

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

TEORIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

ADRIANA GOULART DE SENA ORSINI

MARIANA RIBEIRO SANTIAGO

YNES DA SILVA FÉLIX

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

T314

Teoria dos direitos fundamentais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Adriana Goulart de Sena Orsini, Mariana Ribeiro Santiago, Ynes Da Silva Félix – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-067-1

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

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direitos fundamentais.
I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

TEORIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Apresentação

É com grande satisfação que apresentamos ao grande público a presente obra coletiva, composta por artigos brilhantemente defendidos, após rigorosa e disputada seleção, no Grupo de Trabalho intitulado Teorias dos Direitos Fundamentais, durante o XXIV Encontro Nacional do CONPEDI/UFS, ocorrido entre 03 e 06 de junho de 2015, em Aracaju/SE, sobre o tema Direito, Constituição e Cidadania.

Ditos trabalhos, de incontestável relevância para a pesquisa em direito no Brasil, demonstram notável rigor técnico, sensibilidade e originalidade, buscando uma leitura atual dos Direitos Fundamentais, muitos deles materializados na Constituição Federal, conforme o paradigma do Estado Democrático de Direito e da dignidade humana.

De fato, a efetivação dos Direitos Fundamentais repercute diretamente na concretização da cidadania, possibilitando a participação integral do indivíduo na sociedade. Inegável, como consequência, a existência de uma forte relação entre os Direitos Fundamentais e a própria cidadania, enquanto instrumentos direcionados à emancipação humana.

Os temas tratados nesta obra mergulham nas teorias para revelar novas reflexões sobre os direitos fundamentais enfrentando os atuais desafios e aflições da sociedade, como podemos constatar nos conteúdos dos artigos, a saber: princípio da fraternidade; direitos humanos fundamentais; função dos direitos e das garantias constitucionais; concepção dos direitos inalienáveis; direito à educação básica; direito à imagem; direito e acesso à saúde; direito à água; direito às manifestações culturais; liberdade de imprensa e liberdade de expressão; colaboração premiada; relações não-monogâmicas e feminismo; mínimo existencial; dignidade da pessoa humana e pluralismo democrático.

Conforme destacado, a presente obra coletiva, de grande valor científico, demonstra uma visão lúcida e questionadora sobre os Direitos Fundamentais, suas problemáticas e sutilezas, sua importância para o exercício da cidadania e para a defesa de uma sociedade plural, tudo em perfeita consonância com os ditames da democracia, pelo que certamente logrará êxito junto à comunidade acadêmica. Boa leitura!

A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA EFICÁCIA HORIZONTAL

TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU EFICACIA HORIZONTAL

**Hewerstton Humenhuk
Cristhian Magnus De Marco**

Resumo

O presente ensaio tem como objeto o estudo a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. A aplicação horizontal dos direitos fundamentais surge com escopo de proteção de direitos fundamentais no âmbito das relações particulares. Para tanto, inicialmente demonstra-se de forma geral a teoria dos direitos fundamentais como parte nuclear em um Estado Social e Democrático de Direito de forma a irradiar todas as relações sociais, criando um paralelo hermenêutico definindo os direitos fundamentais como um sistema aberto e flexível, além de demonstrar os direitos fundamentais na perspectiva objetiva e subjetiva. É proposto o estudo acerca da eficácia dos direitos fundamentais a partir de uma eficácia plena e uma aplicabilidade imediata. Objetiva-se demonstrar que o estudo da eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada ou horizontal é uma realidade necessária e presente, inclusive na jurisprudência do STF. E a solução da controvérsia entre a autonomia privada e sua exegese à luz dos direitos fundamentais, dar-se-á pela ponderação de valores, de modo a conferir a máxima eficácia possível dos direitos fundamentais também nas relações entre particulares.

Palavras-chave: Eficácia horizontal, Direitos fundamentais, Relações privadas.

Abstract/Resumen/Résumé

Este trabajo tiene por objeto el estudio de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. La aplicación horizontal de los derechos fundamentales viene con cobertura de protección de los derechos fundamentales en virtud de la relación especial. Por lo tanto, muestra inicialmente, en general, la teoría de los derechos fundamentales como un elemento central en un Estado social y democrático de derecho a irradiar todas las relaciones sociales, la creación de un paralelo hermenéutico definición de los derechos fundamentales como un sistema abierto y flexible, además de demostrar los derechos fundamentales en la perspectiva objetiva y subjetiva. Se propone el estudio de la eficacia de los derechos fundamentales de una aplicación totalmente efectiva e inmediata. El objetivo es demostrar la eficacia de los derechos fundamentales en la esfera privada u horizontal es una realidad necesaria y presente, incluida la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Y la solución a la disputa entre autonomía privada y su exégesis a la luz de los derechos fundamentales, dará a los valores de ponderación, a fin de dar la máxima eficiencia posible de los derechos fundamentales también en las relaciones entre los individuos.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Efecto horizontal, Los derechos fundamentales, Las relaciones privadas.

1 INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais, encontram-se em posição de destaque no texto constitucional, porquanto é através destes, que se obtêm graus de conceitos e teses que se

desdobram nas mais variadas correntes e institutos do Direito. E a eficácia horizontal dos direitos fundamentais a partir da constitucionalização nas relações privadas, revela-se como um excelente campo de pesquisa. Nesse sentido, o presente artigo tem como objeto o estudo a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Para tanto, inicialmente demonstrar-se-á a teoria dos direitos fundamentais como parte nuclear em um Estado Social e Democrático de Direito de forma a irradiar todas as relações sociais. Será abordada a definição de direitos fundamentais como um sistema aberto e flexível, além de demonstrar os direitos fundamentais na perspectiva objetiva e subjetiva. Tratar-se-á da chamada eficácia dos direitos fundamentais para verificar se seus efeitos coadunam com uma eficácia plena e uma aplicabilidade imediata.

Finalmente, objetiva-se demonstrar que a eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada ou horizontal é uma realidade necessária e presente nas relações entre particulares e que o próprio Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de julgar emblemático caso da irradiação de direito fundamental no conflito privado. Assim, busca-se dirimir os efeitos da moderna exegese dos direitos fundamentais na autonomia privada, a partir da ponderação de valores no Estado Social e Democrático de Direito.

2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS ACERCA DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para compreensão acerca da teoria dos Direitos Fundamentais¹, é necessário que se faça uma breve análise filosófica e histórica demonstrando a evolução dos direitos fundamentais através dos tempos.

A ligação primordial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, nos seus teores históricos e filosóficos, demonstrará a pertinência desses direitos, ao qual são inerentes da pessoa humana, delineando toda sua universalidade como ideal. Segundo

¹ Sarlet (1998, p. 31), diferenciando a definição de direitos fundamentais, direitos humanos e direitos naturais escreve: “os direitos fundamentais são os direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito Constitucional positivo de determinado Estado; a expressão ‘direitos humanos’, por sua vez, ‘guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem Constitucional e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)’. Os direitos naturais não se equiparam aos direitos humanos uma vez que a positivação em normas de direito internacional já revela a dimensão histórica e relativa dos direitos humanos”. Canotilho (1999, p. 369) ainda outra diferenciação, no que tange aos direitos fundamentais para com os direitos do homem: “direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista).”

