

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

REGINA VERA VILLAS BOAS

RICARDO HENRIQUE CARVALHO SALGADO

GUSTAVO FERREIRA SANTOS

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

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

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

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

Conselho Fiscal

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

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

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

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

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direitos e garantias fundamentais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/
FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Regina Vera Villas Boas, Ricardo Henrique Carvalho Salgado, Gustavo
Ferreira Santos – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-118-0

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

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Garantias
Fundamentais. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara
(25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

Os textos que formam este livro foram apresentados no Grupo de Trabalho sobre Direitos e Garantias Fundamentais, no XXIV Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. No Grupo de Trabalho, foram discutidos variados problemas envolvendo a interpretação e aplicação de dispositivos constitucionais consagradores de direitos e garantias fundamentais. Diante de um complexo catálogo constitucional de direitos fundamentais, os estudos aprofundaram o olhar sobre as várias dimensões protetivas desses direitos.

Podemos classificar os trabalhos em três diferentes grupos. Em uma primeira parte, há um conjunto de artigos que faz discussões enquadráveis em uma Teoria dos Direitos Fundamentais. Há trabalhos sobre conceito, história e interpretação dos direitos fundamentais. Uma segunda parte traz artigos que têm o foco em discussões conceituais sobre direitos fundamentais em espécie. Finalmente, segue uma terceira parte, na qual direitos fundamentais em espécie são enfocados em uma discussão em torno de situações específicas de aplicação.

Na primeira parte do livro, Isabelly Cristinny Gomes Gaudêncio, Mestranda no Centro Universitário de João Pessoa, faz uma discussão conceitual sobre direitos humanos, sua definição e a história de sua consagração, destacando, em sua definição, as ideias de dignidade humana e de mínimo existencial. Neumalya Lacerda Alves Dantas Marinho, também mestranda no UNIPE, de João Pessoa, propõe a discussão sobre a relativização da dignidade humana, quando em conflito com um conceito de dignidade humana da sociedade. Fernando Pereira Alqualo, mestrando na Uninove, trata do princípio da fraternidade e sua prática, que alimenta um ativismo judicial. Matheus Brito Nunes Diniz e Ana Angelica Moreira Ribeiro Lima, Mestrandos da UFPB, trabalham com o que chamam de tríplice vinculação do Estado pelos direitos fundamentais, enfocando papéis dos poderes estatais na garantia de direitos.

A segunda parte é iniciada com o trabalho de Raul Abreu Cruz Carvalho, Mestrando na Universidade de Fortaleza, que propõe uma discussão sobre o fundamento constitucional da proteção do idoso, identificando a solidariedade como princípio constitucional implícito. Tereza Margarida da Costa de Figueiredo e Yara Pereira Gurgel, respectivamente Mestranda

e Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, discutem a relação de pertinência entre liberdade de expressão e mínimo existencial, a partir do conceito de mínimo social. Roberta Farias Cyrino e Jorge Di Ciero Miranda, respectivamente Mestra e Mestrando na Universidade de Fortaleza discutem mudanças decorrentes da construção do que é chamado de "sociedade da informação" e, por consequência, diversas dimensões do direito à informação. Francielle Lopes Rocha e Natalia Santin Marazo, mestrandas no Cesumar, discutem a relação entre dignidade humana e liberdade de expressão, a partir do estudo de discursos que fomentam o ódio contra minorias sexuais. Lucas de Souza Lehfeld e Marina Ribeiro Guimarães Mendonça, respectivamente Professor e Mestranda na Universidade de Ribeirão Preto, discutem o princípio da afetividade na proteção constitucional na proteção de direitos homoafetivos. Tiago Clemente Souza e Danilo Pierote Silva, Mestre e Mestrando no Centro Universitário Eurípides Maia, apresentam o questionamento sobre a existência de um direito fundamental à prova e a possibilidade de renúncia nas relações jurídicas privadas.

Ainda na segunda parte, Romulo Magalhães Fernandes, Mestrando na PUC-MG, e Anna Carolina de Oliveira Azevedo discutem imprensa e o problema da relação entre direitos fundamentais que a protegem e direitos que são por sua atividade atingidos. O doutor Eder Bonfim Rodrigues apresenta um estudo comparativo entre Brasil e França quanto ao tratamento jurídico do uso de símbolos religiosos, discutindo o conceito de laicidade. Aline Fátima Morelato e Marcela Leila Rodrigues da Silva Vales, doutorandas na Fadisp, discutem diversos instrumentos jurídico-institucionais de concretização do acesso à justiça, especialmente a chamada assistência jurídica integral e gratuita. Larissa Peixoto Valente, Mestranda na UFBA, trabalha com a garantia do devido processo legal, tratando do seu conceito, sua formação histórica e o alcance de sua proteção.

A terceira e última parte traz o trabalho de Rodrigo Ribeiro Romano, aluno da UFRN, que discute a questão da legitimidade da jurisdição constitucional em uma democracia, a partir da problematização do papel do Procurador Geral da República na proteção de grupos sociais minoritários. Anna Cândida da Cunha Ferraz e Dayse dos Santos Moinhos, Professora e Mestranda na Unifieo, discutem o direito à vida, fazendo uma análise crítica de duas decisões do Supremo Tribunal Federal que tratam desse direito (ADI 3.510 e ADPF 54). Raisal Duarte da Silva Ribeiro, Mestranda na UFF, e Rodrigo de Souza Costa, Professor da UERJ, analisam o Caso Ellwangen, decidido pelo Supremo Tribunal Federal, que envolveu uma discussão entre repressão ao racismo e proteção da liberdade de expressão. Renan Moreira de Norões Brito, Mestre pela UNIFOR, analisa a decisão pela inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 31/2004 do Município de Criciúma/SC, que tratava do estabelecimento de cotas raciais para ingresso em cargo público. Irna Clea de Souza Peixoto, do CESUPA, discute o interesse social na ressocialização de condenados, estudando o "Caso Champinha,

no qual, com base em um laudo pericial psiquiátrico, foi determinado o seu internamento. Bruno Rodrigues Leite e Alexandre Ferrer Silva Pereira, mestrandos na PUC-MG, estudam norma que regula atuação da Prefeitura de Belo Horizonte em relação bens de pessoas em situação de rua.

