



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

ADILES PINTO QUEIROGA

A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

SOUSA - PB
2007

ADILES PINTO QUEIROGA

A JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E
CULTURAIS NO ESTADO BRASILEIRO

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof^a. Ma. Geórgia Graziela Aragão de Abrantes.

SOUSA - PB
2007

ADILES PINTO QUEIROGA

A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA
CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Centro de Ciências
Jurídicas e Sociais como pré-requisito
para obtenção do título de bacharel em
direito.

Aprovada em de de 2007.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof^a. Esp. Geórgia Graziela Aragão de Abrantes
ORIENTADOR (A)

EXAMINADOR 1

EXAMINADOR 2

Dedico este trabalho monográfico ao meu amado Deus que tem me concedido à graça de alcançar objetivos que nem eu mesma poderia imaginar e a minha família.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, força vital que permeia tudo quanto é vivo e dotados de sonhos.

Aos meus pais, Afonso Filho (in memoria) e Maria da Conceição por todo suporte humano, material e espiritual com que apostaram na realização de um grande objetivo.

Ao meu esposo Fernando Queiroga e meus filhos, Afonso Neto e Fernando Filho, companheiros e pacientes nos momentos precisos.

As minhas avós, Maria do Carmo e Leni Queiroga (in memoria) pelo incentivo e encorajamento para a realização desse sonho.

A minha irmã Alane Pinto e meu cunhado Bruno Fernandes que sempre me ajudaram e contribuíram de forma veemente para a realização desse trabalho.

Ao meu sogro e sogra, Olímpio Queiroga e Socorro Alves, pelo constante apoio e fé a mim depositados.

A toda a minha família que contribuí direta e indiretamente de alguma forma para este grande momento.

A mestra e orientadora Geórgia Graziela Aragão de Abrantes pela inestimável contribuição neste trabalho.

“O projeto democrático é incompleto quando se limita às relações públicas, entre governantes e governados. Para ampliar e radicalizar a democracia, é necessário estende-la para outras instancias em que o poder também se manifesta e carece igualmente de legitimação, como a família, as empresas, os sindicatos e as associações.”

(Daniel Sarmiento)

RESUMO

O tema direitos fundamentais encontra-se em constante enriquecimento principalmente no que se refere a sua extensão. A eficácia vertical dos direitos fundamentais é algo praticamente pacífico e consolidado na ordem jurídica. Outrossim, entre as novas discussões que desafiam a doutrina e a jurisprudência está à eficácia horizontal dos direitos fundamentais que passam a valer não apenas contra os atos violadores das liberdades praticadas pelo Estado, mas também contra aqueles que partem de outros membros da sociedade. Nestes termos, o trabalho propõe-se a discorrer acerca da forma e intensidade com que deve se dá a incidência dos direitos fundamentais nas relações estabelecidas entre os atores privados, analisando as dimensões dos direitos fundamentais, a força normativa da constituição, a perspectiva objetiva dos direitos humanos, as teorias que se dedicam a explicar essa eficácia, destacando aquela adotada na ordem brasileira e a necessidade de ponderação entre a proteção dos direitos fundamentais e autonomia privada. Objetiva-se realizar uma discussão acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, mostrando a necessidade da relativização da autonomia da vontade nos negócios privados já que, os vetores que suprimem tais direitos estão disseminados por toda sociedade. Interessa fazer uma alerta aos operadores do direito sobre a necessidade de implementar na prática a tutela dos direitos humanos também nas relações não estatais, pois embora pouco discutido, é crescente em nosso país o desrespeito a estes direitos pelos mais fortes na dinâmica do mercado livre.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Aplicabilidade. Relações privadas. Autonomia privada.

ABSTRACT

The theme fundamental rights is in constant enrichment mainly in what he/she refers his/her extension. The vertical effectiveness of the fundamental rights is something practically peaceful and consolidated in the juridical order. Likewise, among the new discussions that challenge the doctrine and the jurisprudence is to the horizontal effectiveness of the fundamental rights that you/they start to be worth not just against the actions violators of the freedoms practiced by the State, but also against those that leave of other members of the society. In these terms, the work intends to discourse concerning the form and intensity with that it owes if he/she gives the incidence of the fundamental rights in the established relationships among the private actors, analyzing the dimensions of the fundamental rights, the normative force of the constitution, the perspective aims at of the human rights, the theories that are devoted to explain that effectiveness, highlighting that adopted in the Brazilian order and the consideration need between the protection of the fundamental rights and deprived autonomy. It is aimed at to accomplish a discussion concerning the horizontal effectiveness of the fundamental rights, showing the need of the relativization of the autonomy of the will in the private businesses since, the vectors that suppress such rights are disseminated by every society. He/she interests to do an alert to the operators of the right about the need of implementing in practice the protection of the human rights also in the relationships no state, because although little discussed, it is growing in our country the disrespect the these rights for the more forts in the dynamics of the free market.

Word-key: Fundamental rights. Applicability. Deprived relationships. Deprived autonomy.

SUMÁRIO

RESUMO.....	06
ABSTRACT.....	07
INTRODUÇÃO.....	09
CAPÍTULO 1 EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA EVIDÊNCIA NA ESFERA PRIVADA.....	12
1.1 Conceito de direitos fundamentais.....	12
1.2 Histórico.....	15
1.3 Os direitos fundamentais de primeira dimensão e sua influência na esfera privada.....	17
1.4 Os direitos fundamentais de segunda dimensão e sua influência na esfera privada.....	18
1.5 Os direitos fundamentais de terceira dimensão e sua influência na esfera privada.....	21
CAPÍTULO 2 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E A TEORIA OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	24
2.1 Força normativa da Constituição.....	24
2.2 Dimensão objetiva dos direitos fundamentais.....	27
2.3 Eficácia irradiante dos direitos fundamentais e os deveres de proteção.....	32
CAPÍTULO 3 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: TEORIAS E PARÂMETROS PARA A PONDERAÇÃO DE INTERESSES.....	39
3.1 Negação da Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas e a Doutrina do State Action.....	40
3.2 A teoria da eficácia indireta ou medida dos direitos fundamentais na esfera privada.....	44
3.3 Teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais na esfera privada.....	47
3.4 Teoria dos deveres de proteção.....	50
3.5 A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no Brasil.....	52
3.6 Parâmetro para a ponderação de interesses.....	58
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	60
REFERÊNCIAS.....	63

INTRODUÇÃO

A questão da vinculação das pessoas e entidades privadas aos direitos fundamentais é complexa e rica em nuances. No contexto de uma sociedade globalizada e impregnada por desigualdades, essa discussão assume especial relevo. Tais direitos foram concebidos no constitucionalismo liberal, como limitação ao poder estatal, torna-se evidente que no mundo contemporâneo eles devam ampliar seu campo de incidência, haja vista que o poder e a opressão estão disseminados por toda parte e os direitos humanos devem atingir a mesma proporção pra proteger o homem em todos os quadrantes de sua vida.

Sob esta perspectiva, os direitos humanos deixam de ser vistos como deveres do Estado, na medida em que outros atores não-estatais são convocados à sua responsabilidade para a construção de uma sociedade justa calcada na dignidade da pessoa humana.

Essa discussão doutrinária teve início na Alemanha, na década de 50, sendo hoje debatida na doutrina e jurisprudência de países como, França, Espanha, Itália e etc. Embora a bibliografia sobre o tema em nosso país ainda seja escassa.

Fala-se em eficácia horizontal dos direitos fundamentais para destacar o fato de que tais direitos não regulam apenas as relações verticais de poder entre Estado e cidadão, mas incide, sobretudo naquelas mantidas entre pessoas e entidades não estatais que se encontram em posição de igualdade formal.

Hodiernamente, parece ser inquestionável a extensão dos direitos fundamentais à arena das relações jurídicos privadas, porém cumpre não incorrer no erro, de a pretexto de conceber a plena aplicação desses direitos no âmbito privado, acabar por asfixiar a autonomia individual o que reduziria a liberdade humana.

O estudo em exame tem por escopo analisar, à luz da ordem constitucional vigente, mas com o suporte do direito comparado, a forma e a intensidade da vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais, abordando a necessidade de levantar *standar*des no sistema constitucional para promover uma ponderação entre tais direitos e o princípio da autonomia privada.

O presente trabalho estará focado naquelas situações em que o pretense sujeito passivo do direito fundamental é o particular, uma entidade privada, proporcionando uma reflexão sobre as diversas teorias desenvolvidas sobre a eficácia desses direitos nas relações privadas, com o intuito especificamente de construir uma teoria para tal eficácia no direito brasileiro diante de um país tão injusto e desigual.

Para melhor compreensão do tema proposto, o estudo será dividido em três capítulos:

O primeiro capítulo terá por fim situar a discussão sobre a eficácia dos direitos fundamentais no campo privado dentro do contexto mais amplo das transformações do Estado e da sociedade ao longo da história, perpassando pela compreensão do conceito de direitos fundamentais e pelas dimensões em que se divide sua trajetória, relacionando-as com a controvérsia em torno da incidência desses direitos nas relações interprivadas.

No segundo capítulo tratar-se-á da importância do reconhecimento da força normativa da Constituição e da eficácia jurídica dos seus princípios, bem como, do fenômeno de constitucionalização do direito privado que deixa de ser o centro da ordem, sendo substituído pela Constituição para mostrar que com isso a pessoa humana foi elevada ao seu valor primordial, tutelando de modo mais intenso os valores existenciais em detrimento dos patrimoniais.

Será abordada também neste momento a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que se liga a idéia de Constituição como uma ordem de valores centrada na dignidade da pessoa humana, com suas conseqüências, em especial a teoria da eficácia irradiante dos direitos fundamentais e os deveres de proteção.

Por fim o terceiro capítulo relacionará as principais teorias sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e sua recepção no direito comparado. Discutirá a tese que nega esta eficácia mostrando sua incompatibilidade com o direito contemporâneo, e em seguida a teoria da eficácia horizontal direta ou imediata dos direitos fundamentais e a da eficácia indireta ou imediata entre outras, apontando suas conseqüência e impactos sobre a autonomia privada. Ainda será feito um esboço de uma teoria sobre a essa eficácia horizontal na ordem jurídica brasileira com o intuito de estabelecer parâmetros para vinculação dos particulares aos direitos humanos e, por isso será delineado alguns critérios para a ponderação entre tais direitos e a autonomia privada.

Métodos utilizados para a elaboração deste estudo: o histórico-evolutivo, direcionado na evolução dos direitos fundamentais, do estado e da sociedade; o método de estudo comparativo, utilizado com fito de traçar uma relação entre as teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais e por fim o método exegético-jurídico, para análise das proposições legais relativas ao tema. A metodologia utilizada consistiu no estudo bibliográfico (doutrina, legislação, e jurisprudência).

