

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL – UFRGS  
FACULDADE DE DIREITO – PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO -  
MESTRADO

Gabriel Menna Barreto von Gehlen

A eficácia contra particulares dos direitos fundamentais (*Drittwirkung*)  
sob enfoque de seus deveres de proteção (*Schutzpflichten*)

Porto Alegre

2006

Gabriel Menna Barreto von Gehlen

A eficácia contra particulares dos direitos fundamentais (*Drittwirkung*)  
sob enfoque de seus deveres de proteção (*Schutzpflichten*)

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do grau de Mestre, pelo programa de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Cezar Saldanha Souza Junior

Porto Alegre  
2006

## RESUMO

Trata-se de estudo de Direito Constitucional acerca dos direitos fundamentais. Inicialmente estudam-se os conceitos de direito subjetivo e de direito fundamental, elencando-se as suas assim chamadas “gerações”. Após, enfrenta-se a construção doutrinária dos “deveres de proteção” dos direitos fundamentais. De mão desses conhecimentos, volta-se o foco, na segunda parte, para a teoria da “eficácia contra particulares” dos direitos fundamentais. Inicialmente, ubica-se-a no fenômeno maior da “Constitucionalização do Direito Privado”. Após, enunciam-se as teorias contrapostas que se construíram para a explicação dessa “eficácia contra particulares”, apresentando-se solução de conciliação. Aborda-se também particularidade processual atinente à divisão de competências dos tribunais de Brasília (STF e STJ) para aplicação da “eficácia contra particulares”. Conclui-se, finalmente, sobre possibilidade de superação dos riscos que os detratores dessa teoria levantam, contanto que respeitados determinados marcos teóricos.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Dever de proteção. Schutzpflicht. Constitucionalização do Direito Privado. Eficácia contra particulares de direitos fundamentais. Drittwirkung. Jurisdição.

## Abstract

This is a study on Constitutional Law about fundamental rights. First are focused the concepts of subjectiv right, fundamental rights, and its “generations”. Afterwards the attention shifts to the “duty of protection” of the fundamental rights. In the second part, the doctrine of the “effect of fundamental rights against private individuals” and the opposing theories about it are researched, with the proposal of a conciliatory solution. Then, the particular division of judiciary competences in Brasilia (between STJ and STF) to enforce that doctrine is targeted. Finally, the study concludes in favour of the possibility of avoiding the risks presented by the enememies of that doctrine, if some theoretical marks are respected.

Key-words: Fundamental rights. Duty of protection. Schutzpflicht. Constitucionalization of Private Law. Effects against private individuals of fundamental Rights. Drittwirkung. Jurisdiction.

## SUMÁRIO

## A. Introdução

## Primeira Parte – Direitos fundamentais e sua tutela pelo Estado

## B. Conceito de Direitos Fundamentais.

## B.1. Conceito de Direito subjetivo

## B.2. Conceito de fundamentalidade

## B.3. Gerações de direitos fundamentais

B.3.1. Direitos de 1<sup>a</sup> geraçãoB.3.2. Direitos de 2<sup>a</sup> geraçãoB.3.3. Direitos de 3<sup>a</sup> geraçãoB.3.4. Direitos de 4<sup>a</sup> geraçãoC. Dever de proteção (*Schutzpflicht*) de direitos fundamentais

## C.1. Direitos fundamentais prestacionais

## C.2. Fundamentos do dever de proteção

## C.3. Deveres de proteção: ponte entre os direitos de defesa e os direitos prestacionais

## C.4. Condições para eclosão do dever de proteção

## C.5. Jurisdição e Deveres de proteção

## C.6. Conclusões parciais

## Segunda Parte – A Constitucionalização do Direito Civil

## D. Condicionantes do fenômeno

## D. 1. Do estado liberal ao estado social

## D. 2. A constituição revigorada

## E. Descrição e sistematização do fenômeno

## E.1. Regras jusprivatistas na constituição

## E.2. Garantias dos institutos

## E.3. Programa legislativo

## E.4. Interpretação orientada pela constituição

E.5. *Drittwirkung* dos direitos fundamentaisE.5.1. *Drittwirkung* indireta

## E.5.1.1. Mediação pelo legislador

## E.5.1.2. Mediação pelo juiz

E.5.2. *Drittwirkung* diretaE.5.3. *Drittwirkung* sob o enfoque dos *Schutzpflichten*F. Excurso: O paradoxo processual da *Drittwirkung* no Brasil

## G. Conclusão

## H. Bibliografia

## A. INTRODUÇÃO

1. Em 1940 o diretor Veit Harlan filmou *Jud Süß*. O enredo girava sobre a vida de *Joseph Ben Issachar Süßkind Oppenheimer* (1698 ou 1699-1738), um financista alemão de origem judaica que saneou o erário do ducado de Württemberg. Conselheiro do duque Karl Alexander, recomendou medidas inovadoras, típicas de uma economia de mercado, bem como impôs uma rígida política fiscal e monetária. Sua meteórica ascensão social e econômica, assim como suas impopulares políticas terminaram por gerar inveja e ódio não apenas nos mais aquinhoados, mas outrossim nos burocratas do ducado. Falecendo o duque, seu protetor, Süß foi preso no mesmo dia, acusado nada menos que de alta traição, lesa majestade, peculato, corrupção, advocacia administrativa, sacrilégio e... estupro! Mesmo sem prova de qualquer um dos crimes (especialmente no que toca ao estupro, as duas parteiras que examinaram a sedizente vítima afirmaram sua virgindade), acabou condenado à morte em 1738. Foi-lhe oferecida clemência, caso abjurasse sua fé. Porém, em face de sua recusa, seguiu-se sua execução, por morte na forca, no mesmo ano.

2. O filme de Harlan pouco caso fez da verdade histórica. Sua concepção artística sobre o personagem Süß -que reunia todos os estereótipos antisemíticos, como ganância, covardia e deslealdade- era harmônica com os fins do nacional-socialismo. No filme Süß *seqüestra e estupra* a ariana Dorothea, a qual, desonrada por um israelita, prefere cometer suicídio.

Não bastasse o estrondoso sucesso obtido na Alemanha, Heinrich Himmler ordenou que todos os integrantes da SS, membros da polícia e guardas de campos de concentração

assistissem o filme.<sup>1</sup>

3. Finda a II Grande Guerra, e após três absolvições em processos acerca de seu passado nazista, Harlan voltou à ativa filmando *A Amada Imortal* (*Unsterbliche Geliebte*), de 1950. Todavia, o que parecia uma plena reabilitação social sofreu grave percalço: na abertura da *Semana Alemã do Filme* de 20 de setembro do mesmo ano, Erich Lüth, na condição de Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, dirigiu-se a uma audiência de distribuidores e diretores de filmes de cinema, bradando:

*“A pessoa que menos se credencia para restaurar a necessidade de moralidade no cinema alemão, que inexistiu no Terceiro Reich, é o homem que dirigiu “Jud Süß” e escreveu o seu roteiro. Se justamente este homem for o escolhido para representar a indústria cinematográfica alemã, quem pode imaginar o dano que sofreremos em todo o mundo? É verdade que ele foi absolvido formalmente em Hamburgo, mas substancialmente a sentença foi condenatória. E eu quero que o cinema alemão mostre caráter também! Se ele mostrar caráter em sua imaginação, ousadia visual e soberba arte, ele merecerá todo o auxílio e conquistará o que necessita a fim de sobreviver: sucesso de público na Alemanha e internacionalmente”.*<sup>2</sup>

Receosa dos efeitos negativos que a cruzada moral de Lüth contra Harlan poderia acarretar para a carreira nos cinemas de “*A amada imortal*”, que produzira e distribuía, a produtora *Domnick-Film-Produktion Ltda* desafiou Lüth a justificar estes ataques. Não perdendo a oportunidade de resposta, pontualizou com ainda maior veemência sua indignação em carta aberta à imprensa:

*“A corte<sup>3</sup> não negou o fato de que durante boa parte do regime hitlerista Veit Harlan foi o diretor nazista de cinema número 1, ou que seu filme Jud Süß demonstrou que ele era um expoente comprometido com a limpeza homicida dos judeus. Alguns empresários aqui e no exterior podem não se opor ao ressurgimento de Veit Harlan, mas a integridade moral da Alemanha não pode ser destruída por argentários insensíveis. O seu retorno somente pode reabrir feridas ainda mal curadas, e ressuscitar uma descrença que seria fatal para a reconstrução da Alemanha. Por todas essas razões não é apenas direito, como*

---

<sup>1</sup> Hoje, qualquer apresentação pública da película filme na República Federal da Alemanha pressupõe prévia autorização administrativa e se fazer acompanhar de comentários. Sua comercialização, ademais, é proibida (informações obtidas na enciclopédia eletrônica Wikipedia: <http://de.wikipedia.org>).

<sup>2</sup> Citação extraída do relatório do acórdão Lüth, de 15/1/58 (BVerfGE 7, 198).

<sup>3</sup> Referência aos julgamentos de Harlan que deram pela sua absolvição.

*também dever de todos os alemães de protestar contra, e mesmo de boicotar este ignomioso representante da indústria cinematográfica alemã.”*

A produtora do filme imediatamente foi a juízo e obteve liminar em ação cautelar –confirmada na ação cominatória principal- que ordenava Lüth a se abster de novos chamamentos a boicote contra seu filme. A decisão foi confirmada pelo tribunal regional.

Contra esta decisão Lüth ingressou com um recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) –e entrou para a história do Direito- dando nome a um *leading case* do constitucionalismo contemporâneo, a *Sentença Lüth (Lüth-Urteil)*<sup>4</sup>, do Tribunal Federal Constitucional da Alemanha (*Bundesverfassungsgerichtshof* – BVerfG).

4. O paradigmático aresto da corte constitucional tedesca, dando provimento ao recurso de Lüth –considerando que sua liberdade de expressão fora indevidamente limitada pelas cortes ordinárias-, aplicou pela primeira vez a teoria que inspirou o presente estudo, a *Drittwirkung der Grundrechte*, ou *eficácia contra terceiros (contra particulares) dos direitos fundamentais*, segundo a qual os direitos fundamentais não apenas seriam oponíveis contra o Estado, mas também contra pessoas privadas.<sup>5</sup>

5. Nada obstante sua já considerável ancianidade –estando prestes a festejar seu cinqüentenário-, revela essa teoria tema ainda fértil para discussões doutrinárias, ademais de fundamental para a compreensão exata dos mecanismos de influência da Constituição sobre o Direito Privado. Mais se justifica seu exame, todavia, porque sua boa conformação doutrinária

---

<sup>4</sup> “Na Alemanha, com o Acórdão Lüth, dá-se início a uma teoria da constituição como compreendendo uma ‘ordem’ ou ‘sistema de valores’ (*Wertsystem*). A Constituição é desde então percebida não apenas como ‘ordem quadro’ para a ação (*Rahmenordnung*), mas ainda como base e fundamento de toda a ordem social. Um ‘sistema de valores’ constituído não apenas com base nos ‘direitos fundamentais’, mas ainda noutros princípios constitucionais como o princípio do ‘Estado de Direito’ e o princípio do ‘Estado Social’ (QUEIROZ, Cristina M. M. Direitos fundamentais – Teoria Geral. Coimbra Editora, 2002. pp. 175-6).

<sup>5</sup> Na realidade, o caso Lüth foi a primeira vez que uma *corte constitucional* deu agasalho a essa tese. Entretanto, já antes o *Tribunal Federal do Trabalho* alemão (*Bundesarbeitsgericht*), por influência de um de seus membros, H. C. Nipperdey, que publicara estudo pioneiro sobre o tema em 1954, já aplicara a *Drittwirkung* ainda nesse mesmo ano. (UBILLOS, Juan María Bilbao. La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares- Análises de la jurisprudencia del tribunal Constitucional. Boletín oficial del Estado y Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid. 1997. pp. 271-2)



é essencial para delimitar o poder judicial, que recebeu inaudito incremento com aceitação quase universal da eficácia normativa dos textos constitucionais.

6. Como noções prévias ao enfrentamento do tema principal, esborçar-se-ão os conceitos de direito subjetivo, depois o de direito fundamental. Após, analisar-se-á a teoria dos “*deveres de proteção dos direitos fundamentais*” (“*Grundrechtenschutzpflichten*”), chave para a exata medida daquela *eficácia contra terceiros*. Finalmente, numa segunda parte, inserir-se-á a *Drittwirkung* dentro do fenômeno maior da constitucionalização do Direito Privado, para em seguida efetivamente esmiuçar-se, na medida do possível, as características daquela teoria, seus riscos e limites.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> O recurso às fontes jurídicas estrangeiras, e especialmente a doutrina e jurisprudência alemãs, corresponde ao óbvio: nada obstante a produção nacional que se incrementa sobre o temário, com estudos de profundidade e qualidade inegáveis, há décadas os doutrinadores alemães estudam com afinco e operosidade o temário, num diálogo vivo com a jurisprudência constitucional, que aplica ativamente a *Drittwirkung*. Espera-se, com estes esclarecimentos, escapar-se à ácida censura de Alfredo Augusto Becker (no capítulo “*Fascínio pela “Kultur” germânica*” de seu *Carnaval Tributário*): “*Em matéria de teoria jurídico-tributária, não há o Berlim locuta est. Os alemães não descobriram tudo e aquilo que eles descobriram não é sempre a verdade pura e perfeita. Depois dos alemães, ainda há lugar para um esforço crítico pessoal de elucidação de pontos obscuros e até mesmo de abandono de conceitos deles recebidos* (Carnaval Tributário. 2ª ed. São Paulo: LEJUS, 1999. p. 111).

A utilização, no corpo do texto, de expressões em língua estrangeira, especialmente alemãs, se dá por sua adoção também em obras em outros idiomas –incorporadas, portanto, a uma Teoria Geral do Direito acatada internacionalmente-, e também para facilitar ao leitor pesquisas ulteriores sobre os temas correlacionados.

## B. CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS .

### B.1. CONCEITO DE DIREITO SUBJETIVO.

7. As considerações que seguem, e que dizem com o conceito de direito subjetivo, devem ser encaradas como mera introdução ao real objeto desta dissertação. Afinal de contas, se os *direitos fundamentais* não são senão *direitos subjetivos com características especiais*, e se o objeto primário deste estudo diz com uma particularíssima eficácia dos *direitos fundamentais* (a *Drittwirkung*), então uma exposição sobre a *Drittwirkung* que se pretenda isenta de lacunas –ao menos as evidentes, porque não se tem a veleidade de esgotar tão rico temário- deve se debruçar sobre esse encadeamento de conceitos: *eficácia contra particulares* como derivação dos *direitos fundamentais*, e direitos fundamentais como espécie de *direito subjetivo*. A ausência de qualquer destes conceitos na exposição, s.m.j., implicaria inadequado manejo da navalha ockhaniana. Fica desde já consignada, portanto, discordância com aqueles que advogam aos direitos fundamentais outra natureza que não a de direito subjetivo.<sup>7</sup>

Registre-se, ainda, que a literatura sobre o direito subjetivo, ademais de humanamente inabarcável pela sua extensão, revela acesa controvérsia sobre sua definição<sup>8</sup>, até pela pleora de posições jurídicas diversas que o conceito abarca.<sup>9</sup> Daí, pois, que a conceituação de direito subjetivo da qual se servirá é dotada de caráter meramente instrumental, de forma a permitir melhor entendimento dos institutos que constituem o cerne do estudo. Esse enfoque justifica a síntese que impregna este capítulo.

---

<sup>7</sup> Conferir, infra, item 32, remissão às opiniões abalizadas de Friedrich Muller, Robert Alexy, Claus-Wilhelm Canaris e Gilmar Mendes contrárias à construção do puro “caráter objetivo” dos direitos fundamentais, este tratado nos itens 29 e ss.

<sup>8</sup> “Tão copiosa literatura atesta o elevado grau de relevância que a doutrina confere à noção de direito subjetivo, mas ao mesmo tempo, julgando pelas intermináveis controvérsias suscitadas, assinala o quanto ela parece ter de fugidia e misteriosa. Com efeito, das provavelmente milhares de páginas escritas pelos mais qualificados juristas e filósofos até agora, a única certeza que transparece inabalável é a de que sempre se esteve muito longe de um acordo sobre o seu significado. Confessando idêntica sensação, Alexy observa que não obstante sua considerável duração e os muito intensos e amplos esforços realizados, a discussão sobre o conceito de direito subjetivo não conduziu a um consenso” (MARTINS NETO, João dos Passos. Direitos fundamentais: conceito, função e tipos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 21).

<sup>9</sup> Alexy, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Editora Suhrkamp, 3a ed. 1996, p. 169.

8. O “*coração do direito subjetivo*”, expressão célebre de Jean Dabin, é a idéia de *algo pertencer a alguém*, isto é, seriam eles dotados de “*appartenance*”. Em sua monografia sobre o direito subjetivo lançou o jurista gaulês sua tese, de que “*Todo derecho subjetivo supone un bien o valor ligado al sujeto-persona por un lazo de pertenencia, [...] de suerte que esa persona puede decir que esse bien o valor es suyo*”.<sup>10</sup>

9. Martins Passos, em sua valiosa monografia sobre o conceito de direitos fundamentais, atribui cinco idéias parciais ao conceito de direito subjetivo: atribuição de um bem a alguém; prerrogativa de disposição ou aproveitamento; correlação com um dever; possibilidade de emprego da coação em caso de violação e, por fim, fundamento em norma jurídica positiva.<sup>11</sup>

Conjugando estas propriedades, enunciou o autor seu conceito, definindo o direito subjetivo “*como a prerrogativa ou possibilidade, reconhecida a alguém e correlativa de um dever alheio suscetível de imposição coativa, de dispor como dono dentre de certos limites, de um bem atribuído segundo uma norma jurídica positiva*”.<sup>12</sup>

10. Somar-se-ia assim, ao critério da “*pertinência*”, especialmente a coatividade como marca do direito subjetivo, a qual veio assim descrita por Bobbio:

*“Em outras palavras, direito e dever são as duas faces da relação jurídica, que não podem estar uma sem a outra. Dizer que o direito permite e não ordena seria*

---

<sup>10</sup> Idem, p. 25, nota 25. Segundo o autor citado, “*o dado mais aparente e revelador de um direito (no sentido subjetivo) está na vantagem que ele representa, ou seja, naquele conjunto de prerrogativas, faculdades ou poderes de atuação (utilização, renúncia, alienação, defesa etc.) que aproveitam ao titular. Reduzir a isso, todavia, o conceito de direito subjetivo, implicaria ocultar que as possibilidades de agir (criticar a política do governo, construir ou plantar sobre a terra, ceder o crédito, contratar a edição de um livro, repelir a agressão etc) só existem como decorrência da reserva primeira do bem sobre o qual incidem ao sujeito que está autorizado a exercê-las. Realmente, numa sociedade civilizada, as prerrogativas jurídicas de aproveitamento dos bens da vida não se apóiam no arbítrio, na conquista pela força, mas no elo de propriedade reconhecido que vincula a coisa à pessoa. Embora relevantes, traduzindo a dimensão utilitária dos direitos subjetivos, as prerrogativas não deixam de ser uma consequência da atribuição do bem ao sujeito, não subsistindo à falta desta. Do que segue certo que, na caracterização do direito subjetivo, não é possível prescindir da idéia inicial de um bem atribuído a alguém. Dabin estava, pois, pleno de razão ao considerar que exatamente nesse ponto se encontra o “*coração do direito subjetivo*” (Idem, p. 30-31).*

<sup>11</sup> Idem, p. 74

<sup>12</sup> Idem, p. 77. O autor sustenta que os interesses difusos e coletivos merecem por igual a designação direitos, já que se vislumbra neles também a idéia de atribuição a alguém de um determinado bem, o que não é elidido pela circunstância desse bem (o meio-ambiente, *exempli gratia*) ser titularizado, de foram indivisível, por um grupo de pessoas ou pela humanidade em geral (idem, p. 33).

*como ver o fenômeno jurídico desde um só ponto de vista, e não aceitar, por conseguinte, que o direito permite só enquanto ao mesmo tempo ordena*<sup>13</sup>.

11. Todavia, reparos há que ser feitos. No que toca à característica da disponibilidade, não se faz ela presente na categoria dos direitos indisponíveis. Ademais, superada a concepção segundo a qual o exercício do direito depende unicamente do interesse de seu titular (“dispor como dono”), o que dá mostras a teoria do abuso do direito<sup>14</sup>. Alexy remete ainda à intricada questão, geradora de controvérsias acerbadas, justamente acerca da existência de direitos (e, *a fortiori*, normas jurídicas), desprovidos de proteção/sanção.<sup>15</sup> Conclui então o mestre de Kiel, que de duas alternativas de definição direito subjetivo, uma que o limite a poucas posições jurídicas (com sanção) –e que provoca uma interminável discussão sobre quais seriam elas– melhor aquela, mais ampla e geral, dentro da qual se permitam distinções entre categorias de direitos.<sup>16</sup>

12. Propõe então Alexy uma repartição analítica dos direitos subjetivos públicos (vez que seu foco, simétrico ao que inspira o presente estudo, são os direitos fundamentais, em primeira linha voltados contra o Estado) em três categorias: a dos direitos a algo, a das liberdades, e das competências.

12.1 Os primeiros se subdiviriam em direitos a ações negativas/abstenções estatais (direitos de defesa) e positivas (estes, por sua vez, subdivididos em direitos a prestações fáticas e a prestações normativas). Seu par no Direito Privado seria, na nomenclatura de Mota Pinto, os

---

<sup>13</sup> Teoria General del Derecho, p. 83, *apud* Martins Passos (ob. cit. p. 43), segundo o qual autores do porte de Ferrajoli e Comparato atribuem a natureza de direitos subjetivos àqueles consagrados em convenções e tratados internacionais, excluindo do conceito de direito subjetivo, por conseguinte, o elemento coatividade. Segundo o constitucionalista, todavia, a mutilação conceitual resulta evidente, eis que atribuir algo a alguém pressuporia o reconhecimento da garantia dessa atribuição nos casos de violação ou ameaça, “*pois atribuir sem tornar defensável é o mesmo que não atribuir o que quer que seja*”, arrematando então Martins Neto que ao “*sustentar a vigência universal dos direitos humanos internacionais e, assim a sua vocação à justiciabilidade em qualquer circunstância, inclusive perante as jurisdições nacionais, Ferrajoli e Comparato menos não fazem do que reivindicar para tais direitos uma coatividade inerente, de modo que estão eles próprios a confirmar a íntima relação entre direito e coerção*” (ob. cit. p. 51).

<sup>14</sup> Mota Pinto, Carlos Alberto da Mota. Teoria Geral do Direito Civil. 4ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 181.

<sup>15</sup> Theorie der Grundrechte, cit., p. 168.

<sup>16</sup> Idem p. 170.

direitos subjetivos *stricto sensu*, que se repartiriam entre direitos de crédito, direitos reais e direitos da personalidade.<sup>17</sup>

12.2. As liberdades –que o próprio Alexy reputa dos conceitos menos claros do Direito-, estas viriam conectadas indissolúvelmente a uma permissão jurídica, tendo por objeto seja uma alternativa de ação (fazer ou não fazer, ou liberdade negativa) ou somente a uma ação (liberdade positiva). As liberdades poderiam ainda se diferenciar entre econômicas e jurídicas, aquelas cuja garantia exigem eventualmente direitos a ações positivas (prestações materiais) do Estado, a estas bastando um correspondente direito a omissão (ou de defesa): ainda que o indivíduo tenha liberdade jurídica para viajar ao estrangeiro, podem lhe faltar os meios financeiros para tanto, i.e., a liberdade econômica. Há, por fim, uma última dissociação, entre liberdades desprotegidas (não conectadas a um direito de defesa contra o Estado, mas apenas a uma permissão precária) e protegidas (por uma norma de direito fundamental permissiva, que gera a invalidação de normas infraconstitucionais que estorvem a liberdade; ou por meio de direitos fundamentais a prestações, sejam materiais, sejam normativas, como na proteção contra terceiros por meio de sanções penais, que possibilitem ao titular da liberdade seu efetivo exercício).

12.3 Por fim, Alexy insere, no quadro dos direitos subjetivos, as competências ou poderes jurídicos, por meio dos quais seus titulares promovem alterações nas situações jurídicas (poder de casar, de adquirir propriedade, de testar). A traçar-se um paralelo com a Teoria Geral do Direito Privado, e assemelham-se aos ali estudados “direitos potestativos” ou “formativos” (constitutivos, modificativos e extintivos).

Note-se mais uma vez o nítido entrecruzamento dessas tipologias de direitos subjetivos. A liberdade de contratar, por exemplo, pode ser limitada se se elimina um

---

<sup>17</sup> Pinto, Carlos Alberto da Mota. Teoria Geral do Direito Civil. 4ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.. p. 182.

determinado poder/competência de dispor sobre determinados bens, o que só é possível se não se vislumbre um direito a prestação negativa que proíba essa limitação. Ao mesmo tempo, a criação de uma competência implica uma nova alternativa de ação (uma nova liberdade), sendo que liberdades também podem ser criadas tanto por prestações materiais fáticas como normativas. Em qualquer uma dessas três hipóteses de criação de novas liberdades, a contrapartida é a criação de não-liberdades (competências geram deveres/sujeições; normas penais geram proibições de ações, sob pena de sancionamento; e prestações fáticas acarretam tributos, retirando meios de outros, limitando-lhes por conseguinte a liberdade).<sup>18</sup>

13. Por fim, uma última classificação, talvez a mais importante, proposta originalmente por Alexy, entre direitos *prima facie* e direitos *definitivos*. Os primeiros decorrem de normas-princípios, enquanto os segundos decorrem de normas-regras. Fala-se de direitos *prima-facie* porque, uma vez que ancorados num princípio, potencialmente outro princípio que se lhe contraponha pode prevalecer em determinada hipótese concreta; porém, se o primeiro princípio –que justifica o direito *prima facie*- preponderar no caso concreto, então se fala de direito *definitivo*, decorrente da norma particular produzida mediante interpretação pelo juiz/administrador, sujeito à proteção e execução.

---

<sup>18</sup> A taxionomia apresentada foi extraída do *Theorie der Grundrechte*, cit. pp. 171-224.

## B. 2. CONCEITO DE FUNDAMENTALIDADE

14. Sinteticamente enunciado o conceito de direito subjetivo, enfrenta-se então a sua adjetivação “*fundamental*”.

A expressão *direitos fundamentais* tem origem na Constituição alemã aprovada na Igreja de São Paulo, em Frankfurt, em 1848. Aí, com efeito, nos termos do disposto no seu art. IV, par. 25, proceder-se-ia ao estabelecimento de um catálogo dos “*direitos fundamentais do Povo alemão*” (“*Grundrechte des deutschen Volkes*”). O qualificativo “fundamental” marcava a natureza declaratória dos direitos assim reconhecidos, sua *pré-estatalidade*. E porque não eram criações do Estado, este tampouco gozaria de disponibilidade sobre aqueles direitos.<sup>19</sup>

15. Pois bem. Muito conhecida é a definição de direitos fundamentais que os toma como direitos os quais, por revelarem especial importância, não são disponíveis pelas maiorias parlamentares.<sup>20</sup> Trata-se, bem se vê, de conceito simultaneamente material e formal. E não podia ser diferente, afinal, uma e outra definição são indissociáveis no momento de conceituar a fundamentalidade dos direitos: decidir-se se um direito pode ser deixado à

---

<sup>19</sup> QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais – Teoria Geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 26

<sup>20</sup> “*Direitos fundamentais são posições que, de tão importantes, não podem ter relegada sua garantia ou não garantia à maioria parlamentar simples* (“*Grundrechte sind Positionen, die so wichtig sind, dass ihre Gewährung oder Nichtgewährung nicht der einfachen parlamentarischen Mehrheit überlassen werden kann*”). (Alexy, Robert. *Theorie der Grundrechte*, p. 406).

O Justice Robert Jackson, votando em *West Virginia v. Barnette* (1943), enunciou conceito análogo: “*The very purpose of a Bill of Rights was to withdraw certain subjects from the vicissitudes of political controversy, to place them beyond the reach of majorities and officials and to establish as legal principles to be applied by the courts*”.

Também este o conceito do grande constitucionalidade da República de Weimar, Carl Schmitt, para o qual “*Os direitos fundamentais são aqueles direitos que reverberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança ou são imutáveis (unabänderliche) ou pelo menos de mudança dificultada (erschwert), a saber, direitos unicamente alteráveis mediante lei de emenda à Constituição*” (Verfassungslehre, p. 162/173, apud Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores. 13 ed. 2003. p. 561).

maioria, depende do prévio acerto acerca de sua essencialidade, i.e, sua importância para a sociedade<sup>21</sup>.

Os direitos fundamentais seriam, nessa ordem de idéias, um sinal de “desconfiança” para com o legislador, mormente após os traumas do séc. XX, que resultaram no “*cemitério de todas as constituições escritas*”, pondo a pique teorias constitucionais fundadas na “*infallibilidade da lei*”, comprometendo a concepção do legislador como protetor dos direitos fundamentais e a teoria da “vontade da maioria” assimilada à “vontade geral”.<sup>22</sup>

16. Sem embargo, a indisponibilidade tão apenas ao legislador ordinário –como resulta dos conceitos antes enunciados- é ainda insuficiente para se apreender o exato sentido da *fundamentalidade*. Como ensina João dos Passos:

---

<sup>21</sup> “A *fundamentalidade material*, por sua vez, decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da Sociedade” (Sarlet, A eficácia dos direitos fundamentais. 2ª ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 81).

A essencialidade, por exemplo, explica que aos direitos de personalidade seja conferida a dignidade de direitos fundamentais, como ensina Mota Pinto: “*são [os direitos da personalidade], neste sentido, o correspondente privatístico para a tutela de certos bens da personalidade pela Constituição da República Portuguesa*” (Pinto, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. In A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado/ José Luís Bolzan de Morais ... [et al.]; org. Ingo Wolfgang Sarlet – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 65).

Quanto a essa “*essencialidade*”, pode-se adiantar que inexistente critério absoluto para seu indiciamento. Esta era a ilusão dos jusnaturalistas, a de que tudo poderia ser deduzido da natureza humana, valendo então suas conclusões para todo o gênero humano, irrestritamente. Na verdade, o fundamento dos direitos fundamentais são os próprios valores que pretendem realizar. E como crismou Bobbio, “*valores não se justificam, se assumem*”. Deveras, não existe fundamento absoluto porque os direitos humanos são historicamente relativos. Relativismo este, como ressalta o jusfilósofo italiano, que não é de ser temido. Muito pelo contrário, ele é o próprio substrato de certos direitos fundamentais, tais quais a liberdade de opinião ou de religião (ob. cit., p. 17-19). Ao ensejo, o escólio de Benedetto Croce, citado por Lafer, para o qual os direitos humanos não se tratam “*de demandas eternas, senão apenas de direitos históricos, manifestação das necessidades de tal ou qual época e intentos de satisfazer estas necessidades*” (LAFER, Celso. A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hanna Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 2001, p. 124).

De toda forma, ao contrário do sustentado pelo jusnaturalismo, não basta a justificação do direito para sua realização (*potência da razão*). A dificuldade em fundamentá-los, a rigor, parece hoje superada, vez que se conta hoje com uma declaração universal de direitos (*consensus omnium gentium ou humani generis*), chegando Bobbio a expressar sua –grata- perplexidade: “*Não sei se se tem consciência [...] que, pela primeira vez, um sistema de princípios fundamentais da conduta humana foi livre e expressamente aceito, através de seus respectivos governos, pela maioria dos homens que vive na Terra*” (A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 28)”.

Superada a questão da fundamentação dos direitos fundamentais, resta a de sua execução, que diz com política, e não com filosofia, como também escreveu o jurista peninsular: “*O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los mas o de protegê-los*” (ob. cit. p. 24).

<sup>22</sup> QUEIROZ, Cristina M. M. Direitos fundamentais – Teoria Geral. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 20-21.



“A rigor, ela [a indisponibilidade ao legislador ordinário] se liga muito mais ao princípio da supremacia do que à noção de fundamentalidade. Realmente, todas as normas constitucionais são indisponíveis ao legislador ordinário em função de sua posição hierárquica e qualquer direito reconhecido na constituição goza, por isso, de igual vantagem.” [...]

“Por isso, a imunidade em face do legislador ordinário, assentando apenas sobre a relação de preferência de um poder normativo superior em face de um poder normativo inferior, não traduz a diferença entre um direito fundamental e outro não-fundamental”<sup>23</sup>

Com efeito, o critério *formal* indicador da *fundamentalidade* deve ser buscado no par. 4º do art. 60 da Constituição<sup>24</sup>. Pois direitos subjetivos constitucionais há que não estão incluídos naquela moldura normativa, do que resulta a óbvia clivagem, entre, de um lado, os protegidos por uma cláusula pétrea e, de outro, os que nela não encontram amparo, dotando aqueles de qualidade própria, que aos restantes falta. Daí a máxima de Martins Passos: “*fundamental leva a pétreo e fundamentalidade conduz à intangibilidade*”.<sup>25</sup>

Não fosse assim, e quaisquer direitos presentes no texto constitucional, por esta só circunstância, já seriam guindados à categoria de fundamentais. Seria a hipótese, v.g., do regime de seguridade de ex-combatentes prevista no art. 53 da ADCT<sup>26</sup>. Naturalmente que a inserção na Constituição de um direito, ainda que fora do rol dos fundamentais, já lhe confere uma dignidade toda especial, ademais de se lhe emprestar uma rigidez própria, vez que

---

<sup>23</sup> MARTINS NETO. Ob. cit. p. 81-3

<sup>24</sup> § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais.

<sup>25</sup> Martins Neto, João dos Passos. Direitos fundamentais: conceito, função e tipos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 86. Trata-se, justamente, da definição formal proposta por Hesse: *fundamentais são aqueles direitos que o ordenamento reputa como tais* (Bonavides, ob. cit., p. 560). Nem tão livre de disputas é o critério na Espanha, onde a jurisprudência do Tribunal Constitucional é majoritária no sentido de definir a fundamentalidade do direito por sua defesa mediante o recurso de amparo. Esse remédio processual não protege todos os direitos previstos na Constituição espanhola. Tão só, segundo a jurisprudência dominante, os fundamentais.

<sup>26</sup> Exceptuando-se, por certo, as hipóteses em que o combatente já adquirira o direito ao benefício previdenciário. Aí, diversamente, incidiria a proteção constitucional da aludida cláusula pétrea.

somente autorizada sua abolição mediante o quórum qualificadíssimo da emenda constitucional. Mas, como visto, não importa apenas a rigidez característica das normas constitucionais para definir-se qual direito é fundamental, senão aquela blindagem definitiva e impenetrável decorrente da cláusula pétrea.

17. Esclarecido este ponto, e pode-se ferir o aspecto material da fundamentalidade, até para se elidir a crítica eventual contra o conceito adotado, ao argumento de que confundiria o efeito (cláusula pétrea) com a causa (essencialidade social)<sup>27</sup>: é que num Estado de Direito, democraticamente legitimado, a escolha, dentre uma miríade de direitos, daqueles merecedores de anexação de uma cláusula pétrea, é justamente reveladora da opinião do poder constituinte originário de que se tratam de bens sem os quais é não possível viver em hipótese alguma. Fundamental, portanto, corresponde a pétrea.<sup>28</sup>

Tão apenas *a latere*, a fim de se se obviar lacuna expositiva, vale lembrar ainda a concepção material de direitos fundamentais que os reconduz, com maior ou menor imediatidade, ao princípio da dignidade da pessoa humana, de forma que todos eles seriam emanção daquele norte axiológico.<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> “*Dir-se-ia então que o erro está em supor que os direitos fundamentais são fundamentais porque são intangíveis, quando na verdade é bem o contrário o que ocorre: simplesmente, eles são intangíveis porque são fundamentais, vale dizer, são primeiro fundamentais e só depois intangíveis. Daí ser impróprio tentar definir a fundamentalidade, que é a causa, pela intangibilidade, que é o efeito. É um argumento sutil, mas que não resiste à contradita.*” (MARTINS NETO, ob. cit., p. 87).

<sup>28</sup> Idem, p. 87-8.

É a positivação dos direitos fundamentais que traça sua fronteira em relação aos direitos humanos, assim considerados aqueles consagrados em diplomas internacionais, desprovidos, portanto, de justiciabilidade. Assim, o *Apartheid* não acarretaria violação a direitos fundamentais, porque não previstos como tais no regime constitucional então vigente na África do Sul, mas sim em violação aos direitos humanos, conforme lição de Perez Luño (*Derechos Fundamentales*, p. 48, apud Martins Passos, p. 138). Essa terminologia aparece também em SARLET (A eficácia dos direitos fundamentais. 2ª ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 33). Bonavides, a seu turno, a diferença seria mais “geográfica”: direitos fundamentais seria expressão utilizada na Europa, especialmente Alemanha, e direitos humanos na América (BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 13 ed. Malheiros Editores. 2003, p. 560).

<sup>29</sup> Confira-se sobre o assunto “A eficácia dos direitos fundamentais”, de Ingo Sarlet (2ª ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 119), com ampla análise e crítica da concepção, porquanto haveria direitos fundamentais que dificilmente se poderiam deduzir, ao menos de forma mais direta, da dignidade humana.

Importa referir, nessa esteira, que direitos fundamentais não são apenas aqueles *expressamente* reconhecidos no texto constitucional. Eles podem decorrer tão apenas do reconhecimento pela práxis jurisprudencial constitucional, mormente em ordenamentos constitucionais sintéticos, como os EUA, a partir do que passam a contar com o pálio da cláusula pétrea. A Suprema Corte americana, por exemplo, inferiu o direito à

18. Esta natureza intocável dos *jura* fundamentais é que justifica qualificá-los primordialmente de “direitos contra o Estado”. Porque fundamentalidade implica defesa inclusive contra o constituinte derivado, órgão estatal máximo<sup>30</sup>. Ora, direitos, em geral, como já antes abordado, são marcados pela coatividade. O diferencial dos direitos fundamentais, pois, é serem *extraordinariamente cogentes*, obrigando inclusive o constituinte derivado. Posto de outra forma, é-lhes próprio serem “contra o Estado” (o que, como se verá adiante, não implica retirar-lhes eficácia também contra particulares).

A existência de direitos fundamentais cuja eficácia é voltada clara e primordialmente contra os *particulares*, como o direito de greve -oponível pelo empregado contra o empregado-, não abala a tese. Repise-se então uma vez mais: o que faz *fundamentais* os direitos é justamente a característica -ao lado de uma *potencial e eventual* oponibilidade também contra particulares- de serem outrossim alegáveis *contra o constituinte derivado*.

---

privacidade, sem expressa consagração no texto original ou nas emendas da constituição, de uma série de outros preceitos, como por exemplo a proteção contra buscas e ordens desarrazoadas (Cristina Queiroz, ob. cit., p. 93-95). Sobre a abertura constitucional para novos direitos fundamentais, indispensável a consulta ao “Eficácia dos direitos fundamentais”, de Ingo Sarlet (ob. cit., p. 83 ss.).

<sup>30</sup> Martins Neto, ob. cit, p. 90.

### B. 3. GERAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

19. Bonavides, com sua invulgar percepção, atribui ao lema revolucionário francês – *liberté, égalité, fraternité*– a antevisão do progressivo reconhecimento dos direitos fundamentais<sup>31</sup>. Aliás, a consagração histórica por etapas desses direitos autoriza sua consideração, por Bobbio, como *signum prognosticum* (sinal premonitório) da evolução moral da espécie humana, decorrente da progressiva consciência da penúria e da infelicidade dos semelhantes, e da também crescente insuportabilidade desses<sup>32</sup>. Assim, a abolição da pena de morte, os movimentos ecológicos e pacifistas, os direitos sociais especialmente, todos eles seriam resposta a essa *consciência moral* cada vez mais desenvolvida<sup>33</sup>. Daí, portanto, se falar em direitos fundamentais de 1ª, 2ª e 3ª gerações (ou direitos “*de liberdade*”, de “*igualdade*”, e de “*fraternidade*”, respectivamente)<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> Curso de Direito Constitucional, p. 562

<sup>32</sup> Emblemática a lição de Catharine MacKinnon: “*detrás de todo derecho está la história de alguien, alguien cuya sangre, si uno lee con atención, escurre entre líneas. El texto no engendra texto, la vida sí*”. (Crímenes de paz. In: Shute, Stephen; Hurley, Susan. De los derechos humanos: las conferencias Oxford Amnesty de 1993. Madrid: Trotta, 1998, p. 88, apud Coutinho. Aldacy Rachid. A autonomia privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores. In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado/ Aldacy Rachid Coutinho... [et. Al]; org. Ingo Wolfgang Sarlet. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

<sup>33</sup> A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992 pp. 52-5. É a constatação outrossim de Bonavides: “*Se bem examinarmos a evolução dos documentos declaratórios dos direitos humanos desde o século XVIII aos nossos dias, verificaremos talvez, com certa surpresa e júbilo, que há uma constante e uma lógica nos sucessivos graus históricos de sua qualificação*” (Curso de Direito Constitucional, Malheiros Editores, 13ª ed. 2003). A *vis expansiva* dos direitos fundamentais trata-se, por certo, de tendência universal, mas que também se sujeita, infelizmente, a eventuais regressos, do que é exemplo o estado nazista, que sucedeu a Constituição de Weimar, prenhe de boas intenções, inclusive com reconhecimento marcante de direitos sociais (Martins Neto, ob. cit., p. 99).

<sup>34</sup> É corriqueira a crítica à expressão “gerações” de direitos, porquanto veicularia a idéia de sucessão de uma por outra, quando na realidade os direitos de todas as três “gerações” convivem –em estado de tensão, é verdade– contemporaneamente. Daí, portanto, a expressão alternativa “dimensões” (conferir, a respeito, SARLET, INGO. A eficácia dos direitos fundamentais. 2ª ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 48-50)

### B.3.1. 1ª Geração de Direitos

20. Correspondem à 1ª geração os direitos civis (liberdades públicas) e os direitos políticos. Aqueles correspondem a direitos de defesa contra o Estado, estes a meios de participação na condução da vontade estatal. Na clássica teoria dos *status* de Georg Jellinek<sup>35</sup> (que pretendeu sistematizar as posições individuais –*status*– perante o Estado, de acordo com a titularidade dos direitos subjetivos públicos), corresponderiam, respectivamente, ao *status negativus* e ao *status activus*.

A conformação do primeiro *status* (*negativus*) é fruto dos direitos de defesa (*Abwehrrechte*), ou direitos de liberdade, definidores que são de esferas de ação autônoma, excludentes da intervenção do Estado. Importavam, portanto, em liberdade contra ou “do” o Estado (*Freiheit vom Staat*), correspondendo, na imagem poderosa de Giorgiani, à “*fechada fortaleza da atividade do indivíduo e ao conjunto da sua defesa sobre o terreno da economia*”<sup>36</sup>. Os habitantes de Concord, Massachussets, quando se dirigiam à convenção que aprovou a declaração de Direitos da Virgínia de 1776 (que se seguiu à Declaração de Independência dos EUA, do mesmo ano), resumiram a finalidade da Constituição e, reflexamente, dos direitos de liberdade: “*Nós concebemos que uma constituição em seu sentido próprio pretende um sistema de princípios estabelecidos para assegurar o indivíduo na posse e gozo de seus direitos e privilégios, contra quaisquer perturbações do governo*”<sup>37</sup>. Nesse sentido, marcavam os direitos de liberdade as lindes entre o Estado e o “Não Estado”<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2a ed. 1919, pág. 124, apud PIEROTH, Bodo e SCHLINK, Bernhard. *Staatrechte II, Grundrechte*, Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 14ª edição, 1998, pág. 17.

<sup>36</sup> O Direito privado e suas fronteiras atuais. *Revista dos Tribunais*, v. 747 (jan/98), p. 35).

<sup>37</sup> “*We conceive that a a constitution in its proper idea intends a system of principles established to secure the subject in the possession and enjoyment of their rights and privileges, against any encroachments of the governing part*” (QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais – Teoria Geral*. Coimbra Editora, 2002. p. 37).

21. Por fim, na esfera do *status activus*, o indivíduo pode exercer a sua liberdade *no e para o Estado (im und für den Staat)*<sup>39</sup>. Ela é conformada pelos assim chamados direitos de cidadania e nacionalidade, que autorizam o indivíduo a votar e ser votado e a ingressar no funcionalismo público.

Também se incluíam na primeira geração (ou dimensão) os direitos de igualdade formal (igualdade perante a lei), assim como garantias de natureza processual, como a cláusula do *due process*, o *habeas corpus*, e o direito de petição<sup>40</sup>.

---

É ainda possível reconhecer, como contemporâneo histórico desses direitos fundamentais de 1ª geração (dos quais derivava o *status negativus e activus*), o *status positivus*, indicador de hipóteses em que o indivíduo não podia gozar de sua liberdade *sem o Estado*. E porque se tratava de construção norteadas pelo Estado Liberal, a tutela judicial era a “*mais significativa pretensão irradiada do centro do status positivus*” (“*bedeutsamste gleichsam aus dem Zentrum des positiven Status entsprechende Anspruch*”. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2a ed. 1919, pág. 124, *apud* Pieroth/Schlinck, ob. cit., p. 17), daí falar-se num “*status positivus libertatis*”. A proteção contra ameaças internas e externas, através de forças militares e policiais, representam ainda outra eminente tarefa do Estado Liberal. Sintomático acerca desse estado de coisas o diálogo lobrigado por Kant e lembrado por Michele Giorgiani, em que o rei pergunta aos comerciantes o que poderia fazer por eles, ao que respondem: “*Sir, procure-nos boa moeda e a segurança das estradas e o resto deixe por nossa conta*” (ob. cit., p. 47, nota 38).

Em síntese, o organismo estatal limitava-se a proporcionar aos indivíduos o exercício pacífico e sem interferências de suas liberdades (crença, opinião, iniciativa, imprensa, reunião, artística, etc), a fim de que desenvolvessem autonomamente suas potencialidades econômicas e culturais. Lembre-se, entretanto, a advertência de Hesse, sobre os direitos de liberdade, mesmo assegurados constitucionalmente, exigem concretização normativa por obra do legislador estatal: mesmo em relação ao *status negativus*, portanto, não se pode falar de um absoluto dever de abstenção do estado, eis que por vezes se lhe impõe um agir –legislando– para concretizá-lo (HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal Alemã*. Tradução da 20ª ed. alemã por Luís Afonso Heck. Fabris., p. 248). Trata-se, justamente, do já abordado “direito a prestação normativa”, aventado por Alexy.

