus* e votou por sua concessão. Na ocasião, o Ministro Maurício Corrêa pediu vista aos autos, provavelmente dando-se conta que a decisão teria um impacto negativo na proteção aos direitos fundamentais.

A discussão foi retomada pelo STF no ano seguinte e desdobrou-se em dois aspectos. No primeiro, procurou-se definir se o anti-semitismo poderia ser considerado uma prática de racismo, visto que o *habeas corpus* impetrado apresentava como argumento básico que o crime praticado por Ellwanger era o do incitamento contra os judeus, e não o da prática do racismo, pois os judeus não seriam uma raça. Em seu voto, o Ministro Maurício Corrêa denegou o *habeas corpus*, sustentando que só existe uma raça: a raça humana. Por essa razão, concluiu que a atitude de Ellwanger, ao defender e divulgar práticas anti-semitas era de cunho racista e estava sujeito às sanções penais contempladas pelo Direito brasileiro.

O Ministro Celso de Mello acompanhou, com voto próprio, o ministro Maurício Corrêa. Nesse segundo voto, apresentou-se o segundo aspecto discutido no caso: a presença de um eventual conflito entre o princípio constitucional da liberdade de expressão e da dignidade da pessoa humana. A orientação fixada no voto foi a de que a garantia constitucional da liberdade de expressão não é absoluta, tem limites jurídicos e não pode abrigar manifestações ilícitas. No caso concreto, explicitou-se que “o preceito fundamental da liberdade de expressão não consagra o direito à incitação ao racismo”, sendo prevalente, então, os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.

O julgamento foi retomado em junho do mesmo ano, com o voto do ministro Gilmar Mendes. Ele acompanhou a posição dos ministros Maurício Corrêa e Celso de Mello valendo-se do princípio da proporcionalidade, mesmo que não analisando detalhadamente cada um de seus subprincípios, observando que não se pode atribuir primazia ao princípio da liberdade de expressão em face de outros valores, como os da igualdade e da dignidade humana.

Da mesma forma, não se pode atribuir primazia absoluta à liberdade de expressão, no contexto de uma sociedade pluralista, em face de valores outros como os da igualdade e da dignidade humana. Daí ter o texto

constitucional de 1988 erigido, de forma clara e inequívoca, o racismo como crime inafiançável e imprescritível (CF, art. 5o, XLII), além de ter determinado que a lei estabelecesse outras formas de repressão às manifestações discriminatórias (art. 5o, XLI). É certo, portanto, que a liberdade de expressão não se afigura absoluta em nosso texto constitucional. Ela encontra limites também no que diz respeito às manifestações de conteúdo discriminatório ou de conteúdo racista. Trata-se, como já assinalado, de uma elementar exigência do próprio sistema democrático, que pressupõe a igualdade e a tolerância entre os diversos grupos.

Na seqüência e na mesma linha de pensamento, votaram os ministros Carlos Velloso, Nelson Jobim, Ellen Gracie Northfleet, Sepúlveda Pertence, Carlos Ayres Britto, Marco Aurélio e Anonio Cezar Peluso, confirmando, assim, a condenação de Ellwanger.

Considerou-se este caso como um conflito que envolve direitos fundamentais entre particulares porque se encontravam nos pólos da relação dois sujeitos privados: de um lado, Ellwanger alegando seu direito de liberdade de expressão; de outro, o povo judeu, representado, de certa forma, pela associação que denunciou as práticas discriminatórias ao Ministério Público, defendendo o direito a tutela de sua dignidade. O caso envolveu, ainda, a proteção a direitos da personalidade e direito à igualdade.