CAPÍTULO 1 EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA INCIDÊNCIA NA ESFERA PRIVADA

Os direitos fundamentais não consistem em abstrações distantes do mundo real, são na verdade, realidades históricas, fruto das grandes batalhas e lutas travadas em busca da concretização da dignidade da pessoa humana, pois não se tratam de uma aquisição, mas de uma construção do homem.

Os direitos fundamentais em suas várias acepções podem ser considerados como um conjunto de valores éticos universais que devem orientar a legislação dos Estados são direitos positivos que vinculam suas relações internas e externas e servem como critérios de orientação e de implementação das políticas públicas institucionais. Eles encontram respaldo na tradição, na história, nos costumes de um povo, sendo parte de seu *Ethos* coletivo, de sua identidade e maneira de ser. A consciência desses direitos não é algo espontâneo, pois o homem é ao mesmo tempo um ser natural, temporal e cultural que deve ser educado pela sociedade.

Neste sentido, a extensão dos direitos fundamentais sobre a esfera privada está intrinsecamente ligada à forma como se entendem o Estado, a sociedade e os direitos humanos, por sua vez, passíveis de modificações políticas, sociais e culturais.

1.1 Conceito de direitos fundamentais

Elaborar um conceito estrito dos direitos fundamentais é um trabalho bastante dificultoso devido à ampliação e transformação que sofreram no decorrer da história. Várias são as expressões empregadas para designá-los, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem.

José Afonso da Silva (1998, p. 182) entende que a expressão mais adequada é “Direitos fundamentais do homem”, pois:

Além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.

Neste momento, faz-se necessário analisar a diferença terminológica entre direitos humanos e direitos fundamentais. Direitos humanos são aqueles reconhecidos internacionalmente, com seu marco jurídico inicial na Declaração Universal de Direitos Humanos, composta pelo pacto internacional de direitos civis e políticos, bem como pelo pacto de direitos sociais, culturais e econômicos. Os direitos fundamentais são direitos humanos reconhecidos dentro de cada ordem jurídica interna, de acordo com os dogmas e peculiaridades atuais de cada Estado, sendo, portanto, nacionais, variando de tempos em tempos e de local para local.

Assim, direitos fundamentais é denominação, eminentemente de direito interno, enquanto direitos humanos é denominação própria do direito internacional.

As expressões direitos do homem e direitos fundamentais geralmente são utilizadas como sinônimas, mas é possível distingui-las, pois segundo JJ Gomes Canotilho (2001, p. 387) aqueles: “são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (direitos dimensão jusnaturalista-universalista)”, estes ao contrário “são direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaciotemporalmente”.

Para Rodrigo César Rebello Pinho (2001, p. 60) “Direitos fundamentais são os considerados indispensáveis à pessoa humana, necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual.”

Neste sentido pode-se afirmar que os direitos fundamentais consistem em um conjunto de direitos e garantias necessárias ao estabelecimento de condições mínimas de vida e ao desenvolvimento da personalidade, e que procuram garantir a dignidade da pessoa humana sendo todo ser humano titular desse direito apenas devido ao simples fato de ter nascido.

Peres Luños apud André Ramos Tavares (2003, p. 372) define os direitos humanos:

Como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em níveis nacionais e internacionais.

Os direitos fundamentais podem ser considerados sob o aspecto formal e material. Pelo aspecto formal, fundamentais são os direitos expressamente elencados como tais na Constituição Federal de 1988, ao passo que pelo aspecto material fundamentais são os direitos que abarquem valores fundamentais, a despeito de estarem ou não classificados dessa forma.

Neste sentido, retrata João Batista Herkenhoff (2003, p. 2):

Por direitos humanos os direitos do homem são, modernamente, entendidos aqueles direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua própria natureza humana, pela dignidade que a ele é inerente. São direitos que não resultam de uma concessão da sociedade política. Pelo contrário, são direitos que a sociedade política tem o dever de consagrar e garantir.

Cabe realçar aqui, a cerca da distinção entre direitos e garantias, muito embora para alguns doutrinadores não haja diferença entre esses dois termos, chegando a utilizá-los, inclusive, como sinônimos. Direitos são dispositivos declaratórios que imprimem a existência ao direito reconhecido, as garantias, por sua vez, podem ser

compreendidas como meios assecuratórios, ou seja, dispositivos que asseguram o exercício dos direitos e limitam os poderes do Estado.

1.2 Histórico

A doutrina dos direitos fundamentais não nasceu no século XVIII trata-se de uma versão da doutrina do direito natural oriunda da Antiguidade, que se refere a um Direito Superior independente da vontade humana, concepção que perdurou por toda Idade Média.

A Escola do Direito Natural e das Gentes segundo a qual decorrem da natureza humana determinados direitos, não sendo estes criados nem outorgados pelo legislador influenciou o pensamento iluminista, as declarações, as teses do estado da natureza e do contrato social. O registro de direitos de comunidades locais ou de corporações passou a ser feito através de forais ou cartas de franquias na segunda metade da Idade Média.

A história dos direitos fundamentais está diretamente ligada ao aparecimento do constitucionalismo, no final do século XVIII, que, entretanto, herdou da Idade Média as idéias de contenção do poder do Estado em favor do cidadão, sendo exemplo mais relevante neste sentido e célebre *Magna Carta*, escrita na Inglaterra, em 1215, pela qual o Rei João Sem Terra reconhecia alguns direitos dos nobres, limitando o poder do monarca.

Com a Revolução Francesa, em 1789, se acentuaram os movimentos e documentos escritos que buscavam garantir aos cidadãos os seus direitos elementares em face da atuação do poder público. Um dos documentos mais conhecidos neste sentido foi a denominada Declaração dos Direitos do Homem e do

Cidadão, de 1789, produto daquela revolução ocorrida em território francês.

Pouco antes disso, porém, outro documento entrava para a história, como resultado de outra revolução, a Americana. A Declaração de Virgínia, elaborada em 1776, procurava estabelecer os direitos fundamentais do povo norte-americano, tais como: a liberdade, a igualdade, eleição de representantes etc.

Em 1948, logo após a 2ª Guerra Mundial, a Organização das Nações Unidas fazia editar a Declaração Universal dos Direitos do Homem, estendendo para praticamente todo o mundo o respeito e a proteção aos direitos fundamentais do ser humano.

Paulo Bonavides (1999, p. 562), comentando sobre a importância das declarações dos direitos do homem, enaltecendo aquela nascida na França, em mais uma lição magistral, ensina que:

Constatou-se então com irrecusável veracidade que as declarações antecedentes de ingleses e americanos podiam talvez ganhar em concretude, mas perdiam em espaço de abrangência, porquanto 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. Por isso mesmo, e pelas condições da época, foi a mais abstrata de todas as formulações solenes já feitas acerca da liberdade.

A doutrina dos direitos humanos fundamentais expandiu-se, sofrendo modificações significativas ao passar do tempo, chegando a classificar os direitos fundamentais em três dimensões sucessivas que por sua vez, incidiram de formas variadas nas relações privadas.

No que tange a evolução propriamente dita, os direitos fundamentais são tradicionalmente classificados pela doutrina em gerações. No entanto, hodiernamente, tal expressão vem sendo alvo de críticas. Autores modernos entendem que a mesma traz em si uma idéia de ruptura em relação ao estágio

anterior, quando, em verdade, as ditas gerações se complementam.

Assim, vem-se adotando como nomenclatura para tal classificação a expressão “dimensão”, que revela essa idéia de cumulação, visto que, através das diversas dimensões, há a adaptação do mesmo direito a uma nova realidade.

1.3 Os direitos fundamentais de primeira dimensão e sua influência na esfera privada

Os direitos humanos de primeira dimensão foram direitos surgidos com o Estado Liberal do século XVIII que engloba os chamados direitos da liberdade ou individuais, a saber, os direitos civis e políticos que marcam a fase inicial do constitucionalismo do Ocidente e conforme afirma Augusto Zimmermann (2004, p. 263): “remontam as primeiras constituições escritas que apenas continham limitações ao poder de legislar”.

Tais direitos conforme Paulo Bonavides (2003, p. 563-564) tinham como titular o indivíduo, eram oponíveis ao Estado, sendo direitos de resistência ou oposição ao mesmo. Estão na categoria de *status negativus* e demonstram a nítida separação entre a sociedade e o Estado. Não aceitam qualquer abuso a liberdade individual, exigindo a abolição dos privilégios ostentados pela nobreza e o clero e a utilização da teoria da separação dos poderes implementada por Montesquieu.

Segundo entende Daniel Sarmiento (2006, p. 7):

O Estado absolutista (...), convertera-se em instrumento de opressão e arbítrio ilimitados o que criou uma esfera favorável à cristalização do conceito de direito dos homens. Era necessário proteger o indivíduo do despotismo do Estado e garantir-lhe um espaço de liberdade inextinguível.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2004, p. 06) define esses direitos como sendo: “a fronteira entre o que é lícito e o que não é para o Estado, deixando fora de

seu alcance um núcleo irreduzível de liberdades”.

Neste aspecto, André Ramos Tavares (2003, p. 369) argumenta que:

Também pertence à primeira dimensão liberdades de ordem econômicas, como a liberdade de iniciativa, a liberdade de eleição da profissão, a livre disposição sobre a propriedade etc.

Os direitos de primeira dimensão hoje já aparentemente pacificados e codificados na projeção universal, constituem atributos ou faculdades da pessoa, dotados de uma enorme carga de subjetividade. Tratava-se da consagração do princípio da isonomia, da soberania da nação, da participação política do povo, da liberdade de religião e expressão e do direito a propriedade como direito sagrado e universal que proporcionaram a ascensão da burguesia.

As teorias contratualistas sobre os direitos humanos pressupunham que tais direitos eram válidos também no campo das relações privadas posto que a hipotética do Estado da Natureza precedia a criação do Estado onde inexistia poder público, assim como diz Daniel Sarmento(2006, p 12): “...nas doutrinas jusnaturalistas, os direitos naturais eram válidos *erga omnes*, sendo concebidos como direitos de defesa do homem também em face de outros indivíduos e não apenas do Estado”.

Dessa forma, no Estado Liberal as relações entre Estado e indivíduo eram regulamentadas pelas Constituições, ao passo que no âmbito privado as relações entre particulares eram regidas pelo Código Civil que continha regras gerais baseadas no racionalismo jusnaturalista que pregava a autonomia privada.

1.4 Os direitos fundamentais de segunda dimensão e sua influência na esfera privada

Os direitos de segunda dimensão que dominaram o século XX nasceram

atrelados ao princípio da igualdade, são os direitos sociais, culturais e econômicos que buscam propiciar os meios materiais indispensáveis à concretização dos direitos individuais. Foram introduzidos no constitucionalismo do Estado Social após terem surgido em obras de ideologia e reflexão antiliberal do referido século. A esse respeito lembra Daniel Sarmiento (2006, p. 17-18):

Surge então, na virada do século XX, o Estado de Bem Estar Social, e com ele a consagração constitucional de uma nova constelação de direitos, que demandam prestações estatais destinadas à garantia de condições mínima de vida para a população (direito a saúde, à previdência, a educação).