Mais adiante, com a evolução histórica e moral de que fala Bobbio, a este *status positivus* se agregaria o filho dileto do Estado Social de Direito, os *direitos a prestações materiais*, e, em tempos mais recentes, os direitos de participação em procedimentos: “[...] o *status positivus* é o reino das exigências, das postulações e das pretensões com que o indivíduo, dirigindo-se ao Estado, constrói socialmente as condições da liberdade concreta e efetiva” (Bonavides, ob. cit., p. 646), ou seja, um *status positivus socialis* (Cristina Queiroz. *Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justiciabilidade*. In Silva, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores. 2005, p. 178).

Apenas a fim de retratar em sua integralidade a teoria de Jellinek, cogitou ele ainda do *status subjectionis*, ao qual não correspondia qualquer direito, senão situação de submissão ao Estado (serviço militar, v.g.).

<sup>38</sup> Lafer, ob. cit., p. 126.

<sup>39</sup> Pieroth/Schlinck, ob. cit., p. 18.

<sup>40</sup> SARLET, INGO. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 51.

### B.3.2. 2ª Geração de Direitos

22. A concepção liberal, segundo a qual o Estado deveria intervir o mínimo possível na esfera de liberdade do indivíduo é substituída, no Estado Social<sup>41</sup>, por uma intervenção na medida necessária a fim de criar as condições de um efetivo e real exercício das liberdades. Este, não outro, o efetivo *telos* dos direitos sociais. Têm eles por objeto especialmente prestações fáticas do Estado em favor dos menos aquinhoados, como o direito à saúde, à educação, à previdência e assistência sociais, para nomear apenas alguns<sup>42</sup>. Diz-se “especialmente”, pois se pode identificar outrossim direitos de segunda geração com típica feição de direitos de defesa, como o direito de greve e de liberdade sindical.<sup>43</sup> Repisa-se, portanto, que o critério efetivamente decisivo para sua definição é o teleológico: direitos sociais são aqueles que visam atenuar situações provocadas pela penúria, garantindo assim uma existência digna aos indivíduos<sup>44</sup>.

23. Constata-se, bem verdade, acesa controvérsia acerca da inserção dos direitos sociais no rol dos direitos fundamentais, porquanto careceriam eles -os prestacionais- de exigibilidade ou, como preferem outros, justiciabilidade, revelando meras “*not self enforcing rules*”, para se usar expressão vetusta e consagrada do constitucionalismo americano. Sem embargo, estamos com aqueles que os colocam sim sob a proteção da cláusula pétrea do art. 60, par. 4º, da CF. Primeiro, porquanto os ali expressamente previstos “direitos individuais”

---

<sup>41</sup> Conferir, adiante, itens 63-64.

<sup>42</sup> Daí se lhes chamar, outrossim, *direitos de crédito*, do indivíduo em relação à coletividade.

<sup>43</sup> Queiroz, p. 149. No mesmo sentido Martins Neto: “*Os direitos trabalhistas [...] catalogados entre os direitos sociais, são, em grande número, direitos de abstenção, ao modo dos direitos liberais em geral, e não têm necessária nem exclusivamente, como sujeito passivo da relação jurídica de direito material, o poder público*” (ob. cit. p. 175).

<sup>44</sup> “*Decerto, é pela identidade nos fins que figuras como o direito ao repouso semanal remunerado, o direito de greve, o direito ao ensino público gratuito acabam irmanadas debaixo da mesma rubrica dos direitos sociais. Em todos esses casos, é nítida a coincidência no escopo de proteger categorias de pessoas débeis. De fato, é sempre uma situação de inferioridade, dependência ou privação que os direitos sociais procuram remediar [...]*” (Martins Neto. Ob. cit., p.167).

por certo compreendem considerável número de direitos sociais, fruíveis individualmente (salário mínimo, 13º salário, remuneração do trabalho noturno etc).

Mas, mais relevante, porquanto a decisão fundamental do constituinte originário foi em prol de um “*Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento a igualdade e a justiça*”, como *expressamente* disposto no preâmbulo da Carta Constitucional.

Por igual, consistem os direitos sociais em pressupostos para o efetivo gozo dos direitos de 1ª geração<sup>45</sup>, razões estas, elas todas, acionadoras da cláusula de extensão do art. 5º, par. 2º da CF/88<sup>46</sup>.

E por fim, porque a bem da verdade se lhes pode sim conferir justiciabilidade, ainda que em graus diferenciados de eficácia: os direitos sociais que assumem forma de liberdades (sindical e de greve, v.g.), ou os prestacionais contra particulares (salário mínimo, 13º salário, remuneração do trabalho noturno) recebem tutela estatal adequada por meio da Justiça Laboral; direitos sociais vulnerados por ação estatal (lesão à saúde por medicamentos estragados no SUS, violação ao direito de moradia por desconsideração judicial da impenhorabilidade do imóvel familiar<sup>47</sup>) são também judicializáveis, gerando seja

---

<sup>45</sup> Tratam-se das conspíquas razões traçadas por Martins Neto, que se tomam de empréstimo (ob. cit. p. 174). A opinião do mestre catarinense recebe o reforço de Bonavides: “*Enfim, só uma hermenêutica constitucional dos direitos fundamentais em harmonia com os postulados do Estado Social e democrático de Direito pode iluminar e guiar a reflexão do jurista para a resposta alternativa acima esboçada, que tem por si a base de legitimidade haurida nos princípios gravados na própria Constituição (arts. 1º, 3º, e 170) e que, conforme vimos, fazem irrecusavelmente inconstitucional toda inteligência restritiva da locução jurídica “direitos e garantias individuais” (art. 60, par. 4º, IV), a qual não pode, assim servir de argumento nem de esteio à exclusão dos direitos sociais.*” (Ob. cit. pp. 644-645).

<sup>46</sup> § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

<sup>47</sup> Exemplos inspirados por Victor ABRAMOVICH e Christian COURTIS. Apuntes sobre la exigibilidad de los derechos sociales. In Sarlet, Ingo Wolfgang (org.). Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 146.

Em estudo monográfico sobre o direito à moradia, ensina Marga Tessler que “*A dimensão negativa do direito à moradia não se verifica por uma exigência contra os Poderes Públicos, mas faz-se evidente como um direito de defesa contra o Estado e particulares. Poderíamos dizer que a impenhorabilidade do bem de família, a moradia em que o devedor reside, é uma manifestação desta faceta, desta dimensão*” (TESSLER, Marga Inge Barth. Direito à moradia. Revista do Tribunal Regional da 4ª Região. Porto Alegre, a. 11, n. 38, p. 143-154. 2000).



indenização, seja a nulidade do ato, respectivamente; por fim, os direitos sociais a prestações materiais, estes sim são dotados de eficácia diminuta, mas não se descarta que em hipóteses excepcionais, o jogo dos princípios constitucionais imponha sim uma intervenção judicial que imponha à administração a disponibilização dos recursos (confira-se, adiante, precedente do STF que chancelou essa alternativa, como forma de tutela à vida, nota 249). Essa variedade de espécies e eficácias dos direitos sociais parece dar razão a Alexy, quando descarta a idéia de que se tratam de uma *questão de tudo ou nada* (“*Alles-oder-Nichts-Frage*”), antes se impondo soluções diferenciadas.<sup>48</sup>

---

O legislador efetivamente exerceu o dever de proteção à moradia na L. 8.009/90 (lei do bem de família), dando-lhe prioridade no conflito com o direito de crédito do credor. Isto é, trata-se de solução, pelo legislador, de um conflito de princípios constitucionais: direito à moradia do devedor X direito de propriedade (crédito) do credor. Sem embargo, o legislador, no mesmo diploma, incorreu em déficit de proteção (*Untermassverbot*) quanto ao direito à moradia do fiador em contrato de locação. A inconstitucionalidade dessa exceção, que vinha sendo apontada em precedentes jurisprudenciais, foi finalmente reconhecida pelo STF (RE 352.949-4, rel. Min. Carlos Velloso, j. 26/4/05), que entendeu, ademais, que a defesa da moradia se aplicaria indistintamente, aplicando o “*ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*”. Exemplo claro, portanto, de exercício do *Schutzpflicht* pelo Judiciário, em vista de déficit da lei em proteger o direito à moradia, ademais do vislumbre de violação ao princípio da igualdade (conferir adiante capítulo dedicado ao dever de proteção).

Vale a lembrança, ainda, do entendimento, ainda vacilante no STJ, acerca da perda do privilégio da impenhorabilidade, quando o próprio executado nomeia o imóvel residencial. E exemplifica-se esse ponderável *modus argumentandi* em acórdão assim ementado:

*REsp 351932 / SP Relator(a) p/ Acórdão Ministro CASTRO FILHO TERCEIRA TURMA DJ 09.12.2003 p. 278  
RDDP vol. 13 p. 130 REVJUR vol. 314 p. 92 RSTJ vol. 180 p. 356  
EXECUÇÃO – BEM NOMEADO À PENHORA PELO PRÓPRIO DEVEDOR – RENÚNCIA – IMPENHORABILIDADE – ARTIGO 649 DO CPC.*

*I – Os bens inalienáveis são absolutamente impenhoráveis e não podem ser nomeados à penhora pelo devedor, pelo fato de se encontrarem fora do comércio e, portanto, serem indisponíveis.*

*Nas demais hipóteses do artigo 649 do Código de Processo Civil, o devedor perde o benefício se nomeou o bem à penhora ou deixou de alegar a impenhorabilidade na primeira oportunidade que teve para falar nos autos, ou nos embargos à execução, em razão do poder de dispor de seu patrimônio.*

*II – A exegese, todavia, não se aplica ao caso de penhora de bem de família (artigo 70 do Código Civil anterior e 1.715 do atual, e Lei n.º 8.009/90), pois, na hipótese, a proteção legal não tem por alvo o devedor, mas a entidade familiar, que goza de amparo especial da Carta Magna.*

[...]

Ao que parece, melhor seria um enfrentamento tópico da questão, mormente porque no momento da nomeação de bens à penhora o devedor leigo sequer está ciente das garantias que a lei processual lhe proporciona, arriscando-se a, de forma assodada, abrir mão de daquelas. Trata-se, portanto, de hipótese de *proteção de alguém contra si próprio*, que abre mão, sem a devida consideração ou capacidade, de garantias legais que, ao fim e ao cabo, pretendem salvaguardar o mínimo existencial do devedor (instrumentos do trabalho e moradia, cuja defesa pela L. 8009/90 foi estendida também à unipessoal).

Na Alemanha, a Corte Constitucional, com espeque na cláusula constitucional protetiva do direito de propriedade (à minguada expressa proteção ao direito de moradia), tutelou a posse do locatário, que seria desalojado pelo exercício do direito potestativo de denúncia de parte do locador (HECK, Luis Afonso. Direitos Fundamentais e sua influência no Direito Civil).

<sup>48</sup> Theorie..., ob. cit., p. 457.

24. Segundo Canotilho, os direitos sociais imporiam (a) interpretação das leis conforme a Constituição, i.e., no caso de dúvida quanto à interpretação a seguir, opta-se pela que acarrete a maior efetividade das normas constitucionais sociais; (b) inconstitucionalidade por omissão, caso configurada inércia estatal em sua implementação; e (c) proibição de retrocesso, i.e., uma vedação ao legislador de eliminar prestações sociais uma vez que já estabelecidas em lei.<sup>49</sup>

25. Em resumo, a doutrina e jurisprudência cada vez mais emprestam efetiva exigibilidade a esses direitos, qualidade esta, porém, que impõe consideração reverente à “*reserva do possível*”<sup>50</sup> (ou *princípio do orçamento*, cuja elaboração está a cargo do parlamento, competência que acabaria usurpada *contra constitutionem* pelo Judiciário, se ele passasse a decidir no dia a dia acerca de direitos sociais prestacionais<sup>51</sup>); exige-se por igual uma metodologia mais aprimorada, que corresponda a uma adequação entre o “texto da norma” e a “situação concreta” em que se aplica<sup>52</sup>. Pois os direitos prestacionais estão no mais das vezes vinculados a planejamentos administrativos complexos e de longo prazo, nem sempre de efeitos imediatos, pondo-se em questão a própria idoneidade técnica do Judiciário de discutir aqueles padrões de ação da administração. Ademais, como sublinham Abramovich e Courtis, o processo civil, tal como o conhecemos, em que “*uma parte ganha e a outra perde*”, não representa o modelo ideal para solução dessas questões<sup>53</sup>, de natureza multitudinária, em que –parafraseando-se os juristas bonaienses– se uma parte ganha, potencialmente dezenas ou

---

<sup>49</sup> Queiroz, Cristina. Direitos fundamentais sociais, cit., pp. 198-199.

<sup>50</sup> Conferir infra, item 63 e notas 51, 153 e 169. Remete-se à anotação de Vicente de Paulo Barreto, segundo o qual a remissão ao princípio da reserva do possível, como forma de contra-argumento à implementação dos direitos sociais, finda por comprometer inclusive os direitos de 1ª geração, porquanto também a manutenção do aparato administrativo-judicial voltado à proteção daqueles é indubitavelmente custosa (Reflexões sobre os direitos sociais. In Sarlet, Ingo Wolfgang (org.). Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 121). Igual referência no estudo de Victor Abramovich e Christian Courtis, que exemplificam atividades estatais relacionadas a direitos de 1ª geração, geradoras de ônus financeiros: “*la actividad administrativa de regulación, el ejercicio del poder de policía, la protección frente a las interferencias ilícitas del propio Estado y de otros particulares, la eventual imposición de condenas por parte del Poder Judicial [...]*” (ob. cit., p. 137).

<sup>51</sup> Alexy, Theorie..., ob. cit., p. 463.

<sup>52</sup> Queiroz, Direitos Fundamentais – Teoria Geral, cit., p. 153.

<sup>53</sup> Ob. cit., p. 150.

centenas –quicá milhares- perdem, sem sequer terem sido ouvidos no processo (pense-se no deferimento judicial de medicamento de última geração, caríssimo, com o qual se cumpriria um programa simples vacinação para milhares de crianças). Solução alvitrada pela Corte Constitucional italiana, para resolver justamente essa carência cognitiva do Judiciário para implementação de políticas públicas, são as “*decisões cumulativas de princípios*”:

*“decisões que voltaram a reconhecer os direitos, mas remetendo para o legislador a escolha dos instrumentos a utilizar e a cobertura dos respectivos custos [...] tendo em vista a adoção de decisões em matéria de política econômica necessárias para a obtenção dos indispensáveis recursos financeiros”*<sup>54</sup>

Revelam os direitos sociais, sob esse enfoque, um “fenômeno de transmutação”, na medida em que convertem situações tradicionalmente de natureza política (reclamos sociais), em situações jurídicas, do que resulta uma *juridicização* do processo decisório, com o conseqüente acirramento da tensão entre direito e política.<sup>55</sup> Daí que a atividade jurisdicional, nessa seara de direitos prestacionais, pauta-se pela subsidiariedade em relação àquela do parlamento e da administração.

26. Como fecho deste tópico, remete-se à conclusão de Alexy, recorrendo a sua construção acerca de direitos *definitivos* e *prima facie*, sobre poder-se sim emprestar aos direitos sociais a natureza de *direitos subjetivos*, porém, somente se podendo falar de direitos subjetivos *definitivos* após uma operação de ponderação entre, de um lado, o princípio da liberdade fática<sup>56</sup> -que os direitos sociais visam implementar- e, de outro, o princípio da separação de poderes, o princípio do orçamento, bem como a liberdade jurídica de terceiros e seu direito de propriedade (que se vêem limitados, porquanto direitos sociais prestacionais necessariamente implicam aumento de impostos).

---

<sup>54</sup> Groppi, Tania. A Justiça constitucional em Itália. *Sub Judice* 20/21. Lisoa, 2002, pp. 76-77, *apud* Streck, Lenio. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais fundamentais. In Sarlet, Ingo Wolfgang (org.). Direitos fundamentais sociais: estudos de direito consitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 211.

<sup>55</sup> Mendes, Direitos fundamentais: significados, limites, princípio da proporcionalidade, colisão e concorrência. In Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. 3a ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2004, p. 9.

<sup>56</sup> Sobre esse conceito de liberdade econômica, cf. *supra*, item 12.2.

Antes da ponderação, há tão apenas um *direito social subjetivo prima facie*. E como direitos que são, revelam-se dotados de vinculatividade, não se os reputando meros programas ou normas objetivas<sup>57</sup> a serem seguidos pelo legislador. Pois não se perca de vista que direitos *prima facie* (subjetivos) impõem ao Estado, em contrapartida, deveres *prima facie*, e somente podem ser descumpridos se, após a ponderação, cederem a razões em contrário.<sup>58</sup> Exemplifica-se: é viável falar-se de um direito *prima facie* a se obter uma perna protética no âmbito do SUS, por influxo de diversos princípios (o direito social à saúde, o princípio da dignidade da pessoa humana, a liberdade geral do caput do art. 5º); entretanto, dificilmente se vislumbraria hipótese ali um direito definitivo, executável judicialmente, porquanto o choque de princípios depararia em favor da prognose da administração e da limitação de recursos, impondo-se ao infeliz mutilado aguardar a satisfação administrativa de seu pleito, nada obstante reconhecer-se a dificuldade de ressocialização que sua tragédia pessoal provoca.

---

<sup>57</sup> Cristina Queiroz, porém, defende com ampla bibliografia o caráter eminentemente objetivo dos direitos sociais (Direitos fundamentais sociais, cit, p. 172, 176, 185, 186, 197 e 212).

<sup>58</sup> Alexy, *Theorie*, ob. cit., p. 470-471.

### B.3.3. 3ª Geração de Direitos fundamentais

27. Na terceira geração incluir-se-iam os direitos de titularidade transindividual, sejam difusos, sejam coletivos<sup>59</sup>. Essa marca que os distingue dos direitos individuais autoriza a alcunha que se lhes propôs, de direitos de fraternidade ou de solidariedade. Exemplo claro seria o direito ao meio ambiente, ao qual se pode agregar ainda direitos que se vem de reconhecer no âmbito da Organização das Nações Unidas, como o direito à autodeterminação dos povos, o direito à paz e o direito ao desenvolvimento dos países subdesenvolvidos<sup>60</sup>. Cristalizam, segundo abalizada doutrina, a superação da “filosofia do egoísmo”<sup>61</sup>

Ingo Sarlet refere ainda a inserção, por parte da doutrina, de outros direitos nessa 3ª geração, quais sejam, as garantias contra manipulações genéticas, o direito de morrer com dignidade, alvitre que imediatamente critica, eis que se tratariam de âmbitos de proteção reconduzíveis, com algum esforço hermenêutico, a direitos já existentes, mormente o da dignidade humana.<sup>62</sup>

---

<sup>59</sup> Sobre o enfoque processual desses direitos, confira-se o indispensável estudo de Teori Albino Zavaski, “Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos” (Revista Jurídica, 1995, pp. 17-33).

<sup>60</sup> Lafer, ob. cit., p. 131.

<sup>61</sup> Expressão de Barbosa Moreira in A Proteção Jurídica dos Interesses Coletivos, Temas de Direito Processual, Terceira Série, p. 181, in Porto, Sérgio, Revista da Ajuris.

<sup>62</sup> A eficácia dos direitos fundamentais. 2ª ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 54.

#### **B.3.4. 4ª Geração de Direitos**

28. Não se poderia deixar de referir a criação da doutrina pioneira de Paulo Bonavides – que nada obstante ser objeto de referência em obras especializadas, ao que parece não vem recebendo adesão- que propugna por uma possível 4ª geração de direitos fundamentais, que corresponderia, segundo o constitucionalista do Ceará, à radicalização democrática: o direito à democracia direta, à informação correta, sem manipulações, e ao efetivo pluralismo, possíveis em decorrência de inovações tecnológicas.

## C. DEVER DE PROTEÇÃO (*SCHUTZPFLICHT*) DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

### C.1. DIREITOS FUNDAMENTAIS PRESTACIONAIS

29. Interessa-nos, nesta oportunidade, reforçar a idéia, já antes alinhavada, de que a concepção tipicamente liberal de direitos fundamentais, como direitos “*em primeira linha destinados a assegurar esferas de liberdade do indivíduo contra o Estado*”, se revela insuficiente. Direitos “*a comportamentos negativos (omissões) do Estado*”, cujo contraponto são *deveres estatais de não intervenção*, apresentam, com efeito, uma visão meramente parcial da teoria dos direitos fundamentais<sup>63</sup>.

Naturalmente, ainda hoje os direitos de defesa contra o Estado, como visto, são essenciais para a compreensão e aplicação do conceito de direito fundamental. Não obstante, repisa-se, eles revelam apenas uma das funções que hoje se lhes atribuem. Afinal, os direitos fundamentais são, outrossim, direitos a prestações positivas, impondo, dessarte, comportamentos positivos ao ente estatal. No escólio de Cristina Queiroz:

*“ Se o estado liberal [...] pôde contentar-se com uma mera “função defensiva” dos direitos e liberdades fundamentais, pelo contrário, o Estado interventor, no campo econômico e social, orienta-se hoje no sentido de uma “efectividade de gozo” desses mesmos direitos e liberdades fundamentais (Grundrechteoptimierung).<sup>64</sup>*

---

<sup>63</sup> Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Editora Suhrkamp, Frankfurt am Main, 3a ed. 1996, p. 395. Em igual toada a opinião de Cristina Queiroz:

*“Os direitos e liberdades fundamentais, tradicionalmente, vinham concebidos como limites mais ou menos intangíveis à intervenção dos poderes públicos na vida dos cidadãos em nome de uma soberania de grau mais elevado. Traduziam-se, quanto ao Estado, numa obrigação de non facere. Sob este ponto de vista, todas as disposições do Bill of Rights britânico, de 1689, ou da Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, ou mesmo das Constituições portuguesas de 1822 e 1838, não representavam senão uma enumeração mais ou menos exaustiva dos domínios em que a decisão dos poderes públicos não poderia penetrar”* (QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais – Teoria Geral*. Coimbra Editora, 2002, p. 15).

<sup>64</sup> QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais – Teoria Geral*. Coimbra Editora, 2002. p. 33

30. Conforme sustenta Robert Alexy, o leque de prestações estatais positivas, objeto de um *direito prestacional* (*Leistungsrechte*), vai da 1) proteção de um cidadão contra outro por meio de normas penais; passa pelo 2) estabelecimento de normas organizacionais e procedimentais<sup>65</sup>; e se estende até o 3) fornecimento de dinheiro e prestações materiais.<sup>66</sup> Exemplificando, as normas do Código Penal que tipificam os crimes contra o patrimônio (título II da Parte Especial) são irradiação do direito fundamental de propriedade. As normas dos códigos de processo penal e civil, bem como leis que estabelecem procedimentos administrativos, são concretização dos direitos fundamentais procedimentais de ampla defesa e contraditório. E o funcionamento de sistemas públicos seguridade social (englobando saúde, previdência e assistência), correspondem à otimização de, entre outros, direitos fundamentais à saúde e trabalho. Os três exemplos, é intuitivo, implicaram *atividade/ação estatal*, com o que desde já se firma o *descrímen* com os direitos de defesa, que exigem *omissão estatal*.

31. Alexy esclarece, ao depois, o porquê de inserir categorias heterogêneas como, de um lado, os direitos a *prestações fáticas* (aqueles de seguridade social, v.g.) e, de outro, direitos à *produção de normas jurídicas*<sup>67</sup> (*ad instar* das referidas normas penais) num único gênero maior, o de *direitos prestacionais*. A primeira justificativa para esta opção taxionômica decorreria de alguns direitos fundamentais exigirem concomitantemente uma criação normativa estatal e um investimento financeiro. Seria justamente o caso do *direito ao meio ambiente*, o qual, em expressão de sua autoria, representaria um “*direito fundamental como totalidade*” (*Grundrecht als Ganzes*), eis que compreenderia nada menos que 1) um direito de defesa contra o Estado, que o impede de prejudicar (“*intervir na*”) a natureza; 2) um direito a

---

<sup>65</sup> O Estado está obrigado ao aperfeiçoamento de posições procedimentais (*Ausbau von Verfahrensposition*), isto é, o Estado deve proporcionar ao indivíduo a possibilidade de tomar parte ativamente em procedimentos administrativos dos quais possam resultar-lhe prejuízos. Esta participação não deve importar em grande esforço ao particular, ademais de ser-lhe deferido tempo hábil para arrazoar, a fim de que possa efetivamente influenciar a decisão final.

<sup>66</sup> *Theorie der Grundrechte*, Editora Suhrkamp, Frankfurt am Main, 3a ed. 1996, p. 403

<sup>67</sup> Tutelados, entre nós, pelo mandado de injunção (art. 5º, LXXI, da CF/88) e pela ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, par. 2º da CF/88).



que o Estado ofereça proteção contra ofensas de terceiros ao meio de ambiente (direito à proteção); 3) um direito de participação do cidadão em procedimentos relevantes para a preservação do meio ambiente (direito ao procedimento), e, finalmente 4) um direito a medidas fáticas aperfeiçoadoras do estado atual da natureza (direito a prestações fáticas).

Assim, o direito ao meio ambiente exige um conceito que apresente extensão suficiente para abarcar todas suas possíveis eficácias: não é tão apenas um direito a prestação fática, nem tampouco apenas um direito a procedimento, ou um dever de proteção.<sup>68</sup> Ele, pois, justifica a construção daquela categoria mais ampla, de direitos prestacionais.

A segunda razão para incluí-los todos numa categoria marca bem as fronteiras entre os direitos prestacionais e os direitos de defesa. Nas palavras de Alexy,

*“os direitos a ações positivas implicam problemática que, se às vezes chega a afetar os direitos a omissões, tem neles sempre menor relevância. Direitos a omissões apresentam limites à definição dos objetivos estatais. Direitos a prestações, por outro lado, se prestam mais à determinação dos fins do Estado. Todos os direitos a ações positivas do Estado envolvem a questão sobre o “se” e “em que extensão” a implementação dos objetivos estatais pode e deve ser conectada a direitos constitucionais subjetivos. Sob uma constituição que submete os direitos constitucionais a um extenso controle de constitucionalidade, este se revela como um problema de divisão de competências entre, de um lado, o tribunal constitucional, e de outro o legislador. A inserção de todos os direitos a ações positivas do Estado nesta problemática é uma razão decisiva para agrupá-los sob a expressão “direitos a prestações”. Os direitos a prestações fáticas, isto é, prestações, que também poderiam ser argüidos por particulares, apresentam assim apenas uma faceta dos direitos prestacionais. Daí poder-se falar em “direitos prestacionais em sentido estrito” e “direitos prestacionais em sentido lato”.*<sup>69</sup>

---

<sup>68</sup> Alexy, ob. cit., p. 403-404

<sup>69</sup> *“Der zweite Grund ist, dass die Rechte auf Positive Handlungen Probleme teilen, mit denen Rechte auf negative Handlungen nicht oder nicht mit gleicher Intensität belastet sind. Rechte auf negative Handlungen setzen dem Staat bei der Verfolgung seiner Zwecke Grenzen. Über die Zwecke, die er zu verfolgen hat, sagen sie nichts. Rechte auf positive Handlungen legen den Staat ein Stück weit auf die Verfolgung bestimmter Zwecke fest. Bei allen Rechten auf positive Handlungen des Staates stellt sich daher das Problem, ob und in welchem Umfang die Zwecksverfolgung des Staates durch verfassungsmässige subjektive Rechte des Bürger gebunden werden kann und soll. Unter einer Verfassung die die verfassungsmässigen Rechte einer umfassenden verfassungsrichtlichen Kontrolle interwirft, ist dis Problem im wesentlichen ein Problem der Kompetenzverteilung zwischen dem Verfassungsgericht einerseits un dem Gesetzgeber andereseis. Die Teilhaberschaft aller Rechte auf positive Handlungen des Staates an diesem Problem ist ein entscheidender Grund dafür, sie zu einer Gruppe inter dem Ausdruck “Leistungsrechte” zusammensufasse. Die Rechte auf faktische Leistungen, also auf Leistungen, die auch Private erbringen könnten, bilden davor nur einen Auschniit der Leistungsrechte. Wo es darauf ankommt, soll von “Leistungsrechte im engeren Sinne” und “Leistungsrechte im weiteren Sinne” gesprochen werden” (ALEXY, Robert, Theorie der Grundrechte, Editora Suhrkamp, Frankfurt am Main, 3a ed. 1996 p. 404-405).*

I.e., os direitos prestacionais, em todas as suas três espécies (direitos à proteção, ao procedimento e a prestações fáticas) têm um significado político fundamental na medida em que tornam porosos os limites entre a jurisdição constitucional e as funções legislativa e administrativa do Estado. Até que ponto o juiz pode ordenar à Administração o custeio de tratamento médico altamente sofisticado e dispendioso? Ou também em que medida pode a decisão judicial reconhecer a impropriedade da legislação ordinária para a implementação dos fins constitucionais? Como todos os *Leistungsrechte* se submetem a esta mesma e crucial problemática, eis portanto outro motivo para que sejam albergados num mesmo conceito-quadro, a fim de conferir-lhes a todos uma mesma solução.

---

Hager, em perspectiva diferente, sustenta que as hipóteses fáticas de colisão de direitos fundamentais podem ser encaradas, com as mesmas conseqüências, tanto do prisma dos deveres de proteção (direitos prestacionais), como dos direitos de defesa/1ª geração. Exemplifica o professor de Berlim com a norma de direito sucessório do BGB (código civil alemão) que excluía a pretensão à herança do filho ilegítimo, caso não tivesse proposto a ação de reconhecimento de paternidade antes da morte do pai, ou em prazo curto depois de seu decesso: tanto se pode focar a questão sob o prisma de uma intervenção estatal excessiva no direito sucessório do filho ilegítimo (vedação de excesso, derivada dos direitos de defesa/1ª geração), como de um déficit de proteção desse mesmo filho ilegítimo (ob. cit., p. 381).

## C.2. FUNDAMENTOS DO DEVER DE PROTEÇÃO

32. Feitas estas considerações preliminares, cumpre delimitar ainda mais o objeto de análise. Das três categorias elencadas por Alexy de direitos prestacionais, serão nesta oportunidade negligenciados os *direitos a prestações fáticas* e os *direitos procedimentais*. O foco será dirigido, em específico, para aquela função que impõe ao estado a proteção dos direitos fundamentais. Estes *deveres de proteção* (“*Schutzpflichten*”<sup>70</sup>) representam temário cuja correta apreensão é indispensável para a descrição do fenômeno da *Drittwirkung*, credenciando-o, portanto, a este tratamento particularizado.

A demonstrar a atualidade do tema, sobre o qual a doutrina a recém começa a harmonizar-se, transcreve-se o breve testemunho dos constitucionalistas alemães Bodo Pieroth e Bernhard Schlink:

*“Em vista de conjunto, a Dogmática do Dever de proteção no Tribunal Constitucional Federal e na Doutrina está ainda em curso; de toda maneira, desenha-se uma tendência voltada às funções modernas dos direitos fundamentais sob o conceito de dever de proteção, superando suas funções clássicas.”*<sup>71</sup>

---

<sup>70</sup> Não se deve confundir este conceito com aquele, homônimo, haurido do Direito das Obrigações, em especial na seara do consumerismo. Assim a lição de Cláudia Lima Marques:

*“Igualmente, podemos destacar o dever anexo de cuidado (“Schutzpflicht”), a imposição desta obrigação acessória no cumprimento do contrato tem por fim preservar o co-contratante de danos à sua integridade: 1) a sua integridade pessoal (moral ou física) e, 2) à integridade de seu patrimônio.*

*Em seu primeiro aspecto, a obrigação de segurança, anexa ao contrato, manifesta-se, por exemplo, quando da utilização de um meio técnico para alcançar a realização do objetivo do contrato de serviço. Assim, no contrato de transporte do passageiro e de sua bagagem este será feito por um meio técnico (avião, ônibus, carro ou táxi) e deverá o transportador cuidar que nenhum dano sobrevenha aos passageiros e à bagagem sob sua responsabilidade, assim como cuidar para que o meio utilizado (veículo) esteja em boas e adequadas condições. Nota-se que essa obrigação de cuidado, de segurança é especialmente importante nos contratos envolvendo assistência médica, onde serão usados vários meios técnicos (remédios receitados, ambulâncias, instrumentos cirúrgicos, alimentação no hospital, etc.) para alcançar o objetivo do contrato, que repito, não é a cura, mas a prestação adequada dos serviços médicos pré-pagos ou o reembolso da quantia gasta com saúde. Esta tentativa de preservar a integridade do co-contratante impõe-se ao fornecedor de serviços para que no momento de sua atuação ou ao organizar a atuação, ou ao cobrar a sua dívida, não cause danos morais ou patrimoniais ao co-contratante. Assim, quando divulga informações que tomou conhecimento em razão da relação contratual, deve cuidar para não causar danos (morais ou patrimoniais) ao consumidor [...] (Marques, Cláudia Lima. A abusividade nos contratos de seguro saúde e de assistência médica no Brasil, Revista da Ajuris 64, p. 61)*

<sup>71</sup> *“Insgesamt ist die Schutzpflichtdogmatik beim BVerfG und auch in der Lehre noch im Fluss; immerhin zeichnet sich eine Tendenz ab, immer mehr in der Lehre der modernen, über die klassischen*

33. Dois são os fundamentos doutrinários de um dever estatal de tutela dos direitos fundamentais (*Grundrechte Schutzpflicht*). O primeiro seria o caráter *objetivo* dos direitos fundamentais (criação do BVerfG no acórdão Lüth)<sup>72</sup>, em oposição a sua faceta meramente subjetiva.

Explica-se: quando se fala de seu aspecto *subjetivo*<sup>73</sup>, se aludiria essencialmente a sua função de defesa contra o Estado (direitos de *1ª geração*, ou direitos *a não intervenção estatal*). Afinal, elaborados no auge do Estado Liberal, historicamente os direitos fundamentais justificaram unicamente pretensões do cidadão a *abstenções* do Estado. Esta concepção, de tão marcante, obrigou à elaboração desta teoria do caráter objetivo dos direitos fundamentais, pois até hoje grassa a discussão sobre se os direitos prestacionais autorizam os cidadãos a exigirem judicialmente seu cumprimento (posto de outra forma, se são direitos dotados de pretensão). Em síntese, pois, os direitos fundamentais somente irradiariam direitos

---

*hinausgehenden Grundrechtsfunktionen unter dem Schutzpflichtkonzept zusammenzufassen. Vermutlich macht gerade seine Vielgestaltigkeit, Undeutlichkeit und Unverbindlichkeit, die sich bei der Frage der Erfüllung der Schutzpflicht zeigt, das Schutzpflichtkonzept attraktiv*". (Staatrechte II, Grundrechte, 14 edição, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1998, pág. 25).

Segundo o escólio do internacionalista Cançado Trindade, a doutrina dos deveres de proteção já foi acolhida pela Corte Européia de Direitos Humanos:

"[...] *E a Corte Européia de Direitos Humanos, em julgamento de 21 de junho de 1988 em caso relativo à Áustria, sustentou que o direito à liberdade de reunião pacífica (artigo 11 da Convenção) não pode reduzir-se a "um mero dever" por parte do Estado de não-interferir: "uma concepção puramente negativa não seria compatível com o objeto e propósito do artigo 11. Como o artigo 5, o artigo 11 por vezes requer medidas positivas a serem tomadas, mesmo na esfera das relações entre indivíduos, se necessário"* (European Court of Human Rights; Case of Platform "Artzte für das Leben", julgado em 21/06/88). Nesse sentido tem-se orientado a jurisprudência sob a Convenção Européia: a responsabilidade do Estado pode invocada mesmo em caso de carência legislativa (lacunas da lei), porquanto a obrigação do Estado abarca as medidas positivas que deve tomar para prevenir e punir todo e qualquer ato violatório de um artigo da Convenção, inclusive os atos privados no plano das relações inter-individuais, para assegurar a proteção eficaz dos direitos consagrados. (CANÇADO TRINDADE, Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, vol. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. pp. 300-302)

<sup>72</sup> "A jurisdição constitucional confere carácter objetivo aos direitos fundamentais transformando-os em "bens jurídicos protegidos", sem perda da sua individualidade, fixando ao mesmo tempo "deveres de acção" do Estado" (Cristina Queiroz, ob. cit. pág. 100)

<sup>73</sup> Sob o prisma da teoria jusprivatista, "o direito subjetivo é subjetivo porque as permissões, que o constituem, são próprias das pessoas que as possuem" (Telles Jr. Goffredo. Direito Subjetivo. Enciclopédia Saraiva de Direito. Coordenação R. Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977- v. 28 p. 299).

subjetivos (caráter “subjetivo”) quando visassem à não intervenção do Estado<sup>74</sup>. Ao contrário, quando se pretendesse deduzir dos direitos fundamentais um *dever de ação* do Estado, era preciso atribuir-lhes este novo caráter “objetivo”, no sentido de integrarem o “Direito” (Direito objetivo), sem no entanto produzirem “direitos” (direitos subjetivos)<sup>75</sup>.

34. Desde já se verifica neste descrímen entre a função *subjetiva* e *objetiva* dos direitos fundamentais uma nítida conexão com a ordem de idéias tipicamente do Estado Liberal. Foi sob influência deste pano de fundo ideológico que a doutrina do meio do século passado, na tentativa de superá-lo, se viu forçada a reconhecer nos direitos fundamentais também este “caráter objetivo”. Se não alcançavam a dignidade “*direitos subjetivos*” em outras funções que não a de defesa contra o Estado, ao menos integravam o “*Direito objetivo*”.<sup>76</sup>

---

<sup>74</sup> Nesta ordem de idéias, é interessante notar que o Mandado de Segurança, na estrita verba legal da lei 1533/51, somente admite seu manejo para fazer cessar um ato ilegal da administração. A possibilidade de, por meio do *writ*, exigir-se prestações positivas foi construção pretoriana e doutrinária.

<sup>75</sup> “*De acordo com a nova teorização dos direitos fundamentais, as prescrições desses direitos são também direito objetivo e isso levou, segundo Schmitt, à superação daquela distinção material entre as duas partes básicas da Constituição, em que os direitos fundamentais eram direitos públicos subjetivos ao passo que as disposições organizatórias constituíam unicamente direito objetivo*” (Bonavides, Curso de Direito Constitucional, Malheiros Editores, 13ª ed. 2003, p. 568)

<sup>76</sup> Canotilho, ao tratar da seguridade social, como prevista na Constituição portuguesa, considera que ela não importaria em direito subjetivo do beneficiário de suas eventuais prestações, tratando-se de mero “dever objetivo” do legislador, cunhando, ao ensejo, a expressão “normas de direitos fundamentais objectivas” (Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 3ª ed., Coimbra, pp. 448 e ss).

Representando a ampla corrente que defende este “caráter objetivo”, Kopp:

“*Direitos fundamentais são hoje reconhecidos em geral não apenas como direitos do indivíduo contra o Estado e outros titulares de poder público, mas também como elementos de uma ordem objetiva ligada a valores. Desta última função exsurge, quando o exigem esses valores e na medida dessa exigência, outrossim fundamentalmente um dever estatal do Estado e de outros sujeitos jurídicos competentes de protegerem adequadamente o valor fundamental subjacente a um direito fundamental afetado*”.

(*Grundrechte sind, wie heute allgemein anerkannt wird, nicht nur subjektive Rechte des einzelnen gegenüber dem Staat und anderen öffentlichen Rechtsträgern, sondern zugleich Elemente einer objektiven wertgebundenen Ordnung. Aus dieser letztgenannten Funktion ergibt sich, wenn und soweit der Schutz der hier in Frage stehenden Werte es erfordert, grundsätzlich zugleich auch eine Verpflichtung des Staates und aller sonstigen in einer Sache zuständigen Rechtsträger, in geeigneter Weise zum Schutz des betroffenen, dem Grundrecht zugrundeliegenden Grundwertes tätig zu werden,....*) (Kopp, F.: Grundrechtliche Schutz- und Förderungspflichten der öffentlichen Hand. NJW, 1994, 1753-1757, *apud* BECKERS, Joachim Hans “Considerações sobre a constitucionalidade do tratamento dos prejudicados por poluição sonora de aviões na Alemanha (“*Überlegungen zur Verfassungskonformität der Behandlung von Fluglärm betroffenen in Deutschland*”), in <http://www.fluglaerm.de/bvf/svfk/dvfk0.htm>).

Entre nós, Daniel Sarmento, em artigo sobre o tema (A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In Sampaio, José Adércio Leite. Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003), inserido depois em sua indispensável monografia acerca da *Drittwirkung*, revela sua adesão a essa natureza objetiva dos direitos fundamentais, eis que justamente ela explicaria a interpretação da legislação conforme os direitos fundamentais (Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004)

Mas a construção do caráter objetivo dos direitos fundamentais teve um encomiável corolário, qual seja o de expandir os sujeitos submetidos a sua eficácia libertadora, bem como alargar o seu conteúdo. Os direitos de 1ª geração, aqueles que produziam direitos subjetivos, tinham por sujeito passivo unicamente o Estado. Por outro lado, agora, integrando o ordenamento jurídico -o Direito objetivo- com amplas possibilidades interpretativas, não mais se lhes atribuiria um sujeito passivo pré-determinado, deixando de incidir apenas em conflitos entre Estado e indivíduo, para regular, outrossim, as relações *inter-privatus* (trata-se de tema fundamental integrante da teoria da *Drittwirkung*, e será mais bem abordado no capítulo seguinte).

35. Por além disto, o caráter objetivo dos direitos fundamentais permitiu a superação da estrita eficácia dos direitos de 1ª geração, que impunham apenas um não-fazer ao estado, i.e., o respeito às esferas individuais de liberdade. Agora, e eis sua conexão com o dever de proteção, os direitos fundamentais também determinam prestações positivas aos poderes estatais:<sup>77</sup> deixam eles –os de 1ª geração- de veicular meros limites à atuação do Estado, impondo-lhe, desta feita, verdadeiros nortes de ação.

36. Não obstante os relevantes efeitos práticos deduzidos da teoria do caráter objetivo dos direitos fundamentais, ficou demonstrado que a tese vem fulcrada em pressupostos anacrônicos, enraizados no Estado Liberal, de onde sua inadequação e necessidade de superação<sup>78</sup>. Friedrich Müller, representante da corrente adversária dessa construção, critica-a acidamente, vez que se mostraria

*“irracional e seduz ao comportamento decisionista com base em representações valorativas privadas dos juízes. Enquanto teoria, ela reinterpreta- em nome dos “valores”- garantias jurídicas subjetivas como topoi ideológicos. Ela nega que os*

---

<sup>77</sup> Bonavides, com arrimo em Böckenförde [*in Grundrecht als Grundsatznorme*], confirma a importância da teoria: “Com efeito, os direitos fundamentais, ao extrapolarem aquela relação cidadão-Estado, adquirem, segundo Böckenförde, uma dimensão até então ignorada –a de norma objetiva, de validade universal, de conteúdo indeterminado e aberto, e que não pertence nem ao Direito Público nem ao Direito Privado, mas compõe a abóbada de todo o ordenamento jurídico enquanto direito constitucional de cúpula” (Curso..., p. 588)

<sup>78</sup> Sem embargo de ainda hoje boa parte da doutrina, inclusive da Alemanha, onde se originou, continuar a professá-la.

“valores” são extremamente controvertidos na sociedade pluralista atual. Por fim, ela converte tendencialmente as liberdades em deveres, à maneira das concepções institucionais e das antigas concepções do socialismo real existente do Bloco leste.

Os direitos humanos não são “valores”, mas normas. Atrás deles estão representações de valores de dignidade, liberdade e igualdade de todos os seres dotados de semblante humano. Mas tão logo a constituição os positiva, eles são direito vigente. A partir de então nós juristas temos o dever de interpretá-los como normas. Quem pretende estampar as normas dos direitos humanos em “valores”, procede justamente por essa razão à sua desvalorização”.<sup>79</sup>

Mais importante que a concepção engajada de Müller, todavia, é o enfoque emprestado por Alexy, que, extraindo conseqüências pertinentes da concepção dos direitos fundamentais como *normas princípios*<sup>80</sup>, demonstra a desnecessidade da construção do caráter objetivo dos direitos fundamentais –porque superada por novos conceitos mais adequados à explicação do fenômeno jurídico-, bem como implica, ao final, redução de eficácia daqueles direitos ao lhes privar de sua natureza subjetiva:

“O Tribunal [alude o autor à corte constitucional alemã] refere o conteúdo jurídico-objetivo dos direitos fundamentais e a ordem de valores objetiva que os direitos fundamentais corporificam. Com isto nada é dito sobre a questão que ora interessa, se os deveres de proteção objetivos correspondem a direitos subjetivos. [...] Dito genericamente, o reconhecimento de direitos subjetivos significa uma medida maior de realização que a instituição de meros mandamentos objetivos. Assim uma proibição de intervenção puramente objetiva seria menos que uma mesma proibição que contivesse um direito subjetivo. A subjetivação dos deveres de proteção deixa-se fundamentar portanto com seu caráter principiológico. Sobre o conteúdo definitivo do direito à proteção não é nada dito com isto. Ele depende, assim como todos os direitos baseados em princípios, das possibilidades fáticas e jurídicas envolvidas. Como em outras posições jusfundamentais, também nos direitos a prestações impõe-se a distinção entre posições *prima facie* e definitivas”.<sup>81</sup>

---

<sup>79</sup> Interpretação e concepções atuais dos direitos do homem”. p. 537. Trad. De Peter Naumann. In Anais da XV Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. São Paulo, JBA Comunicações, 1995, pp. 535-545.

<sup>80</sup> Conferir, adiante, item 68, sobre a natureza essencialmente principiológica dos direitos fundamentais. Remete-se ainda ao item 26, em que se tratou do caráter subjetivo *prima facie* dos direitos sociais prestacionais, em lição em tudo aplicável aos deveres de proteção. Ainda, ao item 58, onde abordado o surgimento de direitos subjetivos públicos contra a administração em decorrência dos direitos fundamentais.

<sup>81</sup> *Das Gericht verweist auf den “objektiv-rechtlichen Gehalt” der Grundrechte und die “objektive Wertordnung”, die die Grundrechte verkörpern. Damit ist zu der hier interessierenden Frage, ob den objektiven Schutzpflichten subjektive Rechte korrespondieren allerdings noch nichts gesagt [...] Es gilt ganz allgemein, dass die Zuerkennung subjektiver Rechte ein höheres Mass an Realisierung bedeutet als die Statuierung bloss objektiver Gebote. So wäre ein bloss objektives Eingriffsverbot weniger als ein inhaltsgleiches subjektives Abwehrrecht. Die Subjektivierung der Schutzpflichten lässt sich also mit dem Prinzipiencharakter der Grundrechte begründen. Über den definitiven Inhalt der Rechte auf Schutz ist damit noch nichts gesagt. Er hängt wie bei allen prinzipiengestützten Rechten von den tatsächlichen und rechtlichen Möglichkeiten ab. Wie bei anderengrundrechtlichen Positionen ist auch bei den Rechten auf Schutz deutlich zwischen prima facie- und definitiven Positionen zu unterscheiden”.* (Theorie....., cit., p. 414).