Continuando a terceira parte, Têmis Lindemberger e Brunize Altamiranda Finger, da Unisinos, refletem sobre a responsabilidade do Estado quando não fornece, após o diagnóstico, tratamento a tempo para pessoas com câncer. Francisco Rabelo Dourado de Andrade, Mestrando na PUC-MG, discute o exercício do direito ao protesto, a partir de uma reflexão sobre direitos fundamentais e processualidade democrática. José Guilherme Ramos Fernandes Viana e Walesca Cariola Viana, da Unifieo, trabalham com situações de violação de direitos fundamentais no transporte de presos em porta-malas de viaturas policiais.

Todos os trabalhos foram objeto de discussão, com a Coordenação do Grupo de Trabalho, com o público presente e, fundamentalmente, entre os autores. Não houve trabalho que, no debate, não fizesse interação com temáticas abordadas em outros artigos. Verificamos, ainda, que os temas atraíram outros participantes do evento, que não tinham trabalhos inscritos no GT, o que enriqueceu mais ainda a discussão.

Vamos aos textos.

TRIPLICE VINCULAÇÃO ESTATAL AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: A LUTA PELA REAL CONCRETIZAÇÃO

TRIPLE STATE BINDING TO FUNDAMENTAL RIGHTS: THE STRUGGLE FOR REAL ACHIEVEMENT

**Ana Angelica Moreira Ribeiro Lima
Matheus Brito Nunes Diniz**

Resumo

O presente trabalho jurídico e qualitativo intenciona analisar celeumas contemporâneas referentes à vinculação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário aos direitos fundamentais positivados na Constituição Federal, perpassando, ainda, sobre a obrigatoriedade que particulares possuem de observá-los e respeitá-los quando estiverem se relacionando entre si. Ademais, faz-se uso de levantamento bibliográfico, documental e jurisprudencial, para, partindo-se de uma abordagem exploratória e descritiva, abordar os instrumentos postos pelo legislador à disposição dos citados atores, com o fito de concretizar os direitos ditos fundamentais e verificar se realmente cada um deles se mostra adequado para o atingimento daquele mister. Conclui-se, assim, pela tríplice vinculação de todos os poderes estatais e dos particulares aos direitos fundamentais, cabendo a cada um deles, respeitando-se os limites impostos pela lei e pelo ordenamento jurídico como um todo, não poupar esforços para efetivá-los.

Palavras-chave: Tríplice vinculação, Estado, Direitos fundamentais, Concretização

Abstract/Resumen/Résumé

This legal and qualitative study intends to analyze contemporary uproar concerning the binding of Executive, Legislative and Judicial Power to fundamental rights positivized by the Federal Constitution, passing also on the requirement that individuals have to observe them and respect them when they are in a relationship with each other. Moreover, it is using bibliographical, documentary and jurisprudential survey to, starting with an exploratory and descriptive approach, address the instruments placed by the legislature at the disposal of the aforementioned actors, with the aim of realizing the fundamental rights and check if each one of them actually prove suitable for achieving that mister. The conclusion is thus the triple binding of all state powers and individuals to the fundamental rights, and leaving each one of them, respecting the limits imposed by law and the legal system as a whole, spare no effort to effect them.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Triple binding, State, Fundamental rights, Achievement

INTRODUÇÃO

Após presenciar os desastrosos acontecimentos provocados pelos ideais estritamente legalistas utilizados, em especial, pela Alemanha nazista da Segunda Guerra Mundial, a sociedade pós-moderna achou por bem reformular seu arcabouço normativo tendo como vértice máximo o postulado da dignidade humana.

A partir de então, os direitos fundamentais foram sendo inseridos paulatinamente nos textos constitucionais da maioria dos países democráticos ocidentais, alicerçados pelo espírito que regia cada coletividade em particular. E não só isso. Passou-se a enxergar com bons olhos, também, a vinculação da Administração Pública e dos particulares no tocante aos direitos e garantias fundamentais positivados na Carta Magna, inclusive como meio para se permitir o exercício da cidadania. Tais tendências, vale dizer, foram acompanhadas pela realidade constitucional brasileira, conforme se depreende do conteúdo da Lei Maior ora vigente no país.

No entanto, um dos maiores obstáculos sobre o qual se debruça o Direito Constitucional pátrio reside em como tornar efetivos os direitos fundamentais entendidos como mais relevantes pelos juristas deste século. A crítica recai sobre o fato de que os avanços legislativos, experimentados pela sociedade brasileira por meio da inclusão de direitos e garantias, não foram suficientes para sanar efetivamente os problemas que assolavam a sociedade. Os debates se voltam, hodiernamente, para um ponto ainda mais preocupante: a (in)capacidade de efetivação dos compromissos assumidos pelo legislador constituinte. O temor da sociedade, nessa senda, não é mais a ausência ou insuficiência de normatividade, mas sim a ineficiência no seu cumprimento, tanto na esfera vertical como na horizontal.

A responsabilidade para essa problemática não pode ser simplesmente atribuída ao texto constitucional, devendo-se lançar um olhar crítico sobre os problemas sociais e administrativos apresentados pelo Brasil, obstáculos estes que minam a credibilidade das políticas públicas direcionadas ao cidadão.

Ainda é notória, por exemplo, a desigualdade social com a qual ainda convive o brasileiro. Embora tenha apresentado substanciais avanços no que diz respeito às questões sociais, melhorias que inclusive têm se refletido no seu IDH (Índice de Desenvolvimento Humano), hoje considerado alto (PNUD, 2013), o Brasil acumula um grande passivo histórico, fruto da sua falta de visão política. Os resultados desse atraso ecoam no presente,

sobretudo se considerada a má distribuição de renda e a precariedade de várias das políticas públicas sociais, que não atingem toda a população de maneira eficiente e igualitária.

Adentrando-se no leito do Direito Público, mais especificamente do Direito Constitucional brasileiro, o presente artigo busca estudar de que modo os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário podem operar na concretização de direitos fundamentais, quais os instrumentos legais posto a sua disposição para o cumprimento desta tarefa tão singular, bem como se estes são aptos a realmente efetivar tais direitos, tornando-os palpáveis e usufruíveis por toda a coletividade.

