

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

**DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS
HUMANOS I**

LIVIA GAIGHER BOSIO CAMPELLO

LUÍS ALEXANDRE CARTA WINTER

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

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

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

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

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

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

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

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

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

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

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

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

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

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

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

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

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

D598

Direito internacional dos direitos humanos I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Livia Gaigher Bosio Campello, Luís Alexandre Carta Winter – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-317-7

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

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito Internacional. 3. Direitos Humanos. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS I

Apresentação

Trabalhar com direito internacional dos direitos humanos é trabalhar no deslinde de novos campos e novos desafios, típicos do final do Século XX e do primeiro quartel do Século XXI. Se de um lado, representam novas searas, de outro, temos, em algumas linhas, a resistência dos sujeitos tradicionais do direito internacional público. A coletânea dos artigos sobre o tema, apresentados no GT de Direito Internacional dos Direitos Humanos I, e trabalhados no XXV Congresso do CONPEDI, realizado de sete a dez de dezembro de 2016, exteriorizam várias dessas problemáticas. Por uma questão didática, levando-se em conta o conteúdo dos artigos, estes foram reunidos em quatro blocos.

O primeiro, pensado mais em um contexto filosófico, reflexivo, compreendendo tanto a estética do direitos humanos, como sua hermenêutica, estão os artigos DIREITOS HUMANOS – PARA ALÉM DA DICOTOMIA ENTRE UNIVERSALISMO E RALATIVISMO CULTURAL, da autoria de Simone Alvarez Lima e Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann; DILEMA INIMAGINÁVEL PARA OS DIREITOS HUMANOS: A PERIGOSA ONDA DESGLOBALIZANTE, NACIONALISTA E XENÓFOBA EM PLENA ERA DIGITAL, de Laecio Noronha Xavier; ANÁLISE DA DECLARAÇÃO DE PRINCÍPIOS SOBRE A TOLERÂNCIA, de Everton Silva Santos e Madson Anderson Corrêa Matos do Amaral; DIREITO HUMANO AO DESENVOLVIMENTO, de João Carlos Campanilli Filho e Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches; O DIREITO À IGUALDADE E NÃO DISCRIMINAÇÃO COMO RESPOSTA À COLONIALIDADE, de Paulo Victor Schroeder e Pedro Bigolin Neto; REFLEXÕES SOBRE DIREITOS HUMANOS E MEIO AMBIENTE EM FACE DA GLOBALIZAÇÃO, de Nicholas Salles Fernandes Silva Torres e Lívia Gaigher Bosio Campello; DIREITO À CULTURA NA AMÉRICA LATINA, de Noara Herculano Moraes Travizani e, finalmente, REFLEXÕES TEÓRICAS ACERCA DA CARACTERIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DE EMPRESAS TRANSNACIONAIS POR VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS, de Mariana Lucena Sousa Santos.

O segundo, pensado mais em um contexto do sujeito, jurisdição e efetividade dos direitos humanos, estão os artigos A JURISDIÇÃO INTERNACIONAL E A (IN)EFETIVA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: AVANÇOS E DESAFIOS, de Luana Rochelly Miranda Lima Pereira; A PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO COMO TITULAR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A TEORIA DA ESPECÍFICA SITUAÇÃO DE

RISCO DO DIREITO ALEMÃO – POSSIBILIDADES E CONSEQUÊNCIAS, de Paulo César Freitas; CRÍTICA AO EXERCÍCIO ILIMITADO DO PODER SOBERANO PELAS NAÇÕES COMO FORMA DE VIOLAÇÃO SISTEMÁTICA DOS DIREITOS HUMANOS NO ÂMBITO INTERNACIONAL, de Gabriela Ferreira Pinto de Holanda e Kality Varjão de Santana Oliveira Guimarães; e TRÁFICO DE PESSOAS PARA EXPLORAÇÃO SEXUAL: CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS E DA DIGNIDADE SEXUAL COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL E SUA PROTEÇÃO PELO DIREITO INTERNACIONAL, de Maria Rosineide da Silva Costa e Mariana Faria Filard.

O terceiro, um pouco menor, trabalha com a correlação entre o direito humanitário e os direitos humanos, compreendendo os artigos A PROTEÇÃO DE BENS CULTURAIS EM CONFLITOS ARMADOS E O CASO PAVLE STRUGAR NO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGUSLÁVIA, de Thiago Giovanni Romero e Ana Cristina Alves de Paula; REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE A FINANCEIRIZAÇÃO DA VIDA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS A PARTIR DE UMA PROPOSTA QUE COLOCA REFUGIADOS EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS A DE ATIVOS, de Matheus Fernando de Arruda e Silva e Jorge Luis Mialhe; e INTERVENÇÃO HUMANITÁRIA À BRASILEIRA: UMA ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE DE PROTEGER, de Gustavo Rabay Guerra e Henrique Jerônimo Bezerra Marcos.