Aliás, é justamente com base na teoria dos princípios de Alexy que Virgílio Afonso da Silva recusa esse caráter objetivo dos princípios, pois se eles são mandamentos de otimização, e como tal devem ser implementados na maior medida possível (atendidas as condicionantes fáticas e jurídicas), trata-se de razão suficiente para sua irradiação sobre todo o ordenamento, inclusive determinando a interpretação da lei conforme os direitos fundamentais, dispensando-se daí outras quaisquer construções.<sup>82</sup>

Também em Canaris se vislumbra rejeição à construção do caráter objetivo dos direitos fundamentais, em sua crítica ao aresto Lüth, que a utilizou pioneiramente. Sustenta o jurista que bastaria ao tribunal haver aplicado os direitos fundamentais pura e simplesmente em suas funções de vedação de intervenção/direitos de defesa, sem necessidade de lançar mão da expressão “eficácia de irradiação”, que reputa “solução embaraçosa” (*verlegenheitslösung*), porque não se trataria de qualquer conceito jurídico, antes revelando uma aplicação gráfica/metafórica da linguagem comum. Conclui então que o BVerfG poderia ter manejado sem dificuldades a função de vedação de intervenções dos direitos fundamentais no enfrentamento de Lüth, poupando-se da tese da ordem objetiva de valores, assim como o recurso à tese de direitos fundamentais como “normas objetivas”.<sup>83</sup>

Calha, ainda, a lição de Gilmar Mendes, que dá conta, de certa maneira, da superfluidade da teoria do caráter objetivo:

*“A orientação esposada pela Corte em todos esses precedentes parece sinalizar que, embora o Bundesverfassungsgericht extraia a eficácia dos direitos fundamentais sobre as relações privadas do significado objetivo destes para a ordem jurídica total, acaba ele por reconhecer efeito jurídico subjetivo a essas normas.*

*Tal como enfatizado no “caso Blinkfüer”, se o juiz não reconhece, no caso concreto, a influência dos direitos fundamentais sobre as relações privadas, então ele não apenas lesa o direito constitucional objetivo, como também afronta direito*

---

<sup>82</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Editora Malheiros, 2005, p. 147.

<sup>83</sup> Grundrechte und Privatrecht. Eine Zwischenbilanz. Berlin-New York. Walter de Gruyter, 1999, pp. 30-32. Adiante em seu estudo, o catedrático de Munique ressalta que além dessas duas eficácias principais (vedação de excessos e de omissões estatais), os direitos fundamentais ainda seriam relevantes na interpretação do Direito Privado e no preenchimento das cláusulas gerais, funcionando como “princípios gerais de Direito” (idem, p. 50).



*fundamental considerado como pretensão em face do Estado, ao qual, na condição de órgão estatal, está obrigado a observar”.*<sup>84</sup>

37. Sobre-nos, portanto, uma segunda, e esta sim relevante, justificativa do dever de proteção, que remonta aos clássicos do contratualismo: o Estado tem sua existência legitimada quando estabelece uma ordem social onde cada um dos indivíduos que o integra pode desenvolver suas potencialidades de maneira pacífica e livre de interferências. Somente com esta promessa de segurança é que os membros de uma ordem social renunciam à justiça privada, isto é, caso estejam certos que o Estado lhes providenciará um nível adequado de segurança e proteção aos seus bens jurídicos.<sup>85</sup> Assim a lição de Alexy:

*“Diferentemente dos direitos sociais –ou direitos prestacionais em sentido estrito-, os direitos a proteção inserem-se inteiramente na tradição liberal da concepção de direitos fundamentais. Impõe-se sua fundamentação nos limites da teoria do modelo estatal do contratualismo clássica, que em tempos recentes vivenciou veemente renascimento. A ampla renúncia ao direito à auto-defesa, exigida pela (presumida) substituição da sociedade pré-estatal pela estatal somente pode ser racionalmente justificada, se o indivíduo em troca desta renúncia obtém um direito à proteção estatal efetiva. Esta concepção não é mera teoria, senão tem um “pé na realidade”, eis que se pode reconhecer que ali onde o Estado não dispõe da vontade ou da força para satisfação do direito à defesa, não raro*

---

<sup>84</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas – análise da jurisprudência da Corte Constitucional alemã. In Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. Ea ed. Ver. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2004. p. 127.

Por fim, remete-se à opinião conciliadora de Sarlet: “A questão, na verdade, não está em se negar a existência de uma dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, sem dúvida uma das mais significativas contribuições para a doutrina constitucional contemporânea, nem refutar, por via de consequência, a assim chamada eficácia irradiante, mas sim, o de estabelecer uma fundamentação segura para sustentar uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, na condição de destinatários (obrigados) das normas que os consagram. Assim, a figura de uma ordem de valores objetiva –tal como demonstra Alexy-, não poderá levar à conclusão equivocada de que os direitos fundamentais, especialmente nas relações entre particulares, não atuem como direitos subjetivos, oponíveis ao poder público e aos particulares”. (Direitos Fundamentais e Direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. p. 141).

<sup>85</sup> Confira-se, ao ensejo, a definição de segurança da declaração de direitos francesa de 1789, art. 8º: “a proteção concedida pela sociedade a cada um dos seus membros para a conservação de sua pessoa, de seus direitos e de suas propriedades”. Daí a outra definição empregada para o Estado Liberal, concatenada com esse dever de exercer o poder de polícia: Estado *Gendarme*. Todavia, e eis a fundamental distinção, essa proteção não era entendida, à época, como derivação dos direitos fundamentais, mas no âmbito autônomo seja do Direito Privado, seja do Direito Penal, que constituíam universos jurídicos independentes. Em caso de ofensa à propriedade, não se invocaria a cláusula constitucional, mas sim o dispositivo correspondente no Código Civil ou no Código Penal (Andrade, José Carlos Vieira de. in Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado/ Aldacy Rachid Coutinho... [et. Al]; org. Ingo Wolfgang Sarlet. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003 p. 273). Conclui então o constitucionalista português: “este dever de proteção sempre existiu e nunca o liberalismo significou anarquia: uma coisa é a existência de uma esfera livre da intromissão estadual, outra é a inexistência de uma esfera estadual”. (idem, p. 289, nota 56). Também nesse sentido SILVA, Virgílio Afonso da. A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Editora Malheiros, 2005, p. 137-8. Confirmam-se outras achegas sobre tema supra, nota 39.

*desenvolvem-se organizações de segurança privadas, inspiradas pelo objetivo de garantir direitos individuais.”<sup>86</sup>*

38. Além destes argumentos, de teoria do Direito, ainda outro, de dogmática jurídica, se pode agregar, qual seja, a *expressa* consagração no texto constitucional de deveres de proteção (*ad instar*, no art. 5º, XLI, e art. 225)<sup>87</sup>

---

<sup>86</sup> “*Anders als die sozialen Grundrechte bzw. die Leistungsrechte im engeren Sinne fügen sich die Rechte auf Schutz zudem ganz in die Tradition des liberalen Grundrechtsverständnisses ein. Ihre Begründung im Rahmen des klassischen vertragstheoretischen Staatsmodells, das in jüngerer Zeit eine vehemente Renaissance erlebt hat, drängt sich geradezu auf. Der durch den konstruierten Übergang vom vorstaatlichen zum staatlichen Zustand bedingte weitgehende Verzicht auf Rechte auf effektiven Selbstschutz kann nur dann rational gerechtfertigt werden, wenn der einzelne für diesen Verzicht ein Recht auf effektiven staatlichen Schutz erhält. Dass dieser Gedanke kein blosses Konstrukt ist, sondern einen »Sitz im Leben« hat, ist daran zu erkennen, dass dort, wo der Staat den Willen oder die Kraft zur Erfüllung des Rechts auf Schutz verliert, sich nicht selten private Schutzorganisationen bilden, die von dem Gedanken getragen sind, individuelle Rechte wahrzunehmen*” (ob. cit. pp. 414-415)

<sup>87</sup> Daniel Sarmiento, ob. cit. p. 302. Corroborando-o também, Martins Neto traça rico rol exemplificativo de deveres de proteção (nem sempre de direitos fundamentais, mas de direitos tão apenas constitucionais – Cf. item 16supra) extraíveis do texto constitucional:

*“Nem sempre eles aparecem nomeados expressamente como “direitos”. Muitas vezes, das quais decorrem tacitamente como a contrapartida de incumbências estatais de dimensão jusfundamental (polícia da proteção da vida, da saúde, do meio ambiente etc). Não há, entretanto, razões para hesitação, ao menos em face do direito positivo nacional. Sabe-se que, entre nós, o catálogo de direitos não é exaustivo, albergando figuras inominadas adicionais que possam ser deduzidas logicamente dos princípios e do regime constitucionais (CFRB-88, art. 5º, par. 2º). É precisamente o caso: os direitos a atos de contenção não são mais que projeções particulares do direito geral à segurança (CFRB-88, arts. 5 e 6º), que é a face oposta do sistema do monopólio estatal da força.*

*São exemplos, entre nós, de um lado, o direito a atos de imposição de normas legais que punam severamente a exploração sexual da criança (CFRB-88, art. 227, par.4º), de defesa do consumidor contra o abuso do poder econômico nas relações de consumo (CFRB-88, art. 5º inc. XXXII), de regulação dos serviços privados de educação (CFRB-88, art. 209, inc. I), ou de definição de locais adequados à instalação de usinas nucleares (CFRB-88, art. 225, par. 6º), e, de outro, o direito a atuações administrativas respeitantes ao controle de substâncias de interesse para a saúde (CFRB-88, art. 200, I), à fiscalização de entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético (CFRB-88, art. 225, inc. II), ao patrulhamento ostensivo das rodovias ou das cidades para a preservação da ordem pública (CFRB-88, art. 144, pars. 2º e 5º) (ob. cit. p. 152).*

### C.3. Deveres de proteção: ponte entre os direitos de defesa e os direitos prestacionais

39. Mas o dilema essencial no temário dos deveres de proteção –até pelas implicações práticas que acarreta- diz, por certo, com a geração de direitos fundamentais com a qual eles têm parentesco. Em outras palavras, a eficácia do *Schutzpflicht* é assemelhada com a desenvolvida pelos direitos de defesa, ou, diversamente, com a dos direitos sociais? Uma definição nada despicienda, eis que bem conhecidos os intensos efeitos irradiados pelos direitos de proteção (1ª geração), que somente se acentuam quando comparados com a fraca emanção jurídica dos direitos sociais prestacionais. As considerações introdutórias, nas quais se inseriu os direitos a proteção dentro do gênero maior dos direitos prestacionais, indicia a solução aqui adotada, de emprestar-lhes eficácia *à la* direitos de 2ª geração. Não se furtará, não obstante, de relatar a polêmica, nem tampouco de oferecer alguns matizes à assimilação mencionada, a qual, conforme se esclarecerá, não é absoluta.

40. Aqueles que defendem uma identidade dos deveres de proteção com direitos de 1ª geração vêm imbuídos do louvável propósito de emprestar-lhes uma eficácia potenciada. Argumentam estes autores com uma variante do contratualismo: como o indivíduo só renuncia à justiça de mão própria sob condição de que o Estado proveja segurança, a omissão ou ineficiência deste último, que permita a violação do direito fundamental por um terceiro corresponderia, ao fim, a uma violação estatal por omissão.<sup>88</sup>

Entretanto, a simples mas expressiva hipótese lobrigada por Alexy rebate essa teoria, que atribui ao Estado todo e qualquer ato que ele não tenha proibido ou fiscalizado. Fosse

---

<sup>88</sup> É a concepção defendida, entre os alemães por Jürgen Schwabe, que Alexy assim resume:

“O problema da proteção perante privados transforma-se então em um problema que, não obstante provocado por particular, é por fim uma intervenção estatal”

(*Das Problem des Schutzes gegenüber Privaten werde daher zu einem Problem der Abwehr zwar privat bewirkter, aber letztlich doch staatlicher Eingriffe*”).

Schwabe, coerentemente, considera dispensável a construção do dever de proteção, eis que para ele todas as questões em torno dos direitos fundamentais resumir-se-iam a sua função de defesa contra o Estado. Confirmam-se achegas no item 90, infra.

assim, diz o mestre alemão –com um quê de *humeur* acadêmico- e “*cada ato humano não proibido, assim também o convite privado para o jantar, seria atribuível a ele* [ao Estado].<sup>89</sup>

Mas há ainda uma segunda linha de argumentação dos que pretendem uma eficácia dos deveres de proteção semelhante a direitos de *1ª primeira geração*: a da “co-autoria do Estado por violações a direitos fundamentais”. Segundo seus sectários, quando o Estado não proíbe intervenções nos âmbitos protegidos por normas constitucionais, é como se os permitisse. E sendo “lícito”, à primeira vista, um determinado comportamento, o sistema imporia ao prejudicado um dever de tolerância (*Duldungspflicht*) em face da violação de seu direito fundamental. Dever de tolerância este cujo descumprimento até permitiria o recurso, pelo prejudicado, aos meios coativos estatais.

Um mesmo exemplo com duas variações esclarece a tese. Pense-se no grande *shopping-center* que inicia a construção de estabelecimento ao lado de um pequena loja. Esta última, em face da incapacidade de concorrer com a economia de escala do supermercado,

---

<sup>89</sup> “[...] *jede nicht verbotene menschliche Handlung, also etwa auch die private Einladung zu einem Essen, wäre ihm zuzurechen* (Theorie..., cit, p. 417)

Constata-se, por aí, nítida conexão entre a teoria dos deveres de proteção e a doutrina da responsabilidade do Estado (especialmente em face de atos omissivos) (Daniel Sarmento, A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In Sampaio, José Adércio Leite. Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 303). Confirma-se a festejada lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, quando alerta para o risco decorrente de uma interpretação excessivamente larga do dever de indenizar do Estado (que decorreria de uma multiplicação indevida dos deveres de proteção do Estado, sem que se levasse em conta as limitações fáticas e jurídicas que a natureza principiológica daquelas normas exige) : “*Ante qualquer evento lesivo causado por terceiro, como um assalto em via pública, uma enchente qualquer, uma agressão sofrida em local público, o lesado poderia sempre argüir que o serviço ‘não funcionou’. A admitir-se a responsabilidade objetiva nestas hipóteses o Estado estaria erigido em segurador universal! Razoável que responda pela lesão patrimonial da vítima de um assalto, se agentes policiais relapsos assistiram à ocorrência inertes e desinteressados ou se alertados a tempo de evitá-lo omitiram-se na adoção de providências cautelares. Razoável que o Estado responda por danos oriundos de uma enchente se as galerias pluviais e os bueiros de escoamento das águas estavam entupidos ou sujeitos propiciando o acúmulo da água. Nestas situações, sim, terá havido descumprimento do dever legal na adoção de providências obrigatórias. Faltando, entretanto, este cunho de injuricidade, que advém do dolo, ou da culpa tipificada na negligência, na imprudência ou na imperícia, não há cogitar de responsabilidade pública.*” (Elementos de Direito Administrativo, Ed. Malheiros, 3ª ed., 1992, p. 340). Sobre o assunto, confirma-se outrossim a enfática repreensão de Gilmar Ferreira Mendes a precedentes que se desviaram do norte de Bandeira de Mello em “Perplexidades acerca da responsabilidade do Estado: “União “seguradora universal”? (Revista Jurídica Virtual, n. 13 – junho/2000). Ainda, estudo em que Juarez Freitas propõe solucionar as hipóteses de responsabilidade do estado por omissões por meio do princípio da proporcionalidade (O Estado, a responsabilidade extracontratual e o princípio da proporcionalidade, in Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005 / Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS; coord. Ingo Wolfgang Sarlet – Porto Alegre: escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado Ed., 2006, v. 1, t. 1, pp. 179-196).

está fadada ao fechamento. É um caso claro de comportamento que desencadeia danos, mas que em virtude de sua licitude deve ser tolerado (*dever de tolerância*) pelo prejudicado.<sup>90</sup> Pensemos, ao ensejo, que o pequeno lojista organizasse manifestações que impedissem o acesso ao canteiro de obras, e neste caso o construtor poderia recorrer ao Judiciário a fim de obter tutela da posse, eis que violado, pelo modesto varejista, seu dever de tolerar a construção (ou, posto de outra forma, na hipótese não ampararia a este último nenhum direito à proteção extraível da constiuição).

Diversamente se a obra a ser construída afetasse de modo claro o meio-ambiente (saneamento, circulação viária etc) de determinada localidade. Neste caso, o alvará expedido em favor do construtor, porque gerador de um dever de tolerância da coletividade, revelar-se-ia como uma intervenção estatal em direito fundamental de 3ª geração (o meio ambiente), não obstante quem estivesse *diretamente* afetando o meio ambiente fosse o particular. Visto sob este prisma, os prejudicados poderiam argumentar com a eficácia típica dos direitos de defesa/1ª geração: a tradicionalmente eficiente “*proibição de intervenção*” (*Eingriffsverbot*), e que redundaria na nulidade do alvará administrativo.

41. A concepção antitética, que pretende a redução do dever de proteção à eficácia desenvolvida pelos direitos de 2ª geração, lastreia-se nos seguintes tópicos: 1) primeiramente, a circunstância de um comportamento não vir expressamente proibido em uma norma jurídica não implica, imediatamente, a sua licitude. Na realidade vários são os comportamentos deixados ao largo de qualquer normalização específica. Por isso mesmo a não-proibição jamais implica, sem mais, um dever de tolerância. Muito pelo contrário, por influência dos princípios e da interpretação integradora do ordenamento, um comportamento que à primeira

---

<sup>90</sup> Vale porém o pertinente memento de Canaris, para quem a teoria dos deveres de proteção excepcionalmente se volta para atos lícitos, bastando que eles ponham em risco o bem jurídico fundamental. É que determinadas condutas, por seu potencial de lesividade, devem receber um tratamento jurídico tal que solucione as hipóteses de danos dela decorrentes, do que é exemplo a teoria da responsabilidade civil objetiva. CANARIS, Claus-Wihelm. Grundrechte und Privatrecht. Eine Zwischenbilanz. Berlin-New York. Walter de Gruyter, 1999, p. 77.

vista revelar-se-ia autorizado, pode muito bem importar em violação indireta de um direito fundamental, tendo em vista o amplo espectro eficaz destas normas.

E uma eventual proibição de auto-defesa não impede o prejudicado de demonstrar que o comportamento de terceiro acarreta prejuízo a direito seu e esforçar-se, por todos os meios lícitos, a interromper a violação, seja pela via administrativo-policial, seja pela judicial, demonstrando ao Estado que ele está omissis, perante um ato antijurídico, em seu dever de proteção. É a opinião crismada lapidarmente neste excerto da *Teoria dos Direitos Fundamentais* de Alexy:

*“A simples autorização não diz nada sobre a participação e imputação [do Estado]. Também a mera afetação do bem jurídico fundamental não é suficiente. Um terceiro pode ameaçar muito gravemente a existência de um casamento; isto não justifica atribuir esta ameaça ao Estado, mesmo em face da autorização legal de seu comportamento.”*

[...]

*“O decisivo são deveres estatais de proteção permanentes e os correspondentes direitos a proteção. Um não-proibir, i.e., uma autorização pode ser uma violação dos direitos a proteção do status positivo. Não pode ser uma intervenção em direitos de defesa contra o Estado.”*

[...]

*“Simplesmente porque o ato de fumar de “b” em relação a “a” não é proibido - portanto é permitido- e pois “a” relativamente à omissão do ato de fumar de “b” encontra-se numa posição de “não direito”, não decorre que se deva atribuir ao Estado o tabagismo de “b”, como se fosse uma intervenção estatal no direito fundamental de “a”. O Estado não intervém no direito à incolumidade física de “a” porque “a”, face ao tabagismo de “b”, encontra-se em situação de “não direito”. O que pode acontecer, antes, é que “a” tenha um direito contra o Estado, que lhe imponha protegê-lo de intervenções de terceiros, e que seja violado pelo Estado através da definição de uma situação de “não direito” para “a”. Também a circunstância de um tribunal civil rejeitar uma ação cominatória de “a” contra “b” -em virtude da situação de “não direito” de “a”- não muda o panorama. Esta rejeição da ação, ainda que um ato estatal, não pode ser considerado uma violação de um direito de defesa (1ª geração), mas sim uma violação pelo não cumprimento de uma prestação estatal.*

[...]

*“Atos privados não são, portanto, apenas porque são legalmente autorizados, imputáveis ao Estado. Fosse assim, e incontáveis atos seriam de se atribuir ao Estado. Assim, tendo em vista que o Estado excluiu as múltiplas possibilidades da defesa privada de indivíduos prejudicados por atos de seus concidadãos, substituindo-a pela proteção jurídica da liberdade, cabe-lhe o dever de proporcionar proteção na medida necessária. Dessarte, também sob o enfoque dos deveres de tolerância a construção dos deveres e direitos de proteção é preferível à construção dos direitos de defesa.”<sup>91</sup>*

---

<sup>91</sup> *“Die bloße Erlaubnis sagt demgegenüber noch nichts über Beteiligung und Zurechnung. Auch die bloße Betroffenheit des grundrechtlichen Gutes ist nicht ausreichend. Ein Dritter kann den Bestand einer Ehe*

Em síntese, a proibição à defesa de mão própria não consagra irrestritamente um dever de tolerância, nas hipóteses em que o Estado não proíba determinada conduta lesiva a direitos fundamentais. Esta concepção faz pouco caso da eficácia normativa dos princípios constitucionais, em especial dos direitos fundamentais e dos direitos prestacionais de proteção que deles emanam. Se o Estado deixou de legislar sobre determinado tema, com o que ensejou condutas de particulares potencialmente violadoras de direitos fundamentais, é de se lhe imputar um déficit em seu dever de proteção, ou, de outra forma, uma violação à “*Untermassverbot*” (proibição de déficits) ou à “*Unterlassungsverbot*” (proibição de omissão), não, entretanto, uma intervenção: não houve *atividade* estatal lesiva, mas antes, uma *omissão* que oportunizou a lesão<sup>92</sup>.

---

*noch so intensiv gefährden, dies begründet jedoch, auch zusammen mit der rechtlichen Erlaubnis seines Tuns, noch keine Beteiligung des Staates.”*

[...]

*“Das Entscheidende sind stets staatliche Schutzpflichten und ihnen korrespondierende Schutzrechte. Das Nicht-Verbieten bzw. Erlauben des Staates kann eine Verletzung von Schutzrechten des positiven Status sein. Ein Eingriff in ein Abwehrrecht ist es nicht.”*

[...]

*“Allein daraus, daß es “b” in Relation zu “a” nicht verboten und deshalb erlaubt ist, zu rauchen, “a” sich bezüglich der Unterlassung des Rauchens gegenüber “b” also in der Position des Nicht-Rechts befindet, folgt nicht, daß dem Staat das Rauchen des “b” als Eingriff in das Grundrecht des “a” zuzurechnen ist. Der Staat greift durch die bloße Tatsache, daß er “a” gegenüber “b” bezüglich des Unterlassens des Rauchens in der Position eines Nicht-Rechts beläßt, nicht in das Recht des “a” gegenüber dem Staat darauf ein, daß dieser seine körperliche Unversehrtheit nicht beeinträchtigt. Was sein kann, ist vielmehr, daß der Staat ein Recht des “a” gegenüber dem Staat darauf, daß dieser ihn vor Eingriffen Dritter schützt, durch Belastung des a in der Position des Nicht-Rechts verletzt. Auch daraus, daß das Nicht-Recht des a für ein Zivilgericht ein hinreichender Grund ist, eine Unterlassungsklage des a gegenüber b abzuweisen, ergibt sich nichts anderes. Diese Klagabweisung, wiewohl ein staatlicher Akt, kann keine Verletzung eines staatsgerichteten Abwehrrechts, sondern nur eine Verletzung, weil Nichterfüllung eines staatsgerichteten Leistungsrechts in Gestalt eines Schutzrechts sein”.*

[...]

*“Private Handlungen sind nicht schon deshalb, weil er Staat ihre rechtliche Erlaubnis bewehrt, dem Staat zuzurechnen. Wäre dies so, müßten unübersehbar viele Handlungen dem Staat zuzurechnen sein. Vielmehr, daß der Staat, weil er der von Handlungen der Mitbürger nachteilig Betroffenen durch die generelle rechtliche Bewehrung der Freiheit vielfältige Möglichkeiten des Selbstschutzes genommen hat, die grundrechtliche Pflicht hat, in gebotenem Umfang Schutz zu gewähren. Auch unter dem Aspekt der Duldungspflichten ist daher die Schutzpflichts/Schutzrechtskonstruktion der Abwehrrechtskonstruktion vorzuziehen” (Alexy, ob. cit. p. 417-419).*

<sup>92</sup> De mesma opinião Martins Neto:

*“Sem dúvida, o indivíduo e a sociedade são titulares de direitos de proteção oponíveis ao poder estatal (que nós chamamos direitos a atos de intervenção). Ocorre que tais direitos entram, precisamente, no quadro maior dos direitos de prestação, isto é, de direitos a ações positivas. É o caso, por exemplo, do direito individual à proteção policial que pode surgir numa situação de ameaça concreta, impondo ao Estado o dever de atuar*

42. Hager –partidário de uma fungibilidade teórica entre o aspecto de proteção e de não intervenção dos direitos fundamentais<sup>93</sup> - defende que na hipótese de um dever de tolerância inconstitucional do particular, a par do déficit de proteção, poder-se-ia antever uma intervenção estatal indevida (*Übermassverbot- vedação de excessos*, típica dos direitos de 1ª geração) no direito de legítima defesa/estado de necessidade (*Notwehrrecht*) do lesado. O jurista berlinense conclui então ousadamente pela licitude ato do vizinho que, em virtude de um show de rock na casa ao lado, corta ele próprio o cabo de luz, interrompendo assim a perturbação.<sup>94</sup> Alargando-se a tese –um quê perigosa- do constitucionalista tedesco, seria possível, em determinadas hipóteses, argüir a inconstitucionalidade, por excessiva restrição do direito de auto-defesa do particular, do tipo penal do exercício arbitrário das próprias razões.

43. Retornando ao caso do *shopping center* que afeta o meio ambiente: não foi o Estado que *interveio* no âmbito do direito fundamental ao conceder o alvará para construção; antes, omitiu-se num dever de proteção relativamente a ato lesivo de particular. É preferível, portanto, atribuir a responsabilidade pelo dano ao particular, e ao Estado uma falha na *proteção* daquele bem jurídico, pelo qual inclusive pode responder subsidiariamente.

De acordo com estes parâmetros, impõe-se a superação da tese de Schwab e outros, que recusam a autonomia dos deveres de proteção e optam, ao invés, por atribuir sempre ao Estado a intervenção ilícita no âmbito dos direitos fundamentais, ainda quando praticada por terceiros, porque *modus argumentandi* em contradição com o princípio da liberdade de ação do indivíduo<sup>95</sup>. Conformam-se melhor com a realidade das coisas, portanto, a doutrina

---

*para defender a incolumidade de uma certa pessoa exposta a risco pela ação criminosa de terceiros. Esse direito, contudo, embora conexo, não se confunde com o direito à vida enquanto direito individual de caráter abstrato oponível não só ao poder público mas também aos demais membros da comunidade política, impositivo de um dever universal de abstenção ou de não-lesão, ou seja, de não praticar o ato de matar. Como se vê, são direitos diversos, um de prestação e outro de abstenção, e o só fato de ambos estarem destinados à tutela de um mesmo interesse jurídico, a vida humana, não faz desaparecer a perfeita validade teórica da distinção corrente em doutrina”* (ob. cit. p. 153).

<sup>93</sup> Cf. supra, nota de rodapé 70.

<sup>94</sup> Ob. cit., p. 382.

<sup>95</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. Grundrechte und Privatrecht. Eine Zwischenbilanz. Berlin-New York. Walter de Gruyter, 1999. p. 41.



defendida por Alexy, que acolhe o parentesco dos deveres de proteção com os direitos prestacionais (de segunda geração), ademais de privilegiar o enfoque filosófico que privilegia a liberdade individual.

44. E definida a geração de direitos a qual pertencem os *Schutzpflichten*, pode-se então definir o seu conteúdo, que corresponde a *medidas positivas adequadas à proteção do bem jurídico fundamental, ou ao impedimento de intervenções de terceiros neste mesmo âmbito protegido pela norma constitucional*. Todas as três funções (poderes) do Estado, porque submetidas sem exceções aos comandos da constituição, devem obediência aos direitos fundamentais devendo, por conseguinte, atuar positivamente em sua defesa.<sup>96</sup>

Assim, pois, que antes de se falar na exigência de uma omissão estatal -seria este o caso se eles desenvolvessem a mesma eficácia dos direitos de 1ª geração, os quais, estes sim, impõem ao Estado um dever de abstenção, isto é, uma *proibição de intervenção (Eingriffsverbot)*- dever-se-ia cogitar de um dever estatal de prestação, cujo par é uma *proibição de omissão (Unterlassungsverbot)*. Dito de outra maneira, ao *dever de proteção* do Estado corresponde uma *proibição de omitir-se* nessa mesma proteção.

Segundo este novel entendimento proporcionado pelo “*Dever de proteção*”, o Estado abandona a antiga e única –ademais de constrangedora- figura de “*adversário*” (*Gegner*) dos direitos fundamentais<sup>97</sup>, para assumir, ao seu lado, atribuição de “amigo” ou “garantidor”

---

<sup>96</sup> Alexy exemplifica esta eficácia dos direitos fundamentais:

“*Não apenas a vida e a saúde são possíveis bens jurídicos, mas todos os que são dignos de proteção sob o ponto de vista dos direitos fundamentais, por exemplo a dignidade, a liberdade, a família, a propriedade. Não menos multivárias são as formas de proteção. Elas compreendem por exemplo normas de Direito Penal, normas de responsabilidade civil, normas de direito procedimental, atos administrativos e atos materiais*”.

“*Nicht nur das Leben und die Gesundheit sind möglich Schutzgüter, sondern alles, was unter grundrechtlichen Aspekten schutzwürdig ist: z.B. die Würde, die Freiheit, die Familie und das Eigentum. Nicht weniger vielfältig sind die möglichen Schutzformen. Sie umfassen z.B. Schutz durch Strafrechtsnormen, durch Normen des Deliktsrechts, durch Normen des Verfahrensrechts, durch Verwaltungsakte und durch faktisches Handeln*”) (*Theorie...*, cit., p. 410).

<sup>97</sup> O Estado deixa de ser o “inimigo público” dos direitos fundamentais, segundo a lúdica observação de Vieira de Andrade (in *Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares*. In *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado/ Aldacy Rachid Coutinho... [et. Al]*; org. Ingo Wolfgang Sarlet. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003 p. 273). Porém, nada obstante válida em seu conjunto a concepção, é importante notar que já o Estado Liberal exercia certos deveres de defesa. Confirmam-se notas 39 e 87.

desses direitos (*Grundrechtsfreund oder Grundrechtsgarant*). Segundo Gilmar Ferreira Mendes, a doutrina tedesca deduz desta nova postura estatal três novos deveres de ascendência constitucional: um dever de proibição (*Verbotspflicht*), isto é, dever de se proibir conduta lesivas aos direitos fundamentais; um dever de segurança (*Sicherungspflicht*), correspondente à proteção do indivíduo contra interferências de terceiros; e, por fim, um dever de evitar riscos (*Risikopflicht*), voltado em especial para o desenvolvimento técnico ou tecnológico, por meio de medidas de prevenção.<sup>98</sup>

45. Ainda assim, cumpre atentar para um critério discriminatório de extrema relevância - porque decisivo quanto à otimização eficaz do dever de proteção. Com efeito, sem embargo de ser possível esta aproximação dos *Schutzpflichten* aos direitos de 2ª geração, porque tanto uns quanto outros impõem atos positivos ao Estado (são *direitos a prestações*), ainda assim os deveres de proteção também partilham de uma característica própria dos direitos de 1ª geração. Com efeito, estes últimos têm por *telos* a subsistência de um bem jurídico; já os direitos sociais visam ao aperfeiçoamento ou universalização de bens jurídicos.

Eis, portanto, que se pode atribuir aos deveres de proteção uma ubicação intermediária entre os direitos de 1ª e 2ª geração: de uma parte, impõem prestações ao Estado (*eficácia* dos de 2ª geração), com a finalidade de preservar bens jurídicos (*finalidade* dos de 1ª geração). Essa constatação permite conferir-lhes uma eficácia a qual, se não goza da presteza e efetividade da tutela dos direitos de 1ª geração, é ainda assim maior que a dos direitos sociais.<sup>99</sup>

---

<sup>98</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional Revista jurídica virtual nº 14 - julho / 2000. Também em, do mesmo autor, Direitos fundamentais: significados, limites, princípio da proporcionalidade, colisão e concorrência. In Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. 3ª ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2004. p. 12.

<sup>99</sup> É o pensamento de Alexy, conforme se extrai deste excerto de sua “*Theorie...*”:  
“A inclusão dos direitos a proteção na tradição individualista, liberal, não implica que eles não apresentem problemas além daqueles próprios dos direitos de defesa, dirigidos a omissões do Estado [...] Como direitos a atuações positivas do Estado os direitos a proteção compartilham dos problemas próprios dos direitos sociais, i.e., dos direitos prestacionais em sentido estrito. Estes problemas, todavia, como se demonstrará, não são razão suficiente para recusar os direitos a proteção. A totalidade do problema torna claro que o fosso que

46. A consagração jurisprudencial dos deveres de proteção, no âmbito do Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*, ou *BVerfG*) evidenciou-se quando da polêmica decisão sobre o aborto, de 1975, quando o Tribunal considerou inconstitucional a descriminalização legislativa do aborto, desde que praticado durante os três primeiros meses de gravidez. Na oportunidade, na esteira do que a doutrina antecipara, prevaleceu a opinião de que o dever de proteção “*não apenas proíbe –por óbvio- intervenções diretas do Estado na vida em desenvolvimento, mas também lhe impõe uma atuação protetora e estimuladora perante essa mesma vida*”<sup>100</sup>. Esta exigência de proteção, segundo os juízes alemães, no caso

---

*separa os direitos de tradição liberal dos direitos do Estado social não é tão profundo, como à primeira vista poderia parecer”*

*(“Mit der Einordnung der Rechte auf Schutz in die individualistische, liberale Tradition wird nicht gesagt, dass die Rechte auf Schutz keine Probleme bereiten, die über die hinausgehen, die sich bei den auf negative Handlungen des Staates gerichteten Abwehrrechten stellen [...] als Rechte auf positive Handlungen des Staates teilen die Rechte auf Schutz eine Reihe von Problemen mit den sozialen Grundrechten, den Rechten auf Leistungen. im engeren Sinne. Diese Probleme sind jedoch, wie sich zeigen wird, kein Grund, auf Rechte auf Schutz zu verzichten. Die Gemeinsamkeit der Probleme macht zudem deutlich, dass der Graben, der Rechte der liberalen Tradition und Rechte sozialstaatlicher Art trennt, nicht so tief ist, wie man auf den ersten Blick meinen könnte). (ob cit. p. 415).*

<sup>100</sup> *“Verbietet nicht nur -selbstverständlich- unmittelbare staatliche Eingriffe in das sich entwickelnde Leben, sondern gebietet dem Staat auch, sich schützend und fördernd vor dieses Leben zu stellen”.*

Eis a íntegra da ementa (a íntegra do acórdão é acessível na página eletrônica da Universidade *Julius-Maximilians*, de Würzburg, Baviera: <http://www.uni-wuerzburg.de/glaw/index.html>):

1. *A vida em desenvolvimento no útero mãe revela-se como bem jurídico autônomo sob proteção da Constituição. O dever de proteção do estado não apenas proíbe –por óbvio- intervenções diretas do estado na vida em desenvolvimento, mas também lhe impõe uma atuação protetora e estimuladora perante essa mesma vida*

2. *A obrigação do Estado de proteger a vida em desenvolvimento impõe-se também contra a mãe.*

3. *A proteção da vida do feto goza de preferência durante toda a duração da gravidez em face do direito de auto-determinação da grávida, e não pode ser posto em questão durante um determinado prazo.*

4. *O Legislador pode exprimir a desaprovação constitucional ao aborto por outros meios que a via do Direito Penal. O decisivo é que a totalidade das medidas de proteção do nascituro emprestem de fato proteção ao bem jurídico assegurado. Em casos extremos, quando a proteção constitucionalmente exigida de outra maneira não é alcançável, impõe-se ao legislador, a fim de proteger a vida em desenvolvimento, a aplicação do direito penal.*

5. *Uma continuação da gravidez é desarrazoada, quando o aborto é necessário para afastar perigo de vida ou de periclitacão da saúde da mãe. Além destes casos o legislador está livre para considerar outros casos como causas razoáveis para interrupção da gravidez, quando impuserem ônus extraordinários à mãe.*

6. *A quinta lei de reforma do Direito Penal de 18/6/74 não fez justiça, na medida exigida, ao dever constitucional de proteção da vida em formação.*

*(1. Das sich im Mutterleib entwickelnde Leben steht als selbständiges Rechtsgut unter dem Schutz der Verfassung (Art. 2 Abs. 2 Satz 1, Art. 1 Abs. 1 GG). Die Schutzpflicht des Staates verbietet nicht nur unmittelbare staatliche Eingriffe in das sich entwickelnde Leben, sondern gebietet dem Staat auch, sich schützend und fördernd vor dieses Leben zu stellen.*

*2. Die Verpflichtung des Staates, das sich entwickelnde Leben in Schutz zu nehmen, besteht auch gegenüber der Mutter.*

*3. Der Lebensschutz der Leibesfrucht genießt grundsätzlich für die gesamte Dauer der Schwangerschaft Vorrang vor dem Selbstbestimmungsrecht der Schwangeren und darf nicht für eine bestimmte Frist in Frage gestellt werden.*

do aborto, em vista da gravidade da lesão e da importância do bem jurídico “vida humana”, imporia o manuseio de sanções penais, revelando-se inconstitucional a descriminalização (por violação do “*Untermassverbot*”- *proibição de déficit*).

---

4. Der Gesetzgeber kann die grundgesetzlich gebotene rechtliche Missbilligung des Schwangerschaftsabbruchs auch auf andere Weise zum Ausdruck bringen als mit dem Mittel der Strafdrohung. Entscheidend ist, ob die Gesamtheit der dem Schutz des ungeborenen Lebens dienenden Maßnahmen einen der Bedeutung des zu sichernden Rechtsgutes entsprechenden tatsächlichen Schutz gewährleistet. Im äußersten Falle, wenn der von der Verfassung gebotene Schutz auf keine andere Weise erreicht werden kann, ist der Gesetzgeber verpflichtet, zur Sicherung des sich entwickelnden Lebens das Mittel des Strafrechts einzusetzen.

5. Eine Fortsetzung der Schwangerschaft ist unzumutbar, wenn der Abbruch erforderlich ist, um von der Schwangeren eine Gefahr für ihr Leben oder die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung ihres Gesundheitszustandes abzuwenden. Darüber hinaus steht es dem Gesetzgeber frei, andere außergewöhnliche Belastungen für die Schwangere, die ähnlich schwer wiegen, als unzumutbar zu werten und in diesen Fällen den Schwangerschaftsabbruch straffrei zu lassen.

6. Das Fünfte Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 18. Juni 1974 (BGBl. I S. 1297) ist der verfassungsrechtlichen Verpflichtung, das werdende Leben zu schützen, nicht in dem gebotenen Umfang gerecht geworden.)

#### C. 4. CONDIÇÕES PARA ECLOSÃO DO DEVER DE PROTEÇÃO

47. A doutrina é pacífica em reconhecer como pressuposto de um dever de proteção do Estado uma *interferência ilícita de um particular no âmbito de proteção de um direito fundamental*<sup>101</sup>. É minoritária a doutrina que também em face de fatos jurídicos *stricto sensu* (eventos naturais) a admita, eis que ela exorbitaria da fundamentação filosófica do dever de proteção (as teorias do contratualismo sobre renúncia à justiça privada contra outros homens, condicionada ao fornecimento, pelo Estado, de segurança). Isto é, as pessoas não abdicam da liberdade para se protegerem da natureza, mas precipuamente para se defenderem uns dos outros. Por além, faltaria aos fatos jurídicos *stricto sensu* também a característica de antijuridicidade para provocar a atuação estatal.

Contudo, a justificativa não é convincente. Não obstante o poder de sedução que uma teoria bem encadeada e sistematizada tem sobre o cientista, à toda evidência em se mostrando ela insuficiente para promover a eficácia dos direitos fundamentais, *muito pior para a teoria*<sup>102</sup>. A mera cláusula constitucional do Estado Social de Direito, concatenada com os diversos direitos sociais e de defesa previstos na Constituição Federal, parecem razão suficiente para impor ao Estado também um dever de proteção contra fatos da natureza. A mesma razão que autoriza a expansão da eficácia dos direitos fundamentais - que abandonaram a estrita pertinência ao Estado, para também incidir sobre relações *inter-privatus* (*Drittwirkung*) - se estendida um pouco além, permite também esta nova potenciação

---

<sup>101</sup> Canaris ressalta que a ilicitude da conduta é justamente um dos gatilhos do dever de proteção (CANARIS, Claus-Wihelm. Grundrechte und Privatrecht. Eine Zwischenbilanz. Berlin-New York. Walter de Gruyter, 1999, p. 75-6).

<sup>102</sup> “Que una doctrina “sea correcta en teoría, pero no sirva para la práctica”, no es compatible con la orientación aplicativa de las teorías jurídicas, y, por tanto, bien mirado, es una situación que, de ningún modo, puede darse; antes bien, frente a una contradicción de este carácter, se deberá abandonar o corregir la teoría o modificar la práctica” Canaris, Claus-Wihelm. Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas, Civitas, Madrid págs. 119-120.

de sua eficácia: não apenas impõem deveres ao Estado de não intervir ou de proteger contra particulares; também obrigam à proteção contra fatos da natureza. Mesmo porque seria rematado absurdo exigir-se proteção contra o incêndio provocado por um piromaníaco, e admitir-se que o corpo de bombeiros assistisse impassível um incêndio provocado por um raio...

De toda forma, importa lembrar que a ilicitude excepcionalmente pode ser prescindível, mormente em situações de condutas que, mesmo lícitas, ensejem risco considerável a direitos fundamentais. Canaris esclarece que uma autorização estatal a atividade desse jaez, exige ao menos se cogite, justamente em virtude do dever de proteção, criar como contrapartida, como um regime diferenciado de responsabilidade civil, independente de culpa.<sup>103</sup>

48. Mas não é toda e qualquer lesão ao bem jurídico jusfundamental que justifica um dever de proteção. Impõe-se, com efeito, sua *não insignificância*. Deve-se, neste passo, analisar o bem jurídico tutelado, a intensidade da ameaça, os meios aptos a afastá-lo e a própria interferência a ser evitada. A título exemplificativo, riscos que potencialmente conduzam a danos irreparáveis devem ser analisados com maior rigor, quando cotejados com danos que permitam retorno ao *status quo ante*.<sup>104</sup>

Exemplar sobre o que se vem de dizer é o "*caso do pescador de chalupa*"<sup>105</sup>, uma das primeiras decisões em que a jurisprudência administrativa alemã reconheceu a existência de direitos exigíveis judicialmente no domínio ambiental. Tratava-se de um litígio entre os proprietários de uma fábrica, que tinham obtido uma autorização administrativa para despejar

---

<sup>103</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. Grundrechte und Privatrecht. Eine Zwischenbilanz. Berlin-New York. Walter de Gruyter, 1999, p. 77

<sup>104</sup> O dever de proteção, de acordo com Pieroth/Schlink, ganha contornos quando o efetivo prejuízo decorrente da ameaça ao direito fundamental é *irreparável* (vida e saúde), quando o desenvolvimento da ameaça *não é controlável* (riscos tecnológicos), e quando a relação intersubjetiva se revelar conflituosa a ponto de pôr em risco os direitos fundamentais dos participantes, e estes não estiverem aptos a regulá-la autonomamente (mídia, universidades) (ob. cit. p. 25).

<sup>105</sup> Tradução de Vasco Pereira da Silva para "*Kutterschiffers*" (Em Busca do Ato Administrativo Perdido. Coimbra: Almedina. 1998).

os detritos da sua atividade industrial num lago, e um pescador, dono de uma chalupa, cuja atividade piscícola era posta em risco pela poluição autorizada administrativamente.

Entendeu a jurisprudência que se impunha o reconhecimento da pretensão do pescador, eis que a sua própria existência seria posta em perigo a verificar-se a poluição do lago. A *ratio decidendi* do precedente tedesco, adequada à época em que exarada, quando o ímpeto ecológico não surgira ainda, fora fulcrada no direito de propriedade do pescador. Rezou o acórdão, a respeito do direito de propriedade do autor, que *“não se lhe pode retirar essa possibilidade de forma ilegal, senão isso teria como consequência que a sua empresa fosse atingida de forma grave e intolerável, ou que fosse seriamente posta em questão a existência da sua empresa”*.

Ficou clara a analogia operada pelo tribunal com a doutrina sobre desapropriação indireta, quando referiu-se à *“forma grave e intolerável”* de intervenção na propriedade do pescador.<sup>106</sup>

49. Ademais da estrita e efetiva lesão ao direito fundamental, também o mero risco ao bem jurídico protegido já proporciona a ativação da norma de proteção (pense-se, ao ensejo, nos crimes de perigo, que tutelam o bem jurídico penal criminalizando mera conduta que o ponha em risco). Como lembra Canaris, exige-se, em relação à proteção dos direitos fundamentais, eficiência prática, de forma que meros riscos, antes que se concretizem em efetivas ofensas, já

---

<sup>106</sup> Vasco Pereira da Silva, ob. cit., p. 268-270. O professor português esclarece em sua obra que o mesmo argumento é utilizado no direito de vizinhança, para se atacar alvarás de construção que representem lesão ao direito de propriedade: *“Ao enunciar o critério da ‘lesão grave e insuportável’ da posição do particular, para justificar os direitos subjectivos de terceiros, ‘O Tribunal Administrativo Federal está manifestamente a remeter para a sua jurisprudência sobre a expropriação’ (WAHL) [...] Donde resulta poder-se afirmar que «o vizinho não necessita de suportar ‘aquelas’ modificações da situação que tenham carácter expropriatório. A exigida ‘insuportabilidade’ do direito do vizinho deve ser equiparada à ‘inexigibilidade’ do direito expropriatório (WAHL)”*. (ob. cit., pp. 262-265).