Para tanto, a presente pesquisa se utilizará do método dedutivo como base lógica de investigação. A análise do problema, portanto, será feita por meio de uma cadeia de raciocínio decrescente, partindo de uma premissa maior, materializada pela exposição de um panorama sobre o neoconstitucionalismo e do papel central dos direitos fundamentais na atual concepção de Estado, até que se chegue à premissa menor, qual seja, o estudo da eficácia vertical, horizontal e diagonal dos direitos fundamentais, bem como os mecanismos jurídicos à disposição do Poder Público e dos particulares para a efetivação dos compromissos constitucionais.

Por fim, mencione-se que a técnica de pesquisa seguida ao longo do presente artigo será a de documentação indireta. Proceder-se-á a um levantamento bibliográfico e documental a partir de fontes das mais variadas, a exemplo de livros da área, periódicos, revistas, produções acadêmicas, legislações e dados jurisprudenciais.

1. PERSPECTIVA NEOCONSTITUCIONALISTA E A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O constitucionalismo contemporâneo, ou neoconstitucionalismo, originou-se a partir do término da Segunda Guerra Mundial, em 1945, possuindo, como pedra de toque, a inserção da dignidade humana como norte de todo o ordenamento jurídico no Brasil. Incorporaram-se explicitamente valores e opções políticas na Constituição Federal (CF/88) e nos diplomas legais posteriormente advindos, dando-se especial atenção aos direitos fundamentais. Referindo-se à experiência alemã na seara constitucionalista, Schmitt (2009, p. 91) lembra que:

Depois da Primeira Guerra Mundial, diversos conceitos e linhas de argumentação provenientes da filosofia do valor se introduziram no corpus da doutrina estatal e constitucional referida à Constituição de Weimar (1919-1933) e buscaram interpretar a Constituição e seus direitos fundamentais como um sistema de valores.

Dissertando sobre a CF/88 e a institucionalização dos direitos e garantias fundamentais à luz da dignidade humana, Piovesan (2012, p. 87) cita que:

Seja no âmbito internacional, seja no âmbito interno (à luz do Direito Constitucional ocidental), a dignidade da pessoa humana é princípio que unifica e centraliza todo o sistema normativo, assumindo especial prioridade. A dignidade humana simboliza, desse modo, verdadeiro super-princípio constitucional, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local e global, dotando-lhe de especial racionalidade, unidade e sentido.

A partir da nova roupagem conferida ao Direito Constitucional, viu-se nascer o Estado Constitucional de Direito em detrimento do então vigente Estado Legislativo de Direito, que privilegiava o princípio da legalidade. Houve, por conseguinte, a reaproximação entre o Direito e a Ética, o Direito e a Moral, o Direito e a Justiça, dentre outros valores substantivos. Teorizando acerca do que se apreende por Estado de Direito, Hayek (2005, p. 03) leciona que:

Nothing distinguishes more clearly a free country from a country under arbitrary government than the observance in the former of the great principles known as the Rule of Law. Stripped of technicalities this means that government in all its actions is bound by rules fixed and announced beforehand – rules that make it possible to foresee with fair certainty how the authority will use its coercive powers in given circumstances and to plan one's individual affairs on the basis of this knowledge.¹

No decorrer desse processo, quedou-se fortalecida a ideia de normatividade do texto constitucional, não se vislumbrando a CF/88 apenas como um conjunto de normas, e sim como um diploma imperativo de positivação de direitos fundamentais, estes configurados como obrigações e limitações a qualquer ato legislativo confeccionado. Nessa linha, para Rossi e Gomes (2015) “[...] a perspectiva neoconstitucionalista leva à compreensão de que a centralidade assumida pelos direitos fundamentais na Constituição exige uma interpretação diferenciada dos mesmos”.

Ocupando lugar central no ordenamento jurídico, a ideia de constituição passou a ser marcada por relevante carga valorativa, tornando-se essencial que os poderes públicos e os particulares atuassem respeitando seu espírito que priorizou especialmente os direitos e as garantias fundamentais. Para Ferrajoli (2010, p. 19), nos dias de hoje o direito pode ser visto

¹ “Nada distingue mais claramente um país livre de um país sob o governo arbitrário do que a observância padrão dos grandes princípios conhecidos como o Estado de Direito. Despojado de aspectos técnicos, isso significa que o governo em todas as suas ações está vinculado a regras fixas e anunciadas de antemão – regras que tornam possível a ele prever com justa certeza como a autoridade usará seus poderes coercitivos em dadas circunstâncias e planejará certos assuntos individuais com base neste conhecimento”. (Tradução nossa)

como “[...] *un sistema artificial de garantías constitucionalmente preordenado a la tutela de los derechos fundamentales*”².

Com o claro objetivo de tornar imperativas as normas constitucionais que traduzissem direitos e garantias fundamentais, o legislador constituinte previu, no artigo 5º, §1º, da CF/88, o princípio da aplicabilidade imediata daqueles regramentos normativos, dotando-os, então, de caráter preceptivo.

Os direitos fundamentais, segundo a doutrina mais atualizada, tornaram-se objeto de estudo sobre dupla perspectiva, sendo considerados, segundo Cunha Jr. (2014, p. 494), “[...] tanto como *posições jurídicas subjetivas* essenciais de proteção da pessoa, como *valores objetivos* básicos de conformação do Estado Constitucional Democrático de Direito”. Seriam eles verdadeiros direitos subjetivos para seus titulares e responderiam pela “construção de situações jurídico-objetivas”, capazes de atender as expectativas a eles referentes, funcionando como diretrizes para os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário no exercício de suas funções.

A concepção das dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais restou bem apresentada na decisão emanada no caso Lüth, em 1958, pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, citada por Barroso (2005, p. 127):

Os direitos fundamentais são antes de tudo direitos de defesa do cidadão contra o Estado; sem embargo, nas disposições de direitos fundamentais da Lei Fundamental se incorpora também uma ordem objetiva de valores, que como decisão constitucional fundamental é válida para todas as esferas do direito. [...] Esse sistema de valores – que encontra seu ponto central no seio da comunidade social, no livre desenvolvimento da personalidade e na dignidade da pessoa humana – oferece direção e impulso para o legislativo, a administração e o judiciário, projetando-se, também, sobre o direito civil.