No momento anterior o indivíduo considerava o Estado um inimigo contra o qual deveria proteger sua liberdade no chamado Estado Liberal, com a filosofia social o mesmo passou a condição de agente promotor desses direitos. Para André Ramos Tavares (2003, p. 370): “trata-se, com essa nova dimensão, não de se proteger contra o Estado, mas, sobretudo, de elaborar um rol de pretensões exigíveis do próprio Estado, que passa a ter que atuar para satisfazer tais direitos”.

O Estado sai do isolamento, da posição não-intervencionista, tornando-se atuante e decisivo para o exercício pleno de todos os direitos e liberdades, não bastava o mero reconhecimento formal das liberdades humanas. Dentre esses direitos estão o direito ao trabalho, ao salário mínimo, ao repouso remunerado, ao número máximo de horas de trabalho e o acesso ao ensino.

Conforme Daniel Sarmiento (2006, p. 19) “o advento dessa nova dimensão de direitos fundamentais obriga o Estado ao cumprimento de prestações positivas que deveriam ser garantidas através do implemento de políticas públicas intervencionistas.” A esse respeito Augusto Zimmermann (2004, p. 263) acrescenta:

Com os direitos de segunda geração o Estado haveria de satisfazer certas

necessidades que pudesse tolher a plena possibilidade de libertação humana. Buscar-se-ia, portanto, a subsidiariedade do Estado para o aumento do rol dos chamados direitos fundamentais.

A princípio esses direitos sociais tiveram eficácia duvidosa, foram remetidos a esfera programática, enfrentaram crise de observância e execução, posição esta ultrapassada na medida em que constituições recentes já formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. Ressalta o professor Paulo Bonavides (2003, p. 565):

De tal sorte os direitos fundamentais de segunda geração tendem a se tornar mais justificáveis quanto os da primeira; pelo menos esta é a regra que já não poderá ser descumprida ou ter sua eficácia recusada com aquela facilidade de argumentação arrimada no caráter programático da norma.

Com o advento do Estado Social multiplicaram-se a produção de normas jurídicas, o Estado chamado a disciplinar juridicamente vários setores da vida social precisou intensificar sua atuação regulamentadora.

Paralelamente, no contexto da economia capitalista, aumentava o poder de instituições não-governamentais como as grandes empresas e associações que punham em risco o direito do homem, tornando necessária a extensão dos direitos de segunda dimensão aos atores privados, posto que, as formas de injustiça e opressão não vinham apenas do poder público, mas também se originavam nas relações privadas travadas no mercado, na família, na sociedade como um todo, sob pena de frustração dos ideais morais e humanitários que norteiam os direitos fundamentais, neste sentido Daniel Sarmiento argumenta (2006, p. 26): "... toda lógica inerente ao Estado Social reclama uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais."

1.5 Os direitos fundamentais de terceira dimensão e sua influência na esfera privada

No fim do século XX o Estado mergulha em uma grave crise proveniente do acelerado processo de globalização econômica e do advento do neoliberalismo, como consequência, perde o poder de domínio que detinha sobre os fatores econômicos e sociais que condicionam a vida das comunidades políticas.

O resultado desse processo é uma crescente exclusão social, comprovando a tese de que a intervenção estatal é necessária para garantir a justiça social, isso porque, a lei do mercado aprofundou as desigualdades econômicas.

Neste quadro, os países que não adequaram o seu direito interno às exigências do mercado internacional deixavam de ser alvo de investimentos de capitais. Os agentes econômicos criaram um direito comum baseado na lógica do mercado, formulado por agentes particulares ou entidades supranacionais, que se impõe ao Estado constituindo um ordenamento jurídico policêntrico.

Associado a esses acontecimentos se alastra uma política de privatizações no Estado brasileiro que culmina na flexibilização do monopólio estatal na produção de normas, pois instâncias privadas passam a ditar regras de comportamentos que se tornam obrigatórias com anuência do Estado. Conforme Daniel Sarmiento (2006, p. 34) “Assim, se no Estado Social o público avançara sobre o privado, agora o fenômeno inverso, com a privatização do público”.

Esse novo modelo de Estado de redução de seu papel de prestador social e transferência para iniciativa privada de atividades antes exercidas pelo Poder Público, torna ainda mais necessária a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, visto que, diante da desigualdade econômica que se instaura o livre mercado não é suficiente para proteger o mais fraco. O que se encontra fundamentado nas palavras

de Daniel Sarmento (2006, p. 35):

Enfim, para minimizar os riscos e atenuar males do Estado pós-social, é preciso reforçar a eficácia dos direitos fundamentais sobre as relações privadas, protegendo da barbárie e da opressão os excluídos, que já não contam em seu favor com a estrutura do *Welfare States*.

Foi neste cenário que surgiu uma nova dimensão dos direitos fundamentais preocupados com os destinos da humanidade e a essência do ser humano, são direitos transindividuais, coletivos ou difusos, relacionados com os direitos ao meio ambiente, ao desenvolvimento econômico e a defesa do consumidor. São os chamados direitos de solidariedade que vem complementar o triplo objetivo da Revolução Francesa de liberdade, igualdade e fraternidade.

Para Paulo Bonavides (1999, p. 569) esses direitos: “tem por primeiro destinatário o gênero humano mesmo, num contexto expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”.

A consequência do reconhecimento desses direitos foi tornar visíveis a insuficiência estrutural da Administração Pública e de um sistema judicial baseado no ideal liberal, incapaz de lidar com os conflitos metaindividuais.

Os direitos em tese enfrentam dificuldades em termos de proteção jurídica por serem considerados por alguns, apenas aspirações desprovidas de força jurídica vinculante.

Fala-se recentemente em outras dimensões dos direitos fundamentais fruto do desenvolvimento histórico que nada mais são do que desdobramentos e complementos dos ora citados.

Assim sendo, Paulo Bonavides (1999, p. 571) entende que: “são direitos de quarta dimensão o direito a democracia, o direito a informação e o direito ao pluralismo”.

José Alcebíades de Oliveira Júnior apud Augusto Zimmermann (2004, p. 264)

retrata que:

Os direitos de quarta geração são os direitos de manipulação genética, relacionados a biotecnologia e bioengenharia, e que tratam de questões sobre a vida e a morte e que requerem uma discussão ética prévia. Os direitos de quinta geração, por fim, representam os advindos com a chamada realidade virtual que compreendem o grande desenvolvimento da cibernética na atualidade, implicando o rompimento de fronteiras, estabelecendo conflitos entre países com realidades distintas, via Internet.

Há na doutrina críticas a chamada proliferação exagerada dos direitos fundamentais, alegando que a multiplicação desses direitos pode provocar a sua desvalorização e vulgarização, levando-os, portanto, a perda do seu caráter universal.

CAPÍTULO 2 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E A TEORIA OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

É de suma importância fazer uma análise sobre a força normativa da Constituição e a teoria objetiva dos direitos fundamentais, como forma de proporcionar uma visão mais aprofundada do estudo ora realizado, bem como, garantir uma melhor compreensão acerca do referido tema.

2.1 Força normativa da Constituição

Durante muito tempo predominou a idéia de Constituição como sendo um conjunto de princípios políticos que para produzir seus efeitos concretos sempre dependeria do legislador, ante a ausência de uma jurisdição constitucional. A concepção de Constituição como norma jurídica cuja violação de seus comandos poderia ser reclamada em juízo demorou a se firmar.

A Constituição não estava ao alcance do juiz muito menos do cidadão, os direitos fundamentais contidos neste documento eram desprovidos de eficácia jurídica, seu conteúdo era apenas moral, sua validade estava condicionada às leis que os reconhecessem, bem como, a Constituição não servia como meio para invocação de tais direitos pelo jurisdicionado.

No decorrer do século XX a Constituição foi ganhando valor jurídico, os mecanismos de controle de constitucionalidade utilizados demonstravam a sua superioridade normativa, passa-se do Estado de Direito para o Estado Constitucional onde conforme Gustavo Zagrebelsky apud Daniel (2006, p. 51): “a lei (...) pela primeira vez na época moderna é posta numa relação de conformidade e por isto subordinada a um estrato mais elevado do direito, estabelecido pela constituição”.

Neste panorama inaugura-se uma fase de programaticidade da Constituição, isso porque, a Constituição que antes se dedicava a organizar o Estado e garantir os direitos individuais, passa também a consagrar os direitos sociais econômicos e a indicar condições e direções, no sentido de transformar a sociedade. Porém de acordo com o pensamento de Paulo Bonavides (1999, p. 233):

Difícilmente as declarações que os inseriam se prestava a uma redução jurídica fácil, de modo a fazê-los ingressar no corpo da constituição dotados já de aplicabilidade direta e imediata. Os princípios sociais enunciados pela constituição oferecem obstáculos muito mais sérios a uma conversão em direitos subjetivos correlatos do que os antigos direitos de liberdade proclamados ao alvorecer do constitucionalismo liberal.

Diante disso, pode-se dizer que o caráter vinculante não se estendia a toda Constituição, mas somente a sua parte orgânica e as normas de direitos liberais e políticos. Os demais comandos normativos eram tidos como normas programáticas sem aplicabilidade imediata, já que, dependiam do legislador para gerar efeitos.

O alargamento do texto constitucional culminou em uma crise de sua jurisdição, assumindo um caráter de normatividade mínima e programaticidade máxima que segundo Paulo Bonavides (1999, p. 234): “deixa de ser em primeiro lugar jurídico para se tornar predominantemente político”.

Com isso, consolidou-se a doutrina que dividia as normas constitucionais em auto-aplicáveis e não auto-aplicáveis desprovidas de eficácia vinculante. A negativa de eficácia à parte da Constituição representa o atrofamento de suas potencialidades transformadoras, reduzindo-a a um papel meramente simbólico. Fica comprometida, portanto, sua credibilidade e a difusão de um genuíno sentimento constitucional, criando um abismo entre o mundo do “dever ser” e a realidade, que corroi a crença na Constituição como norma.

Não se pode negar a função simbólica da Constituição, como unidade de

valores que servem de norte para os movimentos sociais, mas sobrepujá-la em detrimento da sua normatividade, provocaria a ausência generalizada do respeito a suas normas.