O quarto, pensado dentro de um contexto regional, incluindo aí, tanto o sistema interamericano, como o MERCOSUL, estão os artigos DEZ ANOS DA PRIMEIRA CONDENAÇÃO INTERNACIONAL DO BRASIL: SISTEMA INTERAMERICANO E O PROBLEMA DA COMPLIANCE, de Rafaela Teixeira Sena Neves e Laércio Dias Franco Neto; JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO, MEMÓRIA E VERDADE: ELEMENTOS PARA PROBLEMATIZAR DIREITOS HUMANOS NA AMÉRICA LATINA, de Alex Daniel Barreto Ferreira e Gabriela Maia Rebouças; NOVOS DEBATES NO CONSELHO NACIONAL SOBRE A MIGRAÇÃO HAITIANA PARA O BRASIL: UMA ANÁLISE DAS RESOLUÇÕES NORMATIVAS QUE PRORROGARAM A VIGÊNCIA DA RESOLUÇÃO NORMATIVA N.º 97/12 (2010-2016), de Julia de Souza Rodrigues; O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA QUESTÃO DE TERRAS INDÍGENAS BRASILEIRAS DIANTE DO NOVO CONSTITUCIONALISMO DA AMÉRICA LATINA E O PLURALISMO JURÍDICO, de Gustavo Nascimento Tavares e Ruan Carlos Pereira Costa; PRISÃO PREVENTIVA E DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, de Amanda Guimarães da Cunha Floriani e Rodrigo Miotto dos Santos; SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS:

PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE, de Leila Maria da Juda Bijos; e
DESENVOLVIMENTO E INTEGRAÇÃO REGIONAL: A ATUAÇÃO DO MERCOSUL
EM POLÍTICAS PÚBLICAS DE DIREITOS HUMANOS, de Luís Alexandre Carta Winter
e Amanda Carolina Buttendorff Rodrigues Beckers.

São artigos básicos na construção das novas concepções de direitos. Assuntos de grande relevância que auxiliarão a novos pesquisadores. Sendo uma leitura obrigatória para os que queiram trabalhar nesta nova e dinâmica área.

Profa. Dra. Lívia Gaigher Bosio Campello - UFMS

Prof. Dr. Luís Alexandre Carta Winter - PUC-PR

A PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO COMO TITULAR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A TEORIA DA ESPECÍFICA SITUAÇÃO DE RISCO DO DIREITO ALEMÃO – POSSIBILIDADES E CONSEQUÊNCIAS

A LEGAL ENTITY OF PUBLIC LAW AS FUNDAMENTAL RIGHTS HOLDER AND THEORY OF PARTICULAR GERMAN RIGHTS RISK SITUATION - POSSIBILITIES AND CONSEQUENCES

Paulo César de Freitas ¹

Resumo

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo analisar a possibilidade de as pessoas jurídicas de direito público serem titulares de direitos fundamentais. O Estado, como regra, é o principal destinatário dos direitos fundamentais, todavia, questiona-se se as instituições da Administração Pública, notadamente da Administração Indireta, quando em atividade na seara protegida pelos direitos fundamentais, ao cumprir tarefas públicas, podem elas próprias arguir uma violação a direitos desta espécie.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Pessoa jurídica de direito público, Titularidade

Abstract/Resumen/Résumé

Abstract: the presente work aims to analyse the possibility of legal entities of public law are fundamental rights holders. The state, as a rule, is the primary recipient os fundamental rights, however, it is questionable whether the institutions of indirect administration, when active in harvest protected fundamental rights, to fulfill public duties, may themselves argue a violation of rights of this species.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights, Legal entity of public law, Ownership

¹ Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia, especialista em Direito Constitucional e em Direito Processual Penal.

1 INTRODUÇÃO

Como titulares dos direitos fundamentais, a ciência jurídica, inicialmente, assinalou apenas os integrantes da espécie humana, o homem e a mulher. Os direitos do homem passaram, no entanto, por um processo de universalização e de multiplicação à medida em que iam buscando sua afirmação na história e no tempo. No plano da multiplicação, foi estendida a titularidade de alguns direitos a sujeitos diversos do homem. (BOBBIO, 2004, p.15). Constatou-se que, em muitas situações, para a mais completa proteção da pessoa, haveria realmente a necessidade de se estender a titularidade de direitos a outros entes, de tal forma que os instrumentos de tutela civil da personalidade humana foram estendidos, dentro de certos limites compatíveis, à proteção das pessoas jurídicas. (LORENZETTI, 2010). Noutra senda, a própria evolução das teorias que estudam a natureza jurídica das corporações, evoluiu ao ponto de reconhecê-las como entes dotados de personalidade própria, distinta daquela dos indivíduos que dela participam como fundadores, sócios ou dirigentes. Essa mudança de paradigma também contribuiu para que às pessoas jurídicas fosse atribuída a titularidade de certos direitos fundamentais.

Malgrado não exista previsão expressa na grande maioria das Constituições – as exceções ficam por conta da Constituição portuguesa e da Lei Fundamental alemã – parece não existir mais dúvida, portanto, quanto à titularidade genérica de direitos fundamentais por parte das pessoas jurídicas (FREITAS, PLETI, 2015), como procurar-se-á demonstrar ao longo deste sumário estudo.

Mas se esta situação parece clara relativamente às pessoas jurídicas de direito privado, o mesmo raciocínio não se aplica ao Estado, ainda que em suas manifestações por meio de organismos da Administração Pública descentralizada, divergindo seriamente a ciência jurídica e os tribunais sobre esta possibilidade, em especial porque o Estado sempre fora apontado como o principal devedor, nunca como credor dos direitos que gozam de especial relevância e proteção constitucional no capítulo dedicado aos direitos e garantias individuais.

O objetivo precípua do presente trabalho consiste, pois, em analisar se o Estado, por suas pessoas jurídicas encarregadas da prestação de tarefas públicas, pode ser titular de direitos fundamentais, qual o alcance, sentido e limite dessa titularidade e quais as suas principais consequências.