Ocorre que, em momento posterior à constitucionalização de todos os valores que o constituinte vislumbrou como mais respeitáveis para o novo Estado Constitucional de Direito, percebeu-se que o constitucionalismo contemporâneo enfrentaria seu maior desafio: concretizar os direitos fundamentais já positivados, tornando-os realmente efetivos aos seus detentores. Nesse sentido, Sartori (2015) dita que:

The thorny point is instead the non-fulfillment of constitutional provisions not because of the time factor, because they have gradually become outdated, but with reference to norms that have never been activated owing to the unwillingness of the executive or of the legislative body to give them life. This problem can-not be

² “[...] um sistema artificial de garantias constitucionalmente preordenado à tutela dos direitos fundamentais”. (Tradução nossa)

dismissed lightly, if we consider that "delinquencies in the application" of the constitution (as Loewenstein calls them) are rather frequent in most countries³.

Dessa feita, a partir da supracitada compreensão, passou-se a analisar com mais afinco a vinculação dos poderes estatais e dos particulares aos direitos fundamentais, bem como de que forma cada um deles poderia se empenhar nessa penosa efetivação.

2. A TRÍPLICE VINCULAÇÃO DOS PODERES EXECUTIVO, LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA BUSCA PELA SUA CONCRETIZAÇÃO

É cediço que, em regra, os direitos fundamentais são dotados da chamada “eficácia vertical”, por serem plenamente oponíveis ao Estado. Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário se encontram de fato vinculados aos direitos fundamentais, havendo para eles o dever primordial de assegurar a sua observância e zelar pela sua concretização, resguardando os mais relevantes valores previstos na Lei Maior.

Lecionando sobre a vinculação dos poderes estatais aos direitos fundamentais, Sarlet (2012, p. 374) afirma que os Poderes estatais permanecem formal e institucionalmente obrigados pelos direitos fundamentais, assim como a totalidade das funções exercidas pelos seus órgãos, seja numa perspectiva material, seja numa ótica funcional. Conseqüentemente, o Poder Legislativo possuiria o dever de realizar tais direitos, evadindo-se, porém, de produzir atos legislativos que fossem de encontro a eles; ao Poder Executivo, por outro lado, caberia a execução constitucional somente das leis em sentido amplo que se mostrarem acopladas a direitos fundamentais; sobre o Poder Judiciário, por fim, repousaria o dever de demonstrar a vinculação a tais direitos quando da constitucionalização da organização de seus próprios tribunais e procedimentos judiciais, bem como ao observá-los nos atos jurisdicionais porventura emanados.

Ao dissertar sobre a cláusula que atrela todas as entidades públicas aos direitos fundamentais, Canotilho (1998, p. 401) lembra que ela “[...] exige, pois, uma vinculação sem lacunas: abrange todos os âmbitos funcionais dos sujeitos públicos e é independente da forma jurídica através da qual as entidades públicas praticam os seus *actos* ou desenvolvem as suas atividades”. Enquanto isso, Favoreu (1990, p. 581) relata ser necessário compreender os direitos fundamentais como:

³ “O ponto espinhoso está ao invés do descumprimento das disposições constitucionais não por causa do fator tempo, pelo fato de eles terem se tornado gradualmente ultrapassados, mas sim em referência às normas que nunca foram efetivadas devido à falta de vontade do executivo ou do corpo legislativo para dar-lhes vida. Este problema não pode ser menosprezado, se considerarmos que ‘delinquências na aplicação’ da constituição (como Loewenstein os chama) são bastante frequentes na maioria dos países”. (Tradução nossa)

El conjunto de los derechos y libertades reconocidos a las personas físicas como a las personas morales (de derecho privado o de derecho público) en virtud de la Constitución pero también de los textos internacionales y protegidos tanto contra el poder ejecutivo como contra el poder legislativo por el juez constitucional o el juez internacional.⁴

Por sua vez, tratando especificamente de direitos fundamentais sociais e destacando que toda e qualquer ação e política pública efetuada no Brasil deveria servir, inevitavelmente, à intermediação entre o sistema jurídico constitucional e infraconstitucional e o modo republicano, democrático e social a que o país almeja, Leal (2012, p. 458) entende que:

Não se pode falar em gestão discricionária do Estado Administrador (Executivo, Legislativo e Judiciário) em face dos compromissos constitucionais sob comento, mas, quiçá, em âmbitos de concretude diferidos conjuntamente destes compromissos, observadas algumas variáveis de urgência e necessidade determinadas publicamente – e igualmente sob controle social, político e jurídico.

Ressalte-se, ainda, que os direitos fundamentais, quando estabelecidos democraticamente, fazem nascer expectativas imperativas, das quais brotam vínculos jurídicos obrigacionais e, portanto, deveres jurídicos de responsividade. Não estão à disposição do arbítrio de sujeitos privados ou de representantes políticos. Por conseguinte, é inaceitável que esses direitos convivam com atos ou omissões arbitrários provenientes de sua não concretização, restando-se a possibilidade de exigir sua realização, inclusive pelas vias judiciais, como meio de se reafirmar a visão neoconstitucional de cidadania.

2.1 VINCULAÇÃO DO PODER EXECUTIVO

Cumprir mencionar, nesse ponto, que a vinculação do poder público aos direitos fundamentais recai, em primeiro lugar, sobre o Poder Executivo e respectivos órgãos administrativos, admitindo-se unicamente a execução de diplomas legais que estiverem em conformidade com aqueles direitos, aplicando-os e interpretando-os segundo os valores constitucionais mais caros, sob pena de restarem invalidadas.