Adiante, ensina o mestre lusitano que os atos administrativos não podem mais ter a atenção voltada unicamente para o particular diretamente afetado. Terceiros em relação a uma autorização ou licença cujos direitos fundamentais sejam mediatamente afetados pelo ato também são dignos de consideração, justamente pelo influxo dos deveres de proteção:

*“[...] Esses particulares, titulares de direitos subjectivos públicos, já não podem mais ser considerados “terceiros” em face da Administração, ou perante aqueles outros privados imediatamente destinatários da sua actuação, antes como autónomos sujeitos de uma relação multilateral, que tem de incluir direitos e deveres recíprocos dos particulares (de cada um deles relativamente ao outro, ou outros, e de cada um deles em face da autoridade administrativa) e da Administração (relativamente a cada um dos particulares).* (ob. cit., p. 273).

merecem censura, ressaltando o mestre de Munique que justamente os direitos anexos no Direito das Obrigações, assim como a responsabilidade objetiva, são institutos que preenchem essa função<sup>107</sup>. Somente escapam ao âmbito das normas de proteção os assim denominados riscos residuais, i.e., aqueles que não eram previsíveis quando de seu surgimento, segundo o estado da ciência àquele tempo. Deve-se, pois, ter claro que os direitos fundamentais submetem-se às próprias limitações do conhecimento humano. Por isso, em áreas sensíveis como da pesquisa genética, comedimento é a palavra de ordem, em especial para o juiz, que deve prestigiar, especialmente nestas hipóteses de decisões políticas fundamentais, a opção legislativa, a fim de evitar um engessamento da ciência. Este fascinante tema refoge às pretensões deste trabalho, e por conseguinte não será aprofundado, colhendo-se o ensejo tão apenas para transcrever as considerações de Pieroth/Schlink:

*“Como a análise do dever de proteção perante o desenvolvimento científico tem por ponto de partida a constatação de que a ciência, por um lado, não é totalmente inofensiva, e por outro, é irrenunciável, resulta que certos “riscos residuais” na utilização da técnica - presentes além de um limiar conhecido - devem ser tolerados”.*<sup>108</sup>

50. Mas como o foco central do estudo é a *Drittwirkung*, com certeza o gatilho dos deveres de proteção mais relevante para a compreensão da tese da *eficácia contra terceiros* é aquela sobre a *capacidade decisória* do titular dos direitos fundamentais. O publicista alemão Jürgen Schwabe, principia interessante artigo traçando um paralelo entre dois possíveis Estados, um hiper-protetivo, outro ultra-liberal (para não dizer *desleixado*). O primeiro, diz o autor,

*“seria um tirano que privaria os cidadãos do tabaco, autorizaria apenas uma quantidade de álcool a cada um, proibiria o alpinismo ou só o autorizaria depois*

---

<sup>107</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. Grundrechte und Privatrecht. Eine Zwischenbilanz. Berlin-New York. Walter de Gruyter, 1999, p. 77.

<sup>108</sup> “Da bei der Schutzpflicht gegenüber der technischen Entwicklung davon ausgegangen werden muß, daß die Technik einerseits nicht völlig ungefährlich sein kann, andererseits unverzichtbar ist, müssen bei der Nutzung der Technik gewisse Restrisiken, die unterhalb einer sachverständig bestimmten Gefahrenschwelle liegen, toleriert werden (ob. cit. p. 25).



*de exames de perícia, e que prescreveria uma roupa minimamente quente para os gripados; e um estado totalmente despreocupado deixaria todos livres para habitarem num buraco [...], para se arruinarem com drogas ou se suicidarem”.*<sup>109</sup>

As acaloradas discussões sobre a obrigatoriedade de capacetes para motociclistas e do cinto de segurança para motoristas fazem parte do temário, assim como a proteção da dignidade de *strippers* e prostitutas, proibição de tatuagens, de esportes violentos como o boxe, e ainda a proibição de mudança de sexo. Outras normas que -em face de sua hoje pacífica aceitação social- à primeira vista estariam distantes daqueles polêmicos temas, na realidade com eles partilham o mesmo substrato jurídico, tal como as normas de proteção da infância e juventude e as de proteção do trabalhador e do consumidor.

Na realidade a sintonia e mediação entre o *Estado-Tirano* e o *Estado-desleixo* é proporcionado justamente pelo dever de proteção: satisfeitos determinados pressupostos, um *Schutzpflicht* estatal pode justificar uma limitação à liberdade do próprio titular do direito fundamental a ser protegido. Em outra formulação, mais simples e eloquente: *para proteção do indivíduo contra si próprio* (“*Schutz der Mensch vor sich selbst*”).

51. Um dos primeiros critérios eleitos pela jurisprudência constitucional alemã, a fim de restringir a liberdade de renúncia ao direito fundamental, foi a capacidade psíquica de autodeterminação responsável. Pertinente, nessa senda, a transcrição de trecho de acórdão do Tribunal Federal Constitucional alemão sobre a questão (que, por além de cativante pelo inusitado, é de fundamental importância para o esclarecimento teórico da *Drittwirkung*):

*“É certo que, sob o domínio da Lei Fundamental, em regra todos estão livres para recusar ajuda, contanto que com isto bens jurídicos de terceiros não sejam afetados ou a comunidade não sofra com a decisão. Apenas quando um interesse prevalente do bem comum o exige obrigatoriamente, com os limites do art. 2, 1 da Lei Fundamental, deve a pretensão de liberdade do particular recuar. O peso conferido à pretensão de liberdade perante o bem comum não pode ser dissociado das possibilidades fáticas de livre autodeterminação do carecedor de assistência. Em doenças psíquicas a possibilidade de auto-determinação é sensivelmente*

---

<sup>109</sup> *Der Schutz der Mensch vor sich selbst* (“A proteção do homem contra si próprio”), in *JuristenZeitung* 2/1998, p. 66.

*prejudicada. Nestes casos a intervenção assistencialista do Estado é permitida, onde seria proibida caso o indivíduo fosse mentalmente saudável”.*<sup>110</sup>

A *contrario sensu*, e coerente com a diretriz inicialmente traçada, em se tratando de indivíduos mentalmente saudáveis, a corte constitucional alemã considerou indevida a intervenção estatal, afirmando que “o Estado [...] não tem a tarefa de melhorar seus cidadãos e portanto não tem o direito de privá-los de liberdade, apenas para melhorá-los, sem que a manutenção da liberdade não os ponha eles próprios ou terceiros em perigo”<sup>111</sup>.

52. O reconhecimento de que o titular se intitule à proteção contra si próprio, por outro lado, pressupõe uma intervenção estatal na sua autonomia privada, isto quando também não saem conspurcados outros direitos fundamentais seus, como a liberdade de expressão, de manifestação, de profissão, e até a liberdade religiosa. Daí, portanto, a extrema delicadeza com a qual se deve tratar o tema. Pois uma admissão sem freios deste tipo de atuação estatal, bem visto, produz o *Estado-tirano* verumado por Schwab, e a própria negação do direito fundamental de liberdade e de *desenvolvimento da personalidade*<sup>112</sup>. E, no final, os direitos fundamentais, que original e classicamente se voltaram à proteção das liberdades individuais, arriscam-se, em virtude de uma degenerada postura estatal hiper-paternalista, a provocar a morte destas mesmas liberdades!<sup>113</sup>

---

<sup>110</sup> “Zwar steht es unter der Herrschaft dei Grundgesetzcs in der Regel jedermann frei, Hilfe zurückzuweisen, sofern dadurch nicht Rechtsgüter anderer oder der Allgmeinheit in Mitleidenschaft gezogen werden. Nur wenn überwiegende Belange dei Gemeinwohls, wie sie mil den Schranken der Art. 2 Abs. 1 GG bestimmt sind, es zwingend gebieten, muss der Freiheitsanspruch dei einzelnen insoweit zurücktreten. Das Gewicht, das dem Freiheitsanspruch gegenüber dem Gemeinwohl zukommt, darf aber nicht losgelost von den tatsächlichen Möglichkeiten der Fürsorgebedürftigen bestimmt werden, sich frei zu entschliessen. Bei psychischer Erkrankung wird die Fähigkeit zur Selbstbestimmung häufig erheblich beeinträchtigt sein. In solchen Fällen ist dem Staat fürsorgerisches Eingreifen auch dort erlaubt, wo beim Gesunden Halt geboten ist.” (Schwab, ob. cit. p. 67)

<sup>111</sup> Schwab, ob. cit. p. 67.

<sup>112</sup> “A idéia de um “direito fundamental de personalidade”, escreve Tribe, “radica na convicção de que mesmo que a identidade de cada um se encontre constante e profundamente conformada pelo ambiente social que a rodeia, a “personalidade” emergente desse processo pertence intrinsecamente “a si própria”, podendo entrar profundamente em conflito com a instituição que detém o monopólio da violência física legítima, isto é, o Estado (Queiroz, ob. cit. p. 168, citando American Constitutional Law, 2ª ed, Mineola, NY, pp 1305-6, de Lawrence Tribe).

<sup>113</sup> Assim também a lúcida ressalva de Pieroth e Schlink, de que este aspecto protetivo do direito fundamental pode pôr em risco até mesmo a liberdade que ele primacialmente visa a defender: a promoção de

De certa forma, renasceria a teoria de Duguit sobre a inexistência de direitos subjetivos. Para o jusfilósofo francês, deveras, o ordenamento jurídico não atribuiria direitos subjetivos, os quais não passariam de *abstração sem realidade*. Antes, incumbiria a cada indivíduo exclusivamente a obrigação de cumprir uma certa função social, conforme resultasse da divisão do trabalho social. A lei, segundo essa concepção, protegeria “direitos” (liberdade, propriedade, o crédito), não porque “direitos”, mas porque o seu exercício satisfaria uma função social.<sup>114</sup>

De toda forma, viável a conciliação dos dois conceitos - direitos subjetivos e função social - bastando que àqueles não correspondam poderes sujeitos aos interesses exclusivos e ilimitados do titular, “*mas como atribuições de caráter pessoal cujo conteúdo e extensão se definem pela medida de sua compatibilidade com fins sociais*”.<sup>115</sup>

53. Essa contradição –proteção de direitos que pode redundar em sua própria negação– impôs à doutrina especializada a busca de outros fundamentos que justificassem a proteção dos direitos fundamentais contra atos de seus próprios titulares, quando capazes de auto-determinação, que não aqueles mesmos direitos fundamentais. Debruçando-se sobre o tormentoso tema, ensina Schwabe:

*“A autorização para a disposição sobre determinados bens jurídicos contida nos direitos fundamentais não pode ser reduzida para proteção dos mesmos bens. Isto conduziria a uma perversão dos direitos fundamentais. As considerações de um dever de proteção dos direitos fundamentais não têm poder para alterar este princípio. Pôr em relevo o dever de proteção é incorreto, porque não se trata de questionar se o Estado deve empreender algo em favor de um bem jurídico, mas se ele pode. Não se discute, portanto, dever de proteção, mas legitimação para a proteção”*.<sup>116</sup>

---

formas de arte refinadas, se levada a extremos, faz perigar manifestações artísticas populares ou mesmo de mau gosto, ferindo a liberdade artística, direito fundamental que se pretendia defender (ob. cit. p. 27).

Dworkin, irmanado nesse pensar, considera que “*uma “sociedade justa” não deve tentar cultivar a virtude ou impor aos seu concidadãos “fins particulares”*. Deverá, antes facultar-lhes um esquema de direitos, neutral perante os fins, no quadro do qual as pessoas possam prosseguir as suas próprias concepções de “bem comum”, consistente com uma liberdade igual ou semelhante para os outros” (in *Taking rights seriously*, p. 184-205, apud Cristina Queiroz, Teoria..., cit., p. 81).

<sup>114</sup> Martins Neto, ob. cit., p. 66.

<sup>115</sup> Idem, p. 69

<sup>116</sup> “*Dispositionsbefugnis über bestimmte Rechtsgüter kann nicht zum Schutz eben dieser Güter einschränkt werden. Dies würde zu einer Pervertierung der Grundrechte führen. An diesen Grundsatz vermögen auch keine Erwägungen zum Schutzpflichtgehalt der Grundrecht zu ändern. Das Abheben auf eine Schutzpflicht*

Ao ensejo, o constitucionalista alemão revela que após a decisão do Tribunal Federal Administrativo (*Bundesverwaltungsgericht - BVerwG*<sup>117</sup>) proibindo os *Peep-shows*<sup>118</sup>, diversas opiniões da doutrina alemã se levantaram contra o precedente.<sup>119</sup> Naquela oportunidade, o tribunal alemão adotou como *ratio decidendi* o argumento de que a dignidade da pessoa humana não seria um bem jurídico disponível, de tal maneira que a renúncia do seu titular seria ineficaz.<sup>120</sup>

Uma semelhante controvérsia surgiu na França, em célebre caso análogo, o aresto denominado “*atirador de anões*” (“*lanceur de nain*”, ou “*tireur de nain*”), julgado pelo tribunal administrativo máximo daquele país, o conceituado “*Conseil d'État*”, em 27/10/95. O processo administrativo girou em torno da interdição, pelas Prefeituras de *Morsang-sur-Orge* e *Aix-en-Provence*, do jogo que deu nome ao citado acórdão, e que consistia em competição cujo vencedor seria o que atirasse mais longe um anão (noves fora o grotesco da idéia, ao menos seus criadores vestiam o indivíduo com roupas especiais de segurança...).

Quando do julgamento, o *Comissário do Governo* junto àquela corte referia que o jogo consistia em lançar, sem qualquer consideração e o mais distante possível, uma pessoa que sofre de deficiência física, o que a rebaixaria à qualidade de objeto. Acrescentou o oficial que “*não se pode senão se sentir atingido pelo parentesco de um tal espetáculo com os jogos do Circo da antiguidade, dos quais se conhecem o papel de canalização das pulsões sadistas do povo*”<sup>121</sup>.

---

*ist schon deshalb ungenau, weil es hier nichts um die Frage geht, ob der Staat etwas zum Schutz eines Schutzgutes unternehmen muss, sonder ob er es darf. Es steht also nicht eine Schutzpflicht, sondern eine Schutzberechtigung zur Diskussion.”* (Schwab, ob. cit., p. 70).

<sup>117</sup> Trata-se da última instância alemã em matéria de direito público. Suas decisões podem ser reformadas pela Corte Constitucional, excepcionalmente, caso versem sobre matéria constitucional.

<sup>118</sup> Trata-se de cubículos com total privacidade onde indivíduo “espia” (*peep*) através de janela uma dançarina que se despe.

<sup>119</sup> Schwab, ob. cit. p. 70.

<sup>120</sup> BVerwGE 64, 274.

<sup>121</sup> “*Le commissaire du Gouvernement, Patrick Frydman a rappelé qu'il consiste à lancer, sans aucun égard et le plus loin possible une personne humaine souffrant d'un handicap physique, ce qui la rabaisse au*

Foi colhida no procedimento também a manifestação do próprio anão, que suplicava pela continuidade do jogo, sob alegação de que lhe proporcionava integração em meio profissional e rendimentos mensais razoáveis (ele estava desempregado antes de se tornar *pelota humana*). Sobre ela, entretanto, o mesmo comissário do governo afirmou que “o respeito à dignidade [humana], conceito absoluto, não comportaria quaisquer concessões em função de apreciações subjetivas que alguém tenha a seu respeito. Por sua própria natureza, a pessoa humana está fora de comércio”.<sup>122</sup>

Não obstante a invejável retórica, num primeiro momento altamente convincente, os argumentos que embasaram o célebre *leading-case* gaulês parecem atritar-se com aquele alerta de Schwab, sobre o risco de perversão do *telos* dos *Grundrechte*: os juízes administrativos interpretaram os direitos fundamentais não como *garantidores da liberdade individual*, mas sim como causas para sua restrição.

Na Alemanha, a doutrina majoritária concorda com a opinião de Schwab, considerando que na hipótese de adultos *efetivamente capazes de decisão livre*, somente se admitiria proibições à renúncia de direitos fundamentais quando em jogo interesses heterônomos, justamente a fim de não se alterar a função libertária daquelas normas constitucionais.

Assim, a interdição estatal a vícios pessoais, que em princípio apenas prejudicariam o próprio titular do direito fundamental à incolumidade física (pense-se num viciado em entorpecentes), justifica-se com o interesse de terceiros ou o interesse público na redução da criminalidade envolvida (tráfico e crime organizado). Outros exemplos se trazem à baila: na

---

*rang d'objet. Il a ajouté « qu'on ne peut qu'être frappé par la parenté unissant un tel spectacle avec les jeux du cirque de l'Antiquité, dont on connaît le rôle de canalisation des pulsions sadiques de la population (Marie-Luce Pavia, in La portée de la constitutionnalisation du principe de dignité, na obra coletiva La Constitutionnalisation des branches du Droit, org. Bertrand Mathieu e Michel Verpeaux, Presses Universitaires D'Aix-Marseille – Economica, p. 137).*

<sup>122</sup> “Le respect de la dignité humaine, concept absolu s'il en est, ne saurait s'accommoder de quelconques concessions en fonction des appréciations subjectives que chacun peut porter à son sujet... De par sa nature même, la dignité de la personne humaine est hors commerce (idem, p. 137)

obrigação de uso de capacete e cinto de segurança pode-se lobrigar por igual uma tutela de terceiros, pois quanto menor o ferimento do motorista, mais reduzida a possibilidade de novos acidentes (o motorista que, após o sinistro, não permanece inconsciente, pode tanto retirar seu automóvel da estrada como sinalizar com maior segurança para outros motoristas para desviarem ou reduzirem a velocidade);<sup>123</sup> normas de proteção da maternidade não tutelam apenas a mãe, mas também o filho<sup>124</sup>; suicidas em trilhos provocam danos psíquicos nos maquinistas, assim como o indivíduo que presencia alguém que se atira de grande altitude, causas autorizadas de uma proibição do suicídio.<sup>125</sup> Um comportamento sexualmente promíscuo, porque potencialmente disseminador de várias doenças fatais, autorizaria quiçá até um controle sobre a vida sexual do indivíduo?

A já referida decisão do *BVerfG* de 1975, que decidiu pela inconstitucionalidade da descriminalização do aborto, também suscitou acerbas críticas à época, no sentido de que a *função tuteladora de liberdades*, típica dos direitos fundamentais, fora deturpada pela corte, tanto que assumiram, nas *rationes decidendi*, uma *função restritiva de liberdades* (a da mãe, obviamente). Nada obstante, sob o ponto de vista teórico que se vem de demonstrar, a decisão é inatacável, eis que sacrificou a liberdade da mãe em prol da vida do filho (i.e., tutelou-se *interesse de terceiro* - vida do nascituro - em detrimento da liberdade decisória da mãe).

---

<sup>123</sup> Schwab, ob. cit., p. 70.

<sup>124</sup> Neuner exemplifica com o caso do pai que renunciou ao contato com o filho, por motivos de ordem pecuniária, o que foi tido por ilícito, por violar o direito da criança ao contato com ambos os pais. O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental. In *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado/Aldacy Rachid Coutinho...* [et. Al]; org. Ingo Wolfgang Sarlet. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 253.

<sup>125</sup> Segundo Fischer (“*Die Zulässigkeit aufgedrängten Schutzes vor Selbstschädigung*”), impor-se-ia ainda o cotejo do “direito de se auto-prejudicar” com o sentimento valorativo de terceiros e à exposição destes a sensações de aversão ou repugnância:

“*Este direito à atenção do mundo sentimental pessoal e integridade da vida espiritual resulta do sopesamento das particularidades do caso concreto, em especial a proximidade do fato perturbador, com a autonomia do indivíduo que prejudica a si próprio. Na esfera domiciliar o direito goza de prevalência, na esfera pública depende das circunstâncias concretas*”.

“*Dieses Recht auf Achtung der persönlichen Gefühlswelt und Integrität des Seelenlebens soll dann nach den Gegebenheiten des Einzelfalls, insbesondere nach der Nähe zum störenden Geschehen, mit der Autonomie des Selbstschädigers abgewogen werden. In der hauslichen Sphäre genießt es naheliegenderweise strikten Vorrang, in der Sphäre der Öffentlichkeit kommt es auf den Einzelfall an*” (apud Schwab, ob. cit. p. 70-71).

Aliás, em muitos casos os comandos estatais não se dirigem diretamente à conduta do tutelado. Antes, pretendem obviar condutas de terceiros que facilitem ou dêem ensejo à atividade auto-destrutiva do titular do direito fundamental: é o caso eloqüente da sanção penal ao traficante de entorpecentes.<sup>126</sup>

54. Mas não apenas o *interesse de terceiros*, indiretamente afetados com a auto-lesão do titular do direito fundamental, se intitula a ponderação. Também o *bem comum* deve ser sopesado, no que relevam os custos do sistema de seguridade social<sup>127</sup>. A doutrina, não obstante, é refratária a admitir o custeio do Estado Social como limite à liberdade individual dos cidadão. Neste sentido a doutrina de Dietlein:

*A argumentação de custos jurídicos... todavia não é totalmente apromblemática, eis que o Estado Social -voltado a favor do cidadão - volta-se tal qual um bumerangue contra o cidadão, dele exigindo um comportamento que torne desnecessário o Estado. Esta construção acarreta o risco de, através da porta dos fundos do Estado Social, estabelecer um comportamento racional e pôr por terra o direito à decisão autônoma sobre assunção de riscos. Portanto, a consideração sobre os custos jurídicos pode no máximo em casos excepcionais de ônus consideráveis à coletividade -e assim relevantes socialmente- justificar um direito do estado à proteção de direitos fundamentais contra a vontade do tutelado.<sup>128</sup>*

Diz-se, contra o argumento de consideração dos custos, que seria preferível a simples recusa estatal de arcar com a imprevidência, *rectius*, imprudência, do auto-lesante. Essa orientação, entretanto, enfrentaria problemas de ordem prática-probatória. Por exemplo, a prova do nexo de causalidade entre a auto-lesão e o comportamento do seu titular nem sempre é possível, como nos casos da prática de boxe ou na freqüência a boates com música

---

<sup>126</sup> Idem, p. 68.

<sup>127</sup> NEUNER, Jörg. O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental. In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado/ Aldacy Rachid Coutinho... [et. Al]; org. Ingo Wolfgang Sarlet. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 254.

<sup>128</sup> “Die kostenrechtlliche Argumentation ...ist indes nicht unproblematisch, da der für den Bürger eingerichtete Sozialstaat auf diese Weise zum Bumerang für den Bürger werden kann, verlangt er doch letztlich von ihm ein Verhalten, welches den Sozialstaat möglichst nicht in Anspruch zu nehmen braucht. Diese Konstruktion birgt die Gefahr in sich, durch die Hintertür des Sozialstaates eine Rechtspflicht zu ,”vernünftigen” Verhalten zu statuieren und dem Recht auf autonome Entscheidungen über das Eingehen von Risiken so den Boden zu entziehen. Die kostenrechtliche Betrachtung kann daher allenfalls in Ausnahmefällen erheblicher und damit gemeinschaftsrelevanter finanzieller Belastungen der Allgemeinheit durch das selbstgefährdende Verhalten des Grundrechtstragers ein Recht des Staates zum Grundrechtschutz gegen den Willen des zu Schützenden begründen” (Die Lehre von den Grundrechtlichen Schutzpflichten, apud Schwab, ob. cit., p. 72).

excessivamente alta (perda de audição). O Estado não poderia recusar assistência à saúde nesses casos, portanto (o contraponto, em que o nexos entre a negligência e a lesão é óbvio, é a hipótese do motociclista sem capacete).

Mas mesmo no caso em que o nexos restasse sobejamente comprovado, este tipo de consideração de custos violaria o princípio da igualdade material, eis que conferiria absoluta autonomia e liberdade a quem, por dispor de suficiente patrimônio, jamais faria uso do sistema público de seguridade social (saúde, previdência e assistência).

55. Mas uma ressalva se impõe: independentemente da existência de *interesses de terceiros* ou do *interesse público*, ambos externos ao titular do direito fundamental, ainda assim não se justifica irremediavelmente a intervenção estatal, eis que em se tratando de uma colisão de princípios constitucionais (de um lado o direito fundamental de liberdade daquele que põe a si próprio em perigo, e de outro bens de terceiros ou público que limitem a livre auto-dilapidação do indivíduo), é imprescindível sua ponderação e submissão à prova da proporcionalidade. Assim, por exemplo, mesmo quando houvesse razões para proibir o pesquisador de utilizar o próprio corpo em experimento científico (custos da seguridade social, v.g.), deveriam estas eventualmente recuar perante a autonomia científica do indivíduo, de produzir conhecimento mesmo arriscando a própria saúde: a solução dependeria de uma prova de proporcionalidade *stricto sensu*, tendo em conta as circunstâncias particulares do caso, não sem antes se aferir se não seria possível atingir o mesmo objetivo por outros meios, como o uso de cobaias (etapa de proporcionalidade).

Posto de outra forma, ainda que coexistam direito fundamental e interesse de terceiros/interesse público contra a auto-lesão, ainda assim cumpre ponderar os bens em conflito, não sendo possível, *a priori*, a definição de uma posição prevalente.<sup>129</sup>

---

<sup>129</sup> Schwab, ob. cit., p. 70



56. Feita essa explanação sobre possíveis princípios que se contrapõem ao auto-ferimento dos direitos fundamentais, compreende-se melhor a adesão de Schwab à argumentação do tribunal administrativo de Neustadt (*Verwaltungsgericht Neustadt*), enfrentando também um caso de *atiradores de anões*, agora julgado na Alemanha. Nesta oportunidade, os juízes alemães mantiveram a proibição administrativa da bizarra diversão pública, tal qual seus pares franceses, mas não argumentaram, como estes últimos, com base na dignidade humana do próprio anão. Antes, recorreram a um argumento externo ao titular do direito fundamental: a grande probabilidade de que a continuidade e difusão do jogo acarretassem um *embrutecimento do sentimento geral das pessoas perante deficientes*, em especial anões.<sup>130</sup>

A este ponderável argumento do tribunal alemão, poder-se-ia cogitar aquele outro sobre a capacidade de livre auto-determinação do anão. Com efeito, conforme resulta da análise do caso concreto francês, o anão, antes de obter sua posição de “*pelota humana*”, estava desempregado. Assim, nada absurdo argumentar-se que lhe faltou o suficiente desprendimento para uma decisão efetivamente autônoma. De uma forma mais direta: teria ele se sujeitado à condição de objeto, a ser atirado tão longe quanto possível, se gozasse de uma situação social confortável? Assim, o “*volenti non fit iniuria*” só teria vigência, como aliás indicado pelo próprio brocardo, quando se pudesse falar efetivamente de vontade livre (*volenti*), assim como não vale a vontade expressa com os defeitos previstos no Código Civil (Capítulo IV do Livro III da Parte Geral).

Foi justamente este tipo de consideração que embasou julgamento da 35<sup>a</sup> Câmara do Tribunal Administrativo de Berlim (“*Verwaltungsgericht Berlin*”), em ação que postulava alvará de funcionamento para um hotel que funcionava como prostíbulo, autorização negada pela Administração. Entre outras considerações -que não importam ao tema ora *sub oculis*- a fim de conceder a ordem, o tribunal ponderou outrossim a questão da prostituição sob a ótica

---

<sup>130</sup> NVwZ 1993, 98 e ss. *apud* Schwab, ob. cit., p. 70.

dos direitos fundamentais, especialmente se ela importava em depreciação à dignidade da pessoa humana. E neste crucial ponto não submeteu a prostituição a uma decisão desvalorizadora total ("*pauschalen Unwerturteil*"). Ao contrário, as condições reais de sua manifestação, isto é, o *ambiente, dependência e auto-determinação* da mulher (*Umfeld, Abhängigkeit oder Selbstbestimmtheit*), na inteligência da corte, deveriam ser tomadas em consideração. Recusou-se, dessarte, uma proibição estatal irrestrita da comercialização do corpo feminino, ao argumento de violação da dignidade humana. O dever de proteção do Estado somente se justificaria, sustentou a sentença, quando a prostituída não fosse auto-responsável, como na prostituição por drogas, de menores, ou em relações de flagrante coação, como as resultantes do comércio de mulheres asiáticas e européias orientais.<sup>131</sup>

---

<sup>131</sup> Benöhr, Susanne e Vial, Enzo L. *Abschied von der Doppelmoral - Urteil zu Prostitution und Gaststättenrecht* (Despedida da dupla moral- Sentença sobre prostituição e direito de bares), publicado no site [http://www .forum-recht-online.de/301/301vial\\_benoehr.htm](http://www.forum-recht-online.de/301/301vial_benoehr.htm)

## C.5. JURISDIÇÃO E DEVERES DE PROTEÇÃO

56. Já se fixou alhures o entendimento de que os direitos fundamentais obrigam sem exceção as três funções estatais. E, por via de consequência, também a *proteção* aos direitos fundamentais é tarefa destinada à Administração, ao Parlamento, bem como ao Judiciário. A questão fundamental, porque implica potencialmente desequilíbrio entre os poderes, versa acerca da admissibilidade de avaliação –e correção- judicial dos mecanismos de defesa de direitos fundamentais implementados pelos dois outros poderes.

A definição do “*se*” e do “*como*” do dever estatal de proteção impõe não apenas a consideração do bem jurídico tutelado. Também digna de ponderação é a liberdade do potencial violador do direito fundamental, eis que ela necessariamente será restringida pela implementação de medidas estatais de segurança. Isto é, deve-se buscar um delicado equilíbrio entre, de um lado, a intervenção estatal restritiva de liberdades, e de outro, a liberdade do “violador”. Também se impõe a ponderação da suficiência (adequação) e da não excessividade da proteção estatal. Na síntese de Pieroth e Schlink, a formatação da proteção estatal “*depende de diversos fatores, em especial a forma, a proximidade e a extensão da ameaça; da forma e grau dos interesses estatais e privados envolvidos, assim como das regulações preexistentes e das medidas protetivas já tomadas*”.<sup>132</sup>

Por aí já se depreende a extrema complexidade da tutela estatal dos direitos fundamentais prestacionais. E justamente em decorrência das penosas ponderações levadas a efeito pelo Administrador e pelo Legislador, a tarefa de avaliação judicial sobre o cumprimento, por aqueles dois outros poderes, de seus deveres de proteção, é

---

<sup>132</sup> *Bei der Frage, wie die Schutzpflichten zu erfüllen sind, läßt das BVerfG dem Gesetzgeber grundsätzlich beträchtliche Entscheidungsfreiheit. Die Entscheidung hängt von vielen Faktoren ab, besonders von der Art, der Nähe und dem Ausmaß der drohenden Gefahr, von der Art und dem Rang der beteiligten staatlichen und privaten Interessen sowie von den schon vorhandenen Regelungen und den schon getroffenen Maßnahmen [...] (ob. cit., p. 25).*

proporcionalmente problemática. Mais uma vez recorre-se à transparência didática de Alexy, quando compara a proteção judicial de direitos de defesa (1ª geração) e de direitos de proteção (2ª geração):

*“Quando se impõe a proibição de destruir ou prejudicar algo, então todo ato que leve à destruição ou prejuízo desse algo será proibido. Ao revés, quando estabelece o mandamento de proteger ou estimular algo, não se exige todo e qualquer ato que o proteja ou estimule. Assim a proibição do homicídio traz implícito, prima facie, a proibição de qualquer ato tendente ao homicídio, enquanto, em contraposição, o dever de socorro não impõe a prestação de todos os meios de salvamento [...] Isto significa que o sujeito do dever de socorro –quando não se apresentam outras razões- tem uma área de manobra de valorativa (Beurteilungspielraum), dentro da qual ele pode escolher como cumprirá o mandamento. Todavia, a expressão “área de manobra” revela-se decisiva na questão da exigibilidade judicial dos direitos a prestações positivas... A omissão de todos os comportamentos que destruam ou prejudiquem é uma condição suficiente para o cumprimento de uma proibição de destruir ou prejudicar; ao passo em que para o cumprimento de um mandamento de proteção ou estímulo somente a tomada de medidas protetivas ou de estímulo adequadas é suficiente, o que vale para a satisfação de todos os direitos prestacionais (grifos nossos).<sup>133</sup>*

Dito diversamente, em se tratando de uma proibição de intervenção (*Eingriffsverbot*) típica dos direitos de 1ª geração, basta que o Estado omita todo e qualquer ato interventivo, de onde a facilidade da aferição de violações a um direito de defesa. Por outro lado, em se tratando de uma proibição de omissão (*Unterlassungsverbot*), própria dos deveres de proteção, não interessa se o Estado adotou uma ou mais medidas de tutela; importa se a medida é adequada e eficaz!<sup>134</sup>

---

<sup>133</sup> *“Wenn es verboten ist, etwas zu zerstören oder zu beeinträchtigen, dann ist jede Handlung, die eine Zerstörung oder Beeinträchtigung darstellt oder bewirkt, verboten. Demgegenüber ist dann, wenn es geboten ist, et- was zu schützen oder zu fördern, nicht jede Handlung, die einen Schutz oder eine Förderung darstellt oder bewirkt, geboten. So impliziert das Tötungsverbot jedenfalls prima facie das Verbot jeder Tötungshandlung, das Rettungsgebot demgegenüber nicht das Gebot jeder Rettungs- handlung [...] Dies aber heißt, daß der Adressat des Rettungsgebotes, wenn nicht weitere Gründe einschränkend hinzutreten, einen Spielraum hat, innerhalb dessen er wählen kann, wie er das Gebot erfüllen will. Mit dem Ausdruck »Spielraum« aber ist das für die Justitiabilität der Rechte auf positive Handlungen entscheidende Wort gefallen. [...]die Unterlassung aller Zerstörungs- und Beeinträchtigungshandlungen eine hinreichende Bedingung für die Erfüllung des Zerstörungs- und Beeinträchtigungsverbots und damit für die Erfüllung des Abwehrrechts ist, während zur Erfüllung von Schutz- oder Förderungsgebotes, wie ganz allgemein für die Erfüllung von Leistungsrechten, die Vornahme nur einer geeigneten Schutz- oder Förderungshandlung hinreichend ist (ob. cit., p. 421).*

Canaris, no particular aspecto, adere expressamente às lições de Alexy (Grundrechte und Privatrecht. Eine Zwischenbilanz. Berlin-New York. Walter de Gruyter, 1999. p. 45 e ss).

<sup>134</sup> Entre nós, Luiz Guilherme Marinoni extraiu pertinentes conseqüências da teoria dos deveres de proteção no âmbito específico do Direito Processual:

Por isso também que a tutela jurisdicional dos direitos de 1ª geração é admitida irrestritamente: basta à parte comprovar ao juiz que houve a intervenção estatal ilícita para ordenar sua cessação. E inversamente, é por isso que a Jurisprudência mostra-se muitíssimo cautelosa na assunção, pelo Juiz, da execução dos deveres estatais de proteção: isto implicaria avocação, pelo Judiciário, das intrincadas decisões para as quais são competentes as outras funções estatais, baseadas em demorados estudos, ponderações técnicas e políticas, bem como complexos prognósticos, tudo com o fito de definir se o caminho trilhado pelo legislador é adequado para a proteção do direito fundamental.

Ainda assim, ainda que sedutora por sua simplicidade, esta explicação vai de encontro a uma constatação empírica usual: a aplicação dos direitos de primeira geração muitas vezes impõe, tal qual os deveres de proteção, complicadas ponderações e soluções de colisões entre princípios constitucionais. Alexy, admitindo esta realidade, reconhece que o manejo judicial dos direitos fundamentais de defesa não difere qualitativamente da aplicação dos de proteção. A diferença, melhor posto, seria de intensidade.<sup>135</sup>

---

*“Para chegar à técnica processual adequada à situação concreta, o juiz, além de partir do princípio da efetividade da tutela jurisdicional, deve considerar a omissão legislativa ou a regra processual incapaz de propiciar a efetividade da prestação jurisdicional. A conclusão a respeito da omissão ou da inidoneidade da regra processual exige a prévia análise da tutela prometida pelo Direito material e das necessidades concretas da parte. Se a conclusão for no sentido de que a omissão ou a regra processual, diante das exigências do direito material e da realidade social, impedem a prestação jurisdicional na forma efetiva, o juiz não pode fugir do dever de aplicar a técnica processual adequada ao caso concreto. Pouco importa a omissão ou a inidoneidade da regra processual, uma vez que o juiz, perante o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, tem o dever de aplicar a técnica processual hábil à tutela do direito material [...] Assim, se o juiz, diante da lei processual, é obrigado a optar pela interpretação de acordo com o direito fundamental, cabe a ele, em caso de omissão ou de insuficiência legal, aplicar diretamente a norma que instituiu o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, considerando os princípios que com ele possam se chocar diante do caso concreto”* (Técnica Processual e Tutela dos Direitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 229 e 234).

<sup>135</sup> *“Este descrímen deve entretanto ser posto em dúvida. Há problemas envolvendo direitos de defesa que provocaram controvérsias que ultrapassaram de longe o campo da ciência do Direito, pense-se, por exemplo, no direito de manifestação; por outro lado, há posições relativas a direitos de proteção que ninguém seriamente põe em questão, como por exemplo a punição de lesões corporais por meio de sanções penais”* (“Diese Unterscheidung muß jedoch in Zweifel gezogen werden. Es gibt abwehrrechtliche Probleme, über die weit über den Bereich der Jurisprudenz hinaus höchst grundlegende Kontroversen geführt werden, man denke etwa an das Demonstrationsrecht, und es gibt schutzrechtliche Positionen, die niemand ernsthaft in Zweifel zieht, man denke an den Schutz vor Körperverletzungen durch Strafrechtsnormen”). (Ob. cit. p. 425).

Canaris, por sua vez, é partidário da tese oposta, segundo a qual há sim fundamental diferença entre a proteção contra insuficiência e a contra excessos, justamente porque, como já adiantado, a constituição não determina como o legislador deve proteger os direitos fundamentais, gozando nessa tarefa, portanto, de ampla margem de definição, concluindo que não se trata, pura e simplesmente, de igual aplicação da proporcionalidade

Segundo a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal (Alemanha), o controle judicial da implementação dos deveres de proteção tem espectro restrito, em virtude justamente do “*Spielraum*” (“*área de manobra*”, o que pode ser entendido também como discricionariedade) reservado ao legislador e ao administrador. O Judiciário somente pode se imiscuir na formulação ou aplicação de deveres de proteção quando as demais funções estatais permaneceram absolutamente inativas (isto é, quando desrespeitaram o dever de proteção), ou quando as medidas por eles tomadas mostrem-se publicamente inadequadas ou insuficientes<sup>136</sup> (ou seja, quando, respeitado o dever de proteção, não se considerou devidamente a proibição de insuficiência)<sup>137</sup>. Nas raras hipóteses em que houver um único instrumento possível, isto é, quando não houver “*Spielraum*”, é que a tarefa do Juiz se torna menos complicada, restando apenas ponderar as possibilidades fáticas (especialmente econômico-financeiras) de sua utilização.

A *decisão Schleyer*, da corte constitucional alemã (de 16/10/77) é modelar sobre o *self-restraint* judicial em matéria de deveres de proteção. Os juízes recusaram-se a ordenar a libertação de 11 terroristas da “*Fração do Exército Vermelho*” presos (quadrilha também conhecida como “*Baader-Meinhof*”), condição esta que era imposta pelos seqüestradores do

---

em ambas as hipóteses (CANARIS, Claus-Wihelm. Grundrechte und Privatrecht. Eine Zwischenbilanz. Berlin-New York. Walter de Gruyter, 1999, pp. 43-45)

<sup>136</sup> Pieroth/Schlink, ob. cit. P. 25. Por outro lado, extrai-se da jurisprudência do STF dois precedentes que, ao contrário de tudo que se vem de afirmar em termos de deveres de proteção, não apontou uma *omissão ou déficit* estatal nessa tutela, aliás com absoluto acerto. Muito pelo contrário, decidiu a corte, de certa forma, que o Estado exercera *excessivamente* um dever de proteção a direito fundamental. No primeiro, foi declarada inconstitucional lei do Distrito Federal que concedia pensão aos dependentes de vítimas de homicídio (ADInMC 1358-DF. Rel. Min. Sydney Sanches). No outro também a lei deferia pensão a crianças geradas por estupro (ADInMC 2019, rel. Min. Ilmar Galvão). De certa forma, houve uma censura constitucional à generosidade do legislador ordinário, fulcrado na dissociação entre o fim colimado pelo parlamento e os meios por ele escolhidos para atingi-lo. No caso dos estupros, o legislador concedera a pensão sem se preocupar com a efetiva necessidade do beneficiário, enquanto no dos homicídios, foram desconsideradas as conseqüências do crime, assim como a própria responsabilidade estatal (exemplos extraídos de Sampaio, José Adércio Leite. O retorno às tradições: a razoabilidade como parâmetro constitucional, in Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 85). Conferir em nota 90 tema conexo, sobre a relação entre deveres de proteção e responsabilidade objetiva do Estado, e o risco de esta última alargar-se indevida e excessivamente em decorrência do manejo indevido daqueles, justamente o que STF censurou nas ADIn’s indicadas.

<sup>137</sup> A distinção entre “dever de proteção” (*Schutzpflicht*), que corresponde ao “se” da tutela estatal de um direito fundamental, e “proibição de insuficiência” (*Untermassverbot*), que diz com o “como” dessa tutela, é tirável a Canaris (CANARIS, Claus-Wihelm. Grundrechte und Privatrecht. Eine Zwischenbilanz. Berlin-New York. Walter de Gruyter, 1999, p. 86).

Sr. Hanns-Martin Schleyer para sua libertação, ameaçando mesmo com sua execução caso não fossem cumpridas suas exigências. Os juízes não deram provimento ao recurso interposto pela família de Schleyer contra a recusa da polícia alemã, sustentando que a libertação dos terroristas, todos com péssimos antecedentes, implicaria sérios riscos à segurança pública, colocando também a vida de terceiros em perigo: a tutela da incolumidade de Schleyer, ao final, ameaçaria um número ainda maior de vidas alemãs. Identificada a colisão de princípios, a opção por uma ou outra solução, assim ficou decidido, não era tarefa do Judiciário, mas do Ministério da Justiça e das forças policiais.

Afora as tristes circunstâncias históricas envolvidas (quarenta e cinco dias após o seqüestro, encontrou-se o corpo de Schleyer em um porta-malas), o Tribunal teve oportunidade de tecer importantes considerações sobre a prevalência da discricionariedade da Administração e do Legislador na definição dos meios de proteção dos direitos fundamentais:

*“O art. 2, 1, combinado com o art. 1, 2 da Lei Fundamental obriga o Estado a proteger toda e qualquer vida humana. Este dever de proteção é abrangente. Ele impõe ao Estado uma postura protetiva e estimuladora perante esta mesma vida; isto vale sobretudo para a sua preservação contra intervenções ilícitas de terceiros. Todos os órgãos estatais devem conduzir-se de acordo com esta especial tarefa. Porque a vida apresenta um valor superior, este dever de proteção deve ser levado especialmente a sério. Cumpre, fundamentalmente, aos órgãos estatais decidir, por sua própria responsabilidade, como vão cumprir seu dever de efetiva proteção. Eles definem quais medidas protetivas são exigidas e adequadas, a fim de assegurar uma proteção da vida eficaz. Sua liberdade na escolha dos meios de proteção, em determinados casos, pode se limitar a um específico meio, quando a proteção por outros modos não seja alcançável”<sup>138</sup>.*

---

<sup>138</sup> “Art. 2 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG verpflichtet den Staat, jedes menschliche Leben zu schützen. Diese Schutzpflicht ist umfassend. Sie gebietet dem Staat, sich schützend und fördernd vor dieses Leben zu stellen; das heißt vor allem, es auch vor rechtswidrigen Eingriffen von seiten anderer zu bewahren (BVerfGE 39, 1 [42]). An diesem Gebot haben sich alle staatlichen Organe, je nach ihren besonderen Aufgaben, auszurichten. Da das menschliche Leben einen Höchstwert darstellt, muß diese Schutzverpflichtung besonders ernst genommen werden.

Wie die staatlichen Organe ihre Verpflichtung zu einem effektiven Schutz des Lebens erfüllen, ist von ihnen grundsätzlich in eigener Verantwortung zu entscheiden. Sie befinden darüber, welche Schutzmaßnahmen zweckdienlich und geboten sind, um einen wirksamen Lebensschutz zu gewährleisten (BVerfGE a.a.O. S. 44). Ihre Freiheit in der Wahl der Mittel zum Schutz des Lebens kann sich in besonders gelagerten Fällen auch auf die Wahl eines bestimmten Mittels verengen, wenn ein effektiver Lebensschutz auf andere Weise nicht zu erreichen ist.” (inteiro teor à disposição no já mencionado endereço: <http://www.uni-wuerzburg.de/glaw/index.html>).

É justamente esta motivação, de caráter político-constitucional, fulcrada na separação de funções de estatais, que ampara a corrente doutrinária contrária a uma possível conversão dos deveres de proteção em direitos subjetivos exigíveis judicialmente. Argumentam seus partidários que o conteúdo dos direitos fundamentais, como estabelecidos na Constituição, são por demais indeterminados para serem implementados diretamente pelo juiz, cabendo, pois, ao legislador definir, genérica e abstratamente, como se dará esta proteção, salvo casos especialíssimos.

De outra banda, os constitucionalistas que deduzem pretensões (*Ansprüche*) dos deveres de proteção limitam-se, via de regra, a sustentar uma pretensão a uma atividade estatal, a um *tornar-se ativo* (*tätig werden*), e não a uma específica medida protetiva<sup>139</sup>: não se impõe ao Estado a conduta “x” ou “y”, apenas se impõe uma conduta, ou, inversamente, apenas se proíbe a omissão estatal (“*Unterlassungsverbot*”). Quem defende este ponto de vista evita um atrito maior com a separação constitucional de poderes, eis que o âmbito de discricionariedade do legislador e do administrador sofre menos interferência da ordem judicial.