2 TITULARES E DESTINATÁRIOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Não raro, deparamo-nos com as expressões direitos humanos e direitos fundamentais sendo empregadas para descrever um mesmo estado de coisas. Todavia, não se tratam elas de verdadeiros sinônimos, muito embora possam, em muitos casos, representar as duas faces de uma mesma moeda, notadamente porque os direitos fundamentais, em muitos casos, decorrem mesmo e diretamente de correlatos direitos humanos.¹

Para a ciência jurídica, no entanto, direitos fundamentais tratam-se daqueles direitos humanos reconhecidos e positivados que, após o processo de internalização, são formalmente incorporados ao ordenamento jurídico de um Estado determinado. Enquanto os direitos fundamentais dizem respeito ao rol de direitos e garantias internas, os direitos humanos compõem a extensa lista dos direitos e garantias globalmente contemplados, referindo-se muito mais a verdadeiros critérios morais de especial relevância para a convivência humana do que a autênticos direitos (FREITAS, PLETTI, 2015, p. 81). Para Gregório Robles, assim, os direitos fundamentais seriam, na verdade, direitos humanos positivados. (ROBLES, 2005, p. 7). Norberto Bobbio (2004, p. 16), a seu turno, obtempera:

Partimos do pressuposto de que os direitos humanos são coisas desejáveis, isto é, fins que merecem ser perseguidos, e de que, apesar de sua desejabilidade, não foram ainda todos eles (por toda parte e em igual medida) reconhecidos; e estamos convencidos de que lhes encontrar um fundamento, ou seja, aduzir motivos para justificar a escolha que fizemos e que gostaríamos fosse feita também pelos outros, é um meio adequado para obter para eles um mais amplo reconhecimento.

Em linhas gerais, a expressão direitos humanos deve ser empregada, hodiernamente, para designar os direitos fundamentais no plano internacional. E nesta seara, a expressão direitos humanos “indica o conjunto de direitos e faculdades que garantem a dignidade da pessoa humana e se beneficiam de garantias internacionais institucionalizadas.” (DIMOULIS, MARTINS, 2014, p. 28).

Partindo da premissa de que os direitos fundamentais são aqueles direitos garantidos e determinados formalmente por uma Constituição de um determinado Estado, “permitindo ao indivíduo conhecer a sua esfera de atuação livre de interferências estatais e, ao mesmo tempo,

¹ A própria Constituição Federal Brasileira utiliza as expressões *direitos humanos* e *direitos da pessoa humana* como sinônimas da expressão *direitos fundamentais*.

vincular o Estado a determinadas regras que impeçam cerceamentos injustificados das esferas da liberdade individual” (DIMOULIS, MARTINS, 2014, p. 12), fácil é perceber que não existe óbice a que se positivem direitos dos entes formais, das pessoas jurídicas, como verdadeiros direitos fundamentais. Em outras palavras, direitos fundamentais nem sempre e não necessariamente decorrem de um correlato direito humano. Pode haver um direito que se apresente como fundamental porque assim o quis o ordenamento jurídico de determinado Estado.

Mas é bom que se compreenda que a questão não é pacífica, pairando sobre ela ainda consideráveis controvérsias e havendo mesmo quem negue a possibilidade de a pessoa jurídica figurar como titular de direitos fundamentais.

Para Ingo Sarlet (2003), titular do direito, na perspectiva da dimensão subjetiva dos direitos e garantias fundamentais, é quem figura como sujeito ativo da relação jurídico-subjetiva, ao passo que o destinatário é a pessoa em face da qual o titular pode exigir o respeito, a proteção ou a promoção do seu direito (FREITAS, PLETTI, 2015, p. 83).

Anotam Paulo Freitas e Ricardo Pletti (2015, p. 83), que a Constituição Federal de 1988 reconhece expressamente apenas a pessoa natural como titular de direitos fundamentais e, muito embora a magna carta brasileira pareça restringir referidos direitos a determinadas pessoas, para uma parcela significativa da ciência jurídica não haveria dúvida de que a norma fundamental acolhera o princípio da universalidade, de sorte que a contemplar como titular dos direitos fundamentais toda e qualquer pessoa.

Na esteira do entendimento esposado, com efeito, Ingo Sarlet (2003) sustenta que a Constituição Federal Brasileira “não contém cláusula expressa que assegure a titularidade de direitos fundamentais às pessoas jurídicas [...], o que, todavia, não impediu a doutrina e a jurisprudência de reconhecerem, de forma tranquila, tal possibilidade”.

Ainda que não expressamente disposto na Constituição Federal Brasileira, assim, tal como previsto na Lei Fundamental da Alemanha, no art. 19, III ou na Constituição da República Portuguesa de 1976, no art. 12.2, as pessoas jurídicas são indubitavelmente titulares de direitos fundamentais. Com a ressalva, todavia, oportunamente anotada por Ingo Sarlet, de que nem todos os direitos fundamentais se aplicam às pessoas jurídicas, mas apenas aqueles que são compatíveis com a sua natureza peculiar. Por outro lado, mesmo os direitos fundamentais que se aplicam às pessoas jurídicas podem sofrer determinadas e eventuais limitações decorrentes dessa mesma natureza. (FREITAS, PLETTI, 2015, p. 84).

Ao buscar estabelecer um conceito de direitos fundamentais, de igual forma a noção de que são eles extensíveis aos entes formais não passou ao largo da percepção de Dimitri Dimoulis e de Leonardo Martins (2014, p. 41):

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

Ainda segundo Dimoulis e Martins (2014), “para efeitos da titularidade de direitos fundamentais, as pessoas jurídicas são equiparadas às físicas, quando o exercício de um direito for compatível com as peculiaridades estruturais da pessoa jurídica e, principalmente, com sua inexistência biológica ou caráter artificial”.