Nesse sentido, Miranda (1993, p. 281) observa que tal efeito vinculante aos direitos fundamentais alcança as pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado que, nas relações com os particulares, dispunham de atribuições de natureza pública, assim como as pessoas jurídicas de direito público em sua atuação na esfera privada. Ao dizer

⁴ “O conjunto dos direitos e liberdades reconhecidos às pessoas físicas e às pessoas morais (de direito privado ou de direito público) em decorrência da Constituição, mas também de textos internacionais, e protegidos tanto contra o poder executivo quanto contra o poder legislativo pelo juiz constitucional ou juiz internacional”. (Tradução nossa)

que a Administração está vinculada aos direitos fundamentais, Mendes (2009, p. 281) afirma que “[...] a expressão *Administração* compreende não somente pessoas jurídicas de direito público, mas, igualmente, pessoas de direito privado que disponham de poderes públicos, de faculdades do *jus imperium*, ao tratar com o particular”.

Apesar da CF/88 não haver previsto, em seu texto, a vinculação de entidades privadas e públicas aos direitos fundamentais, limitando-se a dispor sobre a sua aplicabilidade imediata no artigo 5º, §1º, ao contrário do que fez o art. 18/1 da Constituição Portuguesa de 1976⁵, Sarlet (2012, p. 374) expõe que:

A omissão do Constituinte não significa, todavia, que os poderes públicos (assim como os particulares) não estejam vinculados pelos direitos fundamentais. Tal se justifica pelo fato de que, em nosso direito constitucional, o postulado da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais (art. 5º, §1º, da CF) pode ser compreendido como um mandado de otimização de sua eficácia, pelo menos no sentido de impor aos poderes públicos a aplicação imediata dos direitos fundamentais, outorgando-lhes, nos termos desta aplicabilidade, a maior eficácia possível.

É admissível, também, ao Chefe do Poder Executivo, conforme a leitura combinada do artigo 66, §1º, com o artigo 84, inciso V, da CF/88, exercer o controle de constitucionalidade preventivo ou prévio de projetos de lei ainda em andamento, vetando-os juridicamente quando entender que sejam inconstitucionais. Da mesma forma, em controle de constitucionalidade repressivo ou posterior sobre atos normativos, pode agir politicamente e negar cumprimento à lei que apreenda ser inconstitucional, inclusive por ofender direitos fundamentais. No tocante à recusa do Poder Executivo em aplicar lei inconstitucional por ofender notadamente direitos fundamentais, Andrade (1987, p. 262) sustenta, ainda, ser necessária a observância de ponderação no caso concreto e do princípio da proporcionalidade.

A fim de evitar que o Chefe do Poder Executivo incorra em algum dos crimes de responsabilidade elencados na Lei nº1.079/1960, esta medida deve ser motivada e publicada, sendo plenamente acolhida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF e do Superior Tribunal de Justiça – STJ⁶. Sobre o tema, Canotilho (1992, p. 596) disserta que:

No caso de atos legislativos que evidente e inequivocadamente afrontam os direitos fundamentais, a administração pode recusar-se a aplicar a lei (mesmo em face de ordem superior) nas seguintes hipóteses: a) quando a aplicação da lei implicar a prática de um crime, especialmente nos casos em que resultar uma ofensa aos direitos à vida e à integridade pessoal, que nem mesmo em caso de estado de sítio ou

⁵ O art. 18/1 da Constituição Portuguesa de 1976 prevê que “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são *directamente* aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

⁶ Para maiores esclarecimentos, ver: ADI 221 MC, Relator: Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 29/03/1990, DJ 22-10-1993; e REsp 23.121/GO, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, julgado em 06/10/1993, DJ 08/11/1993.

de defesa podem ser suspensos; b) quando as leis violarem o núcleo essencial dos direitos fundamentais, de modo especial quando levarem ao aniquilamento dos direitos à vida e à integridade pessoal, por tratar-se de hipóteses nas quais as leis podem ser consideradas inexistentes.

Observe-se que a negativa de cumprimento de lei inconstitucional pode ser feita até que o STF profira decisão com efeito vinculante. Se restar assentado o entendimento de que o diploma legal em questão é constitucional, a presunção de constitucionalidade da lei, até então relativa, torna-se absoluta, obrigando, dessa maneira, tanto o Poder Judiciário como o Poder Executivo.

2.2 VINCULAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO

O Poder Legislativo se encontra igualmente vinculado aos direitos fundamentais mediante duas vertentes distintas: a primeira, afirmativa, pela qual está compelido a concretizá-los e resguardá-los conforme os valores protegidos pelo ordenamento jurídico; e a segunda, negativa, proíbe o legislador, em regra, de produzir dispositivos legais que restrinjam direitos fundamentais, limitando-se a liberdade de conformação regulamentadora de comportamentos de sua atividade.

Àquelas vertentes faz referência Sarlet (2012, p. 376), alicerçado nas preleções de J. J. Gomes Canotilho, denominando-as de “dupla dimensão da vinculação do legislador aos direitos fundamentais”. O autor afirma, ainda, que, fundada na perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, “[...] a doutrina alemã entendeu que o legislador possui deveres ativos de proteção, que englobam um poder de aperfeiçoamento (*Nachbesserungspflichten*⁷) da legislação existente, no sentido de conformá-la às exigências das normas de direitos fundamentais”.

A CF/88, de modo inclusivo, em seu artigo 60, §4º, inciso IV, vedou a edição de emendas constitucionais tendentes a abolir normas envolvendo direitos e garantias fundamentais, atrelando em grau máximo a atividade legiferante.

No presente cenário, merece destaque a difundida teoria dos “limites dos limites” (*Schranken-Schranken*⁸) dos direitos fundamentais, cunhada por Karl August Betterman em 1964, segundo a qual estes direitos nasceram com o intuito de limitar o poder do Estado; em contrapartida, os limites aos direitos fundamentais restaram estabelecidos pelo próprio Estado ao confeccionar uma lei. Para Mendes (2009, p. 349) “[...] esses limites, que decorrem da

⁷ “Deveres de reparação”. (Tradução nossa)

⁸ “Limites-limites”. (Tradução nossa)

própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial de direito fundamental quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas”.

Assim, somente se estiver preservado o núcleo essencial dos direitos fundamentais, caso a restrição a ser aplicada seja genérica e abstrata e mediante a observância do princípio da proporcionalidade, será passível ao legislador editar lei hábil a restringir e limitar os tão estimados direitos fundamentais.