Ferdinando Lassalle apud Konrad Hesse (1991, p. 09) em uma conferência sobre a essência da Constituição teceu uma das mais fortes críticas sobre a eficácia das normas exaradas na Constituição, senão vejamos:

Segundo sua tese fundamental, questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim questões políticas. É que a Constituição de um país expressa as relações de poder nele dominantes: o poder militar, representado pelas Forças Armadas, o poder social, representado pelos latifundiários, o poder econômico, representado pela grande indústria e pelo grande capital, e, finalmente, ainda que não se equipare ao significado dos demais, o poder intelectual, representado pela consciência e pela cultura gerais. As relações fáticas resultantes da conjugação desses fatores constituem a força ativa determinante das leis e das instituições da sociedade, fazendo com que estas expressem, tão-somente, a correlação de forças que resulta dos fatores reais de poder; Esses fatores reais do poder formam a Constituição real do país. Esse documento chamado Constituição – a Constituição jurídica - não passa, nas palavras de Lassalle, de um pedaço de papel (*ein Stück Papier*). Sua capacidade de regular e de motivar está limitada à sua compatibilidade com a Constituição real. Do contrário, torna-se inevitável o conflito, cujo desfecho há de se verificar contra a Constituição escrita, esse pedaço de papel que terá de sucumbir diante dos fatores reais de poder dominantes no país.

Konrad Hesse elaborou uma teoria sobre a força normativa da constituição que se contrapõe ao pensamento de Lassalle. Mesmo ressaltando que em determinadas ocasiões, a história constitucional mostra ou sugere o domínio do poder real sobre as normas jurídicas, Konrad não deixa de defender a supremacia da normatividade constitucional e da ordem que dela emana, em prejuízo dos interesses particulares das camadas formadoras do poder.

O autor acentua que a eficácia da ordem jurídica somente é possível com a adesão de todos, em especial daqueles responsáveis pela manutenção da ordem, no sentido de efetivar a supremacia da Constituição. É o que o próprio autor convencionou chamar de “Vontade de Constituição”, ou seja, à vontade por parte de

todos os protagonistas em respeitar a ordem jurídica vigente, evitando constantes mudanças ou revisões, com o fim de atender determinados interesses. Konrad apresentou o contraponto às idéias de Lassalle, dando à Constituição um papel de autonomia, prestigiando a sua normatividade, desmistificando o caráter de mero documento de papel escrito, inoperante às forças reais de poder.

Hodiernamente desenvolve-se em todo o mundo um movimento de retorno e de reconhecimento do Direito como condição indispensável a uma convivência harmônica e justa. Aposta-se na força normativa da constituição como instrumento de emancipação social.

Esse novo modo de compreender a constituição, reconhecendo sua força normativa e a influência de seus valores e princípios em todo ordenamento jurídico, é chamado pelos juristas de neoconstitucionalismo.

Portanto, deve-se buscar sempre a consonância do direito privado com a Constituição não só por questões de coerência dentro do ordenamento jurídico, mas antes de tudo para que as relações privadas sejam fundadas em preceitos normativos mais justos.

2.2 Dimensão objetiva dos direitos fundamentais

No liberalismo, o Direito Civil era o centro do sistema jurídico; em torno dele, orbitavam os demais ramos do direito. Por certo, no contexto em que a autonomia privada era um dogma inquebrantável, nada mais coerente. Justificava-se essa visão ainda no fato de que as codificações de direito privado eram feitas para durar. Em contrapartida, as Constituições estavam sempre mudando, o que, para os prosélitos do direito privado, gerava insegurança jurídica.

Com o florescimento do Estado Social, em uma época de grandes progressos nos estudos de Direito Constitucional na Europa pós-segunda Guerra Mundial e de ruína da preponderância do direito privado, os direitos fundamentais passam a ser vistos sob uma nova perspectiva. Isto se deve não apenas ao fato de que novos direitos sociais foram positivados, mas, sobretudo, em virtude de uma forte mudança no modo de compreender os direitos liberais já existentes que se dedicavam tão somente em definir o que o indivíduo poderia exigir do Estado em razão de um direito positivado na ordem jurídica.

Os direitos sociais de segunda dimensão fizeram surgir à idéia de que tão importante quanto proteger o interesse do indivíduo, era proteger o da coletividade, descobrindo, assim, o aspecto objetivo dos direitos fundamentais conforme retrata Paulo Bonavides (1999, p. 568):

Se na primeira geração os direitos fundamentais consistem essencialmente no estabelecimento das garantias fundamentais da liberdade, a partir da segunda geração tais direitos passaram a compreender, além daquelas garantias, também os critérios objetivos de valores, bem como os princípios básicos que animam a lei maior, projetando-lhe a unidade e fazendo a congruência fundamental de suas regras.

Segundo J. J. Canotilho (2001, p. 466) as normas consagradoras dos direitos econômicos, sociais e culturais modelam a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, na medida que, criam imposições legisferante, obrigando o legislador a agir positivamente para propiciar as condições materiais necessárias ao exercício desses direitos, e exigindo o fornecimento de prestações aos cidadãos.

Não se trata, porém de renegar o papel subjetivo dos direitos fundamentais, mas de mostrar seu outro lado, lhes atribuindo, portanto, novos efeitos e interpretações, já que, conforme ensina Daniel Sarmento (2006, p. 108):

A dimensão objetiva complementa a subjetiva, e agrega a ela uma "mais valia", conferindo proteção reforçada a tais direitos, através de esquemas que transcendem a estrutura relacional típica dos direitos subjetivos.

A chamada dimensão objetiva dos direitos fundamentais reconhece que esses direitos possuem uma função mais abrangente, além de impor prestações a serem seguidas pelo poder público, ainda consagram valores, princípios e fins a serem perseguidos por uma comunidade política.

As normas consagradoras de direitos fundamentais afirmam valores, os quais incidem sobre a totalidade do ordenamento jurídico e servem para iluminar as tarefas dos órgãos judiciários, legislativos e executivos. Nesse sentido, é possível dizer que tais normas implicam em uma valoração de ordem objetiva.

A esse respeito Daniel Sarmento (2006, p. 106) faz uma brilhante afirmação:

Com efeito, na medida em que os direitos fundamentais exprimem os valores nucleares de uma ordem jurídica democrática, seus efeitos não podem se resumir à limitação jurídica do poder estatal. Os valores que tais direitos encarnam devem se irradiar para todos os campos do ordenamento jurídico, impulsionando e orientando a atuação do legislativo, executivo, e judiciário. Os direitos fundamentais, mesmo aqueles de matriz liberal, deixam de ser apenas limites para o Estado, convertendo-se em norte da sua atuação.

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

Diante dessa perspectiva objetiva dos direitos fundamentais como garantidores dos valores mais importantes de uma comunidade, vale salientar que a sua aplicabilidade não constitui um problema somente do Estado, mas de toda a sociedade que deve atuar em sua defesa não apenas através dos meios processuais,

como também através de mobilizações sociais, da ação de ONG'S (organizações não governamentais) ou outras entidades e do pleno exercício do direito de voto.

A doutrina contemporânea reconhece, portanto, a dupla dimensão ou função dos direitos fundamentais, ou seja, a objetiva e a subjetiva. Por dimensão objetiva dos direitos fundamentais entende-se que eles não são meramente direitos subjetivos públicos do cidadão. Em sede de direitos fundamentais, há um complexo de prestações heterogêneas. Nesse sentido, a dimensão objetiva dispõe que os direitos fundamentais expressam uma ordem de valores objetiva, isto é, objetivada na Constituição. Em outras palavras, eles saem da ordem axiológica para integrar a ordem objetiva do texto constitucional – os valores se transformam em normas positivadas no sistema constitucional.

Por dimensão subjetiva dos direitos fundamentais entende-se que eles são direitos subjetivos públicos do cidadão. Nesse sentido, eles podem ser exigidos pelo indivíduo contra o particular ou o próprio Estado, inclusive na esfera judicial para sua satisfação.

Afirmar a dupla dimensão – objetiva e subjetiva – dos direitos fundamentais não significa dizer que o direito subjetivo decorre do direito objetivo. O que importa esclarecer, aqui, é que as normas que estabelecem direitos fundamentais, se podem ser subjetivadas, não pertinem somente ao sujeito, mas sim a todos aqueles que fazem parte da sociedade. Com efeito, como explica Vieira de Andrade (2001, p. 144-145):

Os direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto faculdades ou poderes de que estes são titulares, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe a prosseguir.

O reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais provocou

seu fortalecimento e alargamento de suas potencialidades, facilitando, assim, a promoção dos ideais humanitários em que se baseiam. De acordo com Daniel Sarmiento (2006, p. 107):

Afirma-se que a dimensão objetiva expande os direitos fundamentais para o âmbito das relações privadas permitindo, que estes transcendam o domínio das relações entre cidadão e Estado, as quais estavam confinadas pela teoria liberal clássica. Reconhece-se então que tais direitos limitam a autonomia dos atores privados e protegem a pessoa humana da opressão exercida pelos poderes sociais não estatais, difusamente presentes na sociedade contemporânea.

Além disso, a dimensão objetiva confere efeitos jurídicos concretos às normas que proclamam os direitos fundamentais, ainda que por sua própria natureza necessitem da atuação do legislador para criar tais direitos, pois no mínimo produzirão efeitos hermenêuticos e servirão de parâmetros para a inserção ou não das demais normas no ordenamento jurídico.

Neste contexto é de grande relevância realizar um breve relato a respeito do julgamento do caso *Luthe*, por parte da corte constitucional da Alemanha em 1958, considerado um marco essencial na consagração da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, no que tange a possibilidade dos particulares figurarem também no pólo passivo dos direitos fundamentais.

O caso em tela dizia respeito à exibição ou não de uma película por parte da indústria cinematográfica germânica. O filme fora produzido pela cineasta Veit Harlan, notória adepta da ideologia da supremacia racial ariana, tendo sido boicotado - na sua exibição - por Erich Lüth, então Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo. Em primeira instância a produtora obteve êxito na sua pretensão, que era justamente a de declarar inconcebível o boicote. A tese vitoriosa perante o Tribunal Estadual de Hamburgo foi a de que o artigo 826 da Norma Substantiva Civil da Alemanha dava guarida à pretensão autoral. Registre-se que o comando normativo infraconstitucional

infraconstitucional, o que, além disso, apontaria para a necessidade de uma interpretação conforme aos direitos fundamentais, que, ademais, pode ser considerada - ainda que com restrições - como modalidade semelhante à difundida técnica hermenêutica da interpretação conforme à Constituição. Associada a este efeito irradiante dos direitos fundamentais, encontra-se a problemática da sua eficácia na esfera privada, também abordada sob a denominação de eficácia horizontal, ou *Drittwirkung*, se preferirmos a expressão paradigmática oriunda da doutrina alemã. Na medida em que este tema será objeto de análise mais detida quando tratarmos da eficácia vinculante dos direitos fundamentais, cumpre-nos assinalar, por ora, apenas a circunstância - diga-se, de passagem, ela própria já sujeita a controvérsias - de que a idéia de os direitos fundamentais irradiarem efeitos também nas relações privadas e não constituírem apenas direitos oponíveis aos poderes públicos vem sendo considerada um dos mais relevantes desdobramentos da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais.

Assim, os valores que emanam dos direitos fundamentais permeiam todo o ordenamento jurídico, impondo interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais conforme tais valores. Ademais, impõe não apenas ao Poder Judiciário a observância de uma interpretação adequada, mas norteiam a atividade do legislador. Realmente, este está vinculado àquelas normas, devendo legislar para permitir-lhes a máxima efetividade e sem contrariá-las.