Estabelecida a premissa de que a pessoa jurídica, assim como a pessoa natural, é titular de direitos fundamentais, ainda que com certas limitações de sentido e de abrangência, cumpre analisar se também esta categoria especial de direitos é extensível à pessoa jurídica de direito público ou se limitada às pessoas formais de direito privado.

3 A PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO

O Estado exerce as suas mais diversas funções administrativas por meio de seus órgãos, pessoas jurídicas e respectivos agentes. Nem todas as funções de que está incumbido o Estado, no entanto, são executadas diretamente, por meio de organismos integrantes da chamada Administração direta.

Considerável número de tarefas estatais são executadas por intermédio de outras pessoas, em face do fenômeno da descentralização, que decorre da própria impossibilidade física de a Administração direta assumir todas as obrigações que lhe cabem. Essa descentralização pressupõe a existência de suas ordens distintas de pessoas públicas: de um lado, o Estado, representado pela União, pelo Distrito Federal, por um Estado membro ou por um Município. De outro, a pessoa incumbida de executar o serviço por delegação ou outorga da Administração direta.

O Estado, então, para ser capaz de executar os inúmeros e complexos encargos que lhe foram atribuídos por força da Constituição, descentraliza os serviços, transferindo parte de suas obrigações a entidades (pessoas jurídicas) criadas por lei para determinados fins específicos, a saber, as empresas públicas, as autarquias, as fundações públicas, as sociedades

de economia mista e similares. Também são formas de administração pública indireta, de descentralização, portanto, os entes privados que recebem atribuições tipicamente estatais por delegação, muito embora esse aspecto da descentralização pouco interesse ao presente escorço.

Cada uma dessas entidades possui personalidade jurídica própria, que não se confunde com a personalidade jurídica da entidade maior a que se vinculam – União, Estado-membro ou Município, tendo personalidade jurídica, são sujeitos de direitos e encargos por si próprias, realizando atividades e atos do mundo jurídico em seu próprio nome. (MEDAUAR, 2013, p. 80).

A pessoa jurídica de direito público, da atividade descentralizada do Estado, é criada por lei. Da espécie normativa que a instituiu, recebe ela um leque de competências e tarefas que passa a executar com ampla liberdade administrativa, sem subordinação direta aos órgãos da Administração direta que apenas a controla.

Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece que tais entidades se constituem como “centros subjetivados de direitos e obrigações distintos do Estado”:

[...] seus assuntos são assuntos próprios; seus negócios, negócios próprios; seus recursos, não importa se oriundos de trespasse estatal ou hauridos como produto da atividade que lhes seja afeta, configuram recursos e patrimônio próprios, de tal sorte que desfrutam de autonomia financeira, tanto como administrativa; ou seja, suas gestões administrativa e financeira necessariamente são de suas próprias alçadas – logo descentralizadas. (MELLO, 2001, p. 282).

Mas apesar de constituir pessoas distintas do Estado e gozar de toda essa autonomia e de responderem por seus próprios atos isoladamente (quando muito subsidiariamente) e possuírem competências próprias, as pessoas jurídicas de direito público da Administração descentralizada não perdem a natureza jurídica de entes intra-estatais, de Estado ainda que em lato sentido.

Daí decorre a dificuldade, como se verá adiante, de se reconhecer ao Estado, ainda que às pessoas jurídicas de direito público da administração descentralizada, a titularidade de direitos fundamentais. O Estado, tanto a pessoa jurídica de direito público principal, como as suas manifestações por meio de pessoas diversas, com personalidade jurídica própria e competências específicas atribuídas por lei, é tradicionalmente o legitimado passivo, o destinatário por excelência dos direitos fundamentais. Em razão disso, diversamente da atribuição da titularidade de direitos fundamentais às pessoas jurídicas de direito privado, constitui “questão mais melindrosa [a que] diz com a possibilidade de pessoa jurídica de

direito público vir a titularizar direitos fundamentais”.(MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 271).

4 A PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO E SUA CAPACIDADE PARA SER TITULAR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais “nascem da intenção de garantir uma esfera de liberdade justamente em face dos poderes públicos”². (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 271). Os direitos fundamentais, então, devem, em primeiro lugar, “proteger a esfera da liberdade do indivíduo contra intervenções do poder estatal e, da mesma forma, garantir-lhe, por essa razão, as condições para uma cooperação e configuração ativa e livre na sociedade”. (SCHWAB, 2006, p. 171).

Quando se analisa a situação da pessoa jurídica de direito privado titularizar, ao lado do homem e da mulher, direitos fundamentais, não há maiores dificuldades para que se obtenha uma resposta amplamente positiva, ressalvando-se apenas a incompatibilidade de determinados direitos com o ente coletivo e excluindo-se desse seletivo rol aqueles entes cujo âmbito de atuação não tenha reflexos no livre desenvolvimento da pessoa natural. (FREITAS, PLETI, 2015).

Noutra senda, ao se cogitar de emprestar às pessoas jurídicas de direito público a capacidade para ser titular de direitos fundamentais, a primeira ideia que se tem é a do paradoxo insanável, porquanto seria, a princípio, incompatível considerar o Estado, as suas corporações, empresas públicas, autarquias, fundações, sociedade de economia mista, como os principais destinatários e, a um só tempo, como titulares dos mesmos direitos fundamentais. Mesmo porque não se pode “ignorar a natureza histórica dos direitos fundamentais enquanto direitos de resistência contra o exercício de competências estatais.” (DIMOULIS, MARTINS, 2014, p. 89). É o argumento da identidade ou da confusão, mencionado por J. J. Gomes Canotilho. (CANOTILHO, 2000, p. 413).