O Ministro Marco Aurélio reconheceu, em seu voto, que estava-se “diante de um problema de eficácia de direitos fundamentais”, sendo necessária, diante de sua colisão, uma ponderação de valores. O STF, contudo, não foi claro ao expressar qual a extensão da eficácia, se imediata ou mediata. Considerando que já existe em nosso ordenamento jurídico uma legislação específica para o tema¹⁹⁸, compatível com a Constituição, entende-se que a eficácia na aplicação do direito fundamental ocorreu de forma mediata.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 201.819 (O CASO *UBC*)

O último caso, considerado pela doutrina como “paradigmático” em relação à posição do STF sobre o tema da vinculação dos particulares aos direitos

¹⁹⁸ Lei 7.716, de 05 de janeiro de 1989 (Lei do Racismo), que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Também Lei 8.081, de 21 de setembro de 1990.

fundamentais, envolvia a exclusão de Arthur Rodrigues Villarinho do quadro societário da União Brasileira de Compositores (UBC) por infração de estatuto da associação, sem que lhe fosse garantido o pleno exercício de seu direito à ampla defesa, haja vista que uma comissão especial¹⁹⁹, designada para apurar uma prática de infração estatutária, decidiu, sumariamente, pela exclusão do sócio, levando em consideração apenas os documentos fornecidos pelo secretário da sociedade, sem que tenha sido concedido ao sócio a oportunidade de apresentar defesa e produzir as provas que entendesse cabíveis. Ressalta-se que aquele compositor que não for associado à UBC fica impossibilitado de receber direitos autorais por suas obras, o que configuraria claro prejuízo financeiro ao autor²⁰⁰.

Em instância inferior, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ao apreciar o caso, sustentou a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, anulando a penalidade de exclusão aplicada pela sociedade civil, sob o fundamento de que não teria sido oportunizado ao sócio o exercício de seu direito fundamental à ampla defesa, com os meios probatórios e recursos a ela inerentes. A UBC, então, impetrou recurso extraordinário alegando que seria inaplicável ao caso o princípio da ampla defesa, pois não se tratava de órgão da administração pública, mas de entidade de direito privado - sociedade civil - dotada de estatutos e atos regimentais próprios, que disciplinariam seu relacionamento com o sócio.

O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o recurso, decidiu, por maioria de votos, na esteira do voto prolatado pelo Ministro Gilmar Mendes, vencidos os Ministros Ellen Gracie e Carlos Velloso, pelo não provimento do recurso, reconhecendo a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. Restou, portanto, consignado no acórdão prolatado pelo Supremo Tribunal Federal a vinculação dos particulares (sociedade civil e sócio) ao direito fundamental à ampla defesa.

¹⁹⁹ Artigo 16 do Estatuto da associação: “a diretoria nomeará comissão de inquérito composta de três Sócios, a fim de apurar indícios, atos ou fatos que tornem necessária a aplicação de penalidades aos Sócios que contrariem os deveres prescritos no Capítulo IV destes Estatutos”.

²⁰⁰ A Ministra Ellen Gracie, na confirmação de seu voto (p. 628) diverge dessa opinião: “[...] esta sociedade, União Brasileira de Compositores, não é de filiação obrigatória. No caso, o membro excluído não sofre qualquer consequência econômica por não participar da entidade. [...] Ele pode receber seus direitos autorais diretamente do ECADE.

Voto da Ministra Ellen Gracie

A relatora originária, Ministra Ellen Gracie, em 08 de agosto de 2004, sustentou, em entendimento que se revelou divergente, primeiramente, que as associações privadas possuem autonomia para elaboração de suas regras e, neste compasso, os indivíduos que nela ingressariam tinham de aderir a estas normas.

Em segundo lugar, a Ministra afirmou que as regras estabelecidas no estatuto da associação foram integralmente obedecidas no processo de exclusão do sócio. Por se tratar de controvérsia envolvendo a exclusão de sócio de entidade privada, deveria ser resolvida a controvérsia a partir dessas regras e da legislação civil em vigor, não devendo ser essas normas afastadas pelo princípio da ampla defesa. A Ministra, portanto, entendeu que a liberdade de associação, parte da autonomia privada, seria inalcançável às normas constitucionais.

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 tem, 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. [...] Diante do exposto, conheço do recurso, e lhe dou provimento.