Outro efeito da dimensão objetiva dos direitos fundamentais são os chamados deveres de proteção. A dogmática contemporânea dos direitos fundamentais além de impedir que o Estado exerça qualquer forma de violação a tais direitos, ainda impõe a este o dever de proteger os titulares de desses direitos de toda ameaça ou lesão provinda de terceiros, esta proteção conforme explana Daniel Sarmento (2006, p. 129): “envolve a atividade legislativa, administrativa e jurisdicional do Estado, que deve guiar-se para a promoção dos direitos da pessoa humana”. O Estado assume uma nova roupagem, deixa de ser pensado como inimigo dos direitos humanos para se tornar seu promotor dentro da sociedade.

Acerca do tema, Ingo W Sarlet (2006, p. 174) nos ensina:

Outra importante função atribuída aos direitos fundamentais e desenvolvida com base na existência de um dever geral de efetivação atribuído ao

Estado, por sua vez agregado à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, diz com o reconhecimento de deveres de proteção (*Schutzpflichten*) do Estado, no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões providas de particulares e até mesmo de outros Estados. Esta incumbência, por sua vez, desemboca na obrigação de o Estado adotar medidas positivas da mais diversa natureza (por exemplo, por meio de proibições, autorizações, medidas legislativas de natureza penal, etc.), com o objetivo precípua de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais. No âmbito da doutrina germânica, a existência de deveres de proteção encontra-se associada principalmente - mas não exclusivamente - aos direitos fundamentais à vida e à integridade física (saúde), tendo sido desenvolvidos com base no art. 2º, inc. II, da Lei Fundamental, além da previsão expressa encontrada em outros dispositivos. Se passarmos os olhos pelo catálogo dos direitos fundamentais de nossa Constituição, será possível encontrarmos também alguns exemplos que poderiam, em princípio, enquadrar-se nesta categoria.

Essa concepção dos deveres de proteção encontra precedentes na doutrina do jusnaturalismo contratualista do século XVII e XIX, onde na passagem do Estado de natureza para a sociedade civil caberia ao Estado a função de proteger o homem da opressão exercida pelo seu semelhante.

Dessa forma se os direitos fundamentais se irradiam para o âmbito das relações privadas o Estado tem, portanto, a missão primordial de protegê-los da violação de terceiros e para isso deve estar devidamente aparelhado, pois conforme ensina Daniel Sarmiento (2006, p. 129) "Hoje, garantir os direitos do homem significa protegê-los nos mais diferentes contextos, público ou privado". Ademais a doutrina entende que o reconhecimento do deveres de proteção cria direitos individuais subjetivos de proteção contra o Estado que terá o dever de tomar providências no sentido de salvaguardar os indivíduos dos danos que possam vir a sofrer por parte de terceiros.

Nessa acepção, ao Estado não incumbe apenas à abstenção (não lesar os direitos fundamentais), mas também o dever de agir, impedindo que terceiros agridam os direitos fundamentais do ser humano.

A dimensão objetiva estabelece ao Estado um dever de proteção dos direitos

fundamentais. Esse dever de proteção relativiza a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permitindo que se reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos sobre toda a ordem jurídica. Diante dele fica o Estado obrigado a proteger os direitos fundamentais mediante, por exemplo, normas de proibição ou de imposição de condutas.

Neste sentido são lapidares as lições de Ingo W. Sarlet (2006, p. 175):

Por derradeiro, não poderíamos deixar de mencionar - como último importante desdobramento da perspectiva objetiva - a função outorgada aos direitos fundamentais sob o aspecto de parâmetros para a criação e constituição de organizações (ou instituições) estatais e para o procedimento. Neste sentido, sustenta-se que com base no conteúdo das normas de direitos fundamentais é possível se extrair conseqüências para a aplicação e interpretação das normas procedimentais, mas também para uma formatação do direito organizacional e procedimental que auxilie na efetivação da proteção aos direitos fundamentais, de modo a se evitarem os riscos de uma redução do significado do conteúdo material deles. Neste contexto, há que considerar a íntima vinculação entre direitos fundamentais, organização e procedimento, no sentido de que os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo e de certa forma, dependentes da organização e do procedimento (no mínimo, sofrem uma influência da parte destes), mas simultaneamente também atuam sobre o direito procedimental e as estruturas organizacionais (...).

(...) Tendo em vista que os deveres de proteção do Estado podem, por vezes, concretizar-se por meio de normas dispendo sobre o procedimento administrativo ou judicial, bem como pela da criação de órgãos, constata-se, desde já, a conexão que pode existir entre estas duas facetas da perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais. Para além desta constatação, foi feita oportuna referência na doutrina para a necessidade de um procedimento ordenado e justo para a efetivação ou garantia eficaz dos direitos fundamentais. Por fim, agregada à perspectiva subjetiva e à teoria dos direitos a prestações, esta concepção levou ao reconhecimento de direitos subjetivos fundamentais à proteção mediante a organização e o procedimento (...).

Constata-se, então, que a aplicação da teoria jurídica dos deveres de proteção dos direitos fundamentais, ao ordenamento jurídico brasileiro, é plenamente possível. O que pode ser verificado no julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, em 19 de setembro de 2003, de um Hábeas Corpus nº 82.424/RS mais conhecido como o caso *Elhwanger*, onde se discutia a cerca da incriminação ou não, pela prática de racismo, de um editor gaúcho que escreveu, publicou e divulgou manifestações anti-

semitas, tendo em vista, a proteção constitucional da liberdade de expressão. Ocorreu que aquela corte suprema, denegou a ordem, fundamentando que a proteção da igualdade e da dignidade da pessoa humana dos judeus prevalece sobre a tutela da liberdade de expressão que não deve acobertar manifestações discriminatórias. A ação punitiva do Estado, no caso em tela, constituiu o meio pelo qual se operacionalizou a tutela dos direitos fundamentais das vítimas do delito.

CAPÍTULO 3 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: TEORIAS E PARÂMETROS PARA A PONDERAÇÃO DE INTERESSES

Há uma tendência atual pra reconhecer a chamada Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais, ou seja, a incidência dos mesmos nas relações jurídicas estabelecidas entre particulares, situados numa relação hipotética de igualdade, ao contrário do que ocorre nas relações verticais entre particular e o Estado, onde reside clara a relação do binômio poder-sujeição.

Essa nova dimensão não pretende ignorar a anterior, nem sobrepor-se a ela, mas antes de tudo agregar-lhe novos valores.

Sylvia Ericson (2007, p. 05) chama a atenção para o fato de que:

Tal denominação- eficácia horizontal - sofre críticas por parte da doutrina, já que a palavra horizontal induz a idéia de igualdade entre as partes na relação, olvidando-se da existência dos poderes privados que, em muitas vezes, se manifestam nas relações entre particulares, criando a situação de prevalência de uma parte sobre a outra.

Há quem prefira utilizar expressões como, por exemplo, aplicação, incidência ou eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas e ainda vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, que para alguns traduziriam com maior precisão o problema ora discutido.

Como ficou sobejamente demonstrado a incidência dos direitos fundamentais entre os atores privados torna-se indispensável em uma sociedade impregnada por desigualdades em que a agressão a esses direitos pode partir não apenas do Estado, mas de outros setores da comunidade (mercado, família, empresa etc.).

Assim, diante da constatação de que os direitos fundamentais são potencialmente lesionados na esfera privada, criando novas situações de perigo que demandam o desenvolvimento de instrumentos para combatê-los, a questão da

vinculação dos particulares aos direitos fundamentais ganhou complexidade no discurso jurídico atual, dando origem a uma variedade de teorias no direito constitucional que serão a seguir detalhadas.

Tal discussão nasceu na Alemanha após o advento da Lei Fundamental do Bom e no cenário germânico.

No entanto, faz-se necessário analisar como e com que intensidade incide os direitos fundamentais nas relações travadas entre particulares, na medida em que, de um lado procura-se a tutela efetiva dos direitos fundamentais contra toda e qualquer tipo de ameaça ou opressão não importa a origem e, do outro, busca-se a garantia da autonomia privada da pessoa humana. Vale salientar neste contexto, que o indivíduo, ao contrário do Estado, é titular de direitos fundamentais e está investido pela própria Constituição, em um poder de autodeterminação dos seus interesses privados, não podendo por esta razão se sujeitar-se aos direitos fundamentais da mesma maneira que o Estado.

3.1 Negação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas e a doutrina do *state action*

Apesar de ser a cada dia menos adotada, é presente a teoria que nega a eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas.

Os opositores da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais na Alemanha apoiados no liberalismo clássico defendiam que os direitos fundamentais restringiam-se tão somente aos direitos de defesa contra o Estado, alegavam que o texto constitucional alemão previa de forma expressa a vinculação, apenas dos Poderes Públicos aos direitos fundamentais, já que , fora redigida em uma época em que se pleiteava a proteção contra o estado diante da recente frustração nazista e

ainda que a eficácia horizontal fulminaria a autonomia privada.

No entanto, essa posição já foi praticamente superada na Alemanha desde a década de 50 conforme deixam claras diversas decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional Federal.

Essa teoria se fundamenta na natureza originária da Constituição e das Leis Cíveis, levando em consideração que a primeira tem gênese estruturada na relação Estado-indivíduo e a segunda nas relações entre indivíduos, argumentam seus adeptos que é a partir da natureza da lei que se reconhece a sua incidência ou não sobre uma relação jurídica, no caso Estado- indivíduo ou indivíduo- indivíduo.

Como a Constituição moderna nasceu para proteger as liberdades individuais, ou seja, está umbilicalmente destinada a disciplinar as relações do indivíduo com o estado seria normativamente impossível que os direitos fundamentais inseridos em seu texto possam ser aplicados no trato das relações privadas.

Eduardo Ferreira Fischer (2006, p. 57) faz uma categórica afirmação que demonstra o ponto central da insatisfação a cerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais:

A doutrina que nega a eficácia tem a propriedade de expugnar a idéia na medida em que, como tal, consubstanciar-se-ia um "*Caballo de Troya*" ou "*joker argumentativo*" que destruiria o sistema construído sobre as bases da autonomia privada.

Nota-se que a preocupação da teoria que nega a eficácia horizontal não está ligada ao fato de haver ou não vinculação, mas sim, conforme Ernest Forsthoff apud Daniel Sarmento (2006, p. 188) ao fato de que isso dissolveria a constituição, ao rebaixá-la de norma a mera ordem de valores, levando ao abandono dos métodos clássicos da hermenêutica jurídica do Direito Constitucional, com efeitos devastadores para a segurança jurídica.

Foi no direito norte americano que a doutrina da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações particulares preponderou, ficou conhecida nos EUA (Estados Unidos da América) como *State Action*. Ela reconhecia a eficácia dos direitos fundamentais apenas nas relações dos indivíduos com o Poder Público, com exceção apenas da 13ª Emenda Constitucional que proibia a escravidão.