Bonavides (2000, p. 516), “a universalidade se manifestou pela vez primeira, com a descoberta do racionalismo francês da Revolução, por ensejo da célebre Declaração dos Direitos do Homem de 1789”. Escreve Maliska (2001, p. 39) que “a fase anterior aos acontecimentos do final do século XVIII é representada, no âmbito dos direitos fundamentais, pelas cartas e declarações inglesas”. A partir da Declaração francesa, notou-se que esta tinha um grau de abrangência muito mais significativo do que as declarações inglesas e americanas, uma vez que “se dirigiam a uma camada social privilegiada (os barões feudais), quando muito a um povo ou a uma sociedade que se libertava politicamente, conforme era o caso das antigas colônias americanas, ao passo que a Declaração Francesa de 1789 tinha por destinatário o gênero humano (BONAVIDES, 2000, p. 516). Como se vê, a Declaração francesa designava um caráter humano de grande valia, assumindo sua universalidade. Neste contexto histórico inerente aos direitos fundamentais, observa-se que ali os direitos do homem munidos também do direito de liberdade, ganharam força e legitimidade. Externar-se-á então dentro dos direitos fundamentais as características de direitos naturais, inalienáveis e sagrados, caracteres próprios das sociedades democráticas. É mister ainda que se nota a enorme influência da Declaração francesa nas constituições ocidentais.

As cartas de características eminentemente liberais, eram limitadas através da autoridade do Estado, designando desta forma separar os poderes nas suas respectivas funções (legislativo, executivo e judiciário), e consubstanciando a efetivação da declaração dos direitos. A partir destas configurações de direitos, surgem os direitos de primeira geração, representando os direitos civis e políticos, que postulavam uma atividade negativa² por parte do Estado, não violando o cunho individual destes direitos. Não obstante a isso, surgem novos modelos de constituições, que primavam não só pela proteção individual dos indivíduos, mas também por direitos sujeitos à prestações, denominados de direitos da segunda geração, ou seja, os direitos sociais, culturais e econômicos concernentes às relações de produção, ao trabalho, à educação, à cultura e à previdência.

Já as sociedades modernas, nas suas constituições, começaram a prestigiar o surgimento de novos direitos, denominados de terceira geração (direitos ao desenvolvimento, à paz, à propriedade sobre o patrimônio comum, à comunicação e ao meio ambiente). Também

² “É uma classificação de Jellinek e fazem ressaltar na ordem dos valores políticos a nítida separação entre a Sociedade e o Estado. Sem o reconhecimento dessa separação, não se pode aquilatar o verdadeiro caráter anti-estatal dos direitos de liberdade, conforme tem sido professado com tanto desvelo teórico pelas correntes do pensamento liberal de teor clássico.” (BONAVIDES, 2000, p. 517-518).

há que se falar em direitos de quarta geração, que prescrevem a globalização política (direito à democracia, o direito à informação e direito ao pluralismo).

Com a universalidade da Declaração francesa de 1789, começou a surgir os ditames da democracia e dos direitos fundamentais, consoante a lição de Boutmy citado por Bonavides (2000, p. 516): “foi para ensinar o mundo que os franceses escreveram”. Portanto, para se ter um conceito e idealizar uma Constituição, é mister que se coloque que os textos constitucionais são permeados pelos direitos fundamentais, adquirindo estes, lugar privilegiado nos ditames das Cartas Magnas. Os direitos fundamentais inicialmente, “assumem o caráter de direitos negativos, que importam uma restrição à ação do Estado para, posteriormente, assumirem uma postura ativa, exigindo ações positivas do Estado” (MALISKA, 2001, p. 42).

3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO PARTE NUCLEAR NA CONSTITUIÇÃO EM UM ESTADO SOCIAL DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A premissa para se formar um Estado Social, e que este esteja consubstanciado no princípio democrático, é sem dúvida sua ligação correlacionadora com os direitos fundamentais. Quando as constituições elaboram, em seus primeiros artigos, os fundamentos do Estado e da Sociedade, estes somente alcançam efetividade social mediante concretização dos postulados normativos referentes aos direitos fundamentais. Para se ter uma ideia mais nítida de Estado Social Democrático de Direito, Sundfeld (1993, p. 55) preconiza que para definir juridicamente o Estado brasileiro de hoje basta construir a noção de Estado Social Democrático de Direito, agregando-se aos elementos ainda há pouco indicados, a imposição, ao Estado, do dever de atingir objetivos sociais, e a atribuição, aos indivíduos do correlato direito de exigi-los.³

Nesse sentido surge outra variante, o desenvolvimento econômico, que se consubstancia como condição para realização desta prestação dos direitos sociais. Com isso, o Estado tem por consequência a incrementar o desenvolvimento econômico, efetuando assim

³ Ainda segundo Sundfeld (1993, p. 55): “São elementos do conceito de Estado Democrático de Direito: a) criado e regulado por uma Constituição; b) os agentes públicos fundamentais são eleitos e renovados periodicamente pelo povo e respondem pelo cumprimento de seus deveres; c) o poder político é exercido, em parte diretamente pelo povo, em parte por órgãos estatais independentes e harmônicos, que controlam uns aos outros; d) a lei produzida pelo Legislativo é necessariamente observada pelos demais poderes; e) os cidadãos, sendo titulares de direitos, inclusive políticos, podem opô-los ao próprio Estado. Em termos sintéticos, o Estado Democrático de Direito é a soma e o entrelaçamento de: constitucionalismo, república, participação popular direta, separação de poderes, legalidade e direitos (individuais e políticos).”

uma função que não é inerente da concepção de Estado Social. Seguindo a linha de raciocínio, Maliska (2001, p.53) explica que um Estado Social Democrático de Direito poderia definir-se não pela atuação direta, ou não, na economia, mas sim pelo comprometimento Constitucional com os direitos sociais, pela definição das atribuições do Estado, ainda no tocante à prestação direta dos serviços públicos, quando tais serviços sejam de prestação gratuita e universal, como são saúde, educação e assistência social.

O Estado de Direito e os direitos fundamentais estabelecem uma relação recíproca, pois o Estado de Direito, como a própria nomenclatura já diz, necessita da dependência, funcionalidade e garantia dos direitos fundamentais para ser este Estado de Direito, de tal sorte que os direitos fundamentais como consequência, requerem para sua efetivação, a positivação e normatização, bem como as garantias por parte do Estado de Direito. Com este entendimento, é inequívoco o esclarecimento de Sarlet (1998, p. 61), baseado na lição de Schneider, aduzindo que os direitos fundamentais passam a ser considerados, para além de sua função originária de instrumentos de defesa da liberdade individual, elementos da ordem jurídica objetiva, integrando um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo ordenamento jurídico.

Apesar da ausência de norma expressa no direito constitucional pátrio qualificando a nossa República como um Estado Social e Democrático de Direito (art. 1º, caput, refere-se apenas os termos democrático e Direito), não restam dúvidas – e nisso parece existir um amplo consenso na doutrina – de que nem por isso o princípio fundamental do Estado Social deixou de encontrar guarida em nossa Constituição (SARLET, 1998, p. 61).

Os direitos fundamentais, além de condicionantes formais de validade da ordem jurídica, em decorrência da posição hierárquica superior em que se encontram, também assumem posição de condicionantes materiais, ou seja, passaram a vincular a ordem jurídica sob o prisma do conteúdo de tais direitos, integrando, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado Constitucional, se inserindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material.

Oportuno ainda esclarecer que os direitos fundamentais, por seu teor e significado dentro da Ordem Constitucional, preconizam a possibilidade de um sistema aberto. Nessa diretriz, Pereira de Farias ressalta os direitos fundamentais dentro do ordenamento constitucional “tem o sentido de uma ‘cláusula aberta’, de forma a respaldar o surgimento de ‘direitos novos’ ‘não expressos na Constituição de 1988 mas nela implícitos’”, sejam em decorrência do regime e princípios por ela adotados, ou em virtude de tratados internacionais

em que o Brasil seja parte, reforçando, assim, o sentido do disposto no art. 5º, § 2º da Carta Magna de 1988.⁴

Sarlet (1998, p. 74) advoga o entendimento que é inviável a sustentação no direito Constitucional pátrio, de uma concepção de que os direitos fundamentais formam um sistema fechado no âmbito da Constituição. Segundo ainda aquele Autor, “se reconhecendo a existência de um sistema dos direitos fundamentais, este necessariamente será, não propriamente um sistema lógico-dedutivo (autônomo e auto-suficiente), mas, sim, um sistema aberto e flexível, receptivo a novos conteúdos e desenvolvimentos”.