Dizer que as pessoas jurídicas públicas, assim como os particulares e as pessoas formais privadas em diversas situações podem ter seus direitos lesionados nas relações com outras corporações públicas, não seria suficiente, haja vista que poder-se-ia estar diante apenas de um conflito de competências. (CANOTILHO, 2000, p. 413).

² ob. cit., p. 272.

Mas se é certo que a extensão da titularidade dos direitos fundamentais às pessoas jurídicas de Direito Público não se pode dar em todas as dimensões, não menos certo é o fato de que uma resposta negativa absoluta no sentido de reconhecer em certos casos, a titularidade, não conviria. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 272).

Como observam Mendes, Branco e Coelho (2008, p. 272), doutrina e jurisprudência, atentas a esta pelo menos relativa tendência a se admitir, ainda que de forma excepcional, a titularidade por parte do Estado, têm reconhecido que as entidades estatais gozam de direitos do tipo procedimental, como o direito de ser ouvido em juízo, direito ao juiz natural, direito à paridade de armas no processo, direito ao contraditório e à ampla defesa. Mesmo a doutrina refratária ao reconhecimento da titularidade de direitos fundamentais à pessoa jurídica estatal, admite que nesse particular aspecto o Estado gozaria desse especial *status*, apenas no âmbito do procedimento.

Mas a par desses e de correlatos direitos do tipo procedimental, o que se questiona no presente trabalho é se seriam extensíveis às pessoas formais públicas, genericamente, direitos fundamentais também de cunho material, tais como a inviolabilidade domiciliar, a liberdade, a intimidade, a privacidade, o nome, a marca, a integridade, a honra. Enfim, se a pessoa de direito público poderia invocar, perante o Poder Público, toda uma gama de direitos fundamentais que lhe pudessem ser estendidos porque compatíveis com sua peculiar natureza.

Não se pode perder de vista o fato de que a pessoa jurídica de Direito Público, no âmbito do cumprimento de suas competências, em regra atuará cumprindo tarefas eminentemente públicas, como um *longa manus* do Estado, exercitando os poderes que lhe foram atribuídos e em situação de proeminência, em posição de sujeitar e não de estar sujeita ao Poder portanto. Circunstâncias outras haverá, no entanto, em que a mesma pessoa pública será colocada em situação de sujeição, tanto em suas relações com o particular, como em suas relações com outros organismos integrantes do Poder Público, em posição, portanto, de verdadeira submissão ao poder e não de proeminência.

Imagine-se as seguintes situações hipotéticas: uma autarquia estatal suspende o fornecimento de energia elétrica para um hospital público em pleno funcionamento; uma empresa de radiodifusão nega o direito de resposta à notícia ofensiva à honra objetiva de uma empresa pública; a União deixa de repassar ao Município verbas imprescindíveis à promoção da educação; uma Universidade Pública é violada em sua autonomia científica em razão da atuação de determinados órgãos da Administração direta; uma empresa de radiodifusão sofre censura prévia e controle do Estado sobre sua programação etc.

Em todas as hipóteses citadas, as pessoas jurídicas envolvidas, conquanto partes integrantes da Administração Pública, verdadeiras manifestações personalizadas do Estado, não estão necessariamente no exercício de tarefas públicas e a sujeitar terceiros ao seu poder. Ao contrário, estão postas em situação de vulnerabilidade, de supressão de seus direitos por um outro núcleo de Poder, este sim, em situação de proeminência sobre elas.

Será mesmo que a pessoa jurídica, nessas situações peculiares, estaria apta a defender simples garantias institucionais, na seara do conflito de competências e de atribuições ou estaria capacitada para agir porque atingida no âmago de seus verdadeiros direitos fundamentais?

Canotilho, após percorrer os principais argumentos contrários e favoráveis à titularização de direitos fundamentais pela pessoa jurídica de Direito Público, posiciona-se no sentido de que as pessoas coletivas seriam de fato detentoras de interesses protegidos por direitos fundamentais específicos e que não haveria nenhum óbice ao reconhecimento desta condição, de sujeito ativo, sempre que o ente estatal se encontrar em situações de sujeição ao poder e não de proeminência. Para o jurista português relevante é apenas saber se o direito fundamental é ou não compatível com a natureza da pessoa coletiva.

A natureza dos direitos fundamentais não é puramente individualista, prosseguindo certas pessoas coletivas de direito público interesses protegidos por direitos fundamentais específicos. Além disso, estas mesmas pessoas podem encontrar-se em situações típicas de sujeição e não numa posição de proeminência ou de poder. (CANOTILHO, 2000, p. 414).

O constitucionalista português cita como exemplo as Universidades Públicas. Estas “gozam de autonomia constitucional, científica, pedagógica, administrativa e financeira, sendo de todo aceitável, pois, conceber esta autonomia como um direito fundamental e não como uma mera garantia institucional”. (CANOTILHO, 2000, p. 414).

Com razão o constitucionalista, ao pretender que a autonomia da Universidade seja considerada um direito fundamental e não uma simples garantia institucional. Esta, ao contrário daquela, poderia facilmente ser suprimida por lei. E a autonomia é conferida à Universidade não apenas como mais uma prerrogativa da instituição, mas como a única forma de se garantir a realização da pessoa humana, sua finalidade última.