Essa doutrina tomou como fundamento a literalidade do texto constitucional que se refere apenas aos Poderes Públicos como sujeitos passivos da maioria das cláusulas que prevêem os direitos fundamentais. Outro argumento como explica Daniel Sarmiento (2006, p. 189) repousa sobre a idéia de que o pacto federativo dos EUA (Estados Unidos da América) delega aos Estados a competência para legislar sobre a matéria de direito privado. Assim tal doutrina preservaria o espaço de autonomia dos Estados, impedindo que as cortes federais, a pretexto de aplicarem a Constituição, interviessem na disciplina das relações interprivadas.

Mas como já fora mencionado a principal preocupação dessa corrente reside na preservação da autonomia privada, segundo mostram os ensinamentos de Lourenco Tribe apud Daniel Sarmiento (2006, p. 189):

(...) imunizando a ação privada do alcance das proibições constitucionais, impede-se que a constituição atinja a liberdade individual-denegando aos indivíduos a liberdade de fazer certas escolhas, como as de com que pessoas se associar. Essa liberdade é básica dentro de qualquer concepção de liberdade, mas ela seria perdida se os indivíduos tivessem de conformar sua conduta as exigências constitucionais.

Ocorre que a partir dos anos 40, a suprema corte americana começou a demonstrar atenuações à doutrina da *State Action* em seus julgados, passando a adotar paulatinamente a chamada *Public Function Theory* (teoria da função pública), segundo a qual os particulares que agissem no exercício de atividades típicas do Estado, também estariam sujeitos aos direitos fundamentais constitucionalmente

previstos, bem como aqueles que têm suas atividades fomentadas pelo Estado mediante subsídios e benefícios, impedindo, inclusive, o fornecimento gratuito pelo Estado de livros aos alunos de escolas particulares que praticam políticas discriminatórias na seleção de alunos.

O exemplo mais marcante da aplicação dessa teoria da função pública foi o julgamento do caso *Marsh V. Alabama* julgado em 1946 pela corte americana. Segundo informa Daniel Sarmiento (2006, p. 191):

Discutia-se se uma empresa privada, que possuía terras no interior das quais se localizavam ruas, residências, estabelecimentos comerciais etc., podia ou não proibir testemunhas de Jeová de pregarem no interior da sua propriedade. A Suprema Corte declarou inválida tal proibição, pois ao manter uma cidade privada (*private owned town*), a empresa se equiparava ao Estado e se sujeitava à 1ª Emenda norte-americana, que assegurava a liberdade de culto.

Outra circunstância que ensejaria a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, diz respeito aos casos em que é possível estabelecer uma conexão mais aprofundada entre a conduta do particular e alguma entidade governamental.

Além disso, a Suprema Corte firmou entendimento de que o Estado não pode estimular qualquer forma de desrespeito aos direitos fundamentais pelos particulares, assim sendo, invalidou negócios jurídicos e até leis Estaduais que a seu ver estariam violando certos direitos fundamentais.

A teoria do *state action*, profundamente associada ao radical individualismo que caracteriza a Constituição e a cultura jurídica em geral dos Estados Unidos, apesar de ter amenizado seu rigor através da jurisprudência daquele país, não conseguiu até os dias atuais dispensar um tratamento adequado aos direitos fundamentais, tendo em vista que os mesmos sofrem violações não só do Estado, mas de uma série de grupos, pessoas e organizações privadas.

3.2 A teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais na esfera privada

A teoria da eficácia mediata ou indireta dos direitos fundamentais também designada teoria da irradiação, foi desenvolvida na doutrina alemã por Günther Düring, em obra publicada em 1956, e atualmente consiste na teoria mais aceita na Alemanha, tanto pelos juristas quanto pela Corte Constitucional, tendo como marco jurisprudencial o caso Lüth já discutido.

Tal teoria situa-se na chamada zona cinzenta entre os dois extremos, pois conforme menciona Daniel Sarmiento (2006, p. 198):

Trata-se de construção intermediária entre a que simplesmente nega a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, e aquela que sustenta a incidência direta destes direitos na esfera privada.

Para os defensores dessa teoria os direitos fundamentais não incidem sob nas relações jurídicas privadas como direitos subjetivos que possam ser invocados por um particular frente ao outro, a partir da Constituição. Seu fundamento reside no fato de que a autonomia privada também tem proteção constitucional e, portanto pressupõe a possibilidade de os indivíduos renunciarem a direitos fundamentais no âmbito de suas relações, o que seria impossível em suas relações com o Ente Público. Assim, determinados atos que poderiam ser entendidos como contrários aos direitos fundamentais, quando praticados pelo Estado, poderiam ser considerados perfeitamente factíveis nas relações entre particulares ou, ainda sob a ótica do direito privado, poderiam ser nela vedados.

Segundo seus adeptos os direitos fundamentais consistiriam em uma ordem de valores que se irradia por todos os campos do ordenamento jurídico, inclusive o

direito privado, cujas normas têm de ser interpretadas à sua luz, ou seja, os direitos fundamentais serviriam como princípios de interpretação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados do direito privado, que funcionariam como portas mediante as quais esses direitos seriam aplicados de maneira indireta sobre as relações privadas por meio de expressões como bons costumes, ordem pública, entre outras.

Essa teoria nega, portanto, a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais na esfera privada, isso porque segundo menciona Daniel Sarmiento (2006, p. 198): “esta incidência acabaria exterminando a autonomia privada, e desfigurando o Direito Privado, ao convertê-lo numa mera concretização do Direito Constitucional”.

A incidência dos direitos fundamentais se daria então de forma indireta porque caberia ao legislador ordinário mediar sua aplicação na esfera privada, protegendo-os sem ferir o princípio da autonomia da vontade. Desse modo, esclarece J. J. Canotilho (2001, p. 1247-1248):

Como todos os poderes ou entidades públicas estão vinculados pelas normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias, segue-se que o legislador da ordem jurídica privada deve, na densificação legal do direito privado, cumprir e aplicar essas normas.

Somente no caso de ocorrer eventual lacuna no ordenamento privado, e de inexistência de cláusulas gerais ou de conceito indeterminado que possam ser interpretado em consonância com os valores constitucionais, torna-se admissível, excepcionalmente, ao Poder Judiciário aplicar diretamente os direitos fundamentais nas relações privadas sem a mediação do legislador.

Pela teoria da eficácia mediata ou indireta, segundo Marcelo Novelino Camargo (2006, p. 73):

Os direitos fundamentais aplicar-se-iam às relações privadas de maneira

apenas reflexa, pois a vinculatividade seria exercida *prima facie* sobre o legislador, que estaria obrigado a conformar as referidas relações de acordo com os princípios previstos na Constituição.

Na lição de Luiz Guilherme Marinoni (2006, p. 75):

Quando se pensa em eficácia mediata, afirma-se que a força jurídica dos preceitos constitucionais somente se afirmaria, em relação aos particulares, por meio dos princípios e normas de direito privado. Isso ocorreria através de normas de direito privado – ainda que editadas em razão do dever de proteção do Estado. Além disso, os preceitos constitucionais poderiam servir como princípios de interpretação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados suscetíveis de concretização, porém sempre dentro das linhas básicas do direito privado.

Assim como na Alemanha, na Áustria a maioria dos autores entende que a proteção a tais direitos deve se dá indiretamente pelos próprios meios do direito civil, isto é, através das cláusulas gerais ou conceitos indeterminados.

Na França, a jurisprudência aproxima-se da teoria da eficácia mediata horizontal dos direitos fundamentais, a questão de sua incidência no âmbito privado ainda não é muito discutida, embora haja quem se mostre tanto a favor da eficácia mediata quanto da imediata. Em virtude da estrita vinculação do legislador francês à legalidade, não se costuma recorrer à Constituição, nem aos direitos fundamentais para solucionar os conflitos entre particulares.

São inúmeras as críticas tecidas contra essa teoria, há os que alegam não ser ela, pois, capaz de proporcionar uma tutela efetiva dos direitos fundamentais nas relações privadas, já que sua proteção dependeria muito da vontade do legislador ordinário, outros afirmam que esta pode causar uma aplicação indeterminada e insegura das normas de direito privado posto que, estariam elas sujeitas a impregnação pelos valores constitucionais, além disso, há quem aponte o caráter supérfluo dessa teoria que nada mais seria do que a noção já consolidada de interpretação conforme a Constituição.

3.3 Teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais na esfera privada

A teoria da vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais teve sua base fundada por Hans Carl Nipperdey no início da década de 50 na Alemanha e embora não tenha predominado lá, tornou-se dominante no direito espanhol, português e argentino, onde são expressões doutrinárias autores como Tomás Quadra-Salcedo, Juan Maria Bilbao Ubillos, Pedro de Vera Garcia, Antonio-Enrique Perez Luño e Rafael Naranjo de la Cruz.

O alicerce epistemológico dessa teoria consiste na idéia de que as possibilidades de violação aos direitos fundamentais não vem apenas do Estado, mas de todos os setores da sociedade e a opção pelo Estado Social representa, portanto, o reconhecimento dessa realidade e a conseqüente extensão dos direitos fundamentais nas relações travadas entre particulares.

Walter Leisner apud Daniel Sarmiento (2006, p. 205) ao produzir sua tese aperfeiçoou essa doutrina desenvolvendo a idéia de que: “a aceitação da vinculação direta passa pela percepção de existência de uma unidade jurídica, não podendo o direito privado estar à margem da Constituição e dos Direitos Fundamentais”.

Dessa forma, constatou-se que as normas de direitos fundamentais conferem ao particular uma posição jurídica oponível não só ao Estado, mas também aos demais particulares, sem necessitar de qualquer mediação por parte do legislador, revestindo-se tais direitos de oponibilidade *erga omnes*.

Ademais, na visão de Vieira de Andrade (2001, p. 290), a expressão mediata carece de melhor técnica legislativa, eis que:

Confunde-se com eficácia indireta, quando o que se quer afirmar é um imperativo de adaptação e harmonia dos preceitos relativos aos direitos fundamentais na sua aplicação a esfera de relações entre indivíduos iguais,

tendo em conta a autonomia privada, na medida em que é (também) constitucionalmente reconhecida.

Segundo essa teoria, embora se pregue a incidência direta e imediata dos direitos fundamentais na esfera privada, não se pode negar as especificidades desta incidência, na medida em que, é certo que o indivíduo é dotado de um poder de auto determinação da sua vontade, chamando a atenção para a necessidade de ponderação entre o direito fundamental em jogo, de um lado e a autonomia privada dos particulares envolvidos, do outro.

Por isso apesar dos direitos fundamentais serem diretamente aplicáveis às relações privadas porque independem da mediação do legislador, eles precisam ser analisados caso a caso para verificar a existência e a extensão da sua eficácia horizontal.