4 A APLICABILIDADE IMEDIATA E A EFICÁCIA PLENA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Todo dispositivo da Constituição Federal, especialmente aqueles referentes aos direitos fundamentais, são possuidores de determinado grau de eficácia e aplicabilidade, devido a normatização imposta pelo Poder Constituinte. O principal dispositivo que dá guarida a esta preleção acerca dos direitos fundamentais, é o § 1º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que dispõe: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL, 1988). É a partir deste artigo que se vislumbra a aplicabilidade das normas constitucionais de direitos fundamentais e sua garantia frente aos atos da Administração (HUMENHUK, 2004).

As normas constitucionais assumem diversas formulações conforme a função que exercem dentro do campo de ação da Constituição. Assim, externam-se de acordo com as distintas formas de positivação. Contudo, sem adentrar profundamente nas variadas e diversas classificações das normas constitucionais⁵ que permeiam os direitos fundamentais, oportuno para o presente estudo designar apenas as suas generalidades.

Devido à variedade considerável de direitos fundamentais outorgados na nossa Lei Maior de 1988, as normas constitucionais estão em diversas disposições, diferentes entre si no que tange a técnica de sua positivação no conteúdo da Constituição. Segundo Sarlet (1998, p.

⁴ Este é a interpretação dada por Maliska (2001) acerca da lição de Pereira de Farias na sua obra *Colisão de Direitos*. No direito comparado, podemos destacar o entendimento equivalente de VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. In: *O Direito à Educação e a Constituição*, 1987, p. 69.

⁵ Para um estudo aprofundado acerca das diferentes classificações, no tocante às técnicas de positivação das normas constitucionais, podem ser consultadas na doutrina, dentre outras, as classificações de: SILVA, Jose Afonso da. *Aplicabilidade das Normas constitucionais*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998; BASTOS, Celso Ribeiro e BRITTO, Carlos Ayres. *Interpretação e aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982; DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus Efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1989.; BARROSO, Luiz Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

233), fica notório que “a carga eficaz será diversa em se tratando de direito fundamental proclamado em normas de natureza eminentemente programática (ou – se preferirmos – de cunho impositivo), ou sob forma de positivação que permita, desde logo, o reconhecimento de direito subjetivo ao particular titular do direito fundamental.”

A título de elucidação Eros Grau (1988, p. 130) explica que as normas programáticas são aquelas que “ao invés de se definirem em fins concretos a serem alcançados, contém princípios e programas (tanto de conduta, quanto de organização), bem como, princípios relativos a fins a cumprir, existem apenas na esfera constitucional”.

Em princípio, os nomeados direitos de defesa delineiam um direito subjetivo individual, posto que, se colocam naquelas situações em que a norma constitucional outorga ao particular uma posição ativa subjetiva, ou seja, um poder jurídico, haja vista que, seu uso imediato independe de qualquer prestação alheia ou da Administração Pública (BARROSO, 1996, p. 106). Alexy (1997, p. 96) escreve que os direitos de defesa, na sua dimensão jurídica subjetiva como direitos fundamentais, são agrupados em três categorias a saber: i) direitos ao não impedimento de ações por parte do titular do direito; ii) direitos à não afetação de propriedades e situações jurídicas do titular de direito; iii) direitos à não eliminação de posições jurídicas. Em se tratando de direitos fundamentais de defesa, a presunção em favor da aplicabilidade imediata e a máxima da maior eficácia possível devem prevalecer, não apenas autorizando, mas impondo à Administração Pública e, por conseguinte, aos juízes e tribunais, que apliquem as respectivas normas aos casos concretos, viabilizando, de tal sorte, o pleno exercício desses direitos (inclusive como direitos subjetivos), outorgando-lhes, portanto, sua plenitude eficaz e, conseqüentemente, sua efetividade (SARLET, 1998, p. 254).

Contudo, o mesmo não acontece com os nomeados direitos a prestações, uma vez que, estes direitos de cunho prestacional, muitos deles positivados a partir de normas programáticas, necessitam, em princípio de interposição do legislador para atuação e execução por parte da Administração Pública, para que sejam permeados de aplicabilidade e eficácia plena. Deve-se analisar a abrangência da norma disposta no art. 5º, § 1º da Constituição Federal. Pois esta é resultado de diferentes influências, expelidas por outras Constituições sobre o Constituinte pátrio. Estas influências foram exercidas principalmente pelo art. 18/1 da Constituição Portuguesa e o art. 1º, inciso III, da Lei Fundamental da Alemanha.⁶ Ao analisar o alcance e o

⁶ Escreve Sarlet, que estas influências, exercidas sobre o nosso constituinte, para designar o art. 5º, § 1º da Constituição Federal, tanto na doutrina nacional quanto no direito comparado (inobstante de formas menos acentuada), ainda não pressupõe um patamar de consenso no que tange ao significado e efetivo alcance do referido artigo citado acima. Assim, este passou a configurar o teor de temas controversos na seara do Direito constitucional. In: *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 235. Neste sentido, PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito constitucional Internacional*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 63.

significado da norma do art. 5º, § 1º da Lei Maior de 1988, Maliska (2001, p. 106) assevera que:

Quanto à questão de que o dispositivo estaria reduzido às normas do art. 5º, tal entendimento pode ser afastado pela simples interpretação literal da norma, que refere a ‘direitos e garantias fundamentais’. Desta forma, a localização tópica da norma, não serve como critério para justificar tal entendimento restritivo. Uma interpretação sistemática e teleológica conduzirá aos mesmos resultados, uma vez que utilizar a expressão ‘direitos e garantias fundamentais’, o constituinte buscou atingir a totalidade das normas do Título II, o que inclui também os direitos políticos, de nacionalidade e os direitos sociais e não apenas os direitos e garantias individuais e coletivos.

Todavia, entramos numa divergência que não quer cessar no seio da doutrina jurídico-constitucional brasileira; a saber: o alcance da expressão: aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais. A norma em evidência não pode atentar contra a natureza das coisas, a tal ponto que relativa parte dos direitos fundamentais alcançaria sua eficácia nos termos e na medida da lei (SARLET, 1998, p. 236). No entanto, Grau (1988, p. 303) salienta que:

Aplicar o direito é torná-lo efetivo. Dizer que um direito é imediatamente aplicável é afirmar que o preceito no qual é inscrito é autossuficiente, que tal preceito não reclama – porque dele independe – qualquer ato legislativo ou administrativo que anteceda a decisão na qual se consume a sua efetividade (...). Preceito imediatamente aplicável vincula, em última instância, o Poder Judiciário. Negada pela Administração Pública, pelo Legislativo ou pelos particulares a sua aplicação, cumpre ao Judiciário decidir pela imposição de sua pronta efetivação.

Seguindo ainda a essa linha de pensamento, o Poder Judiciário tem a função garantir e reproduzir o direito, além de produzir, baseado nos princípios jurídicos. Diante disto, esta produção do direito, não quer dizer que o Judiciário assumira a função Legislativa, todavia, tem por objetivo assegurar a pronta garantia e execução do direito, fundamentado na *Lex Suprema*. Tal designação não viola o princípio da Separação dos Poderes porque, segundo o autor, o Legislativo tem o monopólio do exercício da função legislativa e não da função normativa (GRAU, 1988, p. 303).