Ingo Wolfgang Sarlet (2013, p. 194) igualmente reconhece a séria controvérsia que se instaura no que se refere à atribuição de titularidade às pessoas jurídicas de direito público, basicamente pelo mesmo motivo elencados pela maior parte dos cientistas jurídicos, qual seja,

por serem em regra consideradas destinatárias da vinculação dos direitos fundamentais, na condição de sujeitos passivos da obrigação de tutela e promoção dos direitos fundamentais.

Todavia, argumentando que seria justamente no amplo espaço público erguido sobre os pilares do Estado Democrático de Direito, que o indivíduo lograria desenvolver livremente sua personalidade, o autor afirma que não haveria como deixar de reconhecer às pessoas jurídicas de Direito Público a titularidade de direitos fundamentais. (SARLET, 2013, p. 194).

Todavia, considerando, especialmente em se tratando de um Estado Democrático de Direito, tal qual consagrado pela nossa Constituição, que o Estado e a Sociedade não são setores isolados da existência sócio-jurídica, sendo precisamente no amplo espaço público que o indivíduo logra desenvolver livremente sua personalidade, designadamente por meio de sua participação comunitária, viabilizada em especial por meio dos direitos políticos e dos direitos de comunicação e expressão, não há como deixar de reconhecer às pessoas jurídicas de direito público, evidentemente consideradas as peculiaridades do caso, a titularidade de certos direitos fundamentais. (SARLET, 2013, p. 194).

Sarlet (2013, p. 194) esclarece que no âmbito do direito comparado de fato tem sido reconhecidos, em alguns casos e com certas particularidades, alguns direitos fundamentais à pessoa jurídica de direito público. Segundo o constitucionalista brasileiro, na mesma esteira seria possível identificar no direito constitucional brasileiro, “algumas hipóteses atribuindo a titularidade de direitos fundamentais às pessoas jurídicas de direito público”, não apenas na esfera do direito processual, como, também, certos direitos de cunho material.

Como exemplo de direitos fundamentais de cunho material, Sarlet (2013, p. 194), na mesma linha de Canotilho, cita o caso das Universidades, cuja autonomia seria assegurada pela Constituição e tida como verdadeiro direito fundamental; os órgãos de comunicação social (rádios, televisões), corporações profissionais, autarquias e até fundações que podem, “a depender das circunstâncias, ser titulares do direito de propriedade, de posições defensivas em relação a intervenções indevidas na sua esfera de autonomia, liberdades comunicativas, dentre outros”.

Analisando a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão é possível encontrar decisões tanto que reconhecem às pessoas jurídicas de Direito Público a titularidade de direitos fundamentais, como decisões que lhes negam esta especial posição. O que se deduz com clareza da jurisprudência daquela Corte Suprema, todavia, é que, em síntese, os direitos fundamentais devem, em primeiro lugar, proteger a esfera da liberdade do indivíduo contra o arbítrio estatal. Portanto, a inclusão da pessoa jurídica na área de proteção dos direitos fundamentais somente poderia ocorrer quando a configuração e atuação destas

constituíssem expressão do livre desenvolvimento da pessoa natural. (SCHWAB, 2006, p. 170).

Para o Tribunal Federal Alemão, não há nada que impeça, de antemão, a titularidade de direitos fundamentais pelo ente estatal, o que se dá, nada obstante, apenas excepcionalmente, desde que a pessoa jurídica, encarregada por lei de promover em seu mais amplo sentido a pessoa humana se veja impedida de fazê-lo por outro ente público ou por um particular. E em situações em que a pessoa estatal não esteja no exercício típico de suas tarefas públicas, mas, como o particular, esteja colocada em situação de subjugo, não de poder.

Ao decidir, com efeito, uma Reclamação Constitucional formulada pelo Instituto Estadual de Seguro de Vestfália, que invocava o direito fundamental à propriedade e à igualdade, o Tribunal Federal Alemão não admitiu a reclamação. Entendeu a Corte Suprema que a Seguradora Pública não detinha legitimidade para reclamar direitos fundamentais, uma vez que a análise do caso concreto evidenciara que a reclamante postulava o reconhecimento de direitos fundamentais no âmbito do cumprimento de tarefas públicas, não tendo ela relação imediata com a área da vida protegida pelos direitos fundamentais. (SCHWAB, 2006, p. 170).

Em outros julgados, o mesmo tribunal reconheceu a capacidade de as universidades e faculdades serem titulares de direitos fundamentais, porque a estas pessoas foram confiadas em primeira linha a ciência, a pesquisa e o ensino. Iguais direitos foram também reconhecidos às igrejas e a outras sociedades religiosas criadas com o *status* de órgão de direito público. (SCHWAB, 2006, p. 172).

Com base no mesmo argumento de que excepcionalmente, quando à referida pessoa jurídica de direito público puder ser atribuída diretamente a área da vida protegida pelos direitos fundamentais, o Tribunal Constitucional Federal Alemão reconheceu a capacidade das emissoras de rádio e de televisão serem titulares de certos direitos fundamentais. Para o Tribunal, elas seriam instituições do Estado que defenderiam direitos fundamentais em uma área na qual seriam independentes do Estado. Justamente para possibilitar a realização do direito fundamental de liberdade de radiodifusão, é que elas seriam independentes do Estado, criadas por lei com gestão própria. Foram, então, as empresas autorizadas a reclamar o seu direito fundamental à radiodifusão.