Após a leitura do voto, o Ministro Gilmar Mendes pediu vista ao autos para melhor análise, “por se tratar de um caso típico de aplicação de direitos fundamentais às relações privadas”, trazendo o recurso de volta ao Pleno na sessão de 16 de novembro de 2004. Após a leitura do voto divergente do Ministro Gilmar Mendes, a ministra reafirmou o voto anteriormente prolatado atentando para o caráter privado da UBC. É perceptível que a Ministra Ellen Gracie posicionou-se em relação à questão da eficácia dos direitos fundamentais aos particulares de uma forma semelhante àqueles doutrinadores que defendem a *state action doctrine* americana, entendendo pela inaplicabilidade dos direitos fundamentais às ações privadas.

Conforme a Ministra Ellen Gracie em seu voto vencido:

A controvérsia envolvendo a exclusão de um sócio de entidade privada resolve-se a partir de regras do estatuto social e da legislação civil em vigor. Não tem, portanto, o aporte constitucional atribuído pela instância de origem, sendo totalmente descabida a invocação do disposto no art. 5, LV da Constituição para agasalhar a pretensão do recorrido de reingressar nos quadros da UBC.

Cumprido notar que a Ministra Ellen Gracie, ainda nas discussões em Plenário sobre o mesmo caso, reconheceu a possibilidade de se adotar a teoria da “eficácia horizontal²⁰¹” nas relações trabalhistas²⁰² em razão da subordinação existente entre empregado e empregador, ou seja, da existência de uma desigualdade fática entre os particulares, ao contrário da relação associativa, em que haveria liberdade de associação.

Voto do Ministro Carlos Velloso

O Ministro Carlos Velloso, apresentando voto oral em relação ao caso, o que levou a um pequeno debate com o Ministro Joaquim Barbosa, sustentou que não se estava diante de uma questão constitucional mas de um caso de ofensa à lei, sendo assim uma questão infraconstitucional, de mera legalidade. De acordo com o Ministro, o que se verificava, de fato, era a violação de forma reflexa ao texto constitucional. Relembrou, ainda, que a segunda turma do Tribunal já havia afirmado a aplicabilidade de direitos fundamentais nas relações trabalhistas no caso Air France. Porém, em relação ao devido processo legal, disse que estava seguindo com rigor, o que tinha decidido o Supremo Tribunal.

Está-se aplicando o devido processo legal e nós sempre afastamos essa alegação ao argumento de que o devido processo legal se exerce em conformidade com a lei. Quer dizer, a ofensa direta, se ocorrente, seria à lei. No caso, a ofensa direta seria ao Estatuto, o que não deixaria de ensejar a ação própria, mas sob o ponto de vista da legalidade. Se formos aplicar o Código Civil, ainda assim continua no campo da legalidade ou do contencioso infraconstitucional (p. 631).

²⁰¹ Entende-se, pelo contexto, que seria a eficácia em sua forma direta.

²⁰² Disse a Ministra: “Mas aí é completamente diferente. Em relações trabalhistas há uma subordinação. Aqui, a pessoa se associa porque quer; é uma entidade que tem normas próprias, inclusive de exclusão de sócios. Foi o que aconteceu. Houve uma comissão de inquérito” (p. 631).

Voto do Ministro Gilmar Mendes

A tese vencedora foi defendida pelos Ministros Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa e Celso de Mello.

O Ministro Gilmar Mendes inicia seu voto reconhecendo que o caso se configurava em situação típica da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas. Baseou seu voto nas obras de sua autoria “Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade – Estudos de Direito Constitucional” e “Direitos Fundamentais: Eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas – análise da jurisprudência da Corte Constitucional Alemã”, esta última desenvolvida com base em conferências proferidas no curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em 1994, e no 5º Encontro Nacional de Direito Constitucional, ocorrido em 1996 na Universidade de São Paulo.

O Ministro reproduz no voto partes do texto de seu livro, na íntegra, relatando o surgimento da discussão nas décadas de 50 e 60 na Alemanha e cita os principais doutrinadores que abordaram o tema (Hans Carl Nipperdey, Günter Dürig, Konrad Hesse, Jürgen Schwabe). Cita os estudos feitos na doutrina brasileira sobre o tema (Daniel Sarmento e Ingo Sarlet) e faz uma breve explanação sobre as teorias da aplicação mediata e imediata dos direitos fundamentais, apontando prós e contras²⁰³.