Há outros importantes precedentes do *BVefG* sobre o temário dos deveres de proteção, todos piches de referências à subordinação do Judiciário às decisões do Executivo e Legislativo, no que toca à concreção dos direitos fundamentais. Na decisão *Kalkar*, o Tribunal Constitucional teve que decidir sobre a eficácia irradiada pelos deveres de proteção frente a usinas nucleares, oportunidade quando definiu que também o mero *risco* de lesões aos direitos fundamentais enfrentaria a blindagem oposta pelos *Schutzpflichten*. A atuação protetiva estatal dependeria da *forma e proximidade* do risco assim como a importância do bem jurídico tutelado. Estabelecidos estes parâmetros, não adentrou no mérito da decisão

---

<sup>139</sup> HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal Alemã. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. p. 279



legislativa/administrativa, respeitando a divisão de poderes e suas prerrogativas de valoração.

Colhe-se da ementa do histórico julgado:

*“Em uma situação necessariamente carregada de incerteza incumbe ao legislador e à Administração, com a responsabilidade política que lhes é ínsita, nos limites de suas competências, decidir conforme considerarem adequado. Neste estado de coisas não é função do Tribunal ingressar na valoração dos órgãos chamados a efetuar-la. Porque até este ponto não se tem medida jurídica para tanto.*

*[...]*

*Exigir-se do legislador, tendo em vista seu dever de proteção, que ele eliminasse todo e qualquer risco aos direitos fundamentais que pudesse advir da admissão de instalações técnicas e suas empresas, implicaria o estreitamento da capacidade intelectual do homem e baniria, por além, toda autorização estatal para o aproveitamento da técnica. A ordem social deve sempre ser constituída à luz da razão prática. Incertezas por além do marco da razão prática são inescapáveis e neste caso são ônus socialmente adequados a serem suportados por todos os cidadãos.<sup>140</sup>*

Em *Mühlheim-Kärlich*, mais uma vez em torno de usinas nucleares (especificamente sobre a autorização para a construção de uma), consideraram os juízes do *BVerfG* que o dever de proteção estaria satisfeito, contanto que fossem seguidos os pressupostos de Direito material e de procedimento para o referido alvará de construção<sup>141</sup>.

No aresto *Fluglärm* (ruído de aeronaves), decidiu-se que o dever de proteção compreende também a obrigação de minimizar os efeitos nocivos à saúde advindos da

---

<sup>140</sup> *In einer notwendigerweise mit Ungewißheit belasteten Situation liegt es zuvorderst in der politischen Verantwortung des Gesetzgebers und der Regierung, im Rahmen ihrer jeweiligen Kompetenzen die von ihnen für zweckmäßig erachteten Entscheidungen zu treffen. Bei dieser Sachlage ist es nicht Aufgabe der Gerichte, mit ihrer Einschätzung an die Stelle der dazu berufenen politischen Organe zu treten. Denn insoweit ermangelt es rechtlicher Maßstäbe.*

*Vom Gesetzgeber im Hinblick auf seine Schutzpflicht eine Regelung zu fordern, die mit absoluter Sicherheit Grundrechtsgefährdungen ausschließt, die aus der Zulassung technischer Anlagen und ihrem Betrieb möglicherweise entstehen können, hieße die Grenzen menschlichen Erkenntnisvermögens verkennen und würde weithin jede staatliche Zulassung der Nutzung von Technik verbannen. Für die Gestaltung der Sozialordnung muß es insoweit bei Abschätzungen anhand praktischer Vernunft bewenden. Ungewißheiten jenseits dieser Schwelle praktischer Vernunft sind unentrinnbar und insofern als sozialadäquate Lasten von allen Bürgern zu tragen.*

Tangenciou-se o assunto no item 49, supra.

<sup>141</sup> O administrativista alemão Peter Badura, no que representa a doutrina majoritária daquele país, —e sem embargo das diversas decisões do *BVerfG* citadas— confere legitimidade a quem se sinta prejudicado por autorizações administrativas de construção ou funcionamento de empresas perigosas de apresentarem recursos administrativos ou judiciais contra os alvarás:

*“Dos princípios legais da previdência e da protecção (“Vorsorge -und Schutzprinzip”), assim como do dever de protecção da vida e da inviolabilidade corporal do indivíduo (“körperliche Unversehrtheit des einzelnen”), decorrentes dos direitos fundamentais, resultam direitos de protecção e de defesa de terceiros (“Schutz -und Abwehrensprüche Dritter”) relativamente a autorizações de instalação de centrais nucleares, desde que as condições de autorização do direito atômico pretendam proteger o indivíduo relativamente aos perigos e riscos da energia nuclear e não se refiram apenas aos interesses da generalidade” (apud SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. Em Busca do Ato Administrativo Perdido. Coimbra: Almedina. 1998. p. 271).*

poluição sonora de aviões. Não obstante, mais uma vez o Tribunal não negou a constitucionalidade do tratamento legislativo e administrativo dos aeroportos, prestigiando a decisão discricionária dos outros poderes do Estado.<sup>142</sup>

O acórdão “*proteção ao não fumante* (“*Nichtraucherschutz*”) seguiu o mesmo *modus decidendi*, inspirado no “*judicial self-restraint*”, não reconhecendo uma violação legislativa do direito de proteção à incolumidade física, alegada pelo autor da ação (tratava-se de um “*recurso constitucional*, “*Verfassungsbeschwerde*”), um não fumante, que por além de apontar os malefícios do fumo passivo, alegava também que a legislação existente não proporcionava tutela na medida constitucionalmente exigida. O recurso sequer foi conhecido, extraindo-se da decisão este esclarecedor excerto:

*“O legislador sobretudo, ou o produtor de normas por ele autorizado no campo da proteção do não fumante, de forma alguma se mantiveram inativos. Tampouco fica evidente que as medidas legislativas existentes atualmente sejam insuficientes. Pode permanecer em aberto se existem conhecimentos científicos confiáveis sobre os riscos à saúde do fumante passivo, como sustenta o recorrente. Porque então seria também um julgamento sobre a fixação concreta de objetivos e prioridades, assim como se imporia a escolha de meios e caminhos, a qual em primeira linha cabe ao legislador definir e transformar em comandos e proibições concretos. No desempenho desta sua responsabilidade política o legislador, nos limites de sua ampla área de manobra de avaliação/valorização/criação produziu prescrições de proteção ao não fumante, que não falham abertamente perante este objetivo, sobretudo porque elas já compreendem os âmbitos sociais em que o indivíduo não pode excluir por si próprio os efeitos do fumo e apenas de forma restrita pode se preocupar com sua própria proteção de prejuízo à saúde, como por exemplo no local de trabalho ou em meios coletivos de transporte. Quando o legislador presentemente não considera impositivo o fortalecimento da proteção do não fumante, como na recente rejeição de um projeto de lei de proteção ao não fumante, isto tampouco pode ser considerado uma exigência da Constituição.”<sup>143</sup>*

---

<sup>142</sup> Há ricos subsídios sobre o tema em “*Considerações sobre a constitucionalidade do tratamento dos afetados por ruídos de aviões na Alemanha*” (*Überlegungen zur Verfassungskonformität der Behandlung von Fluglärm betroffenen in Deutschland*), in <http://www.fluglaerm.de/bvf/svfk/dvfk0.htm>, na página da “associação nacional alemã contra ruídos de aviões”).

<sup>143</sup> “*Nach alledem ist der Gesetzgeber oder der von ihm ermächtigte Normgeber im Bereich des Nichtraucherschutzes keineswegs untätig geblieben. Es ist auch nicht ersichtlich, daß die derzeit existierenden gesetzgeberischen Maßnahmen evident unzureichend wären. Dabei kann offen bleiben, ob mittlerweile hinreichend verlässliche wissenschaftliche Erkenntnisse über die Gesundheitsrisiken des Passivrauchens existieren, wie der Beschwerdeführer behauptet (zu den Gesundheitsgefahren des Rauchens generell vgl. BVerfGE 95, 173). Denn auch dann wäre eine Beurteilung der konkreten Zielsetzungen und Prioritäten sowie eine Auswahl der in Betracht kommenden Mittel und Wege erforderlich, die in erster Linie der Gesetzgeber zu treffen und in konkrete Gebote und Verbote umzusetzen hat. In Wahrnehmung dieser politischen Verantwortung hat der Gesetzgeber im Rahmen des ihm hierbei zustehenden weiten Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraums Nichtraucherschutzvorschriften geschaffen, die ihr Ziel jedenfalls nicht offensichtlich verfehlen, zumal sie gerade diejenigen Lebensbereiche erfassen, in denen sich der Einzelne - wie beispielsweise*

A decisão “*Smog elétrico*” (“*Elektrosmog*”) complementou a jurisprudência sobre os deveres de proteção, harmonizando-a com as regras tradicionais do processo civil sobre ônus da prova. Isto é, cumpre a quem alega uma possível omissão estatal no dever de proteção (isto é, um desrespeito à “vedação de omissões”) o ônus de demonstrar que as medidas até então tomadas, sejam legislativas ou administrativas, são insuficientes à tutela. No caso concreto, tratava-se de indivíduo que teve instalado perto de sua residência um transformador elétrico, com o que se verificou um sensível acréscimo na radiação eletromagnética nas vizinhanças. Todavia, considerou-se que o recorrente não havia demonstrado que os limites legais de radiação eram insuficientes à preservação da saúde humana. Colhem-se trechos das razões do acórdão:

*“No cumprimento do dever de proteção cabe ao legislador assim como à Administração um amplo campo de avaliação, valoração e criação, que também deixa margem à consideração de interesses públicos e privados concorrentes. Uma violação do dever de proteção somente pode ser identificada, quando as medidas de proteção do poder público absolutamente não foram tomadas ou caso se revelem totalmente inapropriadas ou insuficientes ao seu fim, ou fiquem sensivelmente aquém dele.*

[...]

*O Tribunal Federal Constitucional deve apenas assegurar o respeito às normas e parâmetros de direito fundamental, e apenas pode examinar se a decisão permite o reconhecimento de falha interpretativa que diga respeito a uma concepção fundamentalmente incorreta do significado de um direito fundamental, em especial se a extensão de seu campo de proteção e o seu significado material são de alguma importância para a lide concreta*

[...]

*A valoração do tribunal regional, que considerou que o estudo do Conselho Nacional Americano de Proteção contra Ondas Eletromagnéticas conteria conclusões inseguras e parcialmente controvertidas não pode ser constitucionalmente discutido*

[...]

*O Tribunal Regional não está obrigado, em virtude do dever estatal de proteção da incolumidade, a desviar-se do dever de condução da prova e as regras dele suplementares de ônus da prova do direito civil e processual civil.”<sup>144</sup>*

---

*am Arbeitsplatz oder in öffentlichen Verkehrsmitteln - den Raucheinwirkungen nicht ohne weiteres entziehen und dadurch auch nur in eingeschränktem Maße selbst für seinen Schutz vor möglichen Gesundheitsbeeinträchtigungen durch Passivrauchen Sorge tragen kann. Wenn der Gesetzgeber derzeit eine Verstärkung des Nichtraucher-schutzes nicht für geboten hält, wie in der Ablehnung des Entwurfs eines Nichtraucherschutzgesetzes durch den Bundestag jüngst zum Ausdruck gekommen ist, kann dies von Verfassungs wegen nicht beanstandet werden” (BVerfG 1 BvR 2234/97 – “Nichtraucherschutz” (09.02.1998) 1ª Câmara (Kammer) do primeiro Senado (Senat)- Juízes Seidl, Grimm e Hömig).*

<sup>144</sup> *“Bei der Erfüllung der Schutzpflicht kommt dem Gesetzgeber wie der vollziehenden Gewalt ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsbereich zu, der auch Raum läßt, etwa konkurrierende*

57. Em face do panorama jurisprudencial noticiado, coerente com as balizas conceituais cunhadas em sua obra, e tendo em vista justamente a ancoragem do debate nos direitos fundamentais (“*normas princípios*”<sup>145</sup>), Alexy reconhece que não há outra solução senão a ponderação entre os princípios eventualmente em conflito:

*“Os meios de proteção não podem ser divididos tão simplesmente em duas classes, a dos eficazes e dos ineficazes. Há meios mais ou menos eficientes. Além disso os deveres de proteção têm caráter principiológico, eles exigem a maior proteção possível, tendo em vista as possibilidades fáticas e jurídicas, o que significa que eles podem colidir com outros princípios”.*<sup>146</sup>

Parece justificada, portanto, a recusa à proibição absoluta de controle do Judiciário sobre medidas de proteção legais e administrativas (superando-se mesmo o mero e tímido controle sobre o “*tornar-se ativo*” do legislador). Por outro lado, impõe-se, outrossim, fidelidade à separação de poderes e, por conseguinte, à “*Spielraum*” (área de manobra) do

---

*öffentliche und private Interessen zu berücksichtigen. Eine Verletzung der Schutzpflicht kann nur festgestellt werden, wenn die öffentliche Gewalt Schutzvorkehrungen überhaupt nicht getroffen hat oder die getroffenen Maßnahmen gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen, oder erheblich dahinter zurückbleiben*

[...]

*Das Bundesverfassungsgericht hat lediglich die Beachtung der grundrechtlichen Normen und Maßstäbe sicherzustellen und kann daher nur prüfen, ob die angegriffene Entscheidung Auslegungsfehler erkennen läßt, die auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung eines Grundrechts, insbesondere vom Umfang seines Schutzbereichs, beruhen und auch in ihrer materiellen Bedeutung für den konkreten Rechtsfall von einigem Gewicht sind.*

[...]

*Die Bewertung des Oberlandesgerichts, die von den Beschwerdeführern herangezogene Studie des Amerikanischen Nationalen Rates für Strahlenschutz (NCRP) enthalte ungesicherte und teilweise bestrittene Ergebnisse, ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.*

[...]

*Das Oberlandesgericht war auch nicht gehalten, wegen der staatlichen Schutzpflicht für die körperliche Unversehrtheit bei der Beweisführungspflicht und der diese ergänzenden Beweislastregelung von den zivilprozessualen und bürgerlich-rechtlichen Grundsätzen abzuweichen (1ª Câmara do 1º Senado de 17.2.1997- I BvR 1658/96- Elektrosmog).*

<sup>145</sup> Conferir infra, item 68.

<sup>146</sup> *Der Staat muß mindestens ein effektives Mittel einsetzen. Der Staat muß dann, wenn es nur ein effektives Mittel gibt, dieses einsetzen. [...] Die Schutzmittel lassen sich zum einen nicht einfach in zwei Klassen einteilen: In effektive und nicht effektive. Es gibt mehr oder weniger effektive Schutzmittel. Zum anderen haben Schutzpflichten Prinzipiencharakter, sie fordern möglichst weitgehenden Schutz relativ auf die tatsächlichen und rechtlichen Möglichkeiten, was bedeutet, daß sie mit anderen Prinzipien kollidieren können” (Alexy, Theorie der Grundrechte, p. 422)*

legislador e do administrador. Aliás, o essencial conflito vindo à baila com a teoria dos deveres de proteção é entre o direito fundamental tutelado e a legitimidade democrática do legislador e do administrador. Afinal, conforme já antes abordado, uma guarda efetiva dos direitos fundamentais pressupõe naturalmente um juízo técnico do legislador/administrador sobre quais as medidas serão aptas a desenvolver suficiente proteção, bem como um juízo político sobre os valores em conflito (o direito fundamental a ser tutelado *versus* a liberdade do violador). Assim a intelecção precisa de Robert Alexy:

*“A ‘área de manobra’ (Spielraum) estrutural conecta-se a duas áreas de manobra totalmente diferentes uma da outra: uma área de manobra cognitiva referente ao problema normativo da ponderação e uma área de manobra cognitiva referente ao problema empírico da efetividade. O problema da efetividade gira em torno da eficácia de medidas contemporâneas referidas ao futuro, isto é, o problema da prognose. A valoração do problema da justiciabilidade depende do papel que a ponderação e a prognose desempenham nos direitos de proteção.*

[...]

*É fácil reconhecer que toda sugestão de solução do problema da prognose compreende uma sugestão sobre a divisão de competências entre o tribunal constitucional e o legislador*

[...]

*A discussão sobre a competência para prognoses tornou claro que não se cogita de uma solução “tudo ou nada”. Nem o legislador pode partir de um prognóstico arbitrário nem ao tribunal constitucional é lícito substituir sem limites o prognóstico do legislador pelo seu, e tampouco se pode extrair uma regra simples que cinda definitivamente a competência para prognósticos do legislador e a competência de controle do tribunal constitucional.*

*Quanto mais a intervenção legislativa incidir em formas exteriores elementares da liberdade de atuação do homem, então mais cuidadosamente devem sopesar-se as justificativas contra a pretensão fundamental à liberdade do cidadão. O problema da prognose torna-se assim um problema da ponderação entre o princípio de direito fundamental material afetado e o princípio formal da competência decisória democraticamente legitimada do legislador”<sup>147</sup>*

---

<sup>147</sup> *“Der strukturelle Spielraum ist mit zwei Spielräumen ganz anderer Art verbunden, nämlich mit einem Erkenntnispielraum hinsichtlich des normativen Problems der Abwägung und einem Erkenntnispielraum hinsichtlich des empirischen Problems der Effektivität. Bei dem Problem der Effektivität geht es wesentlich um die Wirkung gegenwärtiger Maßnahmen in der Zukunft, also um Prognoseprobleme. Die Einschätzung des Justitiabilitätsproblems hängt damit von der Rolle ab, die das Abwägungs- und das Prognoseproblem im Rahmen der Schutzrechte spielen*

[...]

*Es ist leicht zu erkennen, dass jeder Vorschlag zur Lösung des Prognoseproblems einen Vorschlag zur Kompetenzverteilung zwischen Verfassungsgericht und Gesetzgeber einschliesst.*

[...]

*Die Diskussion über die Prognosekompetenz hat deutlich gemacht, daß Alles-oder-Nichts-Lösungen nicht in Frage kommen. Weder kann der Gesetzgeber von beliebigen Prognosen ausgehen, noch kann das Verfassungsgericht unbegrenzt die Prognosen des Gesetzgebers durch die seinigen ersetzen, noch läßt sich*

A segunda decisão sobre aborto do Tribunal Constitucional Federal, de 1993, é modelar no sentido de admitir um controle jurisdicional limitado sobre as previsões do legislador. Inicialmente, o tribunal chancelou a preferência do legislador na implementação das medidas, para em seguida considerar que elas ficam sujeitas ao crivo judicial de sua adequação e efetividade:

*“A definição da forma e extensão da proteção é tarefa do legislador. A Constituição apenas impõe a proteção como fim, mas não sua formatação. Entretanto o legislador deve estar atento para a proibição de omissões (conferir o conceito em Isensee in: HdbStR V 1992, § b111 Rdnrn. 165f.); nesta medida ele se sujeita ao controle do tribunal constitucional. Impõe-se – considerados os bens jurídicos contrapostos- uma proteção adequada; decisivo, que como tal ela seja eficaz. As medidas encontradas pelo Legislador devem ser adequadas e eficazes a fim de produzir uma proteção suficiente; de resto devem elas fundar-se em constatações cuidadosas sobre os fatos e valorações defensáveis. [...]*

*Na medida em que suas [do legislador] decisões subordinam-se igualmente a prognósticos sobre os desenvolvimentos fáticos, e em especial sobre a eficácia da regulamentação, estas previsões devem ser confiáveis; [...]*

*O legislador, face ao desenvolvimento de um novo conceito de proteção, não está apenas legitimado, mas também obrigado a valorar a prática jurídica e por meio daí conduzir seu conceito de tutela”<sup>148</sup>*

---

*eine einfache Regel formulieren, die die Prognosekompetenz des Gesetzgebers und die Kontrollkompetenz des Verfassungsgerichts in allen Fällen definitiv abgrenzt.*

*[...]*

*Je mehr dabei der gesetzliche Eingriff elementare Äußerungsformen der menschlichen Handlungsfreiheit berührt, um so sorgfältiger müssen die zu seiner Rechtfertigung vorgebrachten Gründe gegen den grundsätzlichen Freiheitsanspruch des Bürgers abgewogen werden. Das Prognoseproblem wird damit zu einem Problem der Abwägung zwischen dem jeweils betroffenen materiellen grundrechtlichen Prinzip und dem formellen Prinzip der demokratisch legitimierten Entscheidungskompetenz des Gesetzgebers” (ob. cit. pp. 423-427).*

<sup>148</sup> *“Art und Umfang des Schutzes im einzelnen zu bestimmen, ist Aufgabe des Gesetzgebers. Die Verfassung gibt den Schutz als Ziel vor, nicht aber seine Ausgestaltung im einzelnen. Allerdings hat der Gesetzgeber das Untermaßverbot zu beachten (vgl. zum Begriff Isensee in: HdbStR V 1992, § b111 Rdnrn. 165f.); insofern unterliegt er der verfassungsgerichtlichen Kontrolle. Notwendig ist ein - unter Berücksichtigung entgegenstehender Rechtsgüter - angemessener Schutz; entscheidend ist, daß er als solcher wirksam ist. Die Vorkehrungen, die der Gesetzgeber trifft, müssen für einen angemessenen und wirksamen Schutz ausreichend sein und zudem auf sorgfältigen Tatsachenermittlungen und vertretbaren Einschätzungen beruhen.*

*[...]*

*Soweit seinen Entscheidungen zugleich Prognosen über tatsächliche Entwicklungen, insbesondere die Wirkungen seiner Regelung zugrundeliegen, müssen diese Prognosen verlässlich sein;*

*[...]*

*Der Gesetzgeber ist bei der Entwicklung eines neuen Schutzkonzepts nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, die Erfahrungen der bisherigen Rechtspraxis zu bewerten und hieran sein Schutzkonzept auszurichten.”*

E decisivo, para o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei alemã -a qual autorizava o aborto desde que a) realizado nas 12 primeiras semanas depois da concepção; b) que o aborto fosse praticado a pedido da grávida; e finalmente c) que a mãe comprovasse que no mínimo três dias antes da intervenção cirúrgica tivesse se submetido a aconselhamento psicológico-, foi a constatação do Tribunal de que estes três requisitos não eram suficientes a uma adequada proteção da vida humana, impondo-se, ao revés, a manutenção da sanção penal a fim de se atingir patamar de eficácia suficiente<sup>149</sup>. Opinião esta plasmada no seguinte excerto dos fundamentos do acórdão:

*“O legislador não cumpre seu dever de proteger a vida humana nascitura, de uma vez por todas, com a simples promulgação de uma lei que normaliza o aborto, que tenha por escopo esta proteção e que aparente, segundo a valoração do parlamento –constitucionalmente inadmissível- ser adequada para assegurar a proteção exigida pela Constituição. Antes disso, e em virtude do dever de proteção, permanece o legislador –tendo em vista os bens jurídicos contrapostos-responsável pela adequação e efetividade proporcionada pela lei na prevenção de abortos. Se após suficiente tempo de observação for constatado que a lei não assegura proteção na medida exigida pela Constituição, então o legislador está obrigado à remoção do déficit e ao asseguramento de uma proteção que não viole a vedação de omissões, seja pela modificação ou pela aplicação das prescrições existentes (dever de correção ou de aperfeiçoamento).<sup>150</sup>*

58. Este fenômeno de transferência à função jurisdicional de mais e maiores poderes de fiscalização sobre as demais funções estatais, sob o influxo da eficácia normativa da constituição, não ficou restrita à jurisdição constitucional, estendendo-se, por igual, ao controle dos atos administrativos. Aliás, os administrativistas, com maior ou menor timidez,

---

<sup>149</sup> Vale o memento de Hager, de que o dever de proteção dos direitos fundamentais, exercido por meio de normas penais, somente se viabiliza por meio de lei, em virtude do princípio da legalidade constitucional (*nulla poena sine lege*). Nessa seara, portanto, é vedado ao juiz, mesmo por analogia, exercer um dever de proteção penal (ob. cit., p. 379).

<sup>150</sup> „Der Gesetzgeber erfüllt seine Pflicht, das ungeborene menschliche Leben zu schützen, nicht ein für alle mal dadurch, daß er das Gesetz zur Regelung des Schwangerschaftsabbruchs erläßt, welches diesen Schutz bezweckt und nach seiner - verfassungsrechtlich unbedenklichen - Einschätzung auch geeignet erscheint, das vom Grundgesetz geforderte Maß an Schutz zu gewährleisten. Er bleibt vielmehr aufgrund seiner Schutzpflicht weiterhin dafür verantwortlich, daß das Gesetz tatsächlich einen - unter Berücksichtigung entgegenstehender Rechtsgüter - angemessenen und als solchen wirksamen Schutz vor Schwangerschaftsabbrüchen bewirkt. Stellt sich nach hinreichender Beobachtungszeit heraus, daß das Gesetz das von der Verfassung geforderte Maß an Schutz nicht zu gewährleisten vermag, so ist der Gesetzgeber verpflichtet, durch Änderung oder Ergänzung der bestehenden Vorschriften auf die Beseitigung der Mängel und die Sicherstellung eines dem Untermaßverbot genügenden Schutzes hinzuwirken (Korrektur- oder Nachbesserungspflicht). (Íntegra do acórdão no já citado site da já referida universidade de Würzburg, especificamente em <http://www.uni-wuerzburg.de/dfr/bv088203.html>).

aos poucos reduzem a área de discricionarietà administrativa absolutamente desvinculada de parâmetros de controle judicial. Admite-se, hodiernamente, a argüição, pelo administrado, de direitos subjetivos contra a atuação discricionária da administração, em face de uma *omissão* ou *déficit* de proteção (*Unterlassung* ou *Untermass*). É o alvitre, entre outros, do jurista português Vasco Pereira da Silva:

*“Agora, afastada a idéia do poder discricionário como “domínio livre do direito”, passa-se a defender a existência de direitos subjectivos públicos relativamente aos limites da discricionarietà, uma vez que «o dever de cumprimento desses limites é vinculativo e que, devido a eles, pode surgir uma pretensão (BACHOF)*

[...]

*Dai que as autoridades administrativas se encontrem sempre, pelo menos, obrigadas a deveres de conduta relativamente aos particulares resultantes das limitações do poder discricionário (v.g. principio da igualdade, principio da proporcionalidade...).*<sup>151</sup>

[...]

*Assim, admite-se a existência de direitos subjectivos relativamente aos limites do poder discricionário, quer se trate de limitações impostas pela ordem jurídica ao exercício desse poder (v.g. principio da proporcionalidade, ou da imparcialidade), quer na limitação que diz respeito à verificação de circunstâncias fácticas justificativas de uma determinada actuação administrativa, cuja apreciação tinha sido deixada por lei ao juízo discricionário do órgão administrativo decisor, mas que em virtude de se terem produzido no plano dos factos fazem desaparecer a “liberdade de escolha” da Administração e determinam o surgimento de direitos dos particulares (fenômeno que a doutrina alemã designa através da expressão de “desaparecimento” ou “redução da discricionarietà”). Esta última situação é particularmente relevante no domínio da actividade de polícia. Se a ordem jurídica conferir a uma autoridade policial poderes discricionários para agir em caso de verificação de determinadas circunstâncias, a ocorrência destas confere aos particulares o direito a uma decisão administrativa. Como escreve ERICHSEN, “as normas atributivas de funções e as autorizações gerais de intervenção do Direito da Polícia e da Manutenção da Ordem Pública” (“allgemein Ordnungs- und Polizeirechts”) conferem uma pretensão a um exercício correcto da discricionarietà (“Anspruch auf fehlerfreie Ausübung des Ermessens”). Esta pretensão pode densificar-se, em caso de redução da discricionarietà (“Ermessensreduktion”), dando origem a uma pretensão de intervenção (“Anspruch auf Einschreiten”). A existência deste direito a uma intervenção policial “pressupõe que, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, o poder discricionário das autoridades competentes seja “reduzido a zero” (FRIAUF)<sup>152</sup>.*

<sup>151</sup> Ob. cit, p. 225.

<sup>152</sup> Idem, pp. 257-259. A “redução a zero do espaço de conformação” do legislador (Hesse, Elementos de direito constitucional da República Constitucional da Alemanha, cit. p. 281), referida no corpo da citação, foi reconhecida pelo STF em matéria de direito à saúde, em belíssimo despacho do relator da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45, Min. Celso de Mello. Vale sua transcrição parcial, nada obstante demorada, por revelar não só norte ancorado na Corte Constitucional, mas outrossim pelo irrepreensível conteúdo doutrinário que desvela:

*“É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes*



---

*Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional incosequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado" (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à "reserva do possível" (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, "The Cost of Rights", 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. Daí a correta ponderação de ANA PAULA DE BARCELLOS ("A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais", p. 245-246, 2002, Renovar): "Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível." (grifei) Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição*

E no Direito Administrativo, tal qual no Direito Constitucional, também se remete à Constituição como o novo e revigorado manancial jurígeno, apto não só a restringir a discricionariedade do legislador mas, no que importa primordialmente àquela seara jurídica, também a aumentar os controles atuação administrativa. Supera-se, dessarte, o dogma da lei como fonte fundamental do Direito e de direitos subjetivos, com o que, aos poucos, se começa a deduzir pretensões contra a administração diretamente da Constituição<sup>153</sup>. É o que se

---

*lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. Extremamente pertinentes, a tal propósito, as observações de ANDREAS JOACHIM KRELL ("Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha", p. 22-23, 2002, Fabris): "A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado 'livre espaço de conformação' (...). Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos. Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes (...). Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social. A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como conseqüência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. (...) Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais." [...] (o processo foi extinto por perda de objeto).*

Martins Neto outrossim defendera tal solução: “[...] em situações de extrema precariedade, sobretudo estando em jogo a sobrevivência de uma pessoa largada ao mais absoluto desamparo, o só postulado genérico do Estado Social constitui base suficiente para fundamentar um autêntico direito de prestação em sentido próprio, sob a modalidade de um direito subjetivo ao socorro estatal [...] Com efeito, ao menos nessa hipótese, o campo de ação do poder público se estreita ao máximo, e a liberdade de decisão política desaparece por completo, porquanto entre uma intervenção salvadora e uma omissão inseqüente não existe alternativa concebível [...] (ob. cit. p. 190).

<sup>153</sup> “A crise do conceito de direito subjectivo público era, em grande parte, a conseqüência natural de uma certa óptica legalista de que enfermava o entendimento inicial da teoria da norma de proteção. Com efeito, partia-se do princípio de que os direitos subjectivos públicos eram apenas aqueles que eram directamente atribuídos pelo legislador ordinário, e tendia-se a esquecer que esses direitos subjectivos podiam igualmente resultar da própria Constituição, de normas regulamentares, ou mesmo de actos administrativos e de contratos em que interviesse a Administração”

[...]

Isso era particularmente evidente no que respeitava aos direitos fundamentais. A teoria da norma de protecção nascera com o objectivo de alargar o âmbito dos direitos subjectivos públicos, fundamentando-os na lei, só que, algo paradoxalmente, tal orientação produziu o efeito perverso de fazer com que as atenções da dogmática se concentrassem quase exclusivamente na legislação ordinária, conduzindo ao «dualismo

verifica, segundo Hartmut Bauer, especialmente em áreas como “do Direito da Construção”<sup>154</sup>, do Direito das Subvenções, do Direito da Protecção de Emissões, do Direito Atômico, do Direito Industrial, do Direito (de autorização) do Exercício da Profissão, do Direito da Fiscalização Econômica, do Direito dos Estrangeiros, do Direito Fiscal, do Direito da Polícia<sup>155</sup> e do Direito do Funcionalismo Público”<sup>156</sup>, em virtude única e exclusivamente de

---

*doutrinário dos direitos fundamentais e dos direitos subjectivos públicos» (BAUER). Se, por um lado, se qualificava os direitos fundamentais como direitos subjectivos, por outro lado, não se fazia uso deles no domínio das relações administrativas, considerando-se que os direitos dos privados eram apenas os que constavam da lei ordinária, com o esquecimento da Constituição.*

[...]

*Mas foi a jurisprudência, e não a doutrina, que salientou em primeiro lugar a necessidade de se proceder ao alargamento da noção de direito subjectivo público no Estado pós-social, a fim de assegurar uma protecção completa dos privados perante a Administração” (Vasco P. da Silva, ob. cit., p. 231-232).*

<sup>154</sup> *“Também aqui, o reconhecimento de direitos subjectivos dos vizinhos resultou da evolução sofrida pela moderna doutrina da norma de protecção que passou a interpretar as normas do direito da construção à luz dos direitos fundamentais. Normas essas que são, agora, consideradas como destinadas a proteger também os interesses dos indivíduos e não apenas viradas para a prossecução de interesses públicos. E que levam a que se entenda que podem ser titulares de direitos subjectivos públicos, quer os destinatários (ou tão somente requerentes) de uma autorização de construção ou de residência, quer aqueles privados que têm com os primeiros uma relação de vizinhança” (Vasco, pág. 261).*

<sup>155</sup> *“Na Alemanha, o reconhecimento do direito subjectivo dos particulares a uma intervenção policial surgiu (como de resto é típico do Direito Administrativo), por acção da jurisprudência. Foi o Tribunal Administrativo Federal (BVerwG) que reconheceu, pela primeira vez, numa sentença de 1960 (...), que o cidadão podia fazer valer, num caso concreto, uma verdadeira pretensão jurídica à intervenção policial (FRIAUF)*

*O significado desta tendência é o de romper «com a concepção tradicional, segundo a qual o dever de intervenção da polícia relativamente a situações ilegais ou contravençionais só a ela própria diz respeito, na prossecução do interesse geral, passando agora a reconhecer que este dever, pelo menos em certos casos, também existe relativamente ao cidadão lesado por uma ilegalidade ou contravenção, e que este pode, portanto, possuir uma pretensão à intervenção da polícia, susceptível de ser reclamada em juízo (BACHOF).*

[...]

*De acordo com os cânones da teoria da norma de protecção, a maior parte da doutrina alemã fundamenta a existência deste direito nas disposições do direito da polícia. Nelas se encontra uma cláusula geral, segundo a qual compete também à polícia a protecção dos direitos dos cidadãos, a qual, se interpretada à luz dos direitos, permite falar em direitos subjectivos públicos.*

[..]

*A interpretação das normas policiais deve assim ser feita mediante o recurso aos direitos fundamentais, que definem o estatuto dos indivíduos perante a Administração, nos termos do qual «o cidadão não é nenhum simples objecto da actuação estadual mas titular de direitos subjectivos contra o Estado, pelo menos na medida em que os seus interesses vitais são postos em causa. Nesta medida, ele possui uma pretensão a que a polícia intervenha para a protecção dos seus bens.” (Vasco P. Silva, ob. cit. pp. 255-259).*

Entre nós, Martins Neto:

*“É, portanto, fora de dúvida que, numa apreciação mais exata, o poder de polícia desponta como conseqüência do dever de polícia: é poder que investe sobre uns enquanto e porque é dever que existe em face de outros.*

*Sendo assim, os atos concretos de polícia administrativa são objeto de poderes-deveres de protecção, que, vistos pelo lado avesso, diretamente refletem direitos de pessoas e grupos a ações estatais não-normativas que os definam, no plano das relações sociais intersubjetivas, das interferências prejudiciais de terceiros em bens ou fins jurídicos fundamentais” (ob. cit. p. 161).*

<sup>156</sup> *Apud Vasco P. Silva, ob. cit. p. 234.*

um ativismo cada vez maior dos tribunais administrativos, jamais por concessão do legislador.<sup>157</sup>

E tal qual o panorama do Direito Constitucional alemão atual –o qual, como visto, extrai dos direitos fundamentais pretensões exigíveis em juízo- também os mais respeitados administrativistas alemães contemporâneos, com base também na irradiação oriunda dos direitos fundamentais, admitem novos direitos subjetivos dos administrados. Eis a notícia do já citado professor português:

*“A [...] doutrina da norma de protecção, que agora passou a recorrer directa e expressamente aos direitos fundamentais para justificar os direitos subjectivos dos particulares perante a Administração. Direitos fundamentais que são utilizados tanto como critério de interpretação e de integração de lacunas de normas jurídicas ordinárias, a fim de determinar quais os interesses que elas visam proteger, como também para fundamentar imediatamente direitos subjectivos dos particulares perante a Administração. Esta reformulação da teoria da norma de protecção, acentuando o papel dos direitos fundamentais (e que representa um desenvolvimento da perspectiva inicial, mais virada para a determinação do sentido de normas de direito ordinário) pode-se dizer que corresponde actualmente à posição maioritária da doutrina alemã, sendo seguida por autores como BACHOF, ERICHSEN, TSCHIRA, KREBS, SCHMIDT-ASSMANN, WAHL*  
[...]

*O recurso aos direitos fundamentais para justificar as posições subjectivas dos indivíduos perante a Administração decorre do reconhecimento pela dogmática da “dependência constitucional do Direito Administrativo» (HAEBERLE). Em todos os domínios, mas muito particularmente no que respeita aos direitos subjectivos, as normas de Direito Administrativo devem ser entendidas à luz das disposições constitucionais, e desse entendimento resulta que «a realização dos direitos fundamentais "no" Direito Administrativo constitui um dos factores mais salientes da "modernização" da parte geral deste» (HAEBERLE). Assim, a doutrina da norma de protecção vai justificar a existência de «direitos reactivos directamente decorrentes dos direitos fundamentais "em domínios determinados de garantia constitucional" (...), bem como a necessidade de interpretar o direito ordinário à "luz" do Direito Constitucional e, designadamente, à "luz" daquele direito fundamental que lhe seja correspondente» (BAUER)*

*Desta forma, por um lado, a doutrina da norma de protecção vai interpretar e integrar o sentido das normas jurídicas administrativas em função dos direitos fundamentais, procurando determinar se elas visam, ou não, proteger interesses individuais (isoladamente, ou em simultâneo com a realização de interesses públicos), a fim de saber se está em causa a atribuição de um direito subjectivo público. A averiguação dos interesses protegidos pelas normas deve, portanto, ser feita através do recurso aos direitos fundamentais, deles dependendo em muitos casos o reconhecimento de direitos subjectivos públicos. Pois, na tarefa de aplicação do direito, conforme escreve MAURER, a propósito do direito alemão, «é necessário recorrer aos direitos fundamentais», sucedendo que, hoje em dia,*

«na literatura e na jurisprudência [actuais,] a cobertura constitucional [dos direitos subjectivos] é crescentemente admitida».<sup>158</sup>

Os constitucionalistas e administrativistas são coerentes em apontar o pano de fundo que subjaz a este novo instituto jurídico do dever de proteção, deduzido diretamente dos direitos fundamentais: a insuficiência das fontes de Direito tradicionais para enfrentar os novos e múltiplos problemas que se põem perante o jurista. Especialmente a lei, via de regra, já surge envelhecida, não acompanhando o ritmo frenético do desenvolvimento técnico-científico, devendo ser permanentemente revigorada por meio da interpretação jurisprudencial atualizadora, estribada nos princípios constitucionais<sup>159</sup>. Neste diapasão ainda a doutrina de Vasco P. da Silva:

“Daí que, nos domínios onde as previsões legais sejam vagas e “difusas”, a questão da existência do direito subjectivo «seja com frequência respondida através do recurso às normas constitucionais», que possuem uma função «completante e clarificadora» (“ergaenzend und verdeutlichend”) do sentido das leis ordinárias (SCHMITT GLAESER)”.<sup>160</sup>

59. Não obstante as vacilações doutrinárias sobre os limites do controle judicial sobre o cumprimento do dever de proteção pelas demais funções estatais, o que não mais é objeto de controvérsia hodiernamente, com efeito, é a possibilidade, maior ou menor, deste controle. O Judiciário, tal qual o Legislativo e a Administração, está também obrigado pelo dever de proteção dos direitos fundamentais, e como tal não pode mais timidamente usar como pretexto para sua omissão um suposto respeito à discricionariedade dos demais poderes, sob pena de incorrer, ele também, em *Unterlassungsverbot* (“vedação de omissão”).

<sup>158</sup> Ob. cit., pp. 235-238

<sup>159</sup> Nos novos domínios da Administração, designadamente, no quadro da denominada actividade infra-estrutural, assistiu-se a um fenómeno de “deficit” generalizado de conteúdo material das normas jurídicas, que tornava problemática a protecção do indivíduo perante a Administração, pondo em causa a ideia de fundamentação de direitos subjectivos públicos exclusivamente nas normas jurídicas aplicáveis. Isto era, ‘sobretudo, inequívoco ao nível das características das disposições jurídicas de planeamento’, onde predominam as ‘normas finalmente programadas’ que, ‘em vez do esquema “se - então” (“Wenn -dann - Schema”) ou esquema da previsão - consequência jurídica’, utilizam antes o esquema “fim -meio” (“Zweck-Mittel-Schema), limitando-se à indicação das “linhas-condutoras” do planeamento” (Schmitt-Glaeser”) (Vasco P. Silva, ob. cit. pp. 240-1).

<sup>160</sup> Ob. cit., p. 242.

60. Aliás, o campo do Direito Ambiental<sup>161</sup> é indubitavelmente dos mais férteis para a aplicação da doutrina dos deveres de proteção, em especial pela recalcitrância administrativa em embargar atividades econômicas potencial ou mesmo efetivamente nocivas à natureza (infelizmente ainda hoje uma visão política imediatista privilegia a economia sem pesar as conseqüências deletérias ao meio ambiente).

A título exemplificativo, pode-se registrar a polêmica nos EUA sobre a amplitude do poder jurisdicional de ordenar às agências administrativas que tomem medidas para a proteção à fauna. O presidente americano George W. Bush, cuja administração foi pontuada por medidas reveladoras de descaso com a questão do meio-ambiente, enviou projeto de lei ao Congresso a fim de fosse suspenso, por pelo menos um ano, certo dispositivo da “Lei de Espécies ameaçadas” (*Endangered Species Act*). O pedido do presidente, acaso acatado pelo parlamento, coibiria as ordens judiciais contra o “*Serviço de Pesca e Vida Selvagem*” (*Fish and Wildlife Service*) que o obrigavam a listar animais em risco de extinção.

O argumento da Administração é de que a suspensão seria a única maneira de desafogar uma agência sobrecarregada por mais de 400 espécies definidas em processos judiciais. Ao ensejo, afirmava um porta-voz órgão administrativo afetado: “*Nós queremos uma chance de estabelecer nossas prioridades, em vez de ficarmos esperando outra ordem judicial*”. A manifestação revela o crucial conflito produzido pela teoria dos deveres de proteção, o da separação de competências entre as funções estatais e, fosse sincera, representaria um ponderável argumento a favor da restrição às interferências judiciais. Entretanto, as associações de proteção à vida animal contrapunham que a iniciativa de Bush tornaria soberana uma *Agency* que, segundo elas, vinha se mostrando relutante em tomar decisões difíceis (tanto que das mais de 1200 espécies listadas por aquela agência

---

<sup>161</sup> O dever estatal de proteção ao meio ambiente foi expressamente consagrado no art. 225, caput, da CF/88: “*Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo*”.

governamental, a grande maioria devia este *status* à pressão de grupos sociais e a medidas judiciais). Um congressista do partido republicano, manifestando-se sobre o tema, pareceu revelar a verdadeira *mens* inspiradora do projeto de lei, tendo afirmado que um número considerável de pessoas estaria usando a lei de espécies ameaçadas não para a efetiva proteção de animais, mas sim para o avanço da agenda de não crescimento<sup>162</sup>. Eis portanto, que a manobra dos republicanos americanos confundia, a olhos vistos, proteção ao meio ambiente com... *luddismo*! Confusão que fica manifesta após a análise estatística dessas ações judiciais: a grande maioria delas foi julgada procedente, isto é, produziram-se nos processos provas suficientes do risco às espécies e da omissão da Agência administrativa competente.<sup>163</sup>

61. A Jurisprudência de nosso país (a pesquisa resumiu-se ao âmbito do Tribunal regional da 4ª Região e do STJ), parece indicar uma superação daquele sacralização da discricionariedade legislativa e administrativa<sup>164</sup>. Por exemplo, no agravo de instrumento

---

<sup>162</sup> *New York Times*, edição digital da internet de 12/4/01. Matéria intitulada “*Moratória requerida para ações que objetivam proteger espécies*”, de autoria de DOUGLAS JEHL

<sup>163</sup> Aliás, a interpretação da Corte Suprema do EUA sobre a divisão federativa de competências tampouco revela preocupação com o direito fundamental ao meio ambiente (de toda maneira não consagrado na sintética constituição liberal daquele país). Por maioria de um voto (a mesma maioria que deu a vitória a George W. Bush na sua primeira eleição à presidência) a corte limitou a eficácia da revolucionária “*Lei da Água Limpa*” (*Clean Water Act*), de 1972, que retirava sua legitimidade do preceito constitucional que autoriza a União a regular o comércio interestadual. Os defensores desta tese expansiva da competência federal sempre utilizaram esse mesmo argumento: enquanto uma decisão estadual de construir sobre um pântano ou negar acesso de negros a locais públicos teria apenas efeito local, há perigo *econômico* se as medidas forem tomadas por todos os demais estados. Aí, pois, o “comércio interestadual” a que alude a “*commerce clause*” da constituição, e que autorizaria a intervenção legislativa federal, inclusive em matéria ambiental. O decano daquela instituição, lavrando a opinião dissidente, afirmou que “*hoje a corte dá um passo infeliz que desnecessariamente enfraquece nossa principal defesa contra a poluição das águas*” (“*Today the court takes an unfortunate step that needlessly weakens our principal safeguard against toxic water*”). (*apud The New York Times*, versão digital, “*Court Limits Clean Water Act Scope*”, matéria de *Anne Gearan*, de 9/1/01).

Nada obstante, mesmo sem uma consagração explícita do meio ambiente como direito fundamental na carta de direitos americana, o constitucionalismo daquele país reconhece um “*constitutional right to environment*”. Ele é deduzido de diferentes princípios, como da “*due process clause*” (que funciona como um princípio de proporcionalidade para os americanos), da teoria da “penumbra” da *Bill of Rights* ou ainda da interpretação da IX emenda (*apud* Grinover, Ada Pellegrini. A tutela jurisdicional dos interesses difusos, REPRO 14-15, p. 25, remetendo à obra de Recchia, *Considerazione sulla tutela degli interesse diffusi nella costituzione*, in *La tutela dili interessi diffusi nel diritto comparato*, Milão, 1976).