Isto posto, a referida norma do § 1º do art. 5º da Constituição Federal é dotada de vigência e eficácia jurídica.⁷ Esta norma assevera a aplicabilidade imediata dos direitos

⁷ Segundo Eros Roberto Grau, baseado nas obras de Antoine Jeammaud e Oscar Correias, define a eficácia jurídica como “quando realizada a conformidade de uma situação jurídica concreta ao modelo que constitui a norma (reconhecimento efetivo, a determinado sujeito, de que beneficia, segundo a lei, por um direito, visto que cumpridos os requisitos prévios para tanto, nela estabelecidos); ou (...) quando tiver sido produzida a norma individual que interpreta ou atualiza a norma aplicada.” In: *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 319.

fundamentais, exprimindo uma função vinculante, norteadora e referencial das atividades administrativas, tanto pelos seus agentes, quanto pelos seus órgãos estatais, estando, estes, obrigados formal e materialmente, haja vista a indisponibilidade dos Poderes Públicos em relação a estes direitos.

Os direitos fundamentais prestacionais, devido a maior responsabilidade do Estado no ordenamento jurídico, tem sua exegese externada de forma diversa dos direitos fundamentais de defesa, no que tange a sua aplicabilidade e posterior efetivação. Conforme a lição de Canotilho (1994, p. 365):

A força dirigente e determinante dos direitos a prestações (econômicos, sociais e culturais) inverte, desde logo, o objeto clássico da pretensão jurídica fundada num direito subjetivo: de uma pretensão de omissão dos poderes públicos (direito a exigir que o Estado se abstenha de intervir nos direitos, liberdades e garantias) transita-se para uma proibição de omissão (direito a exigir que o Estado intervenha activamente no sentido de assegurar prestações aos cidadãos).

Ainda segundo o constitucionalista lusitano, na seara dos direitos fundamentais a prestações, a Constituição dirigente se consubstancia a um máximo de “<desejabilidade constitucional>” de direitos prestacionais sociais, que passa a relacionar-se genericamente, com uma interposição do legislador necessária, derivada da subordinação de uma efetividade constitucional para sua consecução (CANOTILHO, 1994, p. 365). Esta *interposito* do legislador, visa a ser uma forma de assegurar que os direitos prestacionais tenham a referida aplicabilidade imediata e a sua carga eficaz seja a máxima possível, vinculando a atividade da Administração Pública, conforme a vontade do constituinte.

Os direitos fundamentais de cunho prestacional passam a ter certa peculiaridade devido ao seu grau de aplicabilidade imediata e eficácia plena alcançável. De acordo com Clève (2000, p. 320-321), as normas constitucionais que possuem uma eficácia jurídica de vinculação, e estas, quando assumem uma dimensão positiva, “condicionam o legislador, reclamando a concretização (realização) de suas imposições; se nem sempre podem autorizar a substituição do legislador pelo juiz, podem, por vezes, autorizar o desencadear de medidas jurídicas ou políticas voltadas para a cobrança do implemento, pelo legislador.”

O art. 5º, § 1º da Constituição Federal, revela em sua normatividade, uma imposição aos Poderes Públicos de alicerçar a eficácia máxima e imediata factível aos direitos fundamentais. Segundo Piovesan (1997, p. 64), “este princípio intenta assegurar a força dirigente e vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental”. Sarlet (1998) exprime a

mesma compreensão, designando a norma do § 1º do art. 5º uma “espécie de mandado de otimização (maximização)”.

Assim, o Poder Judiciário, em última instância, é atingido pelos institutos processuais, que obrigam a fornecer tal efetividade aos direitos de cunho fundamental, haja vista que estes tem vinculação imediata com tais direitos.⁸

5 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO UM SISTEMA ABERTO E FLEXÍVEL

Os direitos fundamentais, por seu patamar de inserção e posição de destaque nas cartas constitucionais hodiernas, preconizam a possibilidade de um sistema aberto. Nesse óbice, surge a problemática de que maneira este sistema se insere nos textos constitucionais vigentes e como externar-se-á a sua interpretação e concepção dos direitos de cunho fundamental. Adentra-se, pois, no campo filosófico e na hermenêutica contemporânea de métodos de interpretação no campo constitucional, demonstrando o contraste existente o método tópico e o método sistemático, bem como o grau de equilíbrio entre as duas formas de pensar e a sua interação com a ideia de um sistema aberto⁹.

O método tópico surgiu com um intuito renovador da hermenêutica atual no campo jurídico, e o responsável por este caminho cognitivo se deve a Theodor Viehweg,¹⁰ que com sua obra gerou polêmicas reflexões na esfera do Direito, o Estado e a Constituição. A exaustão posterior do positivismo racionalista, em consonância com a incredulidade generalizada em suas soluções, “fez inevitável a ressurreição da tópica como método” (BONAVIDES, 1998, p. 447-448).

Quando se fala em um sistema aberto a regras e princípios para a Constituição, “é um sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica, (Caliess) traduzida na disponibilidade e ‘capacidade de aprendizagem’ das normas constitucionais para captarem a mudança de realidade e estarem abertas a concepções cambiantes da verdade e da justiça” (MALISKA, 1998). Deve-se refletir o texto constitucional como verdadeira e constante busca a partir da ideia de que não está pronto e acabado, mas em vias de ser construído, de modo que a interação

⁸ Esta é a interpretação do Maliska (2001, p. 114), acerca do entendimento de Eros Roberto Grau em consonância com a lição de Clève sobre a imediata vinculação dos direitos fundamentais aos institutos do Mandado de Injunção e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

⁹ É o ensinamento de Maliska em trabalho sobre a influência da tópica na interpretação constitucional, ao qual o referido autor após discorrer sobre a tópica Aristotélica, os pensamentos de Descartes e Vico, analisa a obra de Viehweg com as críticas de Canaris, abordando a tópica e a ideia de um sistema aberto na interpretação constitucional contemporânea (MALISKA, 1998).

¹⁰Theodor Viehweg (1979, p. 167) caracterizou a tópica como uma “técnica de pensar o problema”, ou seja, aquela “técnica mental que se orienta para o problema.”.

do texto com a realidade possa ser efetiva de modo a garantir a sua supremacia e sua força normativa.

A operação de ligamento entre a realidade, ou seja, os conflitos e os problemas, com a norma, acabam por designar a tópica, que funciona como uma maneira de solucionar o caso, consubstanciando o escopo da interação entre o sistema e a regulação do caso. Se o pensamento sistêmico constitui-se um pensamento ‘lógico-dedutivo’, a tópica vem a ser o contraste na terminologia usada por Schneider, que idealiza a distinção entre elementos ‘cognitivos e volitivos’ do conhecimento jurídico (MALISKA, 1998). “O volitivo é um instrumento do método tópico e o cognitivo um dado característico da inquirição dedutiva, lógica e sistemática” (SCHNEIDER *apud* BONAVIDES, 1998, p. 448).

Definindo o sistema jurídico como “ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos gerais”, Canaris (1989, p. 281) prescreve que o sistema não é fechado, mas antes aberto, e vale tanto para o sistema científico (sistema de proposições doutrinárias) quanto para o sistema objetivo (sistema da ordem jurídica). Aprofundando o pensamento de Canaris (1989, p. 281), abertura do sistema jurídico não contradita a aplicabilidade do pensamento sistemático na ciência do Direito. “Ela partilha a abertura do <sistema científico> com todas as outras ciências, pois enquanto no domínio respectivo ainda for possível um processo no conhecimento, e, portanto, o trabalho científico fizer sentido, nenhum desses sistemas pode ser mais do que um projecto transitório”. Continua ainda o autor (1989, p. 281) que a “abertura do <sistema objectivo> é, pelo contrário, possivelmente, uma especialidade da Ciência do Direito, pois ela resulta logo do seu objecto, designadamente, da essência do direito como fenómeno situado no processo da história e, por isso, mutável”.