O Ministro conclui que a jurisprudência brasileira, com aporte doutrinário, vem aplicando diretamente os direitos fundamentais na resolução de conflitos entre particulares.

Gilmar Mendes, então, adentra nas particularidades do caso, atentando para o fato de que a UBC, entidade cujo serviço tem caráter público, por repassar numerário arrecadado pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD)²⁰⁴, assume “posição privilegiada para determinar, preponderantemente, a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais”, resultando em uma desigualdade fática. Conclui, então, o Ministro pela aplicabilidade dos direitos fundamentais no caso concreto, divergindo da ministra relatora.

²⁰³ P. 584 a 613 do acórdão.

²⁰⁴ O ECAD, na ADIN 2.054-DF, foi considerada prestadora de serviço público por delegação legislativa. De acordo com o Ministro Gilmar Mendes, no acórdão em análise, a UBC, como parte do ECAD, é “entidade que se caracteriza por integrar aquilo que poderíamos denominar como espaço público ainda que não estatal”.

O Ministro alegar também que as atividades da UBC tinham caráter público e geral, sendo esse fator decisivo para a legitimação da aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa ao processo de exclusão de sócio. Ressalte-se que essa linha de argumentação aproxima-se muito de uma das vertentes da teoria da *state action* americana, a *public function doctrine*. Verifica-se, portanto, que o Ministro concluiu pela aplicação imediata dos direitos fundamentais entre particulares se utilizando de um argumento retirado de uma das vertentes de uma teoria que admite apenas de forma matizada a eficácia direta em casos excepcionais.

Voto do Ministro Joaquim Barbosa

O Ministro Joaquim Barbosa, em seu voto, não demonstra sua adesão explícita a qualquer das teorias acerca da extensão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, uma vez que se restringe a sustentar que os direitos fundamentais vinculam os particulares, com exceção de situações específicas em relação a determinados direitos.

O Ministro observa que a incidência das normas de direito fundamentais nas relações entre particulares demanda uma análise parcimoniosa de cada caso concreto submetido a julgamento, não especificando, contudo, quais seriam os critérios ou métodos a serem adotados. De acordo com seu entendimento:

De minha parte, a exemplo do ministro Gilmar Mendes, penso, ao contrário, que os direitos fundamentais têm, sim, aplicabilidade no âmbito das relações privadas. Tomo cautela de dizer que não estou aqui a esposar o entendimento de que essa aplicabilidade deva verificar-se em todas as situações. No campo das relações privadas, a incidência das normas de direitos fundamentais há de ser aferida caso a caso, com parcimônia, a fim de que não se comprima em demasia a esfera de autonomia privada do indivíduo. [...] Assim, na linha do que foi sustentado no voto divergente, e em virtude da natureza peculiar da associação em causa (que tem natureza 'quase pública'), peço vênias à ministra Ellen Gracie para dela divergir, concordando com o entendimento de que os princípios constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal no caso têm plena aplicabilidade para fins de exclusão do sócio da sociedade”.

Percebe-se pelo voto do Ministro Joaquim Barbosa, que há também uma menção ao fato da UBC ter uma natureza “quase-pública”, sendo essa uma das principais razões de seu voto.

Voto do Ministro Celso de Mello

O Ministro Celso de Melo, por sua vez reconheceu a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, fazendo ressalva de que determinados direitos, por possuírem como destinatários apenas os Poderes Públicos, não estariam sujeitos a esta eficácia.

Sustentou também o entendimento segundo o qual o Supremo Tribunal Federal tinha histórico em admitir a vinculação de particulares aos direitos fundamentais, especialmente no que diz respeito à sua necessária observância ao contraditório e à ampla defesa. Concorda o Ministro com os argumentos da sentença proferida: “ninguém pode ser punido, mesmo em associação de caráter privado, sem que tenha tido a oportunidade de exercer o direito de defesa” e “a punição em tela foi nula de pleno direito pro afrontar a Constituição Federal”.