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2014) observam que o direito alemão, a partir do reconhecimento expresso (art. 19, III, GG) da titularidade de direitos fundamentais pela pessoa jurídica (dependendo da essência do direito fundamental ser compatível ou não com as

suas peculiaridades), admitiu, realmente, também a titularidade da pessoa jurídica de Direito Público.

Duas teorias teriam sido invocadas, segundo os autores, para justificar a aceitação da titularidade de direitos fundamentais pela pessoa jurídica estatal. A primeira delas, a teoria da configuração pessoal-natural do coletivo, sustenta que a pessoa jurídica, ao adquirir personalidade, torna-se independente das pessoas naturais que a compõe. Dessa forma, como por trás da pessoa jurídica haveria sempre uma pessoa natural, não haveriam maiores dificuldades que se reconhecessem estes entes como titulares de direitos fundamentais. Esta teoria, no entanto, teria pedido força na medida em que não resistiria a maiores questionamentos.

A teoria da configuração pessoal-natural do coletivo que adquire personalidade jurídica [...] não resiste ao questionamento. [...] Dizer que por detrás da pessoa jurídica estão pessoas naturais, principalmente quando se pensa nas pessoas jurídicas de direito público, pode ter por efeito que a titularidade seja esgarçada, a ponto de perder seu sentido, pois todo o povo ou pelo menos uma população específica estaria por detrás, por exemplo, de um ente da federação brasileira! (DIMOULIS, MARTINS, 2014, p. 88).

A segunda teoria invocada pelo Direito Alemão é a teoria da específica situação de risco de certos direitos fundamentais (*grundrechtsspezifische Gefährdungslage*). Admitir-seia, segundo esta teoria, pelo menos três categorias de pessoas jurídicas estatais como titulares de direitos fundamentais, considerando-se sempre a área de regulamentação em que atuam, o que poderia colocar em risco certos direitos fundamentais. Assim, às entidades estatais atuantes nas áreas da liberdade científica, liberdade de radiodifusão e liberdade religiosa passou-se a reconhecer a titularidades de direitos fundamentais em certas e peculiares circunstâncias.

Consideram-se, na República Federal da Alemanha, titulares de direitos fundamentais três categorias de pessoas jurídicas de direito público. Isso deve-se às suas peculiares situações de risco, tendo em vista a área de regulamentação (área da vida) do direito fundamental sobre a qual os direitos incidem (mais uma razão para o cuidado com o conceito normativo da essência): liberdade científica, liberdade de radiodifusão e liberdade religiosa. (DIMOULIS, MARTINS, 2014, p. 89).

Ainda segundo Dimoulis e Martins, a experiência Alemã pode ser transposta para a realidade brasileira, especialmente no que se refere às liberdades das universidades públicas e da comunicação social.

“[...] desconsiderando o terceiro caso da liberdade religiosa coletiva que é exercida na Alemanha por Igrejas dotadas de personalidade de direito público, os dois primeiros casos podem refletir, no direito brasileiro a titularidade pela universidade públicas das liberdades do art. 5º., IC, da CF e a titularidade da liberdade de comunicação social (também do art. 5º., IC, da CF). “(2014, p. 89).

O Supremo Tribunal Federal Brasileiro, no entanto, poucas vezes enfrentou diretamente a matéria. Não é possível, portanto, afirmar, com exatidão, o entendimento da Corte Superior acerca do tema. Há, no entanto, decisões que evidenciam ser o Tribunal refratário à adoção, como regra, da titularidade de direitos fundamentais por parte dos organismos intra-estatais, existindo decisões em ambos os sentidos, mas com as mesmas ressalvas encontradas na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. A Corte Suprema Brasileira, assim, a exemplo do que ocorre no direito comparado, acena para a admissão da titularidade sob enfoque aos entes estatais, mas apenas excepcionalmente, sempre que referidos organismos públicos tiverem sido criados independentes do Estado justamente para poderem realizar direitos fundamentais.

“[...] Outorgar ao Município legitimidade ativa processual para impetrar mandado de injunção seria elastecer o conceito de direitos fundamentais além daquilo que a natureza jurídica do instituto permite” (STF, AGRMI 595/MA , rel. Min. Carlos Velloso, DJ 23/4/99).

“Não se deve negar aos Municípios, peremptoriamente, a titularidade de direitos fundamentais e a eventual possibilidade de impetração das ações constitucionais cabíveis para sua proteção. Se considerarmos o entendimento amplamente adotado de que as pessoas jurídicas de direito público podem, sim, ser titulares de direitos fundamentais, como por exemplo, o direito à tutela judicial efetiva, parece bastante razoável vislumbrar a hipótese em que o Município, diante de omissão legislativa do exercício desse direito, se veja compelido a impetrar mandado de injunção. A titularidade de direitos fundamentais tem como consectário lógico a legitimação ativa para propor ações constitucionais destinadas à proteção efetiva desses direitos” (STF, MI 725/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 20/5/2007).

É possível afirmar, portanto, que embora esteja o presente tema longe de ser pacificado, não há como negar, de forma absoluta, a titularidade dos direitos e garantias fundamentais à pessoa jurídica de Direito Público. A pessoa jurídica, ainda que intra-estatal, é de fato titular de direitos fundamentais tanto do ponto de vista procedimental, como de direitos de cunho material.