<sup>164</sup> Por certo que ainda se verificam decisões ainda firmemente jungidas à separação de poderes, revelando um *self-restraint* exacerbado, inapto a otimizar –como poderia e *deveria*– os objetivos postos pela constituição. Este precedente do TJ/MS (colacionado por Vladimir Passos de Freitas, in *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, pp. 88-89) é paradigmático sobre esta postura jurisdicional:

*Ação civil pública. Indústrias. Atividade poluidora. Fiscalização pelo município. Competência supletiva.*

2001.04.01.006841-0 SC, (j. 16/8/01), a 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, negou o pedido do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), que requeria a suspensão da liminar que o impedia de autorizar a exploração ou o corte seletivo de espécies vegetais da Mata Atlântica em Santa Catarina, classificadas, pelo próprio IBAMA, como ameaçadas de extinção. Fundamentando a decisão na circunstância da própria Autarquia reconhecer a inexistência de estudos científicos que comprovassem a sustentabilidade ecológica da exploração dessas espécies ameaçadas, o tribunal, adentrando claramente na zona de discricionariedade da administração ambiental, emprestou eficácia otimizada ao dever de proteção constitucional do meio ambiente.<sup>165</sup>

Do Superior Tribunal de Justiça também se colhem exemplificativamente julgados claramente conectados com o dever de proteção ao meio ambiente, a exemplo do R.Esp. 26.368/RS<sup>166</sup>, onde ficou assente que "*o Estado tem o direito-dever de proteger a natureza*", mantendo decisão administrativa que vetou a implantação de loteamento por infringência às normas protetoras do meio ambiente.

Em outro aresto (REsp. 114549/PR), a mesma alta Corte, ao garantir a competência do Sistema Nacional do Meio Ambiente para expedir determinada autorização, também tutelou

---

*Não se pode invocar o direito adquirido à atividade poluidora, lavra ou o que seja, por não haver, salvo ressalva, direito adquirido contra nova Constituição, como ocorre com a de 1988. Frente a uma nova ordem constitucional, descabem argumentos ou direitos de uma anterior ordem constitucional que não tenham sido ressaltados.*

*A condenação da sentença para que o município fiscalize atividade poluidora implica atingir sua independência e interferir na escolha das prioridades de atividades que lhe são própria e privativas a política municipal. Ao Judiciário só compete verificar a legalidade, sem adentrar no mérito.*

*Legislar sobre responsabilidade por dano ao meio ambiente é competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal, não estando os municípios incluídos nessa concorrência ex vi do art. 24, VIII, da CF/88. Portanto, a obrigação precípua não é do município. Este tem competência supletiva para legislar, ou seja, fica à espera das demais legislações estaduais e federais. É uma possibilidade legal, não uma imposição, sua ausência não implica responsabilidade.* (Apelação cível 54733/1, j. 22/8/96, DOMG 19/6/97, Cad. II, n. 113) (grifos não no original).

<sup>165</sup> O julgado veio assim ementado:

*Administrativo. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis- Ibama- Mata Atlântica. Preservação.*

*A decisão recorrida, determinando a suspensão de autorizações para exploração ou corte seletivo de espécies ameaçadas de extinção, está em consonância com o que, no momento, afigura-se como o interesse público em preservar o remanescente da Mata Atlântica.*

<sup>166</sup> Relator Ministro Garcia Vieira, in DJU de 30.11.92, pág. 22.579



os direitos de proteção, eis que o tribunal *a quo* a havia dispensado. O precedente demonstra que os deveres de proteção não implicam sempre interferência do judiciário nas escolhas dos outros poderes. Antes, a tutela do direito fundamental pode se efetivar pela preservação de prerrogativas da Administração. Rezou a ementa:

*"Em havendo obra potencialmente ofensiva ao meio ambiente, reserva-se aos integrantes do SISNAMA, a competência para avaliar o alegado potencial. Acórdão fincado na assertiva de que a obra impugnada está livre de autorização do SISNAMA, porque leva em conta os cuidados exigidos para a preservação do meio ambiente. Tal aresto efetuou juízo de valor, penetrando a competência do SISNAMA e maltratando o artigo 10, da lei 6.938/81.*

E por fim, vale cotejar estes acórdãos, aos quais o *Schutzpflicht* subjaz –implícita ou explicitamente- como *ratio decidendi*, com este outro aresto do STJ, quando se reconheceu que não apenas o particular fica obrigado pelas normas de proteção ao meio ambiente (e acaso descumpridas surge o dever de proteção do Estado) mas também o Estado, que outrossim está proibido de intervir no âmbito protegido por aquele direito fundamental de 3ª geração. *Id est*, não se tratava, neste último caso, de uma proibição de déficit (*Untermassverbot*), mas sim de uma proibição de intervenção (*Eingriffsverbot*), irradiando o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado (de 3ª geração) a eficácia típica de um direito de 1ª geração (direito a não intervenção estatal), comprovando a pertinência do conceito de Alexy de “*direito fundamental como totalidade*” (*Grundrecht als Ganzes*), antes aludido<sup>167</sup>. A ementa bem resume a concepção tribunal:

*"Danos ao meio ambiente causado pelo Estado. Se o estado edifica obra pública - no caso, um presídio - sem dotá-la de um sistema de esgoto sanitário adequado, causando prejuízos ao meio ambiente, a ação civil publica é, sim, a via própria para obrigá-lo às construções necessárias à eliminação dos danos. Sujeito também às leis, o Estado tem, nesse âmbito, as mesmas responsabilidades dos particulares" (R.Esp. 8877/GO, Rel. o em. Ministro Ari Pargendler, in DJ de 9.6.97, pág. 25.501.)*

---

<sup>167</sup> Cf. item 31, supra.

62. A 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no julgamento do AI 2000.04.01.059680-0, interposto pelo governo catarinense, manteve liminar que o obrigava a elaborar e executar projeto em áreas degradadas daquele Estado. Digno de destaque no voto da relatora o argumento de que a ordem não implicava nenhuma despesa imediata ao Estado, havendo apenas a obrigação de promover os planejamentos:

*“não lhe foi determinado [ao Estado de SC] o pagamento de qualquer numerário para o qual se exija a devida previsão orçamentária, ou feito através de precatório. Os projetos a que foi condenado a apresentar podem ser elaborados por órgãos de sua própria estrutura administrativa sem afrontar a execução orçamentária anual, sem necessidade de autorização legislativa, e não significa a realização de despesas sem a prévia e correspondente dotação orçamentária”.*<sup>168</sup>

63. Com efeito, a questão orçamentária é no mais das vezes o grande óbice à implementação adequada dos deveres de proteção. É em virtude deste enfoque realista exigido pelos direitos fundamentais que Alexy, em sua definição já clássica, sustenta que os *direitos fundamentais devem ser cumpridos na maior medida possível, tendo em vista as possibilidades jurídicas e fáticas*. Estas limitações *fáticas* referidas pelo alemão dizem justamente com os recursos materiais postos à disposição da Administração, de maneira que qualquer decisão judicial, em matéria de proteção de direitos fundamentais prestacionais

---

<sup>168</sup> Importa ainda referir o Agravo na Suspensão de Execução de Liminar nº 2000.04.01132912-9/RS, eis que decidido pelo pleno do TRF4, a demonstrar a nítida inclinação deste sodalício em prol do dever de proteção do direito fundamental ao meio ambiente: *“Por maioria, o Plenário deu provimento ao agravo interposto pelo Ministério Público contra despacho da Presidência do Tribunal, que suspendeu decisão proferida em ação civil pública que condicionara a liberação de carga de milho geneticamente modificado (transgênico) à realização de estudo prévio de impacto ambiental. A decisão agravada afirmava que a exigência era lesiva à ordem e finanças públicas, porquanto a realização do estudo prévio de impacto é uma faculdade do poder público compreendida em sua discricionariedade. Acresce ainda que houve cumprimento do texto constitucional, tendo sido procedido o exame da carga, pela Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio), que emitiu parecer técnico conclusivo liberando sua internalização para uso em ração animal. A providência foi solicitada pelo Ministério da Agricultura e do Abastecimento, encarregado de decidir sobre a entrada do produto no país. Todavia, o Tribunal considerou indemonstrado interesse público relevante na importação da mercadoria de sorte a suplantarem o risco de lesão à saúde pública e ao meio ambiente. Quanto à exigência do exame de impacto ambiental, ainda que comporte discussão no plano da legislação federal, consta de lei estadual do Estado do Rio Grande do Sul, que possui competência concorrente relativa à matéria, razão suficiente para impedir o desembarque da mercadoria. Foi ainda invocado o princípio da precaução, pelo qual na existência de dúvida científica se algo é ou não é nocivo ao meio ambiente, deve-se optar pela proteção ambiental. Não é possível afirmar no caso que, por ser destinada a animais, a matéria não causará danos ao homem, pois pode através dos dejetos animais atingir a terra e a água, bem como estes animais serem consumidos na dieta humana”* (Informativo do TRF4). Compuseram a maioria 18 desembargadores federais, contra 4 dissidentes.

(sejam os sociais, os procedimentais ou os deveres de proteção) não pode jamais perder de vista a “*reserva do possível*”<sup>169</sup>. Caso contrário, a crise institucional entre os poderes é inevitável, acarretando, ao fim, e tão apenas, perda de legitimidade das funções do Estado. Ao ensejo, não se perca a lembrança do célebre axioma de Siro: “*Magnam fortunam magnus animus etiam decet*”. Deveras... Mas se “*a uma grande fortuna deve corresponder um coração generoso*”, de nada serve um juiz de coração generoso, sem a correspondente *grande fortuna* estatal. O acórdão do TRF4 supra colacionado manteve-se fiel a este indispensável elemento do *self-restraint* judicial.<sup>170</sup>

---

<sup>169</sup> “*Observe-se que, embora tais decisões estejam vinculadas juridicamente, é certo que a sua efetivação está submetida, dentre outras condicionantes, à reserva do financeiramente possível (“Vorbehalt des finanziell Möglichen”). Nesse sentido, reconheceu a Corte Constitucional alemã, na famosa decisão sobre “numerus clausus” de vagas nas Universidades (“numerus-clausus Entscheidung”), que pretensões destinadas a criar os pressupostos fáticos necessários para o exercício de determinado direito estão submetidas à “reserva do possível” (“Vorbehalt des Möglichen”).* (MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional Revista Jurídica Virtual Nº 14 - JULHO / 2000).

<sup>170</sup> Sobre a reserva do possível, confirmam-se item 25 e notas 51, 153 e 169.

## C. 6. CONCLUSÕES PARCIAIS

64. No campo do Direito Administrativo já surgiram críticas acerbas à tese dos deveres de proteção. O administrativista alemão Hartmut Bauer, por exemplo, chegou ao extremo de qualificá-la como “*fonte de todos os males*”, aduzindo que conduziria a um “*mercado de opiniões*” (*Meinungsmarkt*) doutrinárias e à diluição das concepções “clássicas”. E como chave de sua corrosiva crítica, imputa-lhe a responsabilidade pelo “*jardim das asneiras do Direito dos juízes*” (“*Irrgarten des Richterrechts*”).<sup>171</sup> Ernst Forsthoff outrossim dispensou os eufemismos ao tratar do métodos de interpretação constitucional, indispensáveis ao manejo dos deveres de proteção (concreção e ponderação). Segundo ele, aquela hermenêutica representava a “*dissolução de uma clara conceptualidade numa charlatania*”, resultando na “*perda de racionalidade do direito constitucional, mas também do seu nível científico*”<sup>172</sup>.

65. Dúvidas não há que a admissão da eficácia normativa dos princípios constitucionais empresta um poder inaudito ao magistrado, a justificar a locução alemã “*Richterstaat*” (“*Estado dos juízes*”), como síntese do novo (des)equilíbrio entre os poderes. E tampouco se pode pôr em questão que o recurso direto às normas constitucionais, de regra muitíssimo vagas, implica perda substancial da previsibilidade da decisão judicial e, por conseguinte, prejuízo outrossim à segurança jurídica.

66. Todavia, este incremento na margem decisória dos juízes cobra seu preço, até mesmo porque não se cogita de poder sem a respectiva responsabilidade<sup>173</sup>. Se o magistrado recorre

---

<sup>171</sup> Silva, Vasco Pereira, ob. cit., p. 249 (a tradução é do autor português).

<sup>172</sup> *Die Umbildung des Verfassungsgesetzes*, apud Cristina Queiroz, ob. cit., p. 46.

<sup>173</sup> Klaus Stern ensina que a figura do juiz harmônica com o Estado de Direito (e acrescentamos, especialmente com Estado Constitucional), não é o *Richterkönig* [juiz-rei] propugnado pela Escola do Direito Livre, que podia ignorar a lei com base em considerações eminentemente subjetivas e na idéia do que seria o “*richtiges Recht*” [Direito correto]. É, isto sim, o “juiz responsável”, vinculado à lei e à Constituição (O Juiz e a aplicação do Direito, in *Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho. 1ª ed. Malheiros Editores. SP. 2003. pps 508 e 515).

aos *deveres de proteção* para redigir suas *rationes decidendi*, submeter-se-á em contrapartida a uma renovada e exacerbada carga argumentativa, inexistente numa simples e rápida operação de subsunção<sup>174</sup>. Nestas novas hipóteses, a elaboração da premissa maior do silogismo jurídico não apenas passa pela concreção da norma constitucional -conferindo-lhe conteúdo para a solução da lide real- como também pressupõe solução de eventuais colisões de princípios por meio do princípio da proporcionalidade. Tudo a exigir um intenso e permanente auto-controle (*self-restraint*) do julgador, eis que em geral é-lhe impossível substituir a decisão administrativa ou legislativa, seja porque carece dos conhecimentos técnicos para tanto ou, quando deles dispõe, a prognose efetuada pelos outros poderes não se revela explicitamente equivocada. Posto de outra maneira, os direitos fundamentais - renovados meios argumentativos que armam o juiz- impõem-lhe reconhecer a própria condição, que é de *limitação cognitiva* e, dessarte, *decisória*.<sup>175</sup>

Justamente neste sentido se encaminha a doutrina contemporânea sobre o controle jurisdicional dos atos discricionários, que não mais são vistos como absolutamente insindicáveis pelo juiz. Pelo contrário, a incidência dos princípios altera totalmente este

---

<sup>174</sup> “Los derechos fundamentales basados en principios implican una estructura racional de argumentación orientada a través del concepto de ponderación [...]” (Alexy, Robert. Derecho y Razón Práctica. México: Fontamara, 1993, pág. 34. Willis Guerra Filho traça esboço acerca das exigências argumentativas de cada uma das espécies normativas (regras e princípios): “A aplicação desses princípios, contudo, envolve um esforço muito maior do que a aplicação das regras, onde uma vez verificado a identidade do fato ocorrido com aquele previsto por alguma delas, não resta mais o que fazer, para se saber o tratamento que lhe é dispensado pelo direito. Já para aplicar as regras, é preciso haver um procedimento, para que se comprove a ocorrência dos fatos sob os quais elas deverão incidir. A necessidade de se ter um procedimento torna-se mais aguda quando se trata da aplicação de princípios, pois aí a discussão gira menos em torno de fatos do que de valores, o que requer um cuidado muito maior para se chegar a uma decisão fundamentada objetivamente” (GUERRA Filho. Willis Santiago Guerra. Teoria processual da constituição. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000, p. 19).

<sup>175</sup> “Nos Estados Unidos, Graig Ducat distingue o teste de “racionalidade” do teste de “otimização”. Não se pergunta, afirma, se (B) constitui ou não a melhor alternativa, se comparada com (A), (C), (D), (E) ou (F), mas unicamente se (B) constitui uma resposta “razoável”. Contemplar um leque amplo de alternativas, afirma, é tarefa do legislador, não dos tribunais de justiça constitucional” (Cristina Queiroz, Teoria..., cit., p. 115).

panorama: a impossibilidade jurídica de controle desaparece. Permanece, isto sim, uma impossibilidade fática (rectius, técnica) de se atacar o ato administrativo<sup>176</sup>.

O conceito de discricionariedade administrativa redefine-se em harmonia com o paradigma *alexiano* sobre os princípios, i.e., normas cuja eficácia deve ser otimizada na maior medida possível: do clássico conceito de “*liberdade de escolha entre duas ou mais opções*”, a discricionariedade se transforma em “*liberdade para optar pela melhor solução*”<sup>177</sup>. E esta “*melhor solução*”, está claro, é aquela que empresta aos princípios constitucionais envolvidos a maior eficácia e a mínima restrição.<sup>178</sup>

Este esclarecimento teórico, não obstante, não enfraquece o *caveat* já antes esboçado: se o poder do juiz aumentou com os direitos fundamentais, por igual se lhe impõe um manuseio *cum granus salis* destes tópicos argumentativos extraídos da constituição. Em síntese, não se pode mais negar eficácia às normas constitucionais, e os deveres de proteção parecem a melhor teoria surgida para justificar sua implementação, quando o legislador ou o administrador não se mostrarem empenhados neste múnus<sup>179</sup>. Entretanto, os *Schutzpflichten* merecem aplicação judicial apenas em face da presença de seus gatilhos: lesão ou risco efetivo ao direito fundamental (ou a outro princípio constitucional, mesmo de natureza

---

<sup>176</sup> Assim Fabio Massimo Nicosia: “A *dificuldade prática da apreciação judicial da actividade discionária se traduz essencialmente numa dificuldade probatória*” (in *Potere Pubblico e interessi privati tra vincoli dell’amministrazione e tutela giurisdizionale*, apud Melo Ribeiro, ob. cit.). Opinião compartilhada por Carmen Chinchilla, para a qual o controle judicial depende apenas de “*instrumentos que permitam ao juiz fazer uma valoração objectiva e jurídica da decisão administrativa*” (*La desviación del Poder*, apud Ribeiro, ob. cit. p. 266, nota 102). Por todos, o publicista espanhol Ramon Fernandez: “*O que começou considerando-se uma impossibilidade metafísica de controlo [...] é hoje só uma questão de simples dificuldade de controlo, dificuldade material, além do mais, e não jurídica, pois não há legalmente nenhum inconveniente de princípio que seja um obstáculo a esse controlo*” (*Discrecionalidad y Jurisdiccion Revisora*, apud Ribeiro, Maria Teresa de Melo. Ob. Cit.).

<sup>177</sup> Chinchilla, referindo-se à radical opinião de Fernandez Farreres (apud Ribeiro, Maria, ob. cit.).

<sup>178</sup> “*Em nosso entender, a objecção que poderá ser levantada a esta noção de discricionariedade resulta, precisamente, da impossibilidade de se determinar, segundo critérios jurídicos e juízos objectivos, qual é a única solução admissível que constitui a melhor escolha para a realização do interesse público...*” (Ribeiro, ob. cit. p. 278).

<sup>179</sup> Vasco P. Silva revela sua adesão à tese neste trecho de sua tese de doutoramento, considerando-a “*uma perspectiva que não esquece os direitos fundamentais, interpretando os demais direitos subjectivos públicos à luz deles, mas que recorre também directamente à constituição para invocar autónomos direitos subjectivos de defesa. Aderir à doutrina da norma de proteção não significa, portanto, utilizar uma óptica exclusivamente legalista da globalidade da ordem jurídica, tratando de forma unitária e integrada todas as posições subjectivas dos particulares, independentemente da sua fonte*” (ob. cit. p. 254).

coletiva), omissão ou inefetividade *notória* das medidas estatais, importância do bem jurídico tutelado (*BVerfG*), “*forma grave e intolerável*” da lesão ao direito (*BVerwG*), e capacidade decisória do titular dos direitos fundamentais (Schwab). Sempre, é claro, respeitada a reserva do possível (Alexy).

Com intuito de demonstrar a novel metodologia imposta pelo manejo dos direitos fundamentais (se não se pretende descambar para um decisionismo em que puramente as preferências pessoais do juiz prevalecerão), é interessante relatar que naquela citada decisão da 35<sup>a</sup> Câmara do tribunal administrativo de Berlim, que versou sobre deveres de proteção perante a prostituição<sup>180</sup>, o julgador expediu questionários para nada menos que cinquenta pesquisadores, associações, sindicatos e igrejas para descobrir qual a opinião social sobre a prostituição, para descobrir se ela ainda era “*Sittenwidrig*”, i.e., *contrária aos bons costumes*. Como via de regra o magistrado não está aparelhado materialmente para este tipo de pesquisa de campo, e sequer dispõe de tempo para uma tal empreitada, eis razão bastante para confiar no legislador ou no administrador, seja porque gozam de representatividade social e legitimidade democrática, seja porque se presume disponham de recursos materiais e técnicos para decidir.<sup>181</sup>

A perda de previsibilidade da decisão judicial que recorre aos deveres fundamentais, esta é compensada pelo acréscimo de efetividade emprestada às normas postas no cume do ordenamento. Basta, já se disse, responsabilidade e auto-controle do magistrado, e em especial atenção aos pressupostos legitimadores de um dever de proteção judiciário. O sistema jurídico alemão, cuja doutrina dos direitos fundamentais e dos deveres de proteção é sem

---

<sup>180</sup> Cf. item 56, supra.

<sup>181</sup> As leis 9868/99 e 9882/99, que trataram das ações declaratórias de constitucionalidade/inconstitucionalidade e da arguição de descumprimento de preceito fundamental, respectivamente em seus art. 20, par. 1º, e art. 6º, par. 1º, autorizaram não apenas a produção de prova pericial, mas outrossim a realização de audiência para oitiva de pessoas com experiência e autoridade na matéria discutida naqueles processos.

sombra de dúvida a mais desenvolvida, com certeza não pode ser qualificado, só por isso, de menos seguro ou previsível. Conclui-se com o testemunho de Vasco Pereira da Silva:

*Quanto ao casuísmo, se é certo que constitui um risco sempre teoricamente possível, enquanto degeneração de um qualquer método dogmático que atribua alguma "margem de manobra" à jurisprudência e que se preocupe mais com a correcta composição dos interesses do caso concreto do que com a beleza lógica das soluções, não me parece, no entanto, que corresponda à actual situação do direito alemão.<sup>182</sup>*

67. Encerrado o indispensável *intermezzo* acerca dos *Schutzpflichten*, fere-se em específico o tema inspirou a dissertação.

---

<sup>182</sup> Ob. cit., p. 249.



## PARTE II – A Constitucionalização do Direito Privado<sup>183</sup>

### D. Condicionantes do fenômeno

#### D. 1 Do estado liberal ao estado social

68. As revoluções do século XVIII são o ponto de partida para o Estado de Direito liberal, cujo apogeu dar-se-ia no século seguinte. São um “*turning point*” histórico, sinalizando a mudança de uma sociedade estamental típica do feudalismo -marcada pelos privilégios de classe e por um Direito baseado no *status*- para a sociedade burguesa, caracterizada no plano jurídico pela igualdade formal e pelos direitos subjetivos, notadamente os direitos fundamentais de primeira geração<sup>184</sup>.

E dentre estes direitos, mais relevantes que os direitos de participação ou políticos (o *status activus* de Jellinek<sup>185</sup>), eram os definidores do *status negativus*, i.e., uma esfera de liberdade imune à intervenção do Estado (daí sua denominação também como direitos *de defesa*). Mais que o direito a participar na configuração política do Estado, importava a garantia de uma economia não importunada por ele<sup>186</sup>. Ainda mais depois das decepções dos

---

<sup>183</sup> Prefere-se a locução do título àqueloutra, “*Direito Civil Constitucional*”, que se revela um quê equívoca, na medida em que conduziria à idéia de um possível par antinômico, qual seja, um *direito civil inconstitucional*, o que é obviamente um contra-senso. Afinal, desde Marshall e da supremacia da constituição o direito *tem de ser constitucional*, caso contrário ou será nulo ou inexistente, conforme se adote uma ou outra teoria a respeito do fenômeno de inconstitucionalidade: se nem sequer direito é, muito menos direito adjetivado de *civil* será.

<sup>184</sup> “*O direito subjetivo é uma figura jurídica afim com a dos direitos do homem e da personalidade., todos representativos, no seu desenvolvimento teórico, do individualismo. Este marca, na passagem da Idade Média para a Idade Moderna, a erosão de uma concepção hierárquica de sociedade na qual a igualdade só se colocava no momento da morte. É por essa razão que, no Direito Medieval, a noção correspondente à do direito subjetivo é o conceito de privilégio – as prerrogativas concedidas aos “estamentos” ou “ordens” em torno das quais, na Idade Média e em grande medida até a Revolução Francesa, a sociedade se organizava na Europa (LAFER, Celso. A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hanna Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 2001, p. 121).*”

<sup>185</sup> Cf. itens 20 e 21, *supra*.

<sup>186</sup> A classe emergente burguesa, carente e ansiosa por um mercado livre de privilégios concedidos a poucos -como no direito estamental feudal-; por oportunidades abertas a aqueles que delas quisessem fazer uso (igualdade e sujeito abstrato); e também por segurança em suas transações, exigia para o implemento de seus desejos a centralização do poder para uma conseqüente unidade das leis. A solução histórica foi o apoio dos comerciantes aos reis, para as profundas modificações que se faziam necessárias.

movimentos revolucionários daquele século, pós-restauração (entre outros, o de 1848 e a Comuna de Paris).<sup>187</sup> Em outros termos: se não se podia ter o Estado conforme se queria, que ao menos ele não constituísse óbice ao bom andamento da economia...

A igualdade formal (isonomia perante a lei), necessária para um mercado em busca de liberdade para contratar, em que os indivíduos não estivessem subordinados a limitações de disposição, foi respondida pela técnica do sujeito de direito único: era-se proprietário, contratante, pai de família, sem quaisquer outros atributos materialmente diferenciadores.<sup>188</sup>

69. Entretanto, a insuficiência dos mecanismos do Estado liberal e suas consequências nefastas no campo social<sup>189</sup> tiveram resposta também no campo doutrinário. A noção de Estado social foi formulada originalmente por Hermann Heller<sup>190</sup>. O alemão vivenciou a caótica situação da República de Weimar, em que a hegemonia de uma classe dominante

---

<sup>187</sup> Hesse, Konrad. *Constitución y Derecho privado*, tradução espanhola de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, Madrid, 1ª ed., Cuaderno Civitas, 1995, p. 39.

<sup>188</sup> “A abstração da figura do sujeito de direito também está diretamente conectada ao patrimonialismo: o centro do ordenamento de Direito Privado é o sujeito proprietário; e o sujeito proprietário seria “máscara” que formalmente está ao alcance de todos, que são iguais perante a lei”. (FACHIN, Luis Edson. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado/ Aldacy Rachid Coutinho... [et. Al]*; org. Ingo Wolfgang Sarlet. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. p. 92).

O sujeito de direito abstrado, propugnado pelo Direito do Estado Liberal, revolucionou a sociedade do medievo, que se mostrava plural, multifacetada, coexistindo num mesmo espaço físico diferentes grupos sociais, cada qual submetido a regimentos também diferenciados, o chamado direito próprio (*jus proprium*): direito feudal, corporativo, das comunas, reinol, canônico (Andrade. Fábio Siebeneichler de. *Codificação. Crônica de um conceito*. p. 53).

<sup>189</sup> Análise pertinentemente crítica do modelo liberal é fornecida por Juan María Bilbao Ubillos :

“Eliminados prácticamente los ingrediente democráticos del primitivo proyecto liberal [com suas bandeiras de igualdade e emancipação] por una burguesia interesada únicamente en la garantía de la libertad y la seguridad jurídica del “citoyen” frente al Estado, los derechos individuales, pese a formularse en términos universales, van a ejercerse de acuerdo com el patrimonio y las disponibilidades económicas del titular. Libertad y propiedad se confunden. En este sentido, la categoría de los derechos públicos subjetivos participa de las mismas contradicciones que se detectan sin demasiado esfuerzo, en el modelo liberal en su conjunto. Un modelo en el que el Estado se autoproclama neutral, cuando garantiza, en realidad, las condiciones idóneas para perpetuar la hegemonia de una clase privilegiada, que juega com todas las ventajas”. ( in “ La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares- Análisis de la jurisprudencia del tribunal Constitucional”- Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 239).

Excerto que faz eco ao escólio de J. Habermas:

“As propriedades formais do Direito eram caracterizadas [...] pela sistematicidade do corpus jurídico, pela forma universal e abstrata da lei, pelo rigor procedural que limitava a discricionariedade dos juízes e dos funcionários administrativos. É certo que essa imagem sempre implicou forte idealização [...]” (Morale diritto, política, apud Palombella, Gianluigi. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 152).

<sup>190</sup> Lopez y Lopez, Angel M. *Estado Social y Sujeto Privado: una reflexion finisecular (Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno 25* (1996). O autor alerta que o precursor da idéia de Heller teria sido von Stein, segundo o qual o livre desenvolvimento das forças econômicas e sociais conduzia à servidão da personalidade: a dominação das coisas correspondia à dominação das pessoas.

egoísta chocava o ovo da serpente, que findaria por negar o Estado de Direito. A salvação deste, segundo Heller, passava por conferir-lhe um conteúdo social, com nova ordem de relações de trabalho, redistribuição de bens e acesso de todos àqueles essenciais à vida. O título sua obra de 1929, “*Estado de Direito ou Ditadura*”, como que vaticínio, tragicamente se confirmaria anos mais tarde, com a assunção do partido nazista ao poder.

Sinteticamente, na lição de Lopez y Lopez, “o *Estado Social se refere à estrutura do poder político em sociedades capitalistas altamente industrializadas e de constituição democrática, em que o poder se vê obrigado a intervir no processo de reprodução social no interesse do capitalismo e também das classes inferiores [...], pressionado pela maior representatividade do legislativo, que é em parte dominado pelo movimento operário.*<sup>191</sup>

O Estado social é marcado, pois, por este compromisso entre a burguesia e os operários, estes últimos pretendendo através do voto suas conquistas, não mais pela revolução (o voto censitário impediu essa mesma evolução durante o século XIX). Essa marca de *mediação* entre dois pólos antagônicos refletir-se-á nas constituições de nossa época, conforme se verá no ponto adiante.

Como algodão entre cristais, a fórmula dessa organização estatal resulta débil, porque se formula a partir do Estado Liberal, com aceitação de suas idéias e princípios. É fruto do temor de uma revolução por uns e de ditadura por outros<sup>192</sup>. É essa *debilidade e contradição* que dão especificidade ao Estado social.

Sua meta final é a diminuição das desigualdades sociais. Assim sua norma inaugural é o princípio da igualdade material, mantida ainda, não obstante, a igualdade formal. E a rigor esta última isonomia é que recebe permanentemente guarida, revelando a *debilidade* do Estado social, frente à robustez dos postulados liberais, explicação suficiente para a

---

<sup>191</sup> Lopez y Lopez, ob. cit. p. 429.

<sup>192</sup> “É, no entanto, da convergência entre as liberdades clássicas e os direitos de crédito que depende a viabilidade da democracia no mundo contemporâneo, apesar da heterogeneidade de suas origens [...]” (Lafer, ob. cit., p. 130).

contradição entre códigos liberais, fundados na igualdade abstrata e as Constituições sociais.<sup>193</sup>

A *virtude do meio* entre, de um lado, a responsabilidade da sociedade pela existência social, econômica e moral dos seus membros<sup>194</sup>, e de outro, o respeito pelos direitos dos particulares –especialmente sua autonomia privada-, apresenta seus instrumentos: a relativização dos direitos subjetivos –também fundamentalmente da autonomia privada<sup>195</sup>– pela sua função social (v.g., proteção do inquilino, revisão dos contratos por alteração da base, normas tuteladoras da boa-fé, da lealdade negocial, repressoras do abuso de direito<sup>196</sup>), sua vinculação ético-social (responsabilidade civil penalizadora) e o recuo perante o formalismo

<sup>193</sup> Lopez y Lopez, ob. cit., pp. 430-434.

<sup>194</sup> “Por isso Peter Häberle insistiu na necessidade de uma compreensão “realista” dos direitos fundamentais [de 1ª geração] e considera que os mesmos encontram-se sob uma “reserva social”, mediada pelo princípio do Estado de Bem-Estar social, em combinação com o artigo 3º da LF [constituição alemã]” (que consagra o princípio da isonomia e o direito geral de igualdade). (NEUNER, Jörg. O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental. In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado/ Aldacy Rachid Coutinho... [et. Al]; org. Ingo Wolfgang Sarlet. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 257).

<sup>195</sup> As lições de história do Direito Processual hauridas da obra de Ovídio Baptista revelam que a progressiva relativização da autonomia privada teve conseqüências inclusive no campo do Direito Adjetivo:

“O pressuposto ideológico que sustenta o princípio de que o processo civil deve ser entendido como um instrumento de defesa da liberdade individual e dos direitos subjetivos (contra o Estado) cuja origem deve ser buscada nas filosofias políticas do século XVII e nos enciclopedistas franceses, e que marca o acentuado cunho dispositivo de nossas instituições processuais, revela-se de modo particularmente ostensivo em nosso principal instrumento jurisdicional mandamental, que é a ação de mandado de segurança [...] Quer dizer, no direito brasileiro, as autoridades, a começar pelo Presidente da República, estão sujeitas a receber ordens emanadas de sentenças judiciais, mas a “esfera inviolável” da liberdade individual jamais será invadida por mandamentos judiciais, uma vez que, nas palavras de Liebman: “Não é função do juiz expedir ordens às partes e sim declarar qual é a situação existente entre elas segundo o direito vigente” (SILVA, Ovídio Baptista da. Curso de Processo Civil. Vol. III. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, p. 258)

Note-se, portanto, que a proteção processual contra atos de autoridade, segundo as balizas do Estado liberal, dotava o indivíduo de instrumentos processuais até mais eficazes que os manejáveis nas relações *inter privatus*. Tudo em virtude do endeuamento da autonomia da vontade:

“Os pressupostos ideológicos que informam nossas instituições processuais civis, assentam-se no princípio da intangibilidade da pessoa humana cuja autonomia e liberdade deve ser preservada com tal profundidade e extensão que nenhuma lei poderá penetrar na esfera inviolável da autonomia da vontade individual ... demonstra a exacerbação do conceito de autonomia da vontade e a sacralidade do princípio de que ninguém poderá ser compelido a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão através de um ato de livre e consciente deliberação do agente” (Idem, p. 251). No mesmo sentido MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica Processual e Tutela dos Direitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 38.

A expansão da tutela mandamental, assim, revela a superação do valor da autonomia da vontade, cedendo passo aos direitos que se lhe contrapõem, e que devem ser efetivamente protegidos pela jurisdição. Trata-se, portanto, ao lado da *Drittwirkung*, de sinal da relativização dos direitos própria do Estado Social.

<sup>196</sup> Giorgiani, ob. cit. p. 49. O autor refere ainda outras limitações à liberdade negocial, que “*custam a se inserir no sistema, e apresentam-se ainda como uma superestrutura do sistema liberal, como as normas que impõem obrigações de contratar, proibem coalizões, fixam preços de mercadorias ou de serviços, impõem mínimos salariais [...]*” (idem). A autonomia da vontade, lembra por fim o notável jurista italiano, também sofre relativização no âmbito do Direito Privado em face da proteção à confiança, por si geradora de obrigações, bem como em decorrência da teoria da responsabilidade pré-contratual (idem, p. 50).

do direito privado liberal. A jurisprudência alemã, particularmente, regressou à ética contratual material da tradição européia, racionalista, que o formalismo do sec. XIX havia abandonado.<sup>197</sup> Supera-se o conceito de sujeito único (ou “*sem rosto*”<sup>198</sup>), reconhecendo-se, em homenagem à igualdade material, uma multiplicidade social a exigir diferentes tratamentos (fornecedor, consumidor, locador, locatário, proprietário, possuidor rural e urbano etc)<sup>199</sup>.

A mudança da ética individual da vontade/liberdade para uma ética social da responsabilidade solidária demonstra que a partir daí não só o poder público mas também a sociedade responde pela existência social de cada um de seus membros: a consecução dos fins de interesse geral não é competência exclusiva do poder público, mas se harmoniza em uma ação mútua Estado-sociedade, que transpõe a dicotomia Direito público-privado<sup>200</sup>, podendo-

---

<sup>197</sup> Wieacker, Franz. História do Direito privado moderno, tradução de A. M. Botelho Hespanha, Calouste Gulbenkian, 2ª edição pp. 624-625. No mesmo sentido Raiser, *La Costituzione e il Diritto privato*, in *Il Compito del Diritto privato*, Traduzione di Cosimo M. Manzoni e Vincenzo Vorano. Milano. Giuppi, 1990, p. 173.

<sup>198</sup> Expressão de Luiz Guilherme Marinoni (Técnica Processual e Tutela dos Direitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 58).

<sup>199</sup> Conferir, nesse sentido, FINGER, Julio César. Constituição e Direito Privado: alguma notas sobre a chamada constitucionalização do Direito Civil. In A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado/ José Luís Bolzan de Moraes ... [et al.]; org. Ingo Wolfgang Sarlet – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

As leis especiais têm como função regular os interesses de uma categoria de sujeitos (consumidor, locações, divórcio, bem de família, direito do trabalho) que não podem ser inseridos numa normativa mais ampla, representada classicamente pelos códigos. E neste ponto se afirma seu parentesco com o Estado Social de Direito, de interferir na sociedade em prol dos menos favorecidos, e tendo como bandeira primeira o princípio da igualdade material. É essa segmentação jurídica que, tudo bem visto, faz retornar o pêndulo da história do Direito para o particularismo do medievo. Mas naturalmente com um sentido totalmente diferente, pois se naquele os diversos ordenamentos derivavam de privilégios, agora as leis especiais pretendem justamente obliterar diferenças odiosas, igualar relações que são estritamente desiguais (direito do trabalho, locações, consumidor). Diz-se delas que não só pretendem dirimir conflitos, sentido clássico da lei, mas planejar e modificar a sociedade (a imagem pendular também aparece no estudo de Eugênio Fachini Neto, Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado/ Aldacy Rachid Coutinho... [et. Al]; org. Ingo Wolfgang Sarlet. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. p. 19, nota 13).

Com razões semelhantes, e também porque se submetiam à vontade do rei –a *lex animata*- Ingo Sarlet conclui pela a inadequação de se comparar os direitos reconhecidos no medievo, em especial na *Magna Charta*, aos atuais direitos fundamentais (A Eficácia..., cit., p. 44).

<sup>200</sup> Ubbillos, ob. cit., p. 251 nota 45. Confirma-o Hesse:

“A compreensão tradicional parte aqui da distinção entre “Estado” e “sociedade” e contrapõe não unido o Estado, como unidade existente, à sociedade, como pluralidade existente. Esse dualismo radica ainda nas idéias liberais (pré)-democráticas do tempo anterior a 1918, que eram expressão da relação entre poder estatal, que se personificou no governo e aparato de funcionários monárquicos, e uma “sociedade” excluída, em grande medida, da determinação e configuração política, cuja vida, fundamentalmente, mesmo se regulava,

se falar de uma “*socialização do Estado*” (*Vergesellschaftung des Staates*) e de seu par, a “*estatização da sociedade*” (*Verstaatlichung der Gesellschaft*). A própria definição do interesse público deixa de ser tarefa exclusiva do Estado, vez que cada vez mais é influenciado por grupos sociais<sup>201</sup>.

Isso tudo se reflete num direito privado diverso daquele da época liberal, que eleva ao mesmo patamar do interesse particular a defesa dos fracos e sua existência. O Direito privado passa a ser mais que antes um direito tutelador, delimitador, coibindo abusos.<sup>202</sup>

---

*enquanto o “Estado” somente tinha de garantir os pressupostos desse transcurso, que obedecia a leis próprias, e intervir em caso de perturbações.*

*Os pressupostos de um tal dualismo deixaram, todavia, de existir no Estado democrático e social da atualidade. Vida “social” não é mais possível sem a configuração organizadora, planificadora, responsável pelo Estado. Ao contrário, o “Estado” democrático constitui-se somente na colaboração “social”. Também vida social está em conexões, mais ou menos estreitas, com a vida estatal no procedimento de formação da unidade política”.* (Konrad Hesse Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 1998. Tradução (da 20ª edição alemã) de Luis Afonso Heck. Pág. 33-34).

<sup>201</sup> Ao ensejo, a doutrina alemã (*Organisationsdemokratie um Verbandsverfassung*, de Gunther Teubner) cunhou a eloqüente expressão *Verbändestaar* (*Estado de associações*), para bem registrar que a política, em boa medida, resulta do interesse de grupos interessados não tanto na produção de normas, mas sim na satisfação imediata de seus interesses (*apud* Queiroz, Cristina, Teoria..., cit., p. 158). A autora portuguesa reputa impositiva a fixação das regras do jogo, isto é, a forma legítima por meio da qual essa pressão social é exercitável.

<sup>202</sup> Franz Wieacker (O Direito civil na evolução da ordem social) *apud* HESSE, Konrad. Derecho Constitucional y Derecho Privado. Tradução e introdução de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Civitas, 1995. p. 73.

## D.2. A Constituição revigorada (ou A Eficácia Normativa da Constituição)

70. O segundo pressuposto para o fenômeno jurídico focado no presente estudo é a maneira com a qual se manuseia o texto constitucional. Ou ela não passa de carta programática, de boas e belas intenções - e se poderia concluir por aqui e não mais tomar o tempo do leitor ou então ela contém força normativa, i.e., é norma jurídica, e como tal incide regulando as relações sociais.

Conforme a abalizada lição de Paulo Bonavides, as constituições que resultam dos movimentos revolucionários...

*“traduziam um sentimento de profunda e inevitável desconfiança contra o poder, aquela desconfiança ou suspeita clássica do liberalismo com sua doutrina de valorização da Sociedade burguesa e individualista. Aliás, a rigidez [das constituições] só se explica como produto de semelhante desconfiança. Isto naturalmente na medida em que, protegendo a liberdade e os direitos humanos, ou aspirando à permanência, ela embargava a subitaneidade da mudança e da reforma constitucional”*<sup>203</sup>

Continuando o mestre do Ceará seu escorço a respeito das constituições desse período histórico, e agora apontando uma das peculiaridades que mais interessam à problemática ora enfocada, afirma que *“ as declarações têm primeiro a índole de um manifesto ou plataforma revolucionária do que de um documento verdadeiramente jurídico”*.<sup>204</sup>

Exemplo dessa concepção sobre a carência de eficácia das normas constitucionais se vilumbra na obra de Carré de Malberg:

*“ Ao contrário das garantias de direitos, que se acham incorporadas na própria Constituição, e que, ao revés, não apresentam elas mesmas utilidade jurídica positiva senão na medida em que determinam com precisão a extensão e as condições de exercício do direito individual assegurado, a Declaração de 1789, assim como já se observou com frequência, não é em rigor uma declaração de direitos, mas tão somente uma declaração de*

---

<sup>203</sup> Curso de Direito Constitucional, 13ª edição, Malheiros Editores, p. 225

<sup>204</sup> idem, p. 226.

*princípios, ela não formula regras jurídicas, que sejam suscetíveis de aplicação prática pelo juiz, não coloca os cidadãos em condições de fazer valer perante os tribunais esta ou aquela faculdade individual claramente delimitada” (grifei)<sup>205</sup>.*

71. O século XX testemunha profunda mudança nesse paradigma. Conforme visto no item antecedente, o Estado Social de Direito se revela como fórmula de compromisso entre os Estado liberal e socialista. Essa característica bem se reconhece no *caráter programático* apresentado por suas Constituições, chegando Alexy a reputar os direitos fundamentais da Constituição de Weimar mera “lírica constitucional”<sup>206</sup>. Por igual os sinais de heterogeneidade ideológica (contraposta à plena homogeneidade das Constituições do Estado liberal, derivada da uniformidade do corpo constituinte, recrutado por meio de sufrágio via de regra censitário) são consequência dessa esquizofrenia legislativa.<sup>207</sup>

Sem se esquecer, ainda, de um fundamental traço distintivo de ambas as épocas constitucionais. A dicotomia Estado-Sociedade que se manifestava no período do constitucionalismo liberal, tinha como efeito direto a produção de Constituições extremamente  *sintéticas*, como que revelando uma indiferença como o tecido social, ou, mais bem dito, deixando clara a adoção de postura de não intervenção estatal. Hoje a regra é a normatização global por meio de constituições  *analíticas*.<sup>208</sup>

---

<sup>205</sup> *Contribution à la Théorie Générale de l’État*, II, Paris, 1922, p. 582, apud Bonavides, ob. cit., p. 226, nota 1. No mesmo sentido, Boutmy, citado por Luís Afonso Heck: “Para os franceses, a declaração é somente uma obra-prima de oratória, os artigos estão nela em pureza abstrata, somente no brilho de sua majestade e do domínio da verdade sobre os homens. Nenhum tribunal pode empregá-los como meio jurídico ou aproveitá-los para a fundamentação da sentença. Para a instrução de todo o mundo escrevem os franceses (in Direitos fundamentais e sua influência no direito civil, Revista de Direito do Consumidor 29/41).

<sup>206</sup> *Grundrechte in demokratischen Verfassungsstaat*, p. 29, apud SILVA, Virgílio Afonso da. A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Editora Malheiros, 2005, p. 76, nota 46.

<sup>207</sup> Bonavides, ob. cit., p. 228.

<sup>208</sup> “Em suma, no Estado liberal do século XIX a Constituição disciplinava somente o poder estatal e os direitos individuais (direitos civis e direitos políticos) ao passo que hoje o Estado social do século XX regula uma esfera muito mais ampla: o poder estatal, a sociedade e o indivíduo.” (Idem, p. 229). Assim também Cristina Queiroz: “A constituição não é mais a constituição do Estado, mas “constituição do Estado e da sociedade”: a “ordem jurídica fundamental da comunidade” (Hesse). Por isso se afirma que a garantia e proteção dos direitos fundamentais não resulta unicamente assegurada pelo princípio da “separação dos poderes”, antes que essa proteção deve vir assegurada pelo Estado e, sobretudo, que esta deve vir assegurada



Efeito deletério desse constitucionalismo “*em cima do muro*” - típico da época weimariana, exemplo perfeito do modelo de compromisso - foi a ausência de caráter jurídico das constituições européias.<sup>209</sup>

72. Passado o quadro histórico da primeira metade do século, que tanto perturbou o constitucionalismo moderno (não obstante ter servido de campo fértil para notáveis autores, como Carl Schmitt e Rudolf Smend), verifica-se que “*a corrente de idéias mais idôneas no Direito Constitucional contemporâneo parece ser indubitavelmente aquela que, em matéria de Constituição rígida, perfilha ou reconhece a eficácia vinculante das normas programáticas*”.<sup>210</sup>

---

“no” Estado. Que dizer, não se procura unicamente organizar o poder político e prescrever-lhe um determinado modo de actuação. Pretende-se, antes de mais, estruturar o próprio “corpo social” a “boa sociedade” de que fala Rawls. (Direitos fundamentais – Teoria Geral. Coimbra Editora, 2002. p. 40).

<sup>209</sup> Bonavides, ob. cit., p. 232.