Pedro de Vega Garcia apud Daniel Sarmiento (2006, p. 1206) em seus ensinamentos ver na eficácia horizontal direta um meio corrigir as desigualdades sociais e aponta como ponto fraco da teoria da eficácia mediata o fato de confundir a liberdade constitucional com autonomia privada contratual, pois, sob o prisma da Constituição, não existe efetiva liberdade em situação de flagrante desigualdade entre as partes.

Os adeptos dessa teoria defendem que para proteger a autonomia privada através de uma ponderação de interesses, deve-se considerar a existência ou não de desigualdade entre as partes da relação privada, de tal forma que, mesmo numa relação entre pessoas em suposta posição de igualdade, a autonomia privada poderá ser limitada em prol da proteção a um direito fundamental.

Sobre o tema Juiz Guilherme Marinone (2006, p. 75) esclarece:

Segundo os teóricos da eficácia imediata, os direitos fundamentais são

aplicáveis diretamente sobre as relações entre particulares. Além de normas de valor, teriam importância como direitos subjetivos contra entidades privadas portadoras de poderes sociais ou mesmo contra indivíduos que tenham posição de supremacia em relação a outros particulares. Outros, chegando mais longe, admitem a sua incidência imediata também em relação as pessoas comuns. O que importa, nessa última perspectiva, é que se dispensa a intermediação do legislador- e assim as regras de direito privado- e se elimina a idéia de que os direitos fundamentais poderiam ser tomados apenas para preencher as normas já abertas pelo legislador ordinário.

Entre os que acolhem a teoria da vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais esta J. J. Canotilho que, em suas obras mais recentes apontou à necessidade de se buscar soluções diferenciadas, no sentido de conciliar a tutela dos direitos fundamentais com a autonomia privada e com os princípios da ordem civil. Enfatiza o grande constitucionalista português (2001, p. 1249) que os juizes devem em primeiro lugar aplicar as normas de direito privado em consonância com os direitos fundamentais através da interpretação conforme a constituição, caso isso não seja viável, fazendo uso do controle de constitucionalidade incidental, não se deve aplicar a norma e em se tratando da não existência de norma ordinária adequada utilizará como instrumento as clausulas gerais ou conceitos indeterminados para concretizar os direitos fundamentais ou ainda as normas consagradoras de bens jurídicos absolutos.

A obra de Canotilho (2001, p.1242) apresenta uma situação concreta que ilustra com precisão, a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais: Uma empresa industrial estabelece como condição de admissão a renúncia a qualquer atividade partidária ou a filiação em sindicatos.

Nesse caso, a dita empresa está tolhendo o direito de livre associação sindical como requisito para admissão em seus quadros de funcionários. Então, em última análise, os direitos fundamentais dos trabalhadores deveriam prevalecer sobre as regras impostas pela empresa, eles poderiam acionar o Poder Judiciário, se

evitar a lesão a qualquer desses direitos, aceitando que não é lícito ao particular *provocar essa lesão admitindo assim, que o mesmo encontra-se vinculado ao* respeito do direito em voga.

Há os que consideram a teoria dos deveres de proteção, uma variação da teoria mediata ou indireta anteriormente explicitada. Na verdade, esta teoria aproxima-se, quanto a seus efeitos, daquela porque também exige, para a proteção de tais direitos, a mediação do legislador, conforme demonstra as palavras de Ademir de Oliveira Costa Júnior (2007, p. 01) ao tratar da eficácia horizontal dos direitos fundamentais:

Na Alemanha, berço de ambas as teorias sobre a eficácia, adota-se a teoria da eficácia indireta ou mediata, efetuados alguns ajustes e especificidades em razão dos quais para alguns doutrinadores como Ingo Sarlet haveria uma segunda forma de eficácia indireta a qual denominou 'teoria dos deveres de proteção'. Na mesma linha segue Robert Alexy, para quem seriam três as teorias: a de efeito imediato; a de efeito mediato e produzido através de direitos frente ao Estado.

De acordo com Isensee apud Daniel Sarmiento (2006, p.218) a teoria dos deveres de proteção:

É preferível em detrimento das teorias direta ou imediata pelo fato de que os riscos para a autonomia privada decorrentes da sujeição dos particulares aos direitos fundamentais desapareceriam, na medida em que essa sujeição se transferiria para o Estado.

Apesar de demandar a intervenção do legislador para que ocorra a efetiva proteção dos direitos fundamentais, a teoria em tela garante também a possibilidade do Poder Judiciário intervir, quando aquele não cumprir sua função, através do controle de constitucionalidade das normas de direito privado.

Tal teoria foi explicitamente adotada em decisões proferidas pelo Tribunal

Constitucional alemão e ao mesmo tempo está sujeita as mais variadas críticas, entre elas, a mesma que se levantou contra a teoria da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais, por não conferir aos direitos fundamentais uma proteção adequada, já que essa proteção dependeria, muitas vezes, da vontade incerta do legislador ordinário.

3.5 A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no Brasil

No Brasil, verifica-se a predominância da eficácia direta e imediata dos direitos individuais nas relações entre os particulares que não se resume a interpretação das cláusulas gerais de direito privado, nem necessita da mediação por parte do legislador.

Essa posição adotada pela doutrina brasileira decorre das características presentes na Constituição Federal de 1988 que se traduz intervencionista e social, contemplando um generoso elenco de direitos sociais e econômicos (artigos 6º e 7º, Constituição Federal), bem como inúmeros direitos voltados especialmente contra os particulares, como os direitos trabalhistas tipificados no artigo 7º que, conforme comenta Luiz Guilherme Marinoni (2006, p. 79) são de grande importância na regulamentação das relações entre empregador e empregado: “o que somente pode significar uma eficácia imediata e direta dos direitos fundamentais sobre os privados”.

Trata-se de uma Constituição que indica como objetivo fundamental da República “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (artigo 3º, I, Constituição Federal) e que esta voltada para a promoção da igualdade, afastando-se do modelo liberal em que pensava-se ser o Estado o único violador dos direitos humanos. Ademais, não há nenhuma previsão no texto constitucional brasileiro de que somente os Poderes Públicos estão vinculados diretamente aos direitos fundamentais

pois como relata Daniel Sarmiento (2006, p. 238):

Afora, é certo alguns direitos que tem como destinatários necessários o Estado (direitos do preso, por exemplo), na maioria dos outros casos o constituinte não estabeleceu de antemão nenhuma limitação no pólo passivo das liberdades públicas, que afastasse os particulares.

A literalidade das normas que fixam as liberdades fundamentais no artigo 5º da Magna Carta induz a idéia de uma vinculação passiva universal com exceção de alguns direitos que se destinam necessariamente ao Estado, como os direitos dos presos, por exemplo.

Como se não bastasse, contribuiu para justificar a proteção dos direitos fundamentais na esfera privada, a marcante desigualdade existente na sociedade brasileira e, portanto como afirma Daniel Sarmiento (2006, p. 239), diante desse quadro desolador:

Impõe ao jurista com consciência social a adoção de posições comprometidas com a mudança do *Status quo*. Por isso, não hesitamos em afirmar que a eficácia dos direitos individuais na esfera privada é direta e imediata no ordenamento jurídico brasileiro. Esta, para nós, não é só uma questão de direito, mas também de ética e justiça.

A ferrenha crítica que se levanta contra a tutela dos direitos fundamentais no campo privado, de que esta comprometeria a autonomia privada, não procede no caso brasileiro, já que, a doutrina reconhece a necessidade do estabelecimento de *standarts* (parâmetros) para aplicação de cada direito entre os particulares, verificando os casos em que sua incidência deve ou não prevalecer sobre a autonomia da vontade.

Vale ressaltar que, a desigualdade entre as partes na relação privada, onde se constata a existência do binômio poder-sujeição, prejudica, em muitas vezes, o exercício da autonomia privada pela parte mais fraca.

Na doutrina brasileira, a problemática da eficácia dos direitos fundamentais ainda é pouco discutida, foi somente nos últimos anos que surgiram obras específicas nessa seara.

Observa-se em geral, que a tese da vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais é majoritária entre os doutrinadores brasileiros. Neste sentido manifestam-se grandes expressões do universo jurídico como Virgílio Afonso da Silva, Jane Reis Gonçalves, Carlos Roberto Siqueira Castro, Gilmar Freire Mendes, Gustavo Tepedino, André Ramos Tavares entre outros.

A jurisprudência brasileira vem aplicando os direitos fundamentais individuais consagrados na constituição diretamente na solução dos litígios privados, embora não se adentre, na maioria das vezes, na discussão acerca das teorias jurídicas sobre a forma de vinculação dos particulares a esses direitos.

Cumprir destacar algumas decisões do Supremo Tribunal Federal que mesmo sem o rótulo de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, enfrentam a temática.

No recurso extraordinário nº 158215-4/RJ julgado em 30 de abril de 1996 perante a 2ª Turma analisou-se um caso em que a cooperativa Mista São Luiz excluiu associado, sem a observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, LV, Constituição Federal) sob fundamento de conduta contrária ao seu estatuto. A questão da incidência das garantias constitucionais na esfera privada não foi discutida no acórdão, porém a pretensão dos associados excluídos foi acolhida, em razão da aplicação do Direito Fundamental à ampla defesa. O Supremo Tribunal Federal se pronunciou da seguinte forma:

DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo

legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIADO - CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa." (RE nº 158.215-RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 07/06/1996).

Outro caso de aplicação dos Direitos Fundamentais na esfera privada foi apreciado pelo Pretório Excelso através do Recurso Extraordinário nº 161243-6/DF que dizia respeito a uma reclamação trabalhista proposta pelo brasileiro Joseph Halfin em face da Empresa aérea *Compagnie Nationale Air France*, onde ele pleiteava a concessão de benefícios assegurados pelo Estatuto da Empresa apenas aos cidadãos franceses. Neste caso, o Tribunal Regional do Trabalho havia indeferido o pleito da extensão dos benefícios por não ser o reclamante francês. O supremo deu provimento à pretensão do trabalhador, deixando a questão assim ementada:

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." (RE nº 161.243-DF, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 19/12/1997).

É importante mencionar o acórdão proferido no julgamento do Recurso Extraordinário nº 201819/ RJ, em 2005, no qual o Supremo Tribunal Federal examinou o presente tema, abordando todas as teorias aqui discutidas.