Finalmente quanto à vinculação do legislador aos direitos fundamentais, criou-se o conceito de “proibição de retrocesso social”, que, embora não esteja previsto expressamente na CF/88, pode ser extraído principalmente dos princípios da segurança jurídica, da dignidade da pessoa humana, da máxima efetividade e do estado democrático de direito, todos consagrados em suas linhas. Sua descrição foi feita por Mendes (2009, p. 208), ao dizer que “[...] no que pertine a direitos fundamentais que dependem de desenvolvimento legislativo para se concretizar, uma vez obtido certo grau de sua realização, legislação posterior não pode reverter as conquistas obtidas”, ganhado fôlego especial na doutrina referente a direitos fundamentais sociais.

2.3 VINCULAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Saliente-se que o Poder Judiciário também está compelido a atuar na concretização de direitos fundamentais, conforme se depreende do previsto no artigo 5º, XXXV, da CF/88. Ao interpretarem a Lei Maior, diante do neoconstitucionalismo vivenciado hodiernamente, espera-se dos órgãos jurisdicionais estatais que adotem posturas com feições progressistas, desenvolvendo e evoluindo o texto constitucional para adaptá-lo aos bens imateriais essenciais à sociedade contemporânea. Nesse sentido, faz-se mister que o Poder Judiciário aplique a legislação vigente em conformidade com os direitos fundamentais e, por outro lado, deixe de aplicá-la caso sejam consideradas inconstitucionais.

Atualmente, o Judiciário age na efetivação de direitos fundamentais até mesmo ao combater as chamadas “omissões legislativas inconstitucionais”, sem que sobrevenha qualquer mácula à teoria da separação de poderes de Montesquieu. A vedação à intervenção estatal de um poder na seara das competências constitucionalmente previstas de outro cede em face de eventual transgressão de seus encargos, segundo o sistema do *checks and balances*⁹.

⁹ “Freios e contrapesos”. (Tradução nossa)

Ao dispor sobre o sentido normativo do artigo 5º, §1º, da CF, Silva (2011, p. 181) afirma que “[...] significa que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes”.

Provenientes da criação do Estado Social e da disseminação de Constituições dirigentes, as omissões legislativas inconstitucionais encontram-se intrinsecamente atadas ao conceito de dignidade humana, fazendo alusão às normas constitucionais de eficácia limitada e às abstenções estatais indevidas na concretização dos direitos fundamentais. Dar-se-á em hipóteses pontuais nas quais o Poder Executivo e o Poder Legislativo quedam-se inertes e não produzem as necessárias garantias dos direitos fundamentais reconhecidos pelo ordenamento jurídico.

No tocante ao Estado Social, Silva (2012, p. 628) cita que, embora “[...] tenha por finalidade garantir a efetividade da justiça social e a promoção da dignidade da pessoa humana, sua atuação deve ocorrer com fulcro na ordem jurídica estatal, orientado pela ética e destinado a assegurar os direitos humanos fundamentais e decorrentes prerrogativas”.

O Poder Judiciário, com essa finalidade, é capaz de atuar por meio do ativismo judicial, complementando criativamente as funções dos Poderes Executivo e Legislativo e implementando direitos fundamentais. Pode realizar, ainda, o controle judicial de atos administrativos, desempenhando controle de legalidade em sentido amplo dos atos produzidos pela totalidade dos poderes do Estado, alcançando aspectos legais, legítimos e principiológicos para anulá-los. Ademais, cabe-lhe o controle de mérito de seus próprios atos discricionários, que podem ser revogados por razões de conveniência e oportunidade.

Mencione-se que o Judiciário pode atingir atos comissivos emanados de todos os poderes estatais, além de, excepcionalmente, aplicando princípios constitucionais, alcançar também omissões estatais no tocante a políticas públicas não concretizadas, por meio da técnica denominada “judicialização de políticas públicas” ou “controle judicial de políticas públicas”. Para o STF (2015), se, configurada a natureza constitucional da política pública reclamada, houver correlação entre esta e os direitos fundamentais em testilha e existir prova da omissão ou prestação deficiente pelo administrador, sem qualquer justificativa razoável, incumbe ao Judiciário ordenar ao administrador a adoção de medidas assecuratórias de direitos fundamentais resguardados pelo ordenamento jurídico pátrio. Nessa temática, Perez (2000, p. 237) enfatiza que:

Não podemos admitir que os direitos fundamentais tornem-se, pela inércia do legislador, ou pela insuficiência momentânea ou crônica dos fundos estatais,

‘substrato de sonho, letra morta, pretensão perenemente irrealizada’. Surge a pergunta se seria possível, na base do sistema jurídico-constitucional brasileiro, o Poder Judiciário coibir a administração pública a realizar uma determinada política pública ou compelir um governo a – por exemplo – executar programas de erradicação da miséria (artigo 3º, III, CF).

Em recentíssima decisão, o STF (2015)¹⁰ declarou que o Poder Judiciário pode obrigar a União ou governos estaduais a realizar obras em presídios para garantia constitucional da integridade física dos presos. Entendeu a Suprema Corte brasileira ser lícito ao Poder Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, que, no caso em questão, consistiria na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais, a fim de conferir efetividade ao postulado da dignidade humana e garantir aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, prevista no artigo 5º, XLIX, do texto constitucional, sem ofender o princípio da separação dos poderes, afastando-se igualmente a tese da reserva do possível.

Permite-se, ainda, o uso da “técnica de apelo ao legislador”, diante de inconstitucionalidades progressivas e omissões inconstitucionais, segundo a qual o órgão judicial admite a validade da norma jurídica submetida ao controle de constitucionalidade abstrato, mas recomenda ao legislador a sua alteração, complementação ou substituição, a fim de que não se solidifique o estado de inconstitucionalidade.