A clara divisão do tribunal, à época, quanto ao entendimento predominante no âmbito do Supremo Tribunal Federal, no que tange à extensão da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, fica evidenciada no trecho do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, que sustenta:

Não estou preocupado em discutir no atual momento qual a forma geral de aplicabilidade dos direitos fundamentais que a jurisprudência dessa Corte professa para regular as relações entre particulares. Tenho a preocupação de, tão-somente, ressaltar que o Supremo Tribunal Federal já possui histórico identificável²⁰⁵ de uma jurisdição constitucional voltada para a aplicação desses direitos às relações privadas.

Resta evidente, após a análise dos votos proferidos no julgamento do Recurso Extraordinário 201.819, que apesar de muitos doutrinadores sustentarem que o Supremo Tribunal Federal brasileiro seria adepto da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais, na realidade, o que se verifica, é que o STF ainda não se posicionou claramente pela adesão a uma das teorias que versam sobre o tema, tendo consolidado seu entendimento.

²⁰⁵ Entre eles, o RE 158.215-4/RS e o AgR AI 346.501-4/SP.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O propósito básico desse trabalho de conclusão de curso foi analisar qual o posicionamento de nosso Supremo Tribunal Federal frente às teorias sobre a extensão da eficácia dos direitos fundamentais perante particulares. Partiu-se da premissa de que há um certo consenso admitindo que as relações entre particulares também devem observar os direitos fundamentais. A questão, então, limita-se a determinar a forma dessa vinculação.

Pelo estudado, verificou-se que a teoria da eficácia direta não é aceita de forma unânime nem na jurisprudência tampouco na doutrina pátria, haja vista a existência de divergências, inclusive, no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal, como foi evidenciado, de forma explícita, na análise do caso que envolveu a União Brasileira de Compositores.

Nem mesmo houve, no momento da decisão do *case* pela Suprema Corte, um propósito claro de expressar, forma inequívoca, o posicionamento, unânime ou não, dos Ministros sobre o tema. O próprio Gilmar Mendes, em seu extenso voto, declara que esse não era o propósito do arrazoado por ele apresentado, limitando-se somente a reconhecer a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares, o que já tinha sido sinalizado, de forma indireta, nos precedentes da Corte. Da mesma forma, nenhum outro Ministro, em seu voto, expressou claramente a qual teoria aderiu para fundamentar seus entendimento.

Constatou-se, ainda, a adoção de posicionamentos híbridos, até mesmo contraditórios, construídos a partir da conjugação de premissas oriundas de diversas teorias, inclusive da *state action doctrine*, conforme se pôde constatar da análise dos votos proferidos pelos Ministros Ellen Gracie e Gilmar Mendes.

Ao finalizar este texto, creio que cabe questionar também se há necessidade de existir uma clara definição de nossa jurisprudência sobre qual teoria aderir. Isso porque as duas principais doutrinas, a da eficácia direta e indireta, apresentam pontos em comum e, a meu ver, não são excludentes, daí a existência de teorias conciliatórias da questão. Exemplificadamente, ambas as doutrinas reconhecem que cabe ao legislador, precipuamente, o dever de concretizar as normas jusfundamentais para que possam ser aplicadas às relações entre particulares. Dessa forma, no momento da análise do caso concreto, deve o intérprete sempre verificar, em primeiro lugar, se para o conflito privado em tela há ou não uma norma

jurídica infraconstitucional. Caso exista, se tal norma não se apresentar inconstitucional, deve-se aplicá-la. Em caso negativo, passa-se para um problema de colisão de direitos, onde deve-se observar um processo de ponderação que culminará com uma aplicação direta de um direito fundamental.

Acredito que, por razões óbvias, o princípio da proporcionalidade deve ser utilizado como critério hermenêutico na solução das colisões entre direitos fundamentais nas relações entre particulares, sempre com base em uma argumentação específica para fundamentar racionalmente a escolha do direito que irá prevalecer.