A questão versava sobre um associado do quadro da União Brasileira de Compositores, excluído sem ter tido a oportunidade de refutar o ato que resultara na sua punição. O Supremo Tribunal Federal decidiu que diante das características do caso, era obrigatória a observância das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Manteve a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro como consta na ementa:

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

Analisando o caso concreto o Ministro Relator, Gilberto Mendes, mencionou:

O tema versado nos presentes autos tem dado ensejo a uma relevante discussão doutrinária e jurisprudencial na Europa e nos Estados Unidos (...). Assim, ainda que se possa cogitar de vinculação direta do cidadão aos direitos fundamentais, podem esses direitos legitimar limitações à autonomia privada seja no plano da legislação, seja no plano da interpretação. É acentuar que, diferentemente do que ocorre na relação direta entre o Estado e o cidadão, na qual a pretensão outorgada ao indivíduo limita a ação do poder público, a eficácia mediata dos direitos fundamentais refere-se primariamente a uma relação privada entre cidadãos, de modo que o reconhecimento do direito de alguém implica o sacrifício de faculdades reconhecidas a outrem. Em outros termos, a eficácia mediata dos direitos está frequentemente relacionada com um caso de colisão de direitos. A posição jurídica de um indivíduo em face de outro somente pode prevalecer na medida em que se reconhece a prevalência de determinados interesses sobre outros. (...) Essas considerações parecem fornecer diretrizes mais ou menos seguras e, até certa parte, amplas, para a aplicação do direito de defesa no caso de exclusão de associados. Todavia, afigura-se-me decisivo no caso em apreço, tal como destacado, a singular situação da sociedade associativa, integrante do sistema ECAD, que, como se viu na ADI nº 2.054-DF, exerce uma atividade essencial na cobrança de direitos autorais, que poderia até configurar um serviço público por delegação legislativa. Esse caráter público ou geral da atividade parece decisivo aqui para legitimar a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF) ao processo de exclusão de sócio de entidade. Estando convencido, portanto, de que as particularidades do caso concreto legitimam a aplicabilidade dos direitos fundamentais referidos já pelo caráter público- ainda que não estatal- desempenhado pela entidade, peço vênias para divergir, parcialmente, da tese apresentada pela Eminente Relatora. Voto, portanto, pelo conhecimento do recurso e, no mérito, pelo seu desprovimento.

Ademais, são inúmeras as decisões proferidas pelos Tribunais brasileiros que optaram pela aplicação direta dos direitos constitucionais nas ações de responsabilidade civil decorrente de abusos no exercício da liberdade de expressão.

Diante do exposto, percebe-se que a jurisprudência no Brasil tem se mostrado favorável a aplicação direta dos Direitos individuais previstos na Constituição para solucionar as lides privadas.

3.6 Parâmetros para a ponderação de interesses

Há um consenso na doutrina, até mesmo por parte da tese que defende a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, em reconhecer que a vinculação dos particulares a esses direitos não pode ocorrer da mesma forma como se dá nas relações entre os cidadãos e o Estado. É preciso observar uma série de especificidades na incidência dos direitos humanos no campo privado pelo fato de que os particulares são também detentores de direitos fundamentais e desfrutam de uma autonomia constitucionalmente protegida.

Nas palavras de Vieira de Andrade (2001, p. 296):

“(...) o homem não é apenas um ser racional, nem é perfeito e a ética jurídica não pode pretender que ele o seja. A liberdade do homem individual inclui necessariamente uma margem de arbítrio, é também uma liberdade emocional”.

Por isso a imposição de limites para a aplicação dos direitos fundamentais no âmbito privado requer a realização de uma ponderação com a autonomia privada que, em um Estado democrático, deve ser feita em princípio pelo legislador, porém no caso da ausência de norma essa competência transfere-se para o juiz que fará uma análise das circunstâncias do caso concreto para solucionar o conflito existente.

É de suma relevância, portanto, estabelecer parâmetros ou *standards* que possam limitar a discricionariedade judicial, aumentando a segurança jurídica, e fornecer critérios mais seguros para as decisões jurídicas nessa seara, com

especialidade no caso brasileiro onde se tem assistido uma aplicação cada vez maior dos direitos humanos nas lides privadas mas sem qualquer fundamentação jurídica.

Como afirma Daniel Sarmiento (2006, p. 261): "Afinal, se há muitos juízes bons, justos e equilibrados, há outros tantos que não o são, e os direitos fundamentais não podem ficar a mercê do psiquismo e da formação moral de quem quer que seja".

Um fator primordial que deve ser levado em consideração nesta questão da incidência dos direitos humanos entre os particulares é a existência e o grau de desigualdade fática entre os envolvidos. Assim sendo, quanto maior a desigualdade mais forte será a proteção ao direito fundamental e menor será a tutela da autonomia privada, ao passo que em situações de igualdade entre as partes a autonomia privada terá maior intensidade e mais sérias serão as restrições ao direito fundamental em conflito com ela.

Esse critério encontra justificativa na desigualdade material que provoca uma assimetria de poder que por sua vez prejudica o exercício da autonomia privada das partes mais fracas é que o campo privado é impregnado pelo poder e pela sujeição.

O princípio constitucional da isonomia (artigo 5º, *caput*) apontado como um dos fundamentos da República, de redução das desigualdades (artigo 3º, III, Constituição Federal) prevê no ordenamento jurídico brasileiro a proteção das partes mais frágeis nas relações privadas, o que resulta em uma relativização da autonomia privada nas relações não paritárias em prol da proteção do hipossuficiente.

Vale salientar que no Brasil, diante da gritante desigualdade que acomete a sociedade essa questão possui grande relevo porque a ampla vulnerabilidade dos setores sociais justifica sem dúvidas o reforço à proteção dos direitos fundamentais da população nas relações travadas com os particulares mais poderosos como os empregadores e os fornecedores de bens e serviços.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema Vinculação dos Direitos Fundamentais na Esfera Privada como constatado, tem suscitado grandes debates no mundo jurídico, não há um consenso a esse respeito, o que predomina é uma diversidade de opiniões diferenciadas quanto à forma e com que intensidade deve se dá a incidência desses direitos nas relações entre particulares, que não pode ser idêntica a do Estado, já que, os atores privados são também titulares de direitos fundamentais e se beneficiam da proteção conferida a sua autonomia.

Percebeu-se que a Constituição Federal incide não só no direito privado como limite para o legislador e para os atos negociais privados, mas também como norma que deve ser aplicada imediatamente no sentido de regulamentar as relações jurídicas sem necessitar de mediação legislativa.

Viu-se que o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais potencializou sua irradiação para todos os ramos do Direito permitindo sua incidência nas relações jurídicas que outrora não abarcavam quando considerados apenas direitos públicos subjetivos.

Como ficou claro que a maioria dos autores que se dedicaram ao tema reconheceu que a aplicabilidade dos direitos fundamentais entre os particulares envolve uma ponderação de interesses possuindo como contrapeso a autonomia privada em sentido amplo.

Com relação às teorias que enfrentam a problemática da aplicabilidade dos Direitos Fundamentais no âmbito das relações privadas todas trazem em seu bojo argumentos e justificativas, alguns mais fortes outros menos lógicos defendido pelos seus adeptos, porém de modo geral, observou-se que o que as distinguem umas das

outras é a imprescindibilidade ou não de intermediação legislativa para a concretização dos Direitos Fundamentais na esfera privada.

Diante da pesquisa realizada, entendeu-se que a teoria da eficácia mediata e indireta não é suficiente para solucionar os problemas relativos à eficácia das normas de direitos fundamentais entre os particulares, não sendo capaz de promover a tutela efetiva de tais direitos no campo privado. Verificou-se, portanto, que a teoria da eficácia imediata e direta associada à necessidade de ponderação entre a autonomia da vontade e o princípio da dignidade humana, de acordo com o caso concreto, é a mais apropriada, posto que, fornece critérios mais seguros para resolução da questão ora suscitada.

Por fim, reportando-se ao contexto brasileiro é importante lembrar que vivemos num país de grande desigualdade social, abalado em sua estrutura social, política e econômica por diversos fatores, onde os direitos fundamentais, descritos na Constituição Federal, infelizmente tendem para uma utopia, já que a opressão e a violação a eles, tanto pelo Estado como pelos particulares, ocorre de forma corriqueira.

Diante desse quadro, tornou-se imperativo lógico o reconhecimento da vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, para uma sociedade mais justa, digna e igualitária, sob pena de, pior do que um Estado absolutista, adentrarmos num Estado omissivo, que fecha os olhos para as arbitrariedades praticadas entre os indivíduos que nele residem. Desse modo, embora não esteja expressamente prevista na Constituição de 1988, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais tem o seu reconhecimento pelo o Supremo Tribunal Federal, que tem se posicionado de forma favorável a ela em suas decisões.

Não resta dúvida de que não cabe somente ao Estado a implementação dos

direitos humanos, também a sociedade civil organizada tem um papel importante na luta pela sua efetivação e é justamente essa luta que vai levá-los ao cotidiano das pessoas e determinar seu alcance em uma sociedade.

A contribuição maior desse estudo foi trazer para o meio acadêmico essa nova discussão a respeito da extensão dos direitos fundamentais ao setor privado, que até o momento foi tema de pouca abordagem e esparsa utilização, na expectativa de difundí-lo entre seus acadêmicos, deixando-os cientes da necessidade de sua aplicação nas negociações entre particulares para que se evite qualquer violação ou ameaça aos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL, Constituição de 1988. *Vade mecum acadêmico de direito*. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2004.

_____, Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 158215-4/RJ. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/>. Acesso em 01 nov. 2007.

_____, Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 161243-6/DF. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/>. Acesso em 01 nov. 2007.

_____, Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 201819/RJ. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/>. Acesso em 01 nov. 2007.

_____, Supremo Tribunal Federal. Hábeas corpus nº 82.424/RS. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/>. Acesso em 02 nov. 2007.

CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). *Leituras complementares de constitucional*. Salvador: Jus PODIVM, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

COSTA, Judiht Hofmeister Martins. *O Direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro*. 2007. Disponível em: jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=513&p=3_31k. Acesso em: 02 nov.2007.

COSTA JÚNIOR, Ademir de Oliveira. *A Eficácia horizontal e vertical dos direitos fundamentais*. 2007. Disponível em: jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9915_59k. Acesso em: 05 nov. 2007.

ERICSON, Sylvia. *Eficácia horizontal dos direitos fundamentais*. 2007. Disponível em: www.ucam.edu.br/pesquisas/jornada/013.pdf. Acesso em : 20 set. 2007.

FISCHER, Eduardo Ferreira. *Hermenêutica para Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais*.2006. Disponível em;

www.inisc.br/cursos/pos_graduacao/mestrado/direito/corpo_discente/2006_dissertacao/fischer.pdf. Acesso em: 25 out. 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOES DE ARAÚJO, Caroline Lobato. *Eficácia horizontal dos direitos fundamentais*. 2007. Disponível em: www.anamatra.org.br/opinião/artigos/br_artigos.afm?cod_. Acesso em: 22 out.2007.

HERKENHOFF, João Batista. *Alguns apontamentos sobre direitos humanos*. 2003. Disponível em: jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4836_51k. Acesso em: 20 Set. 2007.

HESSE, Konrad. *A força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. Título do original: *Die normative Kraft der Verfassung*.

MARINONE, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*. v. 1: Teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PINHO, César Rebello. *Teoria geral da constituição*. 2001. Disponível em: www.juristas.com.br/a_2968~p_1~protesto.fundamental. Acesso em: 10 set. 2007.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2001.

ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004.