Não obstante as ações individuais eventualmente cabíveis, encontram-se também à disposição do jurisdicionado diversos remédios constitucionais, a exemplo da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, citada no artigo 103, §2º, da CF/88 e na Lei nº9.868/1999, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, elencada no artigo 102, §1º, da CF/88 e na Lei nº9.882/1999, da Ação Civil Pública, mencionada no artigo 129, incisos II e III, da CF/88 e na Lei nº 7.347/85, e do Mandado de Injunção, previsto no art. 5º, inciso LXXI, constitucional.

Assim, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário são obrigados a concretizar direitos fundamentais, empreendendo esforços para torná-los cada vez mais efetivos e eficazes, adaptando continuamente o texto da Lei Maior aos anseios da sociedade contemporânea e reafirmando os valores democráticos consagrados no atual Estado Constitucional de Direito.

3. EFICÁCIA HORIZONTAL E DIAGONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

¹⁰ Por ter sido proferido há poucos dias, esta decisão ainda não foi publicada pelo Diário de Justiça da União.

Ao longo dos anos, os constitucionalistas se depararam com violações aos direitos fundamentais advindas de outros indivíduos, envolvendo relações de coordenação entre particulares que se encontravam no mesmo plano jurídico. A esse fenômeno deram-se vários nomes, a exemplo de “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”, “eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas”, “eficácia privada dos direitos fundamentais” e “eficácia externa dos direitos fundamentais”, aplicando tais direitos igualmente às relações abrangendo apenas particulares. Reconhecendo a eficácia dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas, Sarlet (2012, p. 386) enfatiza que:

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 não apenas o Estado ampliou suas atividades e funções, mas também a sociedade cada vez mais participa ativamente do exercício do poder, de tal sorte que a liberdade individual não apenas carece de proteção contra os Poderes públicos, mas também contra os 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, como dão conta, entre tantos outros, os exemplos dos deveres de proteção na esfera das relações de trabalho e a proteção dos consumidores.

Nesse sentido, Andrade (1987, p. 274) lança luz em dois aspectos referentes à vinculação de particulares aos direitos fundamentais, quais sejam, o fato de que estes direitos são aplicáveis à totalidade da ordem jurídica, envolvendo atores públicos e privados, na qualidade de princípios constitucionais e em face do princípio da unidade do ordenamento jurídico brasileiro, além de ser imperativo resguardar particulares contra atos atentatórios a direitos fundamentais advindos de outra pessoa em igualdade de condições.

Advirta-se que árduo foi o caminho teórico trilhado até que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais pudesse ser majoritariamente aceita na doutrina e na jurisprudência pátria, merecendo relevo três teorias específicas.

Inicialmente, prevalecia a teoria da ineficácia horizontal, nascida nos Estados Unidos e alicerçada na doutrina do *state action*¹¹, segundo a qual os direitos fundamentais só possuiriam eficácia vertical, sendo oponíveis unicamente frente ao Estado. Privilegiando a intangibilidade da autonomia privada, pressupunha-se que aqueles direitos só seriam passíveis de serem violados por uma ação estatal, com o fito de afastar a aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares, exceto em situações pontuais, de acordo com o caso concreto apresentado. A partir da metade do corrente século, essa teoria perdeu força na

¹¹ “Ação estatal”. (tradução nossa)

jurisprudência da Suprema Corte americana em prol da *public function theory*¹², por meio da qual os direitos fundamentais vinculariam excepcionalmente particulares nas hipóteses em que atuassem no exercício de funções públicas.

Contrário a esse posicionamento teórico, Branco (2000, p. 170) aduziu não ser possível “[...] abrigar na sociedade uma dupla ética (na locução de Jean Rivero), em que um mesmo comportamento, com implicações morais relevantes, é exigido do Estado nas suas relações com os indivíduos, mas é deixado ao arbítrio dos indivíduos, quando em contato mútuo”. Com o mesmo entendimento, dispõe Mendonça e Ferreira (2010, p. 303) que “[...] o legislador, tendo em vista sempre o princípio-vetor da dignidade da pessoa humana, está vinculado aos direitos fundamentais não apenas ao regular as relações do Estado com o particular, mas também ao disciplinar as relações dos cidadãos quando entabulam contato”.

Surgiu, então, a tese da eficácia horizontal indireta ou mediata dos direitos fundamentais, consagrada na Alemanha por Günter Dürig, na qual os direitos fundamentais só poderiam ser aplicados na seara privada se houvesse mediação legislativa anterior, ou seja, prévia atuação do legislador infraconstitucional na feitura de um dispositivo legal capaz de viabilizá-los. Vedar-se-ia a aplicação direta pelo juiz, sendo imprescindível a existência de lei intermediária, o que fatalmente caracterizaria uma espécie de relativização dos direitos fundamentais nas relações contratuais, novamente em nome da preservação da autonomia privada.

Posteriormente, ganhou destaque a teoria da eficácia horizontal direta ou imediata dos direitos fundamentais, defendida pelos alemães Nipperdey e Leisner e adotada nos ordenamentos jurídicos da Itália, Espanha, Argentina, Portugal, sustentando que aqueles direitos teriam aplicabilidade direta e imediata nas relações privadas, sem a necessidade de artimanhas interpretativas ou leis intermediadores para que pudessem ser aplicados. É o teorema majoritariamente aceito no Brasil, essencialmente em face da aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, prevista no artigo 5º, §1º, da CF/88. Quanto à aplicabilidade em solo brasileiro da supracitada teoria, Barroso (2005, p. 141) cita que:

O ponto de vista da aplicabilidade direta e imediata afigura-se mais adequado para a realidade brasileira e tem prevalecido na doutrina. Na ponderação a ser empreendida, como na ponderação em geral, deverão ser levados em conta os elementos do caso concreto. Para esta específica ponderação entre autonomia da vontade *versus* outro direito fundamental em questão, merecem relevo os seguintes fatores: a) a igualdade ou desigualdade material entre as partes (*e.g.*, se uma multinacional renuncia contratualmente a um direito, tal situação é diversa daquela

¹² “Teoria da função pública” (tradução nossa)

em que um trabalhador humilde faça o mesmo); b) a manifesta injustiça ou falta de razoabilidade do critério (e.g., escola que não admite filhos de pais divorciados); c) preferência para valores existenciais sobre os patrimoniais; d) risco para a dignidade da pessoa humana (e.g., ninguém pode ser sujeitar a sanções corporais).