Apesar de Canaris, preocupado com a metodologia do Direito, externar suas críticas a Viehweg sobre um sistema tópico, este tem por base sua inclinação a uma visão sistemática da ciência jurídica. Nem por isso, Canaris abandona de todo, a tópica como método. Proclama-lhe um papel secundário de utilidade, como um instrumento auxiliar na possibilidade do uso da tópica em determinados casos de lacuna da lei, ao qual, o preenchimento se torne quase insustentável pela ausência plena de valorações no direito positivo, bem como nas situações de expiações legislativas para o senso comum (*common sense*) e em casos de equidade (BONAVIDES, 1998, p. 451).

Contudo, se considerar o sistema jurídico como um sistema aberto e normativo de regras e princípios, dever-se-á prestigiar a Tópica numa posição de destaque, especialmente na hermenêutica Constitucional pela função democrática e também quando as normas são de conteúdo aberto e sua interpretação é vasta. Nesse sentido, a Constituição se mostra o

instrumento ideal para interação com o método tópico em face constituir dinâmica estrutural aberta. Ainda mais se considerar seus valores pluralistas. Bonavides (1998, p. 452) escreve que dificilmente uma carta constitucional preenche aquela função de ordem e unidade, que faz possível o sistema se revelar compatível com o dedutismo metodológico.

A essência da tópica como a construção de um método, vem a ser ‘pensar o problema’. A tópica não vai na contramão da lógica, é um novo estilo de argumentação. Pois com a tópica, segundo Bonavides (1998, p. 452) “a norma e o sistema perdem o primado. Tornam-se meros pontos de vista ou simples *topoi*, cedendo lugar à hegemonia do problema, eixo fundamental da operação interpretativa.” Definindo as principais características da ideia de sistema, ou seja, unidade (vários pontos de referências centrais) e ordem (uma conexão sem hiatos, com a compatibilidade lógica de todos os enunciados), não afastam e, até mesmo, não são incompatíveis com o pensamento tópico. Isso porque, como sistema aberto, suas normas necessitam interagir com a realidade, de maneira que, por si só, não abarquem todas as possibilidades fáticas¹¹.

Outra posição que merece ser destacada, é no sentido de que quando se fala na interação e uniformidade dos métodos tópico e sistemático, é mister que se faça referência aos limites da tópica em relação ao sistema normativo. É neste sentido que são inculcadas as principais críticas ao método tópico. Escreve Maliska (1998) que essas críticas dirigem-se ao fato de que a tópica colocaria a “lei com um *topos* qualquer, de modo que as discussões ultrapassariam os limites legais (...) a tópica aplicada a interpretação jurídica e, em especial, à interpretação constitucional, nas discussões dos pontos de vista, devem ter a norma como principal condição de argumentação”. Seria, assim, a norma, em último caso, o limite da tópica¹².

A Constituição, consubstanciada por um sistema aberto, condiciona uma interpretação também aberta, designando desta forma várias considerações e pontos de vista para colaborar com a solução ao caso concreto. E a metodologia tópica, participa deste processo, fazendo com que a Constituição perca até certo ponto, seu caráter reverencial que o formalismo clássico lhe conferira. Bonavides (1998, p. 453) explica que “a tópica abre tantas janelas para a realidade

¹¹ Maliska (1998) ressalta para a possibilidade de que a “solução do problema necessita tanto de um sistema que de sustentabilidade por demonstração da decisão, ou seja, que acabe por demonstrar àquele que ficou em pior situação de que a decisão teria de ser esta porque o sistema assim definiu, como ao mesmo tempo, para que a decisão ofertada pelo sistema se mantenha legítima em todos seus fundamentos, seja confrontada com os vários pontos de vista e com os *topos* de argumentação, de maneira a possibilitar conteúdo substancial a decisão”.

¹² Neste sentido, escreve Zippelius, que os limites da tópica se encontram já na sua função instrumental. Ela é uma técnica que simplesmente ajuda a descobrir conhecimentos e interrogações que podem em cada caso desempenhar determinado papel, sem contudo por si mesma – como simples técnica de debate – oferecer sozinha o suficiente fundamento da solução (BONAVIDES, 1998, p. 449).

circunjacente que o aspecto material da Constituição, tornando-se, quer queira quer não, o elemento predominante, tende a absorver por inteiro o aspecto formal”.

Buscando a interação dos pensamentos tópico e sistemático, chega-se a conclusão de que esta junção de métodos designa os direitos fundamentais como principal instrumento desta exegese. Nos dizeres de Hesse (1998, p. 244) “os direitos fundamentais, ainda que reunidos em um catálogo, constituem garantias pontuais, de maneira que não estão reduzidos a um sistema fechado, taxativo”. Assim, a tópica, proveniente da reação ao positivismo jurídico clássico, representa o cerne da hermenêutica contemporânea, conferindo também um grau de extrema relevância e essencialidade na interpretação constitucional, especialmente nos direitos fundamentais como sistema aberto. Portanto, os direitos fundamentais encontram na tópica e na ideia de sistema aberto, a possibilidade de uma adequada concretização de seus preceitos. Vincula-se, pois, à noção de sistema aberto envolto em outra discussão, a fundamentalidade de tais direitos na dignidade da pessoa humana¹³.

O princípio da dignidade humana possui o sentido de uma cláusula aberta, de forma a respaldar o surgimento de direitos novos não expressos nos textos constitucionais, mas nele implícitos, sejam em decorrência do regime e princípios por ela adotados¹⁴. Deste modo, conclui-se que não há incompatibilidade entre a concepção dos direitos fundamentais como um sistema aberto e flexível e a sua fundamentalidade no princípio da dignidade humana, ainda que tal entendimento possa criar embaraços à adequada compreensão da abertura do catálogo dos direitos fundamentais previstos nos textos constitucionais. Sarlet (1998, p. 74) advoga o entendimento que é inviável a sustentação no direito Constitucional pátrio, de uma concepção de que os direitos fundamentais formam um sistema fechado no âmbito da Constituição. “Se reconhecendo a existência de um sistema dos direitos fundamentais, este necessariamente será, não propriamente um sistema lógico-dedutivo (autônomo e auto-suficiente), mas, sim, um sistema aberto e flexível, receptivo a novos conteúdos e desenvolvimentos” (SARLET, 1998, p. 75).

¹³A título de discussão periférica, mas não menos importante, ao descrever sobre os sistemas de direitos fundamentais e sua interligação com a dignidade humana e o direito geral de liberdade, Alexy (2008, p. 374 e ss.) critica o sistema de valores e pretensões (1º a dignidade humana, 2º o direito geral de liberdade como principal direito de liberdade e o direito geral de igualdade como principal direito de igualdade, por fim o 3º que é o direito de liberdade e igualdade específicos), dizendo que ele não pode ser fechado pois existem direitos a prestações fáticas que não foram contemplados. Assim, em um sistema dedutivo é obrigatório que a dignidade humana seja respeitada e protegida.

¹⁴ Este é a interpretação dada por Maliska (2001, p. 69) acerca da lição de Pereira de Farias na sua obra *Colisão de Direitos*. No direito comparado, podemos destacar o entendimento equivalente de VIEIRA DE ANDRADE, J. C. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*.