<sup>210</sup> idem, p. 236. Discípulo eminente de Bonavides, Wyllis Santiago Guerra Filho corrobora a lição de seu mestre, com achegas importantíssimas: “*Nesse momento, vale suscitar um último aspecto, encerrando essa parte do presente trabalho, que se propunha mais a demarcar uma problemática, indicando rumos para ulteriores desenvolvimentos, do que propriamente trazer um tratamento exaustivo da matéria. Trata-se da questão da eficácia da norma de direito fundamental, à qual não se aplicaria as classificações usualmente apresentadas, em manuais de direito constitucional pátrio, das “cargas de eficácia” das normas constitucionais. Essas classificações, em que pese alguma variação terminológica, costumam ser construídas a partir de um padrão, importado da doutrina italiana – onde, aliás, não é mais exceção, nas exposições recentes do direito público peninsular - , em que se teria uma gradação dessa eficácia desde um máximo, quando as normas constitucionais apresentariam “eficácia plena”, até um mínimo, registrado nas chamadas “normas programáticas” – e nesse ponto não se pode deixar de fazer uma referência à renovação do pensamento de J. Afonso da Silva, do qual costumam partir os doutrinadores pátrios que tratam dessa matéria, no sentido de aceitar a aplicabilidade das normas programáticas, que permaneceriam com essa denominação apenas por conterem (também) pautas para ação estatal, posição próxima daquela de Canotilho, adiante referida. (O novo pensamento do ilustre Professor de Direito Constitucional da USP foi apresentado em palestra na Universidade de Fortaleza – UNIFOR – , no dia 04.12.1992., cujo texto está na Revista da Procuradoria do Estado do Ceará – RPGE, n. 11, 1993, p. 43 e s. (p. 164-165-166)*

Ora, pelo que acabamos de ver, não haveria norma de direito fundamental com “eficácia absoluta”, se além da “semântica constitucional” considerarmos a “dimensão pragmática”, onde essas normas se encontram em estado de tensão e de mútua restrição. Ao mesmo tempo, e o que é mais importante de se levar em conta, não se coaduna com a natureza da norma de direito fundamental a sua inclusão no rol das “normas programáticas”, para o qual tendem a ser relegados os “direitos sociais, econômicos e culturais”, bem mais vulneráveis que os clássicos “direitos de liberdade”, por, ao contrário desses, não dependerem de uma abstenção, e sim, de uma prestação do Estado. Nossa preocupação é que a doutrina corrente entre nós sobre eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais favoreça a adoção do que com toda propriedade se denominou “procedimentos interpretativos de bloqueio”, na inteligência dos direitos fundamentais, visando aplicá-los, o que causaria prejuízos incalculáveis à sua efetividade, dependente, é certo, de fatores políticos, mas também de fatores científicos, no campo do Direito (GUERRA Filho. Willis Santiago Guerra. Teoria processual da constituição. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000, p. 118).

Representando essa tendência renovadora na dogmática do Direito constitucional, Celso Antônio Bandeira de Mello fornece indispensável noção sobre a juridicidade das Constituições (a transcrição longa revela a importância das palavras do ilustre administrativista):

*“Em cada período histórico, os legisladores constituintes, de regra, incorporam nas Leis Fundamentais aquilo que no período correspondente se consagrou como a mais generosa expressão do ideário da época. Fazem-no, muitas vezes, com simples propósito retórico ou porque não podem lavar de consigná-los. Mas, animados de reta intenção ou servindo-se disto como blandicioso meio de atrair sustentação política ou de esquivar-se à coima de retrógrados, o certo é que, geralmente, as Cartas Constitucionais estampam versículos prestigiadores dos mais nobres objetivos sociais e humanitários que o integram o ideário avalizado pela cultura da época.*

*[...] Não há estranhar, pois, que os investidos em poder constituinte pelo povo, vejam-se na contingência de insculpir na Lei suprema, um conjunto de dispositivos que exalçam tanto os direitos individuais como os direitos sociais. Ocorre que a forma mais eficiente de torná-los inoperante na prática, deliberadamente ou não, é desenhá-los em termos vagos, genéricos, fluídos ou dependentes de norma infraconstitucional.*

*Este modo de regular, acaba tirando com uma das mãos o que foi dado com a outra. Termina por frustrar o que se proclamou enfaticamente [...] Porém, tal resultado ocorre menos porque os preceitos em causa sejam juridicamente débeis, inoperantes de direito e muito mais por uma inadequada compreensão da força jurídica que lhes é própria.*

*[...] Em suma: acredita-se que não se pode desdenhar, na busca da Justiça Social, instrumentos que são fornecidos pela própria ordenação jurídica, isto é, que já estão consagrados no Diploma Básico.<sup>211</sup>*

Essa visão desmistificadora, crua mesmo, vem municiar o jurista - e talvez mais importante, o prático - com mais um instrumento de trabalho. Não se pode permanecer imune,

---

<sup>211</sup> A Eficácia das normas constitucionais sobre Justiça social, RDP 57-58/234.

Confira-se no mesmo sentido, a lição de José Eduardo Faria:

“Como nenhum partido dispunha, por si ou mesmo sob a forma de coalizões, de maioria qualificada para agir na conformidade de um projeto político capaz de dar um mínimo de unidade conceitual e coerência programática à nova ordem constitucional, o recurso aos princípios e às normas programáticas e às cláusulas indeterminadas, que poderiam ser reguladas posteriormente por leis complementares e ordinárias, em outras condições e outras configurações partidárias, foi a estratégia então adotada para permitir a conclusão dos trabalhos em tempo hábil” (A crise do Judiciário no Brasil: notas para discussão, in Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005 / Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS; coord. Ingo Wolfgang Sarlet – Porto Alegre: escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado Ed., 2006, v. 1, t. 1, p. 28)

Bonavides aponta para o atraso da doutrina constitucionalista francesa sobre o tema, sendo que “considerável número de cientistas daquele país, segundo o mesmo jurista [Louis Favoreu, in La Garantie Constitutionnelle de los derechos fundamentales”, pp 300-1] se tem aferrado ao entendimento de que a Constituição não é direito, “por tratar-se de um texto demasiado vago, excessivamente geral, que carece de força normativa e que não tem nenhuma densidade enquanto norma [...] A pertinência da escola francesa de arredar a Constituição do direito e da lei reflete, em grande parte, a decadência, o atraso e a baixa ou nenhuma influência que o Direito Constitucional francês, de certo modo fossilizado, exerceu durante o vasto período ulterior a II Grande Guerra [...] (Curso..., p. 585)

em tempos de Estado Social, à eficácia da Constituição, que tão relevantes meios fornece à efetivação dos postulados daquele. Buscar refúgio na imprecisão das normas constitucionais para sustentar sua inaplicabilidade é demonstrar insensibilidade não só à situação social, fática, mas também fechar os olhos às mais recentes descobertas no campo da dogmática constitucional.

*Estado social*, afinal, guarda paralelismo com *Verfassungsstaat*, Estado constitucional.<sup>212</sup> O primado exclusivo da lei era princípio do Estado liberal, hoje preocupação exclusiva dos historiadores<sup>213</sup>. A concepção hodierna é jungida ao princípio da *constitucionalidade*, tendo como sol os direitos fundamentais, por em torno dos quais orbita todo o resto do ordenamento.<sup>214</sup> Eloquentemente, no aspecto, a afirmação de Herbert Kruger, segundo a qual “*Antes os direitos fundamentais só valiam no âmbito da lei; hoje as leis só valem no âmbito dos direitos fundamentais*”<sup>215</sup>.

---

<sup>212</sup> Conceito assemelhado àquele de “Estado Democrático de Direito”, que tem por balizas, segundo Lenio Luiz Streck, a democracia e a realização dos direitos fundamentais, e que inclusive teria superado o Estado Social (O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais fundamentais. In Sarlet, Ingo Wolfgang (org.). Direitos fundamentais sociais: estudos de direito consitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 170).

<sup>213</sup> Nesse mesmo sentido as considerações acerca da obra de Georg Jellinek lançadas por Gianluigi Palombella, para quem, ainda que pioneira na mediação do ímpeto autoritário estatal por meio da tutela dos direitos, ressentem-se ainda de “*um decisivo atraso político-jurídico no fato de que essa “limitação” valeu e nasceu para valer não em relação ao Estado legislador, mas apenas em relação ao Estado como administração pública*” (Filosofia do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 138)

<sup>214</sup> Bonavides, ob. cit., p. 320. No mesmo sentido, mas com estilo particular, Bartolomé Clavero: “*la Constitución es originariamente norma que reconoce al sujeto mediante Declaración; el Código se arroga tradicionalmente en cambio el poder de determinarlo mediante Ley. Así se producía la pérdida de los mismos Derechos. Pero la ley ya no es lo que era (...) La situación es otra, más favorable a Constitución(...)*. (Codificación y Constitución: paradigmas de un binomio, in Quaderni Fiorentini XVIII, p. 133).

Assim também Cristina Queiroz:

“*À imagem outrora da lei, a constituição fixa agora a fronteira entre o lícito e o ilícito, entre o constitucional e o inconstitucional. Provoca com isso uma clara diferenciação entre o direito constitucional e o direito infra-constitucional. O binômio inovação política/mudança conceptual reside precisamente nisso: na idéia de supremacia da constituição face ao restante ordenamento, a idéia de uma lei utilizada com critério de legitimidade e/ou ilegitimidade face às demais leis e actos jurídico-públicos. A constituição atribui-se a si própria a primazia, rompendo com a regra tradicional segundo a qual *lex posterior derogat legi priori*. Esta supremacia constitui em si uma regra de resolução de conflitos. Ela é a própria forma do direito* (Direitos fundamentais – Teoria Geral. Coimbra Editora, 2002. p. 41).

<sup>215</sup> QUEIROZ, Cristina M. M. Direitos fundamentais – Teoria Geral. Coimbra Editora, 2002. p. 32. Remete-se ainda à lição de Palombella: “*À luz da evolução histórica e filosófica subsequente, a equação lei-direitos tenderá a ser desenvolvida em sentido unilateral, ou seja, com uma perda do caráter originário da questão dos direitos, bem como com sua passagem à posição secundária em relação à tutela da instituição Estado e da lei como fonte globalizante do direito. Em todo o continente europeu permanecerá substancialmente*

73. E grande parte do crédito, em nível de fundamentação teórico-conceitual, por essa renovação no paradigma constitucional, é devido às construções de Ronald Dworkin (em seu *Taking Rights seriously*, adjetivado de “profético” por Cristina Queiroz<sup>216</sup>) e Robert Alexy (na *Theorie der Grundrechte –Teoria dos Direitos Fundamentais*, “obra de referência e estudo fundamental nas universidades alemãs”<sup>217</sup>).

Em rápida síntese, esses autores diferenciam, no gênero normas jurídicas, as espécies regras e princípios. As *normas-regras* possuem suporte fático definido, que em que se concretizando promove a incidência do preceito na forma “*all or nothing*”: incidem por completo, ou não incidem. São, por conseguinte, estabelecimentos no espaço do que é efetiva e juridicamente possível, dotadas de estrutura condicional, no qual uma situação de fato (o “se” do silogismo) combina-se com um preceito jurídico (o “então” do silogismo)”<sup>218</sup>.

As normas-princípios -dotadas de “estrutura teleológica”, ordenadores da realização de um estado<sup>219</sup>- por sua vez, não têm um preceito nem âmbito de aplicação pré-definido. Incidem, portanto, potencialmente, em todos os recantos do ordenamento jurídico (princípio da unidade do ordenamento). São, segundo criação de Alexy, *mandamentos de otimização*, a serem efetivados na maior medida, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas.

Três conseqüências resultam dessa clivagem taxionômica:

i) Não se admitem mais normas programáticas. Toda e qualquer norma jurídica tem eficácia, podendo incidir. Se regra, bastará a ocorrência do suporte fático. Se princípio, ocorrendo sua hipótese de incidência, o aplicador da norma buscar-lhe-á o máximo de

*axiomática a submissão do juiz à lei, sendo indireta a referência aos direitos, e haverá uma tendência progressiva à atenuação do aspecto de garantia em favor do estatualismo”* (ob. cit., p. 42).

<sup>216</sup> ob. cit., p. 130.

<sup>217</sup> Araujo, José Antonio Estévez, *La constitución como proceso y la desobediencia civil*, p. 91.

<sup>218</sup> GÜNTHER, Klaus. Teoria da argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação – São Paulo: Landy Editora, 2004. p. 314

<sup>219</sup> Idem, p. 314

“Eles [os princípios] devem ser entendidos como indicadores de uma opção pelo favorecimento de determinado valor, a ser levada em conta na apreciação jurídica de uma infinidade de fatos e situações possíveis [...]” (Guerra Filho. Willis Santiago Guerra. Teoria processual da constituição. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000, p. 17).

efetividade (isto é, não se precisa esperar a *boa vontade* do legislador ordinário em concretizar a norma constitucional), ressalvadas, por certo, as limitações jurídicas e fáticas para tanto;

ii) Necessário um diferente tratamento na hipótese de conflito entre princípios e entre regras. Estas vêm suas hipóteses de colisão resolvidas por meio dos critérios hierárquico (*lex superior derogat inferiori*), temporal (*lex posterior derogat priori*) e de especialidade (*lex specialis derogat generali*), resolvendo suas diferenças na dimensão da validade (uma excluindo a outra segundo os critérios expostos), ou então com inserção de cláusula de exceção numa delas<sup>220</sup>.

Já os princípios, em hipótese de conflito, não excluem um ao outro, pois como mandados de otimização, ambos serão satisfeitos, um mais que o outro, conforme o peso. A este “plano do peso” (princípios) se contrapõe o plano da validade (regras): naquele, ambos os princípios são válidos, não havendo mútua exclusão, impondo-se ao intérprete a definição de qual prevalece no caso concreto, o que corresponde ao procedimento de ponderação (*balancing*), por meio do princípio da proporcionalidade<sup>221</sup>. O exemplo recorrente é o choque

---

<sup>220</sup> STEINMETZ, Wilson. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada. In Silva, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores. 2005, p. 34.

<sup>221</sup> A doutrina em língua portuguesa já é considerável sobre o princípio. Entre outras fontes, há o precursor Curso de Direito Constitucional, de Paulo Bonavides; uma perspectiva do Direito Administrativo em “*O Princípio da Proporcionalidade no Direito administrativo e constitucional da Alemanha*, de Heinrich Scholler (AJURIS 75/268); o preciso e atual –dir-se-ia indispensável– artigo “*Distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*” de Humberto Ávila (RDA 215/ 151); a já citada monografia de Edilson de Farias; a fundamental obra de Konrad Hesse, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal Alemã* (tradução da 20ª ed. alemã por Luís Afonso Heck. Editora Fabris) trata também exaustivamente a matéria de direitos fundamentais e proporcionalidade. A lista é meramente enunciativa. Na realidade todos nossos constitucionalistas, e pioneiramente aqueles com acentuada formação germanista acabam se demorando sobre o tema. Cite-se, a título exemplificativo, G. Ferreira Mendes, Willis Santiago Guerra Filho, Luís Afonso Heck e Ingo Sarlet.

A dita *máxima* (há quem a tome como princípio, outros como regra, porque incidiria sempre, sem exceção) é composta de três níveis (*Dreistufentheorie*). A (A) adequação ou aptidão (*Geeignetheit*) exige que o meio escolhido para a solução do conflito, isto é, para a satisfação da meta constitucional, seja eficiente para tanto (relação meio-fim). Superado este degrau, a (B) necessidade (*Erforderlichkeit*) lança seu crivo sobre o meio escolhido, comparando-o com outros possíveis meios/instrumentos, a fim de verificar se não havia outro que restringisse menos o fim (princípio) contraposto (relação meio-meio). No último grau (*Stufe*), a (C) proporcionalidade em sentido estrito (ou conveniência, *Angemessenheit*), tem como conteúdo a própria vedação de excessos (*Übermassverbot*): o meio escolhido (importante: meio esse que impõe a restrição de um princípio constitucional, um direito fundamental, por exemplo) deve estar em proporção com o fim almejado (novamente uma relação meio-fim), sopesando-se os bônus e ônus dessa opção segundo a lei da ponderação: “*quanto mais grave o prejuízo ao princípio X, mais importante deve ser o cumprimento do princípio contraposto Y*” (Heck, Luís Afonso. Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy. In Leite, George

da liberdade de imprensa com o direito à intimidade, que não tem uma solução pré-dada, mas que deve ser buscada no caso concreto pela ponderação dos princípios.<sup>222</sup>

iii) A aplicação das regras, segundo o modelo *all-or-nothing*, é tipicamente o de subsunção: verificado seu suporte fático, incide a regra inapelavelmente. Os princípios, por sua vez, impõem o manuseio de métodos hermenêuticos mais elaborados, em especial a

Salomão (Org.). Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da constituição. São Paulo: Malheiros, 2003).

Utilizando o exemplo da colisão entre liberdade de imprensa e proteção da privacidade: a proibição de circulação de periódico em determinado dia para impedir divulgação de notícia sobre a vida privada de alguém sem dúvida é medida (A) adequada. Não obstante, a mera proibição de inserção da notícia, pena de multa e configuração de desobediência, também é adequada, e claramente menos violadora da liberdade de imprensa. Isto é, o primeiro meio, ainda que adequado (meio-fim), não é (B) necessário (meio-meio), pois o segundo meio melhor convive com o princípio contraposto. Por fim, (C) sopesa-se o interesse público em esmiuçar-se aspectos da vida privada de alguém frente ao interesse individual de tê-la preservada: se se trata de figura pública (um político), pode ser justificada a publicação da matéria, porque o princípio prevalente é liberdade de imprensa (formador de elemento fundamental da democracia, a opinião pública). Caso contrário, em se tratando de figura privada, prevalece a proteção da intimidade e da privacidade. Isto é, opera-se a ponderação de bens para evitar solução excessiva.

Note-se que a aplicação da proporcionalidade segue sempre essa ordem de sub-itens. Existe uma relação de prejudicialidade entre eles. Em se descartando a (A) adequação, desde já se caracterizou a inconstitucionalidade da medida, sem necessidade de se enfrentar a (B) necessidade ou a (C) proporcionalidade *stricto sensu*. Afinal é natural que somente uma medida que serve à realização de um fim constitucional pode justificar a restrição de um seu par.

Da mesma forma, se um meio é adequado mas não (B) necessário, nem se precisa preocupar com a (C) proporcionalidade *stricto sensu*, porquanto também é inconstitucional o meio. Uma restrição a um princípio constitucional, ainda que com vista à realização de outro valor constitucional, somente é justificado se é mínimo, i.e., se não há outro meio tão eficaz quanto o primeiro, apenas que mais suave.

E se se afirma que o meio é (C) proporcional *stricto sensu*, isso pressupõe que seja necessário e adequado; e se é necessário, é porque também é adequado.

Resumindo: o meio escolhido pelo legislador, se (A) adequado, será (B) comparado com outro meio adequado (isso se houver outro meio adequado para alcançar o fim, naturalmente), para definir qual dos dois é o menos gravoso para o princípio contraposto. De todos os meios, um deles apenas, o menos agressivo, estará apto ao papel de algodão entre cristais. Sobre ele - que (A) além de adequado ao fim - é (B) dentre todos os demais instrumentos o menos incisivo em relação ao outro fim em tensão, se impõe, afinal, (C) uma ponderação de bens (*Güterabwägung*): esta última é o conteúdo da proporcionalidade em sentido estrito. Depois das duas etapas iniciais (A + B), e de se ter chegado ao meio menos gravoso (relação meio X meio), há que verificar se, apesar de ser de fato o menos violento, ainda assim é (C) proporcional relativamente ao seu fim. Isto é, se a restrição do princípio constitucional que o meio acarreta é proporcional relativamente ao outro princípio que se quer otimizar.

<sup>222</sup> Farias, Edilson Pereira de. Colisão de direitos- A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Sérgio Antonio Fabris Editor, 1996, pp. 22-27. Também Araujo, ob cit., pp. 112-118. Na verdade é possível enfrentar a questão da colisão de princípios de duas diferentes maneiras. Na perspectiva interna, se considera que cada um deles tem limites imanentes, de forma que nunca invadem a esfera protegida por outro princípio a ele contraposto. Na externa, admite-se abertamente a possibilidade de conflito. Bem verdade que no final ambas teorias não produzem efeitos diversos, apenas a última deixa clara a possibilidade de tensão e, pois, a necessidade de controlar a sua solução, proporcionada pela máxima da proporcionalidade. (Molina, Pedro Manuel Herrera. *Capacidad Económica y Sistema Fiscal - Análisis del ordenamiento español a la luz del Derecho alemán*. Barcelona: Marcial Pons. 1998 p. 97).

retórica e o argumento <sup>223</sup>, por meio da ponderação de bens no caso concreto. Supera-se, assim, o método dedutivo (subsunção), pelo método valorativo.<sup>224</sup>

Estes aspectos contribuirão na parte seguinte para compreensão do fenômeno de acolhimento na seara privada dos postulados constitucionais.

---

<sup>223</sup> “Num estado de direito democrático e constitucional, é usual distinguir-se duas concepções fundamentais de ‘sistema jurídico’: o constitucionalismo e o legalismo. A primeira, no que concerne ao discurso jurídico aplicador, substitui a clássica subsunção, e a teoria do silogismo jurídico, por uma ponderação constitucionalmente orientada por valores e princípios jurídicos” (Cristina Queiroz, Teoria..., cit. p. 127).

<sup>224</sup> Idem, p. 189

## E. Descrição e sistematização do fenômeno

74. As relações entre Direito privado e constitucional, a partir do fim da I Grande Guerra, revelam mudança de suas tarefas e qualidades<sup>225</sup>. Primeiro havia incomunicabilidade<sup>226</sup>, agora há complementaridade e dependência.<sup>227</sup>

Assim, não só o Direito Privado -sem exceção de quaisquer das suas disposições legais- não pode entrar em choque com a constituição, como também a interpretação que dele se faz deve ser *conforme* a constituição. Pois se aquela seara jurídica determinava solitária a configuração das relações jurídicas *inter privatos*, agora há uma ordem que lhe está a cavaleiro, ainda que constituída de normas muito amplas e escassas.

A reforçar o fenômeno, até mesmo na mais típica esfera jurídica pública, representada pelo Direito Administrativo, a partir da segunda metade do século XX, começam os sinais daquilo que Georges Vedel denominou de “*reforço das bases constitucionais do Direito administrativo*”.<sup>228</sup>

---

<sup>225</sup> HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Civitas. 1995, p. 69.

<sup>226</sup> O exemplo francês é paradigmático. As leis constitucionais de 1875, por exemplo, se limitavam a definir o funcionamento dos poderes públicos, as relações entre os distintos órgãos do Estado, sem alusão às relações regidas pelo Direito privado. Durante este período, a Constituição é uma carta política que não incide em outros ramos do direito senão em situações excepcionais e marginais. Frente à instabilidade constitucional, o Código Civil se alçava como um “monumento de permanência”, como uma referência firme e imutável para todo o Direito comum (Frangi, M. in *Constitution e Droit Privé: les droits individuels e les droits économiques*, Paris: Economica. 1992, *apud* Ubillos, ob. cit. p. 238, nota 11).

<sup>227</sup> Não se olvide, todavia, do *feedback*: o direito privado outrossim desenvolve relações e âmbitos normatizados pelos direitos fundamentais. Não raro somente com a norma ordinária é que se viabiliza o exercício efetivo do direito fundamental (matrimônio, família, propriedade, herança, liberdade contratual e de associação etc).

<sup>228</sup> Couto e Silva, Almiro, Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. RDA 209 jul/set 1997, p. 60.

Favoreu, discordando sobre o marco cronológico da recepção francesa dessas teorias, explica que a constitucionalização do ordenamento somente teria se tornado objeto de estudo naquele país no início da década de 80, influenciada especialmente pela jurisprudência alemã, italiana e americana. Esclarece ainda que o estudo pioneiro de Georges Vedel intitulado “Bases constitucionais do Direito Administrativo”, publicado em 1954, está absolutamente dissociado da contemporânea constitucionalização do Direito. Esta última tem caráter unificador do ordenamento, enquanto que o célebre *Doyen*, em seu artigo, pretendia, com fundamento no texto constitucional, fundamentar a especificidade do regime administrativo, isto é, sustentar a dicotomia Direito Público/Privado, tese hoje superada –em face justamente da eficácia normativa da constituição (Louis Favoreu. *La constitutionnalisation du Droit*. in *La Constitutionnalisation des branches du Droit*, org. por Bertrand Mathieu e Michel Verpeaux. Paris: Economica. p. 181-2).



O apelo à constituição, como fonte de tópicos argumentativos, demonstra uma superação do jusnaturalismo renascido no pós-nazismo. Para os sectários daquela escola haveria valores jurídicos extra ou supra ordenamento. A árdua tarefa de sustentação dessas correntes acabaram suplantadas, por aqueles que defendiam a inserção de uma axiologia *dentro* do sistema, na constituição principalmente. Os valores, positivados nos princípios, revigoraram-se de forma inaudita, notadamente na configuração da coerência e da consistência do sistema.<sup>229</sup>

75. Gize-se, entretanto, que a constituição não altera fundamentalmente o *status quo* jurídico, pois a relação dialética entre princípio de liberdade e justiça social constituía já o fundamento do direito privado no Estado Social, de forma que não se deve buscar nos direitos fundamentais os únicos alicerces éticos do ordenamento jurídico.<sup>230</sup> No mesmo sentido a opinião de Canaris, quando assenta que as grandes questões da *Drittwirkung* enfrentadas na Corte Constitucional alemã poderiam se resolver sem apelo aos direitos fundamentais, mas tão apenas com os mecanismos jusprivatísticos próprios.<sup>231</sup>

A verdade é que por imposição da carga socializante do ente estatal (eis o porquê de Estado *Social*), ainda que as Constituições analíticas de hoje não se caracterizassem por seu conteúdo igualizador, ainda assim o Direito teria, talvez com maiores dificuldade por falta de base legal (ou melhor, *constitucional*) para essa interpretação progressista, evoluído no

---

<sup>229</sup> Couto e Silva, ob. cit., p. 61

<sup>230</sup> Raiser, ob. cit., p. 179 e 182. O esboço de Cláudia Lima Marques sobre o fenômeno, do prisma do Direito Privado, merece transcrição: “A todas estas tendências atuais, Canaris denominou de ‘tendências de materialização do direito das obrigações contratuais’ (Tendenz zu einer Materialisierung des Schuldvertragsrechts’. Esta ‘materialização’ de Canaris teria duas vertentes: a materialização da liberdade contratual (*Vertragsfreiheit*), onde a determinação do conteúdo contratual não seria mais subjetiva, mas objetiva ou materializada pelas exigências da lei, dos princípios e da boa-fé e a materialização do equilíbrio ou justiça contratual (*Vertragsgerechtigkeit*), evoluindo-se para uma intervenção no conteúdo das obrigações a procura da função social dos contratos. Trata-se, pois, como defendemos, de uma nova teoria contratual, positivada no Código de Defesa do Consumidor e, agora, no novo Código Civil brasileiro de 2002” (Prefácio, in Costa, Geraldo de Faria Martins da. Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002).

<sup>231</sup> Grundrechte und Privatrecht. Eine Zwischenbilanz. Berlin-New York. Walter de Gruyter, 1999, p. 50.

sentido da *socialidade*. O fato de os princípios estarem alçados a nível constitucional propicia, reconheça-se, uma atenuação da carga individualista ainda marcante no direito civil.

A seguir, sistematizam-se as formas da matização constitucional do direito privado.

## E.1. Regras jusprivatistas na Constituição

76. Principiando pela modalidade que menos dificuldades teóricas apresenta, pode-se apontar a inserção de *normas-regras* (segundo a já exposta nomenclatura de Dworkin-Alexy) de direito civil no corpo constitucional. O que soaria uma excrescência no Estado Liberal, comprova nos dias de hoje a superação da visão dicotômica no Direito (Direito público/Constituição *versus* Direito privado/Código Civil)<sup>232</sup>.

Exemplo claro são as regras atinentes à família, casamento, adoção, divórcio presentes no artigo 226 da Carta de 1988. Modelar para a categoria ora proposta é o § 6º do citado dispositivo, quando fixa condições temporais para a ação de divórcio<sup>233</sup>. Como lembra Mota Pinto, no mais das vezes o legislador ordinário repisa essas normas constitucionais na lei<sup>234</sup>, o que, ressalte-se, é mera redundância, em face da eficácia normativa da constituição.

---

<sup>232</sup> *Rectius*: mesmo nas Constituições liberais a tal dicotomia *não era tão dicotômica*. A Constituição revolucionária francesa de 1791 era expressa no reconhecimento do casamento como contrato civil, marcando a laicização do Estado. Não tratava, portanto, tão somente de organização do Estado, mas imiscuía-se em matéria tipicamente de direito privado. Somente a sua *excepcionalidade* é que permite sustentar o modelo dicotômico de então.

<sup>233</sup> “O casamento civil pode dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.”

<sup>234</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota. Teoria Geral do Direito Civil. 4ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 74.

## E.2. Garantias dos institutos

76. A normatização de institutos de Direito civil na Constituição conferem-lhes imunidade contra o legislador ordinário e, eventualmente –caso constituam outrossim direitos fundamentais-, mesmo contra o poder de reforma constitucional. O constitucionalismo alemão denomina essas normas constitucionais de *garantias de institutos (Rechtstitusgarantien)*, para diferenciá-los das *garantias institucionais (Institutionelle Garantien)*, estas sempre referidas a instituições de Direito público (garantias do funcionalismo público e da magistratura, e.g.).<sup>235</sup> Dirigem-se essencialmente ao legislador, vedando-lhe a eliminação ou modificação substancial de institutos do Direito Privado.<sup>236</sup> Exemplificativamente, pode-se elencar a garantias dos institutos da propriedade, da família e do casamento.

---

<sup>235</sup> Bonavides, ob. cit., p. 566.

<sup>236</sup> Alexy, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Editora Suhrkamp, 3a ed. 1996, p. 221.

### E.3. PROGRAMA LEGISLATIVO

77. As normas de caráter progressista contidas na Constituição funcionam como programa e meta para o legislador. A diferenciá-la da “*interpretação orientada pela Constituição*” (vide infra), dois critérios assomam: o do destinatário de uma e outra forma de *constitucionalização*, e o cronológico: as normas constitucionais amplas e abertas melhor assimilam as mudanças sociais, proporcionando ao *Judiciário* uma adaptação aos novos valores sociais mais *rápida* na “*interpretação orientada pela Constituição*”; o *Legislador* do direito privado, por sua vez, leva uma *maturação prolongada* para alterar as leis frente às mesmas novidades.<sup>237</sup>

Note-se que o projeto do código civil hoje vigente tolheu em parte essa eficácia programática da Constituição de 1988, pois incorporava aquele, desde o início, profunda quebra no paradigma jusliberal, como aliás deixou assente Miguel Reale:

*“A bem ver, porém, a nova Carta Magna [...] não fez senão confirmar o “sentido social” que presidiu a feitura do Projeto, pouco ou nada havendo modificar. Foi apenas no campo do Direito de família que sobrevieram mudanças essenciais [...]”*<sup>238</sup>

É realmente de se notar a antecipação dos elaboradores do projeto às concepções que seriam albergadas na CF/88. Mas confirmando a lição de Bandeira de Mello transcrita supra<sup>239</sup>, a Constituição e seu vínculo meramente programático com o Estado social chegaram *antes* do Código, ainda que este tivesse seus primeiros movimentos lá nos idos de 1969 (!). Como ensinava aquele ilustre administrativista, é mais fácil aprovar normas constitucionais

---

<sup>237</sup> Na lição de Maria Amália de Moraes, “... *pode-se compreender a importância de a Constituição fixar as diretivas quanto a certos institutos de direitos civil, porquanto o preceito assim constitucionalizado torna-se pauta obrigatória a ser observado pelo legislador ordinário e ponto de partida no entendimento e aplicação das normas pertinentes*” (“A Constituição e o Direito Civil”, Revista da Procuradoria Geral do Estado do RS, 20 (48), 1993.) Também nesse sentido a contribuição de Konrad Hesse (Derecho Constitucional y Derecho Privado. Madrid: Civitas, 1995. p. 34).

<sup>238</sup> O projeto do novo código civil, 2ª ed., 1999, p. 2.

<sup>239</sup> Cf. item 72.

genéricas, de mero compromisso, que um Código em muitos aspectos inovadores e com forte carga socializante.

#### E.4. A INTERPRETAÇÃO ORIENTADA PELA CONSTITUIÇÃO<sup>240</sup>

77. Segundo essa moderna técnica hermenêutica, deve o intérprete inclinar-se pela interpretação que melhor otimize os princípios (princípio como *mandamento de otimização* - Alexy) constitucionais. Os preceitos da constituição deixam de ser tão somente *normas de exame* da constitucionalidade de atos infraconstitucionais –eficácia tradicional da Constituição não apenas sobre o Direito Privado, mas sobre todo o direito infraconstitucional<sup>241</sup>-, assumindo também os contornos de *normas materiais*, a fim de também lhes conferir conteúdo.<sup>242</sup>

O pano de fundo dessa modalidade interpretativa é a máxima da unidade da ordem jurídica, aliado à da constitucionalidade (supremacia da Constituição), que confere à Carta de direitos papel prioritário no plano normativo. Segundo o publicista espanhol Eduardo Garcia de Enterría,

*“La supremacia de la constitución sobre todas las normas y su carácter central en la construcción y en la validez del ordenamiento en su conjunto, obligan a interpretar éste en cualquier momento de su aplicación [ ...] en el sentido que resulta de los principios y reglas constitucionales, tanto los generales como los específicos referentes a la materia de que trate”.*<sup>243</sup>

---

<sup>240</sup> Esta não se confunde com a interpretação conforme a Constituição das leis (*verfassungskonforme Auslegung*), que tem seu campo de aplicação quando do questionamento da constitucionalidade de determinado ato normativo: não se deve decretar a nulidade de uma lei se é possível interpretá-la de maneira concorde com a constituição (Heck, Luís Afonso. O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã, in Revista de Informação legislativa, a. 31, n° 124, out/dez 1994, p. 132).

A diferenciação também aparece em Marinoni, que ao invés de “interpretação orientada” (Heck), usa a locução “*interpretação de acordo*” com a constituição:

“[...] é necessário compreender que o sistema processual deve ser interpretado de acordo com a constituição, especialmente de acordo com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Quando se pensa nisso, geralmente confunde-se interpretação de acordo com a Constituição, com a declaração parcial de nulidade sem redução de texto e com a interpretação conforme a constituição [...]

As duas últimas são instrumentos de controle da constitucionalidade das leis e atos normativos, ao passo que a primeira representa apenas método de interpretação da lei.” (ob. cit., p. 229-230).

<sup>241</sup> “O legislador deve emitir normas de direito civil não contrárias à Constituição. O juiz e os órgãos administrativos não devem aplicar normas inconstitucionais” (PINTO, Carlos Alberto da Mota. Teoria Geral do Direito Civil. 4ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 73). Sublinhe-se que mesmo a doutrina constitucional mais antiga, que reconhecia o caráter meramente programático de determinadas normas constitucionais, reconhecia-lhes ao menos eficácia derogatória, em relação à legislação anterior incompatível, bem como eficácia invalidatória de leis que viessem a ser aprovadas e em desacordo com seu *programa*.

<sup>242</sup> Hesse, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Tradução (da 20ª edição alemã) de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1998, p. 71.

<sup>243</sup> Enterría, Eduardo Garcia de. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Madrid: Civitas, 3ª edição, 2ª reimpressão, p. 95. Retenha-se também a lição de P. Perlingieri: “A constituição incide

A lição do já clássico Recaséns Siches, ainda que não específica sobre interpretação constitucional, esclarece que os valores postos no diploma constitucional inspiram objetivamente a interpretação judicial:

*“Na função judicial se produzem valorações ou estimativas(...) Isso não quer dizer significar que tais valorações ou estimativas sejam a projeção do critério axiológico pessoal do juiz, de seu juízo valorativo individual. Pelo contrário, as mais das vezes, sucede, e assim deve ser, que o juiz emprega, como critérios valoradores, precisamente as pautas axiológicas consagradas na ordem jurídica positiva (...).”<sup>244</sup>*

Complementando a lição do jusfilósofo mexicano, José Afonso da Silva, fazendo referência à Lei de Introdução ao Código Civil, em seu art. 5º (*“Na aplicação da lei o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”*), conclui:

*“Ora, as normas constitucionais de princípio programático têm por objeto precisamente configurar os fins sociais a que se dirigem o Estado e a sociedade, consoante exigências do bem comum; se assim é, toda lei ou norma (inclusive as constitucionais) integrante da ordem jurídica nacional há que conformar-se à pauta de valor indicada, ao menos tendencialmente, pelas normas programáticas da constituição.”<sup>245</sup>*

Outra maneira de explicar o mesmo processo é fornecida por Claus-Wilhelm Canaris. Assenta o jurista tedesco que as modificações no ordenamento independem de intervenção direta do legislador em um campo determinado do Direito, vez que *“modificações do sistema podem antes resultar de actos legislativos que respeitem, primeiramente, a domínios jurídicos inteiramente diferentes”*, o que se verifica, continua o jurista, pela incidência dos postulados da unidade valorativa e do pensamento sistemático. Apresenta como exemplo desse mecanismo justamente a doutrina da eficácia contra particulares dos direitos fundamentais,

---

*profundamente sobre todas as instituições de direito privado, atua como força solvente de velhos esquemas e velhos conceitos. É pois preciso voltar a pensar integralmente o Direito Civil, à luz dos princípios constitucionais”*. (Traduzi). (*Por un derecho constitucional español, apud* Ubillos, ob. cit. p. 260, nota 59).

<sup>244</sup> Nueva filosofía de la interpretación del Derecho, *apud* Silva, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Malheiros Editores, 3ª ed. p. 157

<sup>245</sup> Ob. cit. p. 158.

Pontes de Miranda já esgrimia essa tese ao sustentar que *“Nenhuma lei brasileira pode ser interpretada ou executada em contradição com os enunciados da Declaração de Direitos, nem em contradição com quaisquer outros artigos da Constituição de 1946”* (Comentários à Constituição de 1946. Rio de Janeiro: Henrique Cahen Editor, 1947. V. III, p. 149).



visualizada adiante, que segundo suas palavras “*modificou essencialmente o nosso sistema do Direito privado*”.<sup>246</sup>

---

<sup>246</sup> Pensamento Sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito. Introdução e tradução de Antônio Menezes Cordeiro. Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª ed. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª ed, pp. 114 e 115.

## E.5. A EFICÁCIA CONTRA TERCEIROS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS (*DIE DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE*)

78. Já se disse que essa construção constituiria uma das descobertas jurídicas mais interessantes efetuadas na Alemanha dos últimos tempos, constituindo por essa mesma razão um valioso produto de exportação da ciência jurídica tedesca.<sup>247</sup>

A intensa discussão que provoca, e não raro anátemas que vê sobre si, credenciam a *Drittwirkung* a um tratamento individualizado. Mas como se verá, ela em boa medida é reconduzível àquela modalidade hermenêutica *orientada pela Constituição*,<sup>248</sup> com, é verdade, uma qualificadora de caráter histórico que tanto dificulta sua aceitação; ademais a *Drittwirkung*, ainda que em grande medida se realize por meio da *interpretatio secundum constitutionem*, se manifesta outrossim –e excepcionalmente- de outras formas.

79. Já definido o conceito de direito fundamental<sup>249</sup>, resta o porquê de se falar em sua eficácia *contra terceiros*. A explicação reside em fundo histórico, aludido na primeira parte do estudo. Pois classicamente os direitos fundamentais representavam garantias contra o Estado, impedindo sua intervenção nos âmbitos de liberdade privados (direitos de liberdade de primeira geração), ou mais tarde, direitos a determinadas prestações do Estado (2ª geração). Isto é, representavam direitos subjetivos públicos (oponíveis ao Estado)<sup>250</sup>. Hoje, em contraposição, importa para a compreensão da eficácia de tais direitos a idéia de sua *inviolabilidade*: intangíveis por ação estatal, conforme o enforque liberal original, ou, agora,

---

<sup>247</sup> von Münch, Ingo. Asociaciones, derechos fundamentales y autonomia privada, *apud* Ubillos, p. 268 nota 81.

<sup>248</sup> Ubillos afirma não antever descrímen entre a *Drittwirkung* e o efeito “que puede predicarse de todos y de cada uno de los enunciados constitucionales, com arreglo al principio de la interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento” (ob. cit., pag. 322).

<sup>249</sup> Cf. itens 14-18, *supra*.

<sup>250</sup> Pontes de Miranda, fiel a essa concepção tradicional, recorre à bela enunciação de R. Thoma (Festgabe, 187), para quem os direitos fundamentais representariam “*estações no eterno processo the man versus the State, em ondas que vão e vêm*” (Comentários à Constituição de 1946. Rio de Janeiro: Henrique Cahen Editor, 1947. 3 v. v. 3, p. 149).

de acordo com a doutrina da *Drittwirkung*, por *ato privado*.<sup>251</sup> Converteram-se, assim, para se utilizar de conceito da teoria geral do Direito Privado, em direitos absolutos, oponíveis *erga omnes*, tal qual a propriedade.<sup>252</sup>

Portanto, ao se cogitar da incidência de tais normas constitucionais em relações privadas, está-se, de certa forma, pervertendo essa construção originária, de oponibilidade exclusiva contra o poder público. É portanto para marcar este descrímen que a doutrina faz uso do adjetivo *contra terceiros*<sup>253</sup>.

80. E cabe, neste ensejo, uma advertência. Poder-se-ia afirmar que a *Drittwirkung* carece de maior importância em nosso sistema constitucional, uma vez que o § 1º do art. 5º da CF/88- prevendo a aplicabilidade imediata das regras constantes naquele dispositivo- seria uma espada a cortar o nó górdio da eficácia multidirecional dos *jura* fundamentais. Sendo eles aplicáveis imediatamente, todos estariam sujeitos a seus efeitos...

---

<sup>251</sup> A homogeneização da tutela das liberdades públicas não elidiria, sem embargo, o *diverso caráter* da oponibilidade dos direitos fundamentais contra o Estado, ou contra os sujeitos privados. Pois nesta última hipótese está-se frente a uma lide que tem como pólos dois titulares de direitos fundamentais (v.g., o contratante forte, titular do seu liberdade fundamental de empresa e iniciativa, e o contratante subjogado, titular de miríade possível de direitos fundamentais: intimidade, dignidade, igualdade etc). Já o ente estatal não é titular dessa modalidade de direitos, mas somente o indivíduo (seja pessoa natural ou jurídica). Daí que num conflito de interesses entre o Estado e o particular somente em um pólo da relação haveria um titular dos direitos constitucionais. (Mendes, Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas – análise da jurisprudência da Corte Constitucional alemã, cit., p. 127).

Mas a demonstrar o pouco consenso que grassa na matéria (aliás, característica recorrente sobre a temática da constitucionalização do direito privado), o contraponto da tese acima é aquela que visualiza um conflito de direitos fundamentais mesmo na eficácia dos direitos fundamentais contra o Estado. Pois a intervenção deste nos direitos individuais dar-se-ia sempre tendo como pano de fundo a defesa dos direitos dos demais integrantes da sociedade. Haveria também, portanto, um conflito mediato de direitos fundamentais (Ubillos, ob. cit., p. 275, nota 99). E de toda forma, ainda que o Estado não seja titular de direitos fundamentais, sempre que ele neles intervém se pressupõe, como justificativa, um outro princípio constitucional contraposto, de forma que, ao fim e ao cabo, a necessidade de exigentes ponderações sempre se impõe.

<sup>252</sup> Ubillos, ob. cit., p. 284, nota 122.

<sup>253</sup> Outras nomenclaturas afastam-se da tradução literal da expressão original alemã, com o que veiculam mais imediatamente o conteúdo do conceito: eficácia contra particulares, eficácia *inter privados*, eficácia nas relações privadas. Fala-se, ainda, em eficácia *multidirecional* e *bifrontal*, ou mesmo nas obscuras *eficácia externa* ou ainda e até *terciária*. Canotilho alude, por fim, a uma “vigência horizontal”, “aplicação horizontal” e à “privatização dos direitos fundamentais” (“*Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno*”, in Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho. 1ª ed. Malheiros Editores. SP. 2003. p. 110). Pertinentes considerações sobre essas denominações em Steinmetz, Wilson, “Vinculação dos particulares a direitos fundamentais”, pp. 53-60. Por fim, no âmbito anglo-saxão, utiliza-se outrossim “*horizontality*” para denominar o fenômeno (Virgílio Afonso da Silva. A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Editora Malheiros, 2005, p. 125, nota 66, com alusão a diversos artigos em língua inglesa).

Como se vem tentando demonstrar, a problemática não tem, nem de longe, correlação com a questão da aplicabilidade de normas constitucionais. Antes, diz respeito ao âmbito de aplicação daquelas, seus *sujeitos passivos*. Daí a importância, idem entre nós, do estudo e discussão do tema.<sup>254</sup>

Tanto como as Constituições alemã e espanhola, a nossa Carta de Direitos de 1988 não traz qualquer indicação clara sobre a possibilidade de extensão da eficácia historicamente aceita de boa parte dos direitos fundamentais nela consagrados (outros, de outro lado, como os direitos fundamentais sociais trabalhistas, são essencialmente oponíveis contra particulares). A questão somente se resolve com a noção de direitos fundamentais como princípios, e assim sem um campo de incidência pré-definido. Não incidiriam, sob essa perspectiva, somente nas relações verticais com o Estado, mas também nas “horizontais”, privadas. Vale repisar, uma vez mais, o caráter de *mandado de otimização* dos princípios (os direitos fundamentais, ressalte-se, justamente incorporam essa natureza principiológica), a exigirem sempre uma efetividade tão grande quanto permitido pelas circunstâncias jurídicas e fáticas.<sup>255</sup>

A depor favoravelmente à aludida eficácia, lembra Ubillos que direitos fundamentais há que são de atendimento necessariamente imediato no campo da relações privadas: é a hipótese do *direito de repouso*, que “*quedaría vacío de contenido prácticamente si no vinculara a los empleadores privados*”<sup>256</sup>. O mesmo vale para o direito à honra e à intimidade.

---

<sup>254</sup> Também assim opina Virgílio Afonso da Silva. A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Editora Malheiros, 2005, p. 57-8.