Resulta evidente, no entanto, que por ser o Estado o destinatário tradicional dos direitos fundamentais, inegavelmente o seu principal devedor, figurarão as suas entidades,

especialmente aquelas da atividade administrativa descentralizada, no polo ativo da relação apenas quando não estiverem em situação de julgo, de proeminência ou de poder. Nessa situação, no exercício regular de suas tarefas públicas e uso de seu poder e competências, as pessoas jurídicas de direito público permanecem na qualidade de destinatárias dos referidos direitos.

Quando, todavia, não estiverem em situação de proeminência ou de poder, mas em relação de subordinação, de sujeição com outros órgãos estatais ou mesmo com organismos particulares, especialmente quando incumbidas da defesa de direitos fundamentais necessários à proteção e promoção pessoal da pessoa humana, à pessoa jurídica de direito público deve ser resguardada a condição de titular de direitos fundamentais.

Uma universidade pública, a guisa de exemplo, possui autonomia financeira, administrativa, científica e pedagógica exatamente porque incumbida por lei de aprimorar a pessoa humana, de contribuir diretamente para a realização do ser humano e para a melhoria das condições de vida em todos os seus mais elementares aspectos. Essa autonomia, portanto, conferida por lei ao referido ente público, não pode ser confundida com uma simples prerrogativa que poderia ser suprimida a qualquer momento, em franco prejuízo para a pessoa humana.

Um hospital público, no mesmo sentido, pertence ao Estado e exerce funções tipicamente estatais e se coloca, como regra, na condição de destinatário, de prestador de direitos fundamentais. Se por força do Poder Público exercido por um outro órgão esse hospital vier a ser lesado em seus direitos, como, por exemplo, o de dispor de bens e estrutura suficiente para o seu mais correto funcionamento, poderá ele sem dúvida invocar direitos fundamentais na qualidade de titular, notadamente quando essa violação de direitos colocar em risco a sua tarefa de garantir, de prestar adequadamente saúde pública. Uma autarquia pública que esteja em situação de proeminência poderá suprimir-lhe o fornecimento de energia elétrica, *v.g.*, atitude esta que reflexamente conduzirá à negação, pelo hospital público, de proteção à vida e à saúde de homens e de mulheres. A discussão evidentemente não poderá ocorrer apenas no plano da competência ou das prerrogativas dessas duas instituições públicas. Como consequência do reconhecimento do direito fundamental à estrutura que lhe garanta o regular desempenho, é que em nenhuma hipótese a energia vital do hospital poderá ser suprimida.

Em outras situações, envolvendo a própria administração pública direta um Município poderá se ver impedido de garantir o livre desenvolvimento da pessoa humana porque o Estado-membro a que pertence ou a própria União abusivamente se recusa a lhe repassar os

recursos necessários para a promoção da educação. Não se pode falar aqui de simples prerrogativas do Município, mas de um direito fundamental, com todos os corolários que lhe são inerentes.

São, portanto, inúmeras as situações em que a pessoa jurídica de direito público estará colocada na situação não de mando ou de poder, mas de completo subjuço ao poder de terceiros ou do próprio Estado e, nessa qualidade, poderá invocar, como titular, os direitos fundamentais que forem compatíveis com a sua natureza. Desde que, a exemplo do que preconiza o Tribunal Federal Alemão, a titular do direito fundamental em questão tiver relação imediata com a área da vida protegida pelos direitos fundamentais.

5 CONCLUSÃO

À pessoa jurídica de direito público, em especial ao ente estatal da Administração Pública indireta, pode ser atribuída a titularidade de direitos fundamentais, não apenas de caráter procedimental, como, outrossim, direitos fundamentais de cunho material, como o direito à denominação, à autonomia, à liberdade e à igualdade, à honra, à imagem, à privacidade, à propriedade, a depender sempre da essência do direito fundamental e de sua compatibilidade ou não com as peculiaridades da pessoa jurídica. Embora a pessoa jurídica de direito público tradicionalmente assuma o papel de destinatária dos direitos fundamentais, no desempenho das tarefas públicas de que por lei fora incumbida, situações haverá em que o ente estatal não estará na situação de proeminência ou de poder, mas de completa sujeição a outros entes estatais ou mesmo a entes particulares. Fora das situações de proeminência, pois, e desde que a titular do direito fundamental em questão tiver relação imediata com a área da vida protegida pelos direitos fundamentais e resguardada a compatibilidade desses direitos com a sua natureza jurídica, não há impedimento a que lhe seja reconhecida, ao mesmo tempo que a condição de destinatária, a qualidade de titular de direitos fundamentais numa clara aplicação da teoria do risco específico para certos direitos fundamentais, do Direito Alemão.

6 BIBLIOGRAFIA

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

CANOTILHO, J. J. **Direito Constitucional**. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5 ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

FREITAS, Paulo Cesar de; PLETTI, Ricardo Padovani. **A pessoa jurídica de direito privado como titular de direitos fundamentais e a obrigatoriedade de implementação dos sistemas de compliance pelo ordenamento jurídico brasileiro**. In Direito Empresarial [Recurso Eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS; Coordenadores: Demetrius Nichele Macei, Marcelo Benachicchio, Maria de Fátima Ribeiro-Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 79.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**. 2 ed. rev. e atual: Tradução de Bruno Miragem e Cláudia Lima Marques. São Paulo: RT, 2010.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 17 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

ROBLES, Gregorio. Os Direitos Fundamentais e a Ética na Sociedade Atual: Tradução de Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole, 2005.

SANCTIS, Fausto Martin De. **Responsabilidade penal das corporações: criminalidade moderna**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **in Comentários à Constituição do Brasil**: CANOTILHO; MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio (coord.). São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2003.

SCHWAB, Jürgen. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

TAVARES. André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.