Para Honneth (2003, p. 192), a forma como as constantes ampliações dos direitos fundamentais vem acontecendo, reforçam a ideia de que “todo enriquecimento das atribuições jurídicas dos indivíduos pode ser entendido como um passo além no cumprimento da concepção moral segundo a qual todos os membros da sociedade devem poder ter assentido por discernimento racional à ordem jurídica estabelecida”. A ampliação dos direitos fundamentais, a partir da institucionalização dos direitos civis e a evolução da geração desses direitos, na visão de Honneth (2003), representa que o indivíduo não precisa apenas de proteção jurídica contra intervenções na sua esfera de liberdade, mas também o direito assegurado de participação no processo público de formação da vontade, da qual ele usufrui a partir da dignidade da pessoa humana. Segundo Sarlet (2008, p. 36-37), a dignidade também possui como “qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade”.

Portanto, a ideia de um catálogo ou geração de direitos fundamentais consagrados no texto constitucional, seja de forma explícita ou implícita, acaba por desencadear um sistema aberto e flexível, amparando o surgimento de novos direitos fundamentais, que por sua vez interligam-se e dialogam diretamente com as demais gerações de direitos fundamentais, não havendo, pois, a necessidade de expansão meramente teórica de novas gerações de direitos, se a moderna hermenêutica constitucional assim conferir a efetividade desejada.

6 A PERSPECTIVA OBJETIVA E SUBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A exegese dos direitos fundamentais sobre uma perspectiva objetiva e outra subjetiva, revela no âmbito da dogmática constitucional, uma moderna temática acerca do assunto. Esta temática pode ser apreciada a partir do momento que se busca compreender os direitos fundamentais como direitos subjetivos individuais, bem como elementos objetivos fundamentais na esfera de uma comunidade.

Não se presume aqui partir do corolário de que alguns direitos fundamentais são objetivos e outros são subjetivos, é mister designar que um mesmo direito pode assumir um panorama subjetivo e objetivo. Acerca do direito de liberdade de expressão, “que pode assumir um caráter subjetivo quando estiver em causa a importância desta norma para o indivíduo, para o desenvolvimento da sua personalidade, para os seus interesses e ideias”, entretanto podendo “também assumir uma perspectiva objetiva, pode assumir uma ‘função objetiva’, no sentido de uma ‘valor geral’, uma dimensão objetiva para a vida comunitária (liberdade institucional) (MALISKA, 2001, p. 100)”

Segundo Canotilho (1999, p. 1.178), uma base subjetiva se contempla quando se refere à importância ou “à relevância da norma consagradora de um direito fundamental para o indivíduo, para os seus interesses, para a sua situação de vida, para sua liberdade.”¹⁵ Contudo, quando se pensa no seio da coletividade, do interesse público, trata-se de uma fundamentação objetiva de norma consagradora da vivência comunitária.

De outra banda, a perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais significa que as normas que “preveem direitos subjetivos é outorgada função autónoma, que transcende esta perspectiva subjetiva, e que, além disso, desemboca no reconhecimento de conteúdos normativos e portanto, de funções distintas aos direitos fundamentais” (SARLET, 1998, p. 143).¹⁶ Para delinear-se a eficácia dos direitos subjetivos, dever-se-á externar uma norma de direito objetivo que a de força para esta requerida eficácia. Isto posto, pode-se dizer que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais (voltado à comunidade, a coletividade) não é considerada como o lado avesso de uma vestimenta dos direitos subjetivos (inerentes ao indivíduo), ambas possuem perspectivas diversas.

Partindo do pressuposto de que os direitos subjetivos individuais estão vinculados, de certa maneira, à aprovação pela comunidade que está inserido, não podendo ser dissociado, há que se ter em mente neste paradigma, uma espécie de responsabilidade coletiva por parte dos indivíduos, delineando o entrelace das dimensões objetiva e subjetiva, no que tange à função axiológica da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais. Esta perspectiva que legitima algumas restrições aos direitos subjetivos individuais com base no interesse público, mas que por outro lado expõe certas limitações do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais, ainda que deva sempre ficar preservado o núcleo essencial destes (MALISKA, 2001, p. 100-101).

Já no que concerne ao direitos sociais, a divisão do tema em dois planos, proposta por Canotilho (1994, p. 367-368):

No plano subjetivo: os direitos sociais (...) consideram-se inseridos no espaço existencial do cidadão, independentemente da possibilidade da sua exequibilidade imediata;

No plano objetivo: (1) em muitos casos, as normas consagradoras dos direitos fundamentais estabelecem imposições legiferantes, no sentido de o legislador actuar positivamente, criando as condições materiais e institucionais para o exercício destes direitos; (2) algumas das imposições constitucionais traduzem-se na vinculação do legislador a fornecer prestações aos cidadãos.

¹⁵ O autor lusitano (1999, p. 1.178) também expressa o seguinte exemplo: “quando se consagra o art. 37º / 1 da Constituição da República Portuguesa o < direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio>, verificar-se-á um fundamento *subjetivo* ou *individual* se estiver em causa a importância desta norma para o indivíduo”.

¹⁶ Também é o entendimento no direito alienígena de VIEIRA de ANDRADE (1987, p. 143).

Não se deve confundir direito subjetivo social, imposições legiferantes e prestações. “O reconhecimento, por exemplo, do direito à saúde, é diferente da imposição Constitucional que exige a criação do Serviço Nacional de Saúde, destinado a fornecer prestações imanentes àquele direito” (CANOTILHO, 1994, p. 368). A prestação é um objeto da pretensão dos cidadãos (aspecto subjetivo) e do dever do Estado, que é imposto ao legislador mediante as imposições constitucionais (aspecto objetivo). Com isso, se a “prestação não pode ser judicialmente exigida, não se enquadrando, pois, no modelo clássico de direito subjetivo, a doutrina tende a salientar apenas o dever objetivo da prestação pelos entes públicos e a minimizar o seu conteúdo objetivo. Entretanto, convém salientar que “o direito à prestação não corresponde rigorosamente, ao dever de prestação do Estado, contido na imposição legiferante: a âmbito normativo daquele direito pode ser mais amplo ou mais restrito que o deste dever (MALISKA, 2001, p. 102).

Os direitos sociais, na condição de preceitos de direitos subjetivos, incorporam determinados valores e decisões essenciais que caracterizam a sua fundamentalidade, podendo servir na sua qualidade de normas de direito objetivo, e independentemente de sua perspectiva subjetiva, servem como noção para o controle de determinados atos normativos estatais (VIEIRA DE ANDRADE, 1987, p. 161).

7 A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais, notórios pela sua vinculação ao Estado, incluindo neste aspecto a sua aplicabilidade imediata, também exercem nas relações jurídico-privadas a chamada eficácia horizontal. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais é a eficácia em relação a terceiros, que segundo Canotilho (1999, p. 1.206), “deixam de ser apenas efeitos verticais perante o Estado para passarem a ser efeitos horizontais perante entidades privadas.” A origem histórica da aplicabilidade dos direitos fundamentais frente aos particulares remonta o julgamento do caso Lüth pela Corte Constitucional Alemã,¹⁷ na década de 50. A decisão

¹⁷ “Em 1950 o Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, Erich Lüth, levantou um boicote contra o filme *Unsterbliche Geliebte*, do diretor Veit Harlan, desenvolvido em pleno nazismo. Harlan obteve decisão favorável do Tribunal Estadual de Hamburgo, com base no § 826 do Código Civil Alemão (BGB), o qual determinou que Lüth parasse de conchamar o boicote contra o tal filme. Lüth então interpôs recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) perante a Corte Constitucional Alemã, sendo procedente tal recurso. A Corte proclamou em sua decisão que “as decisões de tribunais civis, com base em leis gerais de natureza privada, podem lesar o direito de livre manifestação de opinião consagrado no artigo 5,1, da Lei Fundamental”. Segundo a decisão, os tribunais ordinários estariam vinculados aos direitos fundamentais em face dos bens juridicamente tutelados pelas leis gerais, por meio de um juízo de ponderação. A Corte Alemã entendeu que o Tribunal Estadual de Hamburgo

proferida neste julgamento deixou como herança a possibilidade dos particulares assumirem o pólo passivo dos direitos fundamentais, além do Estado.