Ademais, saliente-se que há pouco se passou a falar em “eficácia diagonal dos direitos fundamentais entre empregadores e trabalhadores”, fruto das lições do chileno Contreras (2015), para quem os direitos fundamentais, além de serem dotados de eficácias vertical e horizontal, deveriam ser resguardados com mais ênfase em relações travadas por trabalhadores e empregadores. Enfatizando que “[...] *en efecto, el empleador tiene potestades y poderes directivos y sancionatorios muy importantes que en alguna medida lo asimilan al Estado*”¹³, este conteúdo potestativo intenso desequilibraria a dinâmica existente entre aqueles atores, tornando-se essencial resguardá-los de modo diferenciado, em decorrência de sua posição de desvantagem. Esta tese, inclusive, já foi encampada pelo Tribunal Superior do Trabalho¹⁴ em diversos julgados.

Desse modo, perfilhe-se que a eficácia e força normativa da Lei Maior, mormente dos direitos fundamentais, norte axiológico da sociedade atual e do neoconstitucionalismo, não se restringe à seara estatal, alcançando sobremaneira o âmbito das relações privadas.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, apreende-se que o constitucionalismo contemporâneo foi responsável por trazer para o centro do ordenamento jurídico os valores qualificados como de maior valia pela sociedade pós-Segunda Guerra Mundial, com especial ênfase para os direitos e garantias fundamentais, outorgando aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário o dever de observá-los e efetivá-los em todas as suas ações, como medida fim de preservação da dignidade humana. A esse fenômeno chamou-se “eficácia vertical dos direitos fundamentais”.

Intentando concretizar os mencionados direitos, conclui-se que todos os poderes estatais restam vinculados aos direitos fundamentais, assim como os particulares quando se relacionarem com outros de igual posição, de modo coordenado, o que se convencionou apelidar de “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”.

¹³ “[...] com efeito, o empregador possui potestades e poderes diretivos e sancionatórios muito importantes que em alguma medida se assemelham ao Estado”. (tradução nossa)

¹⁴ A título ilustrativo, a eficácia diagonal dos direitos fundamentais entre empregadores e trabalhadores foi discutida nos seguintes julgados do Tribunal Superior do Trabalho: Processo: RR - 7894-78.2010.5.12.0014 Data de Julgamento: 28/08/2013, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/09/2013; e Processo: AIRR - 77700-47.2009.5.04.0019 Data de Julgamento: 19/09/2012, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28/09/2012.

Paralelamente, a doutrina moderna tratou de conceder proteção excepcional à relação existente entre trabalhadores e empregadores, em decorrência do caráter de desvantagem que estes ocupam, configurando-se, assim, a denominada “eficácia diagonal dos direitos fundamentais”.

Portanto, seja pela totalidade dos poderes estatais, seja pelos particulares, numa relação horizontal ou diagonal, a sociedade de modo geral deve sempre velar pela observância dos preceitos normativos relacionados aos direitos fundamentais, concretizando-os e preservando o sentimento democrático que paira sobre todo o ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Livraria Almedina, 1987.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *In: Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*. Brasília, ano 23, n. 82, 4º trimestre, 2005.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica: 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 440.028/SP. Relator: Min. Marco Aurélio. Primeira Turma. **Diário de Justiça**, DF, 26 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 06 ago. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 592.581. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. **Plenário**, 13 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 14 ago. 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Editora Almedina, 1998.

CONTRERAS, Sergio Gamonal. Procedimiento de tutela y eficacia diagonal de los Derechos Fundamentales. **Revista Laboral Chilena**, Nov. 2009. Disponível em: <https://www.academia.edu/1856931/Eficacia_Diagonal_de_los_Derechos_Fundamentales>. Acesso em: 06 ago. 2015.

CUNHA JR. Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: Juspodivm: 2014.

FAVOREU, Louis. **L'élargissement de la saisine du Conseil Constitutionnel aux juridictions administratives et judiciaires**. RFDC nº 4. Paris: 1990.

- FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. 7. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2010.
- HAYEK, Friedrich A. **The Road to Serfdom with The Intellectuals and Socialism**. The Institute of Economic Affairs. Grã-bretanha: Hobbs the Printers, 2005.
- LEAL, Rogério Gesta. Ainda sobre a efetivação dos direitos fundamentais sociais em face do mínimo existencial: um debate inacabado. *In*: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Luiz Nery da; SMORTO, Guido (orgs.). **Os desafios dos direitos humanos fundamentais na América Latina e na Europa**. Joaçaba: Editora Unoesc: 2012.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MENDONÇA, Andrey Borges de; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. *In*: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras complementares de Constitucional**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2010.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, v. IV, 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1993.
- PEREZ, Marcos Augusto. **O papel do poder judiciário na efetividade dos direitos fundamentais**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 11, 2000.
- PIOVESAN, Flávia. **Direito humanos e o direito constitucional internacional**. 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. **Brasil sobe uma posição no ranking do IDH e fica em 79º entre 187 países**. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/noticia.aspx?id=3909>>. Acesso em: 02 ago. 2015.
- ROSSI, Amélia Sampaio; GOMES, Eduardo Biacchi. **Neoconstitucionalismo e a (re)significação dos direitos humanos fundamentais**. Disponível em: <<https://www.academia.edu>>. Acesso em: 12 ago. 2015.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- SARTORI, Giovanni. Constitutionalism: A Preliminary Discussion. **The American Political Science Review**, Vol. 56, No. 4 (Dec., 1962), pp. 853-864. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1952788?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 02 abr. 2015.
- SCHMITT, Carl. **La Tiranía de los Valores**. Prólogo de Jorge E. Dotti. Buenos Aires: Hydra, 2009.
- SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

SILVA, Rogério Luiz Nery da. O Estado e políticas públicas: a educação multicultural como ferramenta de libertação e participação política crítica. *In*: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Luiz Nery da; SMORTO, Guido (orgs.). **Os desafios dos direitos humanos fundamentais na América Latina e na Europa**. Joaçaba: Editora Unoesc, 2012.