Gabriel Menna Barreto von Gehlen, em sua tese de Mestrado apresentada para o Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, constata que há uma particularidade processual no ordenamento jurídico brasileiro que concilia a eficácia direta e indireta, tendo como base a competência constitucional de nossos Tribunais Superiores.

Cumpre, portanto, ao Superior Tribunal de Justiça, corte de uniformização infraconstitucional, a última palavra acerca da *Drittwirkung* mediata por lei. Ao STF restaria, tão somente, a aplicação em última instância da *Drittwirkung* direta – a qual, como visto, tem vez apenas em hipóteses excepcionais-, quando constatado descumprimento da vedação de omissões ou insuficiência (*Unterlassungs* e *Untermassverbot*) de parte do Estado Legislador / Administrador, *id est*, quando ele não tenha exercido adequadamente seu dever de proteção dos direitos fundamentais (*Schutzpflicht*) (GEHLEN, 2010).

Finalmente, deve-se verificar, sempre, se todo o processo se desenvolve sob o parâmetro dos valores da dignidade da pessoa humana, cerne dos direitos fundamentais, que devem ser concretizados em um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid: 1997. 606p.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros. 10ª Edição, 2009, 195p.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. 277p.

BARROSO, LUIS ROBERTO. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2.ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 419p.

_____. **Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial**. Disponível em: <http://www.uniube.br/publicacoes/unijus/arquivos/unijus_15.pdf> Acesso em 03 nov. 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 2002. 807p.

BILBAO Ubillos, Juan Maria. **Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado**. Madrid: Mcgraw-Hill, 1997. 195p.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de Filosofia do Direito**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004. 232 p.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 20.ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2007. 809p.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha.** In: Constituição, direitos fundamentais e direito privado. 3.ed. rev. e ampl. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010. p. 205-220

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional.** 5.ed.aum. Coimbra: Almedina, 1991. 1214p.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7.ed. rev. Coimbra: Almedina, 2003. 1522 p.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 6.ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. 577 p.

CONSTITUCIÓN DE MEXICO. Disponível em:
<<http://constitucion.rediris.es/principal/constituciones-mexico1917.htm>> Acesso em: 03 nov 2010.

CONSTITUIÇÃO DE WEIMAR (em inglês): Disponível em:
<http://www.zum.de/psm/weimar/weimar_vve.php> Acesso em: 03 nov 2010.

CRIVELARO, Dandara L. Amaral; TREVISAN, Thiago Valentim. **O Legado Jurídico da Magna Carta de 1215.** Disponível em:
<<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1251/1193>>. Acesso em: 28 out. 2010.

DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO BOM POVO DA VIRGÍNIA. Disponível em:
<<http://www.advogado.adv.br/direitomilitar/direitoshumanos/declaracaodevirginia.htm>> Acesso em 03 nov. 2010.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito:** técnica, decisão, dominação. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994. 346p.

FERREIRA, Conceição de Maria Barbosa. **Direitos Fundamentais:** inovações na Constituição Federal de 1988. Disponível em:
<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/17245/Direitos_Fundamentais_Inova%C3%A7%C3%B5es_Concei%C3%A7%C3%A3o%20de%20Maria%20Ferreira.pdf?sequence=1>. Acesso em: 02 nov. 2010.

GEHLEN, Gabriel Menna Barreto von. **A Eficácia contra Particulares dos Direitos Fundamentais (*Drittwirkung*) sob enfoque de seus deveres de proteção (*Schutzpflichten*)**. Disponível em:
<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/13171/000598363.pdf?sequence=1>
. Acesso em 10 nov 2010.

GOMES, Joaquim Barbosa. **Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade**. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar. 2001, 484p.

GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. **Os direitos fundamentais e sua validade no âmbito das relações privadas**. Disponível em:
<http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/VarelaG.pdf. Acesso em Outubro/2010>
Acesso em 12 nov 2010.

GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. **A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais**. Disponível em:
http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20081008100413941&query=home. Acesso em 02 nov 2010.

GORZONI, Paula Fernanda Alves da Cunha. **Supremo Tribunal Federal e a Vinculação dos Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares**. Disponível em:
http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/70_Paula%20Gorzoni.pdf. Acesso em 12 nov 2010.

HESSE, Konrad. **Derecho constitucional y derecho privado**. Madrid: Civitas, 1995. 88p.

JIMENA, Rafael Sarás. **Juezes. Derechos Fundamentales y Relaciones entre Particulares**. Disponível em:
http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_tesis?codigo=1407&orden=0. Acesso em 12 nov 2010

LANE, Renata. **O Entendimento do STF em alguns casos de Colisão de Direitos Fundamentais**. Disponível em:
http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/54_Renata%20Lane.pdf. Acesso em 12 nov 2010.

LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA. Disponível em:
<<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf> > Acesso em: 03 nov. 2010.

MARETTI, Luis Marcello Bessa. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2624, 7 set. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17348>>. Acesso em: 15 nov. 2010

MARINONI, Luiz Guilherme. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>>. Acesso em: 22 out. 2010.

MARMELSTEIN. George. **Blog sobre Direitos Fundamentais**. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/>> Acesso em nov. 2010.

_____. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MAZILLI, Hugo Nigro. **Curso sobre a Tutela Coletiva**. Disponível em: <<http://www.mazzilli.com.br/pages/informa/cursodefesa.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2010.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3.ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2004. 483p.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3.ed. Lisboa: Coimbra, 2000. v.4. 563p.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1. a 5. da constituição da república federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2000. 320 p.

MOTA, Marcel Moraes. **Uma Teoria Axiológica dos Direitos Fundamentais Constitucionalmente Adequada**. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/marcel_moraes_mota2.pdf. Acesso em 01 nov 2010.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. **Teoria jurídica e novos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2000. 218p

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (coordenador). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 493p.

_____. **A Constituição concretizada** – construindo pontes para o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000, 319 p.

SARMENTO, Daniel. **A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil**. Disponível em: <<http://www.escoladamagistratura.org.br/downloader.php?a=upload/arquivos/0213473001256227949.pdf&b>>. Acesso em: 22 out. 2010.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. Madrid: Alianza editorial, 1992. 377 p.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. 928p.

_____. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7ª edição. São Paulo: Malheiros. 2009, 319 p.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. 327 p.

STERN, Klaus. **Derecho del estado de la republica federal alemanha**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987. 909p.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Procedimentos Especiais. 3v. Rio de Janeiro: Forense. 2010, 360p.

TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 454 p.

UBILLOS, Juan María Bilbao. **¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos privados?** In:Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.

Organizador: Ingo Wolfgang Sarlet. 2ª Edição. Rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2006, 364p.

TRINDADE, ANTONIO AUGUSTO CANÇADO. **Cançado Trindade Questiona a Tese de "Gerações de Direitos Humanos" de Norberto Bobbio**. Entrevista. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm> Acesso em: 03 nov 2010.

VASCONCELLOS, Armando Cruz. **A eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas de subordinação**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2107, 8 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12595>>. Acesso em 12 nov. 2010

VELLOSO, Carlos Mário Da Silva. **Dos Direitos Sociais na Constituição do Brasil**. Disponível em: <http://www.ufrnet.br/~tl/otherauthorsworks/dpr0027/velloso_carlos_dos_direitos_sociais_na_cf.pdf>. Acesso em 03 nov 2010.

VERGANI, Andréa Aline. **Utilização de Elementos do Direito Comparado pelo STF: Análise do Caso Ellwanger**. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Andrea%20Aline%20Vergani.pdf>. Acesso em 13 nov 2010.

VIDAL, Bernardo Raposo; ANELLO, Gustavo Lacerda. **A sujeição do trabalhador à revista pessoal pelo empregador**. Uma análise do Enunciado nº 15 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1894, 7 set. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11694>>. Acesso em: 02 nov. 2010

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. 599p.