Escreve Sarmiento (2006, p. 323), que o Estado e o Direito assuem novas funções promocionais e se consolida o entendimento de que os direitos fundamentais não devem “limitar o seu raio de ação às relações políticas, entre governantes e governados, incidindo também em outros campos, como o mercado, as relações de trabalho e a família”.

No próprio Direito Lusitano, a Constituição Portuguesa versa em seu art. 18/1, as normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias e de direitos análogos na ordem jurídico-privada. Isto suscita uma exegese de como se concretiza esta eficácia horizontal, bem como, de que forma ela se exprime (Canotilho, 1999, p. 1.205). Escreve Maliska (2001, p. 119) um esclarecimento preliminar:

Em um primeiro momento, seria possível afirmar que, sendo a Constituição uma ordem da comunidade e não somente do Estado, bem como que os direitos fundamentais estão inseridos na comunidade e dela exigem respeito aos seus preceitos, a chamada eficácia horizontal não seria mais do que um desdobramento dos direitos fundamentais, pois estes não são apenas dirigidos ao Estado, mas também à comunidade como um todo.

Para eficácia horizontal dos direitos fundamentais, Canotilho (1999, p. 593) sugere a análise de duas teorias: teoria da eficácia direta ou imediata, em que “os direitos, liberdades e garantias e os direitos análogos aplicam-se obrigatória e diretamente no comércio jurídico entre as entidades privadas (individuais e coletivas)”;

teoria da eficácia indireta ou mediata, em que os direitos, liberdades e garantias teriam uma “eficácia indireta nas relações privadas, pois a sua vinculatividade exercer-se-ia *prima facie* sobre o legislador, que seria obrigado a conformar as referidas relações obedecendo aos princípios materiais positivados nas normas de direito, liberdades e garantias.”

A forma como se dá a vinculação da eficácia horizontal é o ponto mais controvertido perante a doutrina, designado aqueles que filiam-se na tese da vinculação mediata (indireta) e os que advogam uma eficácia imediata (direta). Diante desta divergência, é mister situar a análise de Sarlet (1998, p. 336) sobre as referidas correntes:

De acordo com a primeira corrente, que pode ser reconduzida às formulações paradigmáticas do publicista alemão Dürig, os direitos fundamentais – precipuamente direitos de defesa contra o Estado – apenas poderiam ser

teria desconsiderado o direito fundamental de livre manifestação de opinião, mesmo que em confronto com interesses privados.” In: Trecho do julgamento no STF do RE n. 201.819-8. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Diário de Justiça da União, Brasília, 27 out. 2006. (BRASIL, 2006).

aplicados no âmbito das relações entre particulares após um processo de transmutação, caracterizado pela aplicação, interpretação e integração das cláusulas gerais e conceitos indeterminados do direito privado à luz dos direitos fundamentais. Já para corrente oposta, liderada originariamente por Nipperdey e Leisner, uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais encontra respaldo no argumento de acordo com o qual, em virtude de os direitos fundamentais constituírem normas de valor válidas para toda a ordem jurídica (princípio da unidade da ordem jurídica) e da força normativa da Constituição, não se pode aceitar que o direito privado venha a formar uma espécie de gueto à margem da ordem constitucional.¹⁸

Não procura-se aqui esgotar o tema, adentrando nas divergências surgidas na doutrina *iusfundamental* no que tange ao mérito específico do assunto. Contudo, é oportuno descrever que há um entendimento equivalente e igualitário sobre que os direitos fundamentais e sua eficácia horizontal, ou seja, na esfera privada, quando do caso de desigualdades externadas por um maior ou menor poder social, “razão pela qual não se podem ser toleradas discriminações ou agressões à liberdade individual que atentem contra o conteúdo em dignidade da pessoa humana dos direitos fundamentais, zelando-se, de qualquer modo, pelo equilíbrio entre estes valores e os princípios da autonomia privada e da liberdade negocial e geral” (SARLET, 1998, p. 336)

Nas relações jurídicas entre os sujeitos privados, o efeito imediato em relação a terceiros, Alexy (1997, p. 520) escreve:

Por efeito imediato em terceiro não se pode entender que os direitos frente ao Estado, sejam ao mesmo tempo, sejam direitos do cidadão frente a outros cidadãos, nem se pode alegar um efeito imediato em terceiro mudando simplesmente, o destinatário dos direitos frente ao Estado, uma vez que nas relações cidadão/cidadão, em razão de ambos serem titulares de direitos fundamentais, existe uma força de efeito diferente da que existe na relação Estado/cidadão.

Dentro dos parâmetros dos direitos fundamentais nas relações privadas, poder-se-á dizer que existem entre os cidadãos, direitos e não direitos e liberdades e não liberdades, delineando que, independente de qual forma ou teoria, seja imediata ou mediata se dá a vinculação de terceiros em relação aos direitos *iusfundamentais*, chega-se a conclusão de que o direito privado e as normas constitucionais não devem ser distantes, mas sim um processo contínuo para que quando aplicar-se-á uma norma de direito privado, também aplicar-se-á uma

¹⁸ Neste sentido VIEIRA DE ANDRADE (1987, p. p. 276-278).

norma constitucional. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais deve estar consubstanciada na convergência com o direito privado e vice-versa (SARLET, 1998, p. 337).

Pois, um eventual conflito de uma norma de direito fundamental e um princípio de autonomia privada delinea uma interpretação tópica, mediante determinadas análises de casos concretos, de tal sorte que ao ser tratada de forma equânime às situações de uma pressuposta colisão de direitos fundamentais de vários titulares, ou seja, busca-se uma solução do conflito de normas através da ponderação de valores em pauta, a fim de construir um equilíbrio e concordância prática de modo a não sacrificar ou anular por completo um dos direitos fundamentais, mantendo, outrossim, cada um dos direitos dentro do possível (CAUPERS, 1985, p. 170-171).

Destarte, é possível verificar que a eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada também podem ser suscitadas pela intervenção estatal através de uma legitimação dotada de princípios constitucionais. Maliska (2001, p. 131-132) cita três grandes núcleos de atividades privadas:

(i) Aquelas em que a autonomia privada pode ser exercida livremente (as partes estão em posição de igualdade), constituindo um núcleo inabalável, e em geral, vinculada ao direito civil, ainda que o conteúdo público nesta área seja crescente, haja vista institutos como o Código de Defesa do Consumidor, intervenções estatais contra o domínio de mercado e outros; (ii) as atividades particulares em que a ordem pública é reconhecida como são, por exemplo, o direito do trabalho e os campos de direito civil acima referidos. Nas áreas em que o Estado reconhece a desigualdade entre particulares e, em virtude dessa desigualdade, regula as relações contratuais, não há menor dúvida de que os direitos fundamentais sejam aplicáveis, o que se faz possível, até mesmo, em razão da intervenção do Estado; (iii) por fim, as atividades particulares exercidas por autorização do Estado, assim como as organizações hospitalares, os estabelecimentos bancários e as instituições de ensino, por exemplo.

As normas de direito privado não podem desencadear uma afronta ao conteúdo dos direitos fundamentais “impondo-se uma interpretação das normas privadas (infraconstitucionais) conforme os parâmetros axiológicos contidos nas normas de direitos fundamentais, o que habitualmente ocorre quando se trata de aplicar conceitos indeterminados e cláusulas gerais de direito privado” (SARLET, p. 339). Nesse ponto, Silva (2005, p. 87) escreve que as relações privadas possuem características específicas, havendo necessidade de se ponderar os direitos fundamentais com a autonomia da vontade em jogo, a fim de alcançar um denominador comum com base no princípio da proporcionalidade.

Pondera Steinmetz (2005, p. 216) que deve haver uma compatibilização entre os direitos fundamentais e a autonomia privada, aplicando-se o princípio da proporcionalidade. No caso de haver conflito entre direitos fundamentais e a autonomia privada, deve-se analisar se a restrição ao direito fundamental é “adequada, necessária e proporcional em sentido estrito”, a fim de otimizar uma maior ou menor proteção a esses direitos nas relações entre particulares (STEINMETZ, 2005, P. 216).

No Brasil a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a eficácia horizontal dos direitos fundamentais no julgamento do Recurso Extraordinário 201819/RJ, onde não foi acolhida as razões da União Brasileira de Compositores (UBC), que havia excluído do seu quadro um dos sócios sem a observância da ampla defesa e do devido processo legal, numa clara ofensa aos direitos fundamentais no âmbito privado:

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

estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88).

IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO (STF-RE 201819/RJ, rel. Min. ELLEN GRACIE, rel. p/ acórdão Min. GILMAR MENDES, j. 11/10/2005, 2ª T., DJ 27/10/2006, p. 64). CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput. I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput). II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846 (AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. - R.E. conhecido e provido (STF-RE 161243/DF, rel. Min. CARLOS VELLOSO, j. 29/10/1996, 2ª T., DJ 19-12-1997, p. 57). (BRASIL, 2006).

Houve destaque para a posição da doutrina alemã Hesse (1998), o qual explana que os direitos fundamentais alcançam os indivíduos de forma indireta, por meio de conceitos indeterminados e das cláusulas gerais do Direito Privado. Houve menção à posição da Corte Constitucional Alemã, que os direitos fundamentais não devem solucionar diretamente os conflitos de direito privado, mas sobretudo, “devendo a sua aplicação realizar-se mediante os meios colocados à disposição pelo próprio sistema jurídico” (BRASIL, 2006).

Assim, o que hoje tem prevalecido na jurisprudência¹⁹ e doutrina dominante é de que independente da teoria a ser aplicada, o que prevalece é a eficácia horizontal lastreada na

¹⁹ A título de exemplificação o STF analisou outros casos de eficácia horizontal de direitos fundamentais. No Recurso Extraordinário nº 161.274-3, foi interposto por um trabalhador brasileiro empregado de empresa estrangeira de aviação (Air France). Ao recorrente, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos funcionários, simplesmente por não ser de nacionalidade francesa. O STF entendeu que era caso de ofensa ao princípio da igualdade (CF, 1988, art. 5º, caput), pois qualquer discriminação que se baseie em atributo

ponderação de valores pela proporcionalidade nas disputas geradas entre particulares, que tenham por objeto direitos fundamentais, a fim de conferir-lhes a máxima eficácia possível.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Hodiernamente, os direitos fundamentais constituem-se na base e na essencialidade para qualquer noção de Constituição e de Estado Social e Democrático de Direito. Os direitos fundamentais representam o núcleo de uma sociedade justa, plural e assumem papel de destaque central no ordenamento jurídico.

E como as violações aos direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações Estado-cidadão, mas também entre particulares no âmbito do direito privado, necessário, portanto, a compreensão da vinculação horizontal dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, procurou-se demonstrar nessas linhas gerais sobre o tema, que os direitos fundamentais incidem diretamente na esfera privada. Tal preceito vincula os particulares à sua observância. Os direitos fundamentais não devem simplesmente limitar seus alcance às relações políticas ou relações entre Governo e cidadãos. Ao contrário, devem também incidir também de forma horizontal nas relações privadas.

Atualmente há um entendimento equivalente sobre os direitos fundamentais e sua eficácia horizontal, ou seja, na esfera privada, quando ocorrer situações de desigualdades externadas nas relações entre particulares. Não se podem ser toleradas discriminações ou agressões à liberdade individual que atentem contra o conteúdo dos direitos fundamentais, devendo haver um equilíbrio entre estes valores e os princípios da autonomia privada e da liberdade individual.

ou qualidade do indivíduo, como o sexo, a raça, ou a nacionalidade, é inconstitucional, pois a lei só pode conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso se houver traços e circunstâncias peculiarizadoras de uma categoria de indivíduos e se, além disso, houver adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada.

O Recurso Extraordinário foi conhecido e provido e concluiu que "*iguais foram tratados desigualmente, o que é ofensivo ao princípio isonômico que a Constituição consagra e que é inerente ao regime democrático e a república*". Outro caso é o Recurso Extraordinário no 158.215-4, do Rio Grande do Sul. Os recorrentes impetraram recurso contra a Cooperativa São Luiz Ltda. em virtude da exclusão deles do quadro de associados, sem que houvesse o devido processo legal e o direito de ampla defesa. O fundamento do recurso provido pelos Ministros foi o descumprimento do disposto no inc. LV, art. 5º, da Constituição Federal que prevê que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. O Supremo entendeu que para a exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância do devido processo legal, viabilizando o exercício amplo da defesa, além da observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa, que foi descumprido. E, no caso em questão os recorrentes haviam sido excluídos do quadro de associados da cooperativa em caráter punitivo sem a devida oportunidade de defesa.

Dentro dos parâmetros dos direitos fundamentais nas relações privadas, poder-se-á dizer que existem entre os cidadãos, direitos e não direitos e liberdades e não liberdades. E independente de qual forma ou teoria, seja imediata ou mediata se dá a vinculação de terceiros, chega-se a conclusão de que o direito privado e as normas constitucionais não devem ser divergentes, mas sim um contínuo processo de ponderação de valores ao aplicar uma norma de direito privado convergente com a norma constitucional de direito fundamental. É o que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal demonstrou no paradigma caso enfrentado no Recurso Extraordinário 201819/RJ ao alinhar-se à moderna doutrina jusfundamental. Tal posicionamento serve, destarte, para conferir a máxima eficácia possível dos direitos fundamentais também nas relações entre particulares.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luiz Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Ayres. *Interpretação e aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982,

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 201.819-8. Rel. Min. Ellen Gracie. Diário de Justiça da União, Brasília, 27 out. 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE n. 161.274-3/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, Diário da Justiça da União.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE n. 158.215-4/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, Diário da Justiça da União.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento Sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. Tradução portuguesa. Lisboa: Fundação Calouste Gubenkian, 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999.

DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus Efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1989.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Fabris, 1998.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. 1 .ed. São Paulo: Editora 34, 2003.

MALISKA, Marcos Augusto. *O Direito à Educação e a Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 2001.

MALISKA, Marcos Augusto. *A Influência da Tópica na Interpretação Constitucional*. Curitiba, 1998. Trabalho de conclusão da disciplina Filosofia do Direito – Mestrado, Universidade Federal do Paraná.

SARLET, Ingo. Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2 Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006

SILVA, Jose Afonso da. *Aplicabilidade das Normas constitucionais*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1998

_____ *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Virgílio Afonso Da. *A constitucionalização do direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Tradução portuguesa por Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Ministério as Justiça co-edição com EdUNB, 1979.

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