<sup>255</sup> Originalmente, a *Drittwirkung* não decorreu da concepção dos direitos fundamentais como princípios, que surgiu posterior à Sentença Lüth. Nesse julgamento, a eficácia contra particulares foi fundamentada no caráter objetivo dos direitos fundamentais, i.e., teoria que lhes atribuía, ao lado da natureza de direito subjetivo, também a de valores objetivos da ordem jurídica, e como tais aptos a inspirar a interpretação de quaisquer outras searas do ordenamento, potencialidade esta que recebeu o nome de “efeito de irradiação” (*Strahlungswirkung*). Sobre o caráter objetivo dos direitos fundamentais, cf. itens 33-36, supra.

<sup>256</sup> Ob. cit., p. 356. Consigne-se, no outro extremo, que também existem direitos fundamentais que indubitavelmente não se credenciam à *Drittwirkung*, especialmente aqueles correspondentes ao *status activus jellinekiano*, isto é, direito de voto, de propor ação popular, de se tornar agente público. O que não é razão para recusar a criação de Daniel Sarmento, sobre a possibilidade de se aplicar direitos constitucionais à democracia,

De que valeriam, realmente, tais garantias de não desprendessem eficácia, v.g, também contra empresas de mídia?<sup>257</sup>

Canotilho, partidário da eficácia nas relações privadas, baseia sua posição em argumento irrefutável. Não se pode aceitar, ensina o constitucionalista português, uma “ética dupla” a orientar o tema: por um lado proibir-se-ia o Estado de numa licitação ferir a isonomia (vedando a participação de mulheres, v.g.), enquanto que o empregador privado poderia optar livremente pela origem, raça, sexo e cor de seus empregados.<sup>258</sup>

81. Não bastasse esse ponto de relevância, outro merece ainda maior cura. A demonstrá-lo, a existência de uma desenvolvida dogmática portuguesa sobre a *Drittwirkung*. Explica-se: a Constituição daquele país prevê *expressamente*, no seu art. 18.1, que os preceitos direitos fundamentais são diretamente aplicáveis e vinculam entidades públicas e *privadas*. Ora, se por lá a *Lex Legum* é expressa no sentido de elidir toda a discussão sobre a bifrontalidade dos direitos fundamentais (pois expressa a regra constitucional no sentido da sua oponibilidade aos particulares), porque o jurista português ainda assim se demora sobre o tema? Isso comprova que aquilo que até então se discutiu é apenas uma fatia, menos saborosa, da *eficácia contra terceiros*.<sup>259</sup>

---

com a prudência sugerida pelo autor, também em relações associativas ou societárias privadas (Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004).

<sup>257</sup> Justamente essa a opção –deveras criticável– chancelada pela Corte Constitucional italiana, em 1970, quando considerou a liberdade de expressão *instituto típico de direito público*, portanto não oponível contra particulares (Ubillos, ob cit. p. 333). A doutrina produzida na América do Norte também é fortemente inclinada a conceber a Constituição como um instrumento de defesa do indivíduo tão somente contra o Estado (a Suprema Corte americana já admitiu a *Drittwirkung*, sob a denominação “*state action*”). Digno de nota, nessa toada, que também a Carta Canadense de Direitos e liberdades de 1982, nada obstante sua novidade, se dissociou da *Drittwirkung*, vez que dirige suas garantias expressamente contra atos governamentais (Garant, P. in *Le Charte Constitutionnelle canadienne a dix ans, Revue Française de Droit Constitutionnelle*, nº 15, 1993, p. 639 e segs., *apud* Ubillos, ob.cit., p. 278, nota 105).

<sup>258</sup> *Apud* Ubillos, que conclui: “*Para ser coerente e eficaz, el sistema de garantías debe operar frente al poder, sin adjetivos* (ob. cit, p. 250).

<sup>259</sup> De fato, ao que parece resolvida, a questão da admissibilidade da *eficácia externa*, de forma alguma encerra o labor do estudioso. Se a temática até então já oferecia um enorme poder de sedução, o passo seguinte, sobre a *forma de atuação* do espectro eficaz dos direitos fundamentais, é ainda mais magnética. Nesse sentido, Jiménez Campos:

“*La pregunta no es, por tanto, si la eficacia entre particulares de estos derechos puede quedar condicionada al mediación legal, posibilidad que há de afirmarse, como digo, incluso para las relaciones jurídico-públicas. La pregunta es, más bien, si así tiene que ser, esto es, si sólo corresponde al legislador la*

Nesse diapasão, o respeitado constitucionalista luso Vieira de Andrade afirma que se já está resolvida a questão da aplicabilidade ou não dessa modalidade de normas nas relações jurídicas *inter privatos*, longe de solução pacífica resta *a forma* desse fenômeno de incidência.<sup>260</sup>

Essa, portanto, a verdadeira e persistente (e admita-se, longe de ser solucionada) dúvida: por que meios se abrem os pontos de contato entre Constituição/direitos fundamentais e o Direito civil?<sup>261</sup> Pergunta que não se faz exclusivamente para os efeitos contra terceiros, mas com validade também para a *interpretação orientada pela Constituição*. As propostas doutrinárias serão apresentadas adiante.

---

*introducción de los derechos fundamentales en el orden jurídico-privado o si también puede hacerlo, a partir de la sola Constitución, el órgano judicial* (Javier Jiménez Campo- prólogo ao livro de Ubillos, p. 20).

A mesma perplexidade é demonstrada por Lopez y Lopez, pois a admissão da invasão dos preceitos jusfundamentais no campo privastístico-civil é feita “*sin determinar hasta dónde los mandatos constitucionales vinculan a los particulares en sus relaciones de Derecho privado*” (LOPEZ, Angel M. Lopez y Estado. Social y Sujeto privado: una reflexión finisecular, in Quaderni Fiorentini 25 (1996) p. 443). Confira-se, também, Facchini Neto, ob. cit., p. 48.

<sup>260</sup> *Apud* Ubillos, ob. cit. p. 332. A *Drittwirkung*, consigne-se, não foi consagrada na Convenção Européia de Direito Humanos, nada obstante receber pleno acatamento na jurisprudência sob aquela convenção (Caçado Trindade, Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, vol. 1, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, pp. 300-302).

<sup>261</sup> Conforme expõe o civilista alemão Ludwig Raiser, a constituição deseja instaurar uma democracia vinculada aos seus valores, apesar de não estabelecer como se refletirão na sociedade nem sua relação com o ordenamento do direito privado. (“*La Costituzione vuole instaurare una democrazia vincolata a quei valori, ma no stabilisce come essi si riflettano nella società e quale sai il loro rapporto com l’ordinamento del diritto privato.*”) (*La Costituzione e il Diritto privato*, artigo integrante da coletânea “*Il Compito del diritto privato*”, p. 176). No mesmo sentido Sarlet, Ingo (Direitos Fundametnais e Direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Libreria do Advogado, 2000, p. 116).

## **E.5.1. A DRITTWIRKUNG INDIRETA (*MITTELBARE DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE*)**

### **E.5.1.1. MEDIAÇÃO PELO LEGISLADOR**

82. Segundo os partidários dessa particular concepção da *Drittwirkung*, a efetivação da proteção dos direitos fundamentais dar-se-ia exclusivamente por meio do parlamento. O legislador, portanto, é quem deveria encontrar um ponto ideal entre a proteção dos direitos fundamentais e a manutenção da autonomia privada.

A objeção oposta a essa corrente é que em se exigindo a *interpositio legislatoris* estar-se-ia desfigurando a própria fundamentalidade e supremacia da norma constitucional.<sup>262</sup> O que a define, pois, é a sua própria indisponibilidade pelo legislador ordinário. A lei que dá contornos mais definidos à norma constitucional não seria, portanto, constitutiva, mas tão somente declaratória.<sup>263</sup> Sufragando esse ataque, ensina o constitucionalista germânico Böckenförde “*não poder depender [a Drittwirkung] de uma configuração infraconstitucional suficiente do ordenamento jurídico*”.<sup>264</sup>

A tese realmente soa descabida entre nós, tendo em vista a já referida eficácia imediata das normas jusfundamentais de nossa Constituição (art. 5º, par. 1º, da CF/88). Os que a defendem aparentam não ter superado o ranço historicista que se denunciou sobre esta problemática, que vincula direitos fundamentais à sua então tarefa no Estado Liberal, de

---

<sup>262</sup> A interpretação que o STF conferiu ao mandado de injunção vai justamente de encontro à supremacia das normas constitucionais, vez que atribuiu ao novel *writ* constitucional tão apenas a eficácia de notificação ao poder legislativo acerca de sua mora em normatizar norma constitucional não auto-aplicável (MI 107-DF, j. 23/11/89).

<sup>263</sup> Ubillos, ob. cit. p. 297

<sup>264</sup> idem, p. 299.

defesa contra interferências estatais. A oponibilidade imediata valeria apenas contra o Estado, impondo-se a *interpositio* para estender a eficácia para a órbita *inter privatos*.<sup>265</sup>

Somente seria de se admitir essa variação da *Drittwirkung* excepcionalmente, em hipóteses em que a própria norma constitucional exija, expressamente, sua concreção mediante lei. Mas aí é o próprio constituinte que impõe a inaplicabilidade da norma, o que importa em sua desfiguração como norma-princípio, ao menos até a edição de lei que complemente seu sentido<sup>266</sup>. Ou então quando a norma constitucional, mais que mera vagueza em seus termos (o que é próprio das normas princípios), revelar verdadeira insuficiência em seu conteúdo normativo, impondo complementação infraconstitucional, mesmo sem expressa reserva de lei, do que seria exemplo o direito fundamental social ao salário família, ao seguro desemprego e ao FGTS (art. 7º, XII, II, III, respectivamente).<sup>267</sup>

83. Entretanto, esgrime-se outra defesa da epigrafada *eficácia indireta por meio de lei*, agora extremamente plausível, merecendo dessarte uma análise mais demorada. Não se pode, afinal, negar que a perspectiva dos direitos fundamentais como princípios legítima, em linha de princípio, um controle irrestrito dos tribunais sobre os espaços de liberdade dos indivíduos, o que pode vir a desvirtuar o que é a característica fundamental do direito privado: os direitos fundamentais deixariam de servir à vontade e ao desenvolvimento da personalidade do titular, para tornarem-se meramente funções, ou finalidades<sup>268</sup>. É como se se transportasse para o campo da autonomia privada o que lhe é completamente estranho e antitético: a concepção de

---

<sup>265</sup> Opinião defendida entre nós por Carlos Alberto Bittar, entendendo que as normas materiais “*têm vigência imediata, independentemente de declaração formal do legislador constituinte*”, enquanto “*as demais em que se encartam as relações privadas- somente produzem efeito em sua plenitude com a adaptação da legislação correspondente*” (A Constituição de 1988 e sua interpretação”, RT 635/33, set/88, *apud* Silva, José Afonso da. Ob. cit., p. 138, nota 38).

<sup>266</sup> “*De fato a existência de uma reserva de mediação legislativa com escopo complementar tem, no campo das proposições de direitos fundamentais, uma conseqüência expressiva. É que, ao reclamar complementação por norma legal, o texto constitucional se confessa a si mesmo incompleto para, autonomamente, servir debvase à regulação do vínculo intersubjetivo ao qual se refere*” (Martins Neto, ob. cit., p. 133). Remete ao autor, como exemplo, à proteção contra impenhorabilidade da pequena propriedade rural, prevista no art. 5º, XXVI, submetida que fica à definição, em lei, do que venha a ser essa pequena propriedade.

<sup>267</sup> Idem, pp. 128 e 134.

<sup>268</sup> Conferir, *supra*, as considerações acerca da “proteção contra si próprio”, itens 44-46.



relação de administração, orientada pela finalidade (*exterior ao sujeito*)<sup>269</sup>, não pela vontade do titular do direito.

84. Somado a isso, ou melhor, corolário inafastável: a prerrogativa de valoração (*Einschätzungsprerogative*) sobre a concreção dos princípios fundamentais e de todas as demais normas constitucionais, que caberia ao legislador, por ser detentor do mandato democrático, transfere-se ao judiciário (daí resultar o temor de um *Justizstaat*, *Estado-Judiciário*). Daí, pois, se considerar que a valoração discricionária dos direitos fundamentais pelo juiz acarreta, potencialmente, o risco de degeneração em “*decisionismo arbitrário*”, pondo a segurança jurídica em nível baixíssimo.<sup>270</sup>

Ingo von Münch, em bela metáfora, revela a presente situação da Alemanha, no que parece dar razão aos sectários desse linha de entendimento acerca da *Drittwirkung*:

“Una vez desmoronado el dique que... separaba el Derecho constitucional del Derecho privado, los derechos fundamentales se precipitaron como una cascada en el mar del Derecho privado. Mientras el número de sentencias sobre esta materia del Tribunal Constitucional y de los tribunales superiores... todavía es, hasta cierto punto, manejable, la jurisprudencia de los tribunales inferiores... ha devenido inabarcable... En no pocas ocasiones, incluso en litigios sobre nimiedades, se recurre a la

---

<sup>269</sup> O desenvolvimento do conceito de *relação de administração* se deve fundamentalmente a Ruy Cirne Lima, no seu *Princípios de Direito Administrativo* (3ª ed., 1954). Ensinava o mestre que “*administração é atividade de quem não é dono*”. Assim, continuava o genial jurista, o administrador age sob o influxo de uma finalidade cogente, finalidade definida pelo “dono”, o povo, representado pelo parlamento. E como mero representante que é, o agente público no desempenho das suas tarefas não pode ser incurioso, pessoal, egoísta.

Por outro lado, estes mesmos defeitos, se característicos do proprietário, somente podem sofrer censura sob o prisma moral, mostrando-se indiferentes ao Direito: como *dominus*, posso favorecer quem eu quiser, posso destruir meu bem, posso deixá-lo arruinar-se. Justamente essa liberdade que se põe a perigo, se a *Drittwirkung* não for manejada com o devido cuidado e parcimônia, descambando para uma “*esdrúxula, mas também bastante clara figura: a nova teoria dos Direitos Fundamentais, que de boa fé pretende realizar de forma absoluta valores individuais em todas as relações jurídicas, [que] torna-se ao mesmo tempo, e inconscientemente, o novo metrônomo de uma unívoca tendência à estatização (socialização) do Direito privado*”, conforme repreensão de Stefan Oeter (p. 531). Horst Ehmke, em trilha por igual cautelosa, advertia que a “*drittwirkung indireta correria o risco, ao transformar direitos fundamentais em deveres dos particulares, de abolir a autonomia privada, e de inserir falsos parâmetros no Direito privado, e reflexamente de introduzir também no Direito constitucional tantas outras balizas equivocadas.*” (*apud* Oeter, ob. cit. p. 534).

Cf. supra, item 52, concepção de Duguit sobre a inexistência de direitos subjetivos, a que poderia também conduzir um manejo desmesurado da *Drittwirkung*.

<sup>270</sup> Ubillos, ob. cit., p. 315. Paulo Mota Pinto remete à opinião de Larenz/Canaris, os quais salientariam “*a necessidade de superação de uma “hipertrofia do “ponderar”, casuístico e quase totalmente livre, em que a remissão para a ponderação de bens no caso concreto, com definição apenas de critérios gerais, constitui “fórmula vazia”, utilizada para legitimar soluções de equidade*” (ob. cit., p. 74, nota 47).

*artillería pesada de los derechos fundamentales. En este sentido, puede hablarse de un uso inflacionista de tales derechos.*<sup>271</sup>

85. Jiménez Campo, a seu turno, defensor da eficácia mediata, esgrime outro pertinente argumento em seu prol, segundo o qual não apenas a *Drittwirkung* exigiria mediação legislativa. É que mesmo em sua eficácia clássica, de defesa contra o Estado, os direitos constitucionais não são sempre imediatamente aplicáveis, “*se por tanto se entende uma ilusória suficiência do enunciado declarativo do direito para alcançar eficácia plena, à margem, portanto, da intervenção delimitadora do legislador*”. Eles, os direitos de liberdade, ficariam também condicionados à definição do “*agere licere*” em lei<sup>272</sup>. Assim, se sequer se vislumbra aplicabilidade imediata nos *jura* fundamentais clássicos, tampouco seria de cogitá-la em relação à *eficácia contra particulares*.

---

<sup>271</sup> von Münch, Ingo. Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada. *Apud* Ubillos, ob. cit., p. 268 n. 81.

<sup>272</sup> Campo, Javier Jiménez. Prólogo. In UBILLOS, Juan María Bilbao. La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares- Análises de la jurisprudencia del tribunal Constitucional. Madrid: Boletín oficial del Estado y Centro de estudios políticos y constitucionales. 1997 p. 20. Hager adere a essa concepção: “*o caminho a ser seguido pelo legislador é de sua exclusiva decisão, não sendo obrigatoriamente pré-traçado pela Constituição. Isto, todavia, nada tem a ver com uma eficácia meramente indireta dos direitos fundamentais, quando em face do Direito Civil, porquanto também no Direito Público o poder legislativo goza de liberdade de conformação, contanto que inexista um direito superior*” (“*Welchen Weg der Gesetzgeber geht, ist sein Entscheidung und vom Grundgesetz nicht zwingend vorgezeichnet. Das hat indes mit einer lediglich mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte als Spezifukun ihrer Rolle gegenüber dem bürgerlichen Recht nichts zu tun, da auch bei öffentlich-rechtlichen Gesetzen die Legislative Gestaltungsfreiheit hat, soweit höherrangiges Recht nicht entgegensteht*” (ob. cit., p. 375).

### E.5.1.2. MEDIAÇÃO PELO JUIZ

86. A doutrina da eficácia indireta *mediatizada pelo juiz* pugna pelo ponto de vista de que a constitucionalização do direito privado se dá por meio das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados da legislação infraconstitucional, como a boa fé ou bons costumes, e pela *interpretação orientada pela constituição* de normas legais de Direito Privado.<sup>273</sup>

Os direitos fundamentais informariam a prática judicial como simples parâmetros interpretativos (princípios ou normas objetivas), aos quais se recorreria, sobretudo, quando houvesse lacunas a serem integradas ou quando a lei estivesse redigida de forma imprecisa. Uma influência que afetaria, em primeiro lugar, aquelas disposições do Direito privado que contém regras imperativas, fazendo parte da “ordem pública”, no sentido mais amplo da expressão.<sup>274</sup>

Nada obstante – e nisso revelando estreita semelhança com a *Drittwirkung* mediatizada pela lei - mais uma vez a interposição da lei é pressuposto para tornar eficazes os direitos fundamentais nas relações *inter privatus*, desafiando, assim, a mesma censura daquela primeira teoria. Choca-se frontalmente, assim, com a idéia de direitos fundamentais como normas imediatamente aplicáveis, não disponíveis pelo legislador. Ademais, em acertado reparo proposto por Canaris, por amplas que sejam suas esferas de aplicação, por certo as cláusulas gerais não abarcam todas as possíveis eficácias dos diversos direitos fundamentais,

---

<sup>273</sup> Segundo Johannes Hager, a discussão acerca da influência da Constituição, especialmente de seu catálogo de direitos fundamentais, sobre o direito contratual, estaria decidida na Alemanha em favor da tese da eficácia indireta (*Grundrechte in Privatrecht*. *Juristen Zeitung*, 22/4/94, n. 8, p. 373).

<sup>274</sup> Ubillos, ob. cit., p. 313. Assim o resumo da eficácia mediata proposto por Steinmetz: “O juiz singular e os tribunais ordinários operam a eficácia de normas de direitos fundamentais nas relações entre particulares de duas formas: (i) interpretando e aplicando os textos de normas de direito privado – especialmente as normas imperativas - em conformidade com as normas de direitos fundamentais (interpretação conforme aos direitos fundamentais); e, sobretudo, (ii) “preenchendo” as cláusulas gerais, e também os conceitos jurídicos indeterminados ou abertos, de direito privado com os valores que fundamentam as ou defluem das normas de direitos fundamentais, ou, para dizer de outro modo, com o conteúdo valorativo dos direitos fundamentais como princípios objetivos” (Vinculação dos particulares a direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores. 2004, p. 145).

de forma que a proteção que lhes proporciona essa variante da *Drittwirkung* resultaria lacunosa.<sup>275</sup>

87. Em síntese, e com esteio em ensinamento do constitucionalista basco Bilbao Ubillos, confirmando a idéia supra defendida, a teoria da eficácia mediata por intermediação do juiz é reconduzível, em boa extensão, à interpretação orientada pela Constituição.<sup>276</sup>

88. Concepção original apresenta-nos Canaris, adepto de uma eficácia mediata, tendo por sujeitos passivos exclusivamente os poderes estatais, em suas funções típicas seja de vedações de excessos, seja de deveres de proteção, reputando autorizado o Judiciário a excepcionalmente exercer o dever de proteção perante uma insuficiente atividade do legislador. Conclui, então, que objeto do crivo segundo os direitos fundamentais são apenas atos estatais (administrativos, legislativos e judiciais), e não negócios jurídicos e atos ilícitos de particulares.

Ademais, sua tese também se submete àquela mesma crítica acerca de seu possível anacronismo, tratando-se de “*confissão da impossibilidade ideológica de sair com a cara descoberta dos postulados do constitucionalismo tradicional, ou dito de outra forma, da arquitetura liberal do Direito Privado*”.<sup>277</sup>

---

<sup>275</sup> *Grundrechte und Privatrecht*, ACP 184 p. 223, apud SILVA, Virgílio Afonso da. A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Editora Malheiros, 2005, p. 85.

<sup>276</sup> Segundo F. Rigaux, “*la “mittelbare Drittwirkung” es “una explicación supérflua”, “ inútil”, puesto que “ la Constitución no inviste a los particulares de derechos subjetivos privados, sino que contiene normas objetivas cuyo efecto de irradiación impregna necesariamente la interpretación y aplicación de las leyes civiles si se quiere respetar la coherencia del ordenamiento*”. Ninguna de esas decisiones “ se aparta de los métodos de interpretación y aplicación usuales en el Derecho civil” (“*La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*”, apud Ubillos, ob.cit., p. 313, nota 190).

<sup>277</sup> LOPEZ, Angel M. Lopez y. Estado Social y Sujeto privado: una reflexión finisecular. Quaderni Fiorentini 25 (1996), p. 42.

## **E.5.2. EFICÁCIA DIRETA (A *UNMITTELBARE DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE*)**

89. Batem-se os seguidores dessa modalidade pela possibilidade de se argüir na relação entre privados a relevância das normas jusfundamentais, independente de mediação legal ou jurisprudencial.

Segundo essa paráfrase da *eficácia contra terceiros*, as liberdades fundamentais caracterizam-se como “cláusula de fechamento” do seu sistema de proteção: na hipótese de a lei não contemplar hipótese de ataque a um determinado direito fundamental, admitir-se-ia a incidência direta da *Lei fundamental*. Desempenhariam os direitos fundamentais, a usar-se a linguagem figurativa, o papel de reserva do exército, a ser acionada quando a vanguarda (a lei) fraquejasse.

Sua admissão impor-se-ia na medida em que as normas de direito privado clássico não compreendem, até pelo seu caráter a cotio casuístico, todo o espectro de atuação dos direitos fundamentais (lembre-se do caráter principiológico dos direitos fundamentais, a funcionar como panacéia para as mais diversas questões jurídicas), tendo ao contrário uma proteção “fragmentária”<sup>278</sup>. Peter Häberle confirma-o:

*“Não há um numerus clausus das dimensões da proteção dos direitos fundamentais nem um numerus clausus dos perigos (...) Os direitos fundamentais são a resposta, segundo a experiência histórica, às principais ameaças ao homem (direitos humanos) e ao cidadão (direitos civis) no Estado constitucional, de vez que as específicas situações de perigo cambiam historicamente e novos instrumentos para combatê-las devem se desenvolver”*.<sup>279</sup>

---

<sup>278</sup> Ubillos, ob. cit., p. 328.

<sup>279</sup> *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, apud Ubillos, ob. cit., p. 234.

De fato, os direitos fundamentais demandam interpretação atualizadora a fim de obviar ilícitos decorrentes da evolução científica. Exemplo eloqüente colhe-se da experiência norte-americana: ação proposta pela *Comissão para iguais oportunidade de emprego (Equal Employment Opportunity Commission)*, em 2001, teve por objeto a prática empresarial consubstanciada na exigência de testes de sangue dos empregados, a fim de detectar predisposição genética à *síndrome do túnel do carpo* (doença decorrente de compressão no nervo do punho). Não apenas o direito à intimidade restava comprometido, como também potencialmente poderiam advir atitudes discriminatórias do empregador, com base na condição genética do empregado (*Commission Sues Railroad to End Genetic Testing in Work Injury Cases*, by TAMAR LEWIN, February 10, 2001 NYT).

90. Há os que fazem contraponto à tese em análise, sustentado que sempre que o Estado não proíbe interferências de particulares nos direitos fundamentais, é como se as permitisse. Assim, em havendo uma normatização inadequada da matéria, de forma a deixar um flanco a descoberto de algum desses direitos, o que haveria, mais propriamente, seria mais propriamente uma *violação pelo Estado, e não do particular que diretamente desrespeita o bem jurídico*.

Não obstante, repele-se essa teoria em se inadmitindo uma responsabilidade global do Estado por atos ilícitos cometidos por particulares. Ainda mais no Direito civil e privado como um todo, onde vige o princípio da autonomia da privada, é perigoso imputar ao Estado ilícitos cometidas exclusivamente pelo indivíduo privado, e assim desresponsabilizá-lo.<sup>280</sup>

E o despropósito mais sobreleva quando se leva em conta que o juiz somente opta por uma ou outra solução quando reconhece que na *relação privada houve uma transgressão*<sup>281</sup>. Não é, pois, o julgador ou o legislador que promove a violação de direitos, mas a parte da

<sup>280</sup> Trata-se da “*teoria da convergência estatal*”, propugnada por Jürgen Schwabe (Sarlet, Ingo. Direitos Fundamentais e Direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, p. 133-4). Cf. sobre a teoria de Schwabe, item 40 e nota 89. O constitucionalismo americano adota entendimento similar, na “*state action doctrine*”. Lá ainda prevalece o entendimento liberal da oponibilidade dos direitos fundamentais unicamente contra o Estado. Assim, o alargamento de sua eficácia se deu por meio de artifício argumentativo: entende-se que violações de direitos fundamentais promovidas por particulares são sim sindicáveis, contanto que o lesante exerça função tipicamente pública, ou quando sua atividade possibilite analogia com a do Estado, como na hipótese de *cidade privada*, em que seu administrador (privado) resta submetido aos direitos fundamentais (Sarlet, Direitos Fundamentais e Direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais Direitos, p. 134).

Em síntese, tanto na teoria de Schwabe, como na americana, lesões aos direitos fundamentais são sempre de responsabilidade do Estado, mesmo que praticadas por um particular. O doutrinador alemão, para o qual todo ato do particular, quando viole direitos fundamentais, é reconduzível ao Estado, parte de pressuposto filosófico indevido: a de que toda e qualquer atividade humana é autorizada pelo Estado, de tal maneira que se lesar terceiros, é em virtude de uma indevida autorização ou delegação estatal. Na realidade o homem, por sua natureza e por sua própria dignidade, é primacialmente livre e age como tal, e não por delegação ou permissão estatal (Idem, ibidem, p. 136-138). Assim também Canaris: “*Uma tal concepção, em virtude de sua contrariedade de princípio à liberdade, é insustentável como modelo de pensamento, e portanto recusada pela literatura majoritária*” (Grundrechte und Privatrecht, cit., p. 43, traduzi).

<sup>281</sup> O exemplo de Ubillos bem demonstra o disparate teórico: “*Cuando declara la nulidad de un despido por violación de un derecho fundamental (o Tribunal) está reconociendo que esse derecho há sido vulnerado por el empleador en el marco de la relación laboral, no está reconociendo el derecho del trabajador a que el órgano judicial interprete la legislación laboral com arreglo a los valores constitucionales ni su derecho a la correcta aplicación del sistema de fuentes*”. (ob. cit., p. 323). O enunciado de Karl Doehring o corrobora: “*o juiz deve considerar os direitos fundamentais, na medida em que valem; eles não valem por que um Juiz ou Tribunal assim o decide*” (apud Sarlet, Direitos Fundamentais e Direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, p. 137).

relação de Direito Material! É, ao cabo, como se um juiz que absolvesse equivocadamente o homicida fosse responsabilizado pelo crime...<sup>282</sup>

Por isso se recusa a construção de Canaris, há pouco exposta,<sup>283</sup> nada obstante o brilhantismo de sua exposição. Na verdade o autor parece trair a si próprio, quando conclui que a o “*objetivo principal da função de dever de proteção numa relação entre particulares é o de proteger os bens jurídicos jusfundamentais de interferências fáticas de parte de outros sujeitos privados, assim como garantir sua funcionabilidade prática*” (grifo nosso)<sup>284</sup>. Nessa hipótese, de interferência fática no direito fundamental, segundo o pensamento do ilustre professor, deflagra-se o dever estatal de proteção. Ora, isso é justamente confissão de que houve antes uma violação do direito fundamental por particular, e só a partir de então surgiu o dever estatal de proteção (!).

E mais, a mediação do juiz é também impositiva quando a lide é entre particular e Administração, *id est*, na eficácia clássica dos direitos fundamentais, e ninguém sustenta que nesse caso a incidência é mediata, vinculante só do juiz, e não do administrador!<sup>285</sup>

---

<sup>282</sup> Sobre o temário as considerações de Marinoni:

“*Note-se, porém, que esse raciocínio dá valor à decisão judicial, e não à dimensão material do direito fundamental. Ou seja, o direito fundamental não é compreendido como voltado a influir diretamente sobre os sujeitos privados, mas apenas a apontar eventual violação do dever de o legislador proteger um particular contra o outro*”. (Ob. cit., p. 242).

No mesmo sentido Virgílio A. da Silva:

“*Ora, aqui há um problema argumentativo que não pode ser ignorado. Não é possível que a inconstitucionalidade surja somente com a decisão judicial inferior, já que ela nada mais fez do que fazer valer uma cláusula contratual. Se a cláusula contratual é constitucional, a decisão de manter seus efeitos também deve ser. E a recíproca tem que ser verdadeira*” (A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Editora Malheiros, 2005, p. 101).

<sup>283</sup> Item 88.

<sup>284</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. Grundrechte und Privatrecht. Eine Zwischenbilanz. Berlin-New York. Walter de Gruyter, 1999, p. 75. O autor diferencia a dimensão jurídica do direito fundamental, que somente seria violado pelos poderes públicos, da dimensão fática, esta violável por particulares. Distinção essa necessária – artificial, como se vem de demonstrar- para preservar a pureza da vinculação apenas do Estado aos direitos fundamentais.

<sup>285</sup> Ubbillos, ob. cit., p. 321. Também Ingo Sarlet: “*Se estes, apesar da indeterminação das normas que os consagram- e assim o reconhece o próprio Hesse- vinculam diretamente o poder público em todas as suas manifestações, gerando direitos subjetivos para os particulares, não há como compreender por qual motivo, no âmbito das relações entre particulares, ainda que caracterizadas pelo conflito entre direitos fundamentais de diversos titulares, tal abertura e indeterminação, por si só, passem a ser tidas como impeditivas de uma eficácia direta, no sentido de uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, ainda mais quando tal concepção, levada ao extremo, acabaria por negar o reconhecimento dos direito fundamentais como direitos*”

Se algum mérito se pode atribuir a essa tese da *participação por omissão* do Estado em violação por particulares de direitos fundamentais, seria o de manter incólume a construção liberal da incidência vertical dos direitos fundamentais, somente num vínculo Estado-indivíduo. A questão é se se trata de efetivo *mérito*, e não, mais propriamente, de defeito, o de se apegar a uma construção adequada a outra situação histórica, imprópria entretanto para o estado de coisas contemporâneo.<sup>286</sup>

Portanto, a corrente que nega a incidência direta é de ser afastada. Desta maneira as normas constitucionais *superan la dicotomía de los sectores público y privado y se presentan como criterio básicos de normatividad que afectan a todos los planos del ordenamiento*<sup>287</sup>. Pois é a visão dicotômica do direito, que o separa em direito público e privado, e não como um todo globalizado em que há fachos de maior ou menor influência seja, de um lado, da autonomia privada, ou de outro, do interesse público, que impede esse adequado manejo das normas jusfundamentais (e pois o desprendimento de sua total carga eficaz).

Hager agrega outro interessante argumento em favor da eficácia direta. Segundo defende o jurista alemão, o direito privado revelar-se-ia destituído de qualquer relevância autônoma nas hipóteses em que a norma constitucional não oportunizasse outras alternativas de concreção, senão aquela adotada pelo legislador. Na hipótese de um negócio jurídico que tivesse por objeto a proibição de divórcio dos cônjuges, sua nulidade adviria diretamente da liberdade constitucionalmente garantida, sem necessidade de recurso às cláusulas gerais do

---

*subjetivos oponíveis entre os particulares*” (Direitos Fundamentais e Direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, p. 144).

<sup>286</sup> “Na verdade, verifica-se que a discussão em torno da afirmação ou negação da eficácia direta, para além ou mesmo por detrás dos argumentos de cunho jurídico, inevitavelmente revela –ao menos também – um viés político e ideológico, sustentando-se, nesta linha argumentativa, que a opção por uma eficácia direta traduz uma decisão política em prol de um constitucionalismo de igualdade, objetivando a efetividade do sistema de direitos e garantias fundamentais no âmbito do Estado social de Direito, ao passo que a concepção defensora de uma eficácia apenas indireta encontra-se atrelada ao constitucionalismo de inspiração liberal-burguesa” (Sarlet, Ingo. Direitos Fundamentais e Direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, p. 147). Confirma-se também Vieira de Andrade: “A idéia da aplicabilidade mediata foi mal defendida, porque os seus partidários não se libertaram do peso das concepções liberais-individualistas [...]” (ob. cit. p. 289).

<sup>287</sup> Gómez Torres, “El abuso de los derechos fundamentales”, apud Ubbillos, ob cit. p. 327.



BGB (código civil alemão), como a que veda os negócios contra os bons costumes: tratar-se-ia, portanto, de *incidência imediata da norma constitucional na relação inter privatus*. Nessas hipóteses, as normas ordinárias não passariam de *precepto didático*, ou na formulação de Hager, meramente “mantos sob os quais a devida ponderação é efetuada”. Ressalva o autor, entretanto, que a tese vale para um mínimo de proteção, do qual não pode abdicar o legislador, ficando-lhe aberta a possibilidade de expandi-la, contanto que não incida, nesse mister de proteção (*Schutzpflicht*), no outro extremo, i.e., na *vedação de excessos*, quando interviria indevidamente no direito fundamental do outro pólo da relação.<sup>288</sup>

---

<sup>288</sup> Ob. cit., p. 379.

### E.5.3 DRITTWIRKUNG SOB O ENFOQUE DOS SCHUTZPFLICHTEN

(Síntese conciliadora das diferentes *Drittwirkungen* e delimitação do alcance da teoria)

91. Para o reconhecimento dos direitos fundamentais do cidadão frente ao Estado resulta decisiva a posição objetivamente 1) *vulnerável*, 2) *dependente* ou 3) *desigual* que aquele ocupa frente a este. Afinal, os poderes públicos gozam de auto-executoriedade para impor suas decisões, ademais de deterem, em suas mãos, a gestão de bens escassos da comunidade, dos quais dependem em boa medida as condições de vida dos indivíduos. Deste modo, os direitos fundamentais, em sua concepção clássica de defesas contra o Estado, tendiam a reequilibrar essa relação, assimétrica por natureza.

92. Mas se a missão original dos direitos humanos era a de proteger o cidadão contra os poderes do Estado, agora só esta proteção resulta insuficiente. Tão importante quanto a proteção contra o Estado, hoje se revela a proteção contra *poderes intermediários*, interpostos entre o indivíduo e o Estado. Logo, não deve incidir a Constituição e seus direitos fundamentais tão somente sobre o poder público, *mas pura e simplesmente sobre o “poder”, sem adjetivos*, (i.e., público ou privado).<sup>289</sup> E é justamente porque estes poderes particulares

---

<sup>289</sup> Ubillos, ob. cit. p. 251. O enfoque histórico acerca dos direitos fundamentais dá esboço à tese: “É necessário frisar que a perspectiva histórica ou genética assume relevo não apenas como mecanismo hermenêutico, mas, principalmente, pela circunstância de que a história dos direitos fundamentais é uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem, Neste contexto há que dar razão aos que ponderam ser a história dos direitos fundamentais, de certa forma, também a história da limitação do poder” (Sarlet. Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais. 2ª ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001 p. 38).

Interessante notar como a recepção da *Drittwirkung* é diretamente proporcional à dos postulados do Estado Social, não gozando de tamanho prestígio em ordenamentos jurídicos mais apegados ao liberalismo, do que é exemplo o direito norte-americano. A Suprema Corte dos Estados Unidos, *exempli gratia*, em “*Circuit City Stores v. Adams*”, de 2001, reconheceu a validade de cláusulas compromissórias que obrigavam o empregado a postular direitos perante juízo arbitral, nada obstante o argumento dos advogados do reclamante sobre a diferença entre as partes (*bargaining power*) fazer desses essencialmente coercitivos e injustos (*coercive or unfair*). I.e., aquela alta corte americana desconsiderou olímpicamente as construções européias, nada obstante a oportunidade teoricamente apropriada (desigualdade entre partes) para aplicação da *Drittwirkung*.

Mais curioso é que no ano seguinte, em *Equal Employment Opportunity Commission v. Waffle House, Inc.*, o mesmo tribunal autorizou a Administração, por meio da “Comissão para iguais oportunidades de emprego”, a ajuizar ações judiciais em favor de empregados, mesmo que estes tivessem firmado compromisso

são regulados pelo Direito Privado, que se produz a influência dos direitos fundamentais nessa seara jurídica.<sup>290</sup>

93. Reconhece-se, assim, como ponto de partida, a insuficiência da tese liberal a defender uma mera igualdade perante a lei (igualdade formal). Não obstante, a solução oposta, de repelir toda a desigualdade (material) ocasionaria efeito de excluir, por igual, a própria liberdade, do que é exemplo a experiência soviética. Assim, como forma intermédia, se não se deseja uma mera liberdade de “folha de papel”, impõe-se o empenho permanente e eficaz no equacionamento de questões derivadas de desigualdades sociais. Pois liberdade e igualdade condicionam-se mutuamente, não podendo haver a primeira sem que coexista a outra, efetivas e reais, decorrendo da desigualdade social, ao fim e ao cabo, a ineficácia completa do princípio da liberdade (autonomia privada).<sup>291</sup>

94. Pois bem. O *Schutzpflicht*, ou *dever de proteção* de direitos fundamentais –como adiantado<sup>292</sup>-, do qual é sujeito passivo o ente estatal, decorre de um raciocínio clássico do contratualismo: a passagem da sociedade pré-estatal para uma politicamente organizada se justifica se, com a renúncia dos indivíduos à autotutela, se garanta uma proteção estatal efetiva. Essa proteção, pois, é irrestrita, se impondo a todo e qualquer interesse que se possa reputar juridicamente tutelado.<sup>293</sup>

---

arbitral no contrato de trabalho. Tratou-se, ao que parece, de meio de minimizar os danos provocados pela primeira decisão: se o empregado não podia se voltar contra o compromisso arbitral, ao menos se dotava a *Agência estatal para iguais oportunidade de emprego* de legitimidade para fazê-lo. A “*dissenting opinion*” do Justice Clarence Thomas, corretamente alertou que a opinião prevalecente permitiria aos empregados “*duas mordidas na maçã*”, i.e., tanto se beneficiariam eventualmente do julgamento arbitral, como da eventual ação promovida em seu prol pela citada comissão (“*The Courts decision thus places those employers utilizing arbitration agreements at a serious disadvantage. Their employees will be allowed two bites at the apple one in arbitration and one in litigation conducted by the EEOC and will be able to benefit from the more favorable of the two rulings*” - *EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION v. WAFFLE HOUSE, INC., certiorari to the United States Court of Appeals for the fourth circuit No. 991823. Argued October 10, 2001. Decided January 15, 2002*).

<sup>290</sup> Raiser, ob. cit., p. 178.

<sup>291</sup> Böckenförde, E.W. in *Escritos sobre derechos fundamentales*, apud Ubillos, ob. cit. p. 241, nota 21. Nessa esteira a reflexão de Bobbio: as sociedades são mais livres (direitos de 1ª geração) à medida que são menos justas (direitos de 2ª geração), afinal direitos sociais (Justiça social) implicam aumento do poder do Estado, enquanto que os de 1ª visam a restringi-lo (ob. cit., p. 43).

<sup>292</sup> Conferir item 37, supra.

<sup>293</sup> Ubillos, ob. cit., p. 283, nota 123.

A postura do Estado para com os direitos fundamentais, assim, deixa de ser meramente abstencionista, para tornar-se ativa e protetora. O *Schutzpflicht*, nesse sentido, expande o *status negativus* originalmente lobrigado por Jellinek<sup>294</sup>: não é mais apenas zona de imunidade perante o Estado (decorrente da “vedação de intervenção”, *Eingriffsverbot*, desencadeada pelos direitos de 1ª geração). Ao contrário, em virtude do dever de proteção, constitui-se um *status negativus* “absoluto”, livre de intervenções tanto do Estado como de particulares<sup>295</sup>.

Propõe-se então a síntese: enquanto os particulares têm imediatamente um dever geral de não violação dos direitos fundamentais (a exemplo da eficácia própria dos direitos classificados tradicionalmente como absolutos, como a propriedade<sup>296</sup>), o Estado, não bastando igualmente essa proibição de intervenção (*Engriffsverbot*), tem para si outrossim a vedação de uma postura abstencionista (*Unterlassungsverbot* e *Untermassverbot*, vedação de omissão e de déficit)<sup>297</sup>. Ou em diversa formulação, deve o Estado prover condições para a efetividade desses interesses jurídicos. Exemplificativamente, um contratante ao firmar o negócio jurídico não está assumindo um dever de tutela dos direitos fundamentais do outro contratante: o empregador não se obriga a incentivar positivamente a livre expressão do empregado no local de trabalho, mas deve se omitir de coarctá-la, contanto que não ponha ela em risco a atividade empresarial.<sup>298</sup>

---

<sup>294</sup> Conferir, sobre a teoria de Jellinek, itens 20-21, supra.

<sup>295</sup> Neuner resumiu expressivamente, e em cores fortes, essa mudança: não importa de quem provém a “bota no rosto do ofendido” (Sarlet. SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. p. 149).

<sup>296</sup> Tão absolutos que oponíveis até mesmo contra seu titular, como deflui da tese da “proteção contra si próprio” (“*Schutz vor sich selbst*”, cf. supra, itens 50-55).

<sup>297</sup> *Em todo caso, a vinculação das entidades privadas poderosas pelos direitos fundamentais raramente se produzirá em termos semelhantes à vinculação dos poderes públicos [...] Ou nunca pois que, desde logo, estão excluídas as faculdades de exigir a protecção positiva ou activa dos direitos e liberdades, que só podem ter como destinatário o Estado, detentor do monopólio da coacção* (Andrade, J. C. Vieira de. Ob. cit. p. 286 e nota 28).

<sup>298</sup> Daniel Sarmiento propõe criativa defesa da eficácia dos direitos fundamentais *prestacionais* também contra particulares, ainda que reconheça que se trataria de hipótese muitíssimo limitada (Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. pp 343-350).

Como Janus, na esfera privada expendem os jura fundamentais um eficácia bifrontal, mirando tanto ataques dos particulares como omissões do Estado.<sup>299</sup>

95. De outra banda, grande parte da doutrina -como já visto, especialmente aquela contrária a uma *Drittwirkung* direta- expressa recalcitrância sobre a ponderação, pelo juiz, caso a caso, de direitos constitucionais, apontando sua incompatibilidade com o Estado de Direito, a exigir que as relações jurídicas e as sentenças se pautem por regras claras e gerais<sup>300</sup>. O recurso imediato às normas constitucionais, além do mais, poria em risco a identidade do direito privado e a própria autonomia privada.<sup>301</sup> Censura análoga àquela aplicada em geral à teoria dos deveres de proteção, que inclusive já foi reputada “*jardim das asneiras dos juízes*”.<sup>302</sup>

Essas exigências do *princípio democrático formal*, legítimas e dignas de devida consideração, sem embargo, são incapazes de desvalorizar a importância do princípio do *Estado social constitucional*, e portanto, excluir a possibilidade da aplicação judicial das normas jusfundamentais. Na verdade, essa técnica de decidir pleitos com apoio na Constituição não traz tantos riscos contanto que se lhe confira seu verdadeiro sentido: a lei, em sua interpretação, deve buscar seu *telos* também na Constituição, ou seja, trata-se, sempre, duma aplicação prioritária da lei, ainda que sob a luz constitucional, e não de uma pura e

---

<sup>299</sup> “*Inobstante se deva reconhecer que os deveres de proteção tenham por destinatário, em princípio, apenas os órgãos estatais, parece-nos que tal circunstância não possui também o condão de afastar uma vinculação direta dos sujeitos privados nas relações entre si. Poder-se-ia objetar, neste sentido, que é justamente pelo fato de cada particular ter o dever de respeitar e, acima de tudo, o dever de não ofender o direito fundamental dos demais, em outras palavras, pelo fato de estar vinculado pelos direitos fundamentais, que o Estado deverá intervir no âmbito de seu dever de proteção, razão pela qual os particulares também poderão reclamar tal intervenção protetiva. Cuida-se em verdade de uma inequívoca zona de confluência entre a vinculação do poder público (a assim denominada eficácia vertical) e a vinculação –direta- dos particulares*”. (Sarlet, Ingo. Direitos Fundamentais e Direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, p. 147)

<sup>300</sup> Crítica feroz a esse pensar na doutrina engajada de Fachin: “*A crítica à constitucionalização do Direito civil com base em suposto prejuízo à precisão e à autonomia das disciplinas é fetichização de uma racionalidade sistêmica fechada, que encara o direito como realização ontológica e um fim em si mesmo, e não como instrumento para o atendimento das demandas impostas para a concretização da dignidade da pessoa*” (ob. cit. p. 99).

<sup>301</sup> Hesse, Konrad. Derecho Constitucional y Derecho Privado, p. 60-61 e Elementos de Direito Constitucional da República Federal Alemã, p. 285.

<sup>302</sup> Cf. item 64, supra.

direta aplicação da constituição, desprezando-se a solução legislativa. Mesmo porque vige o princípio da legalidade, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer, senão em virtude de lei, de forma que na falta desta, vale a liberdade de ação, cuja limitação pressupõe razões ponderáveis.

Pois a garantia dos direitos fundamentais pelo (e contra) o poder político se obtém prioritariamente por meio da regulação de seu exercício através de leis gerais e abstratas iguais para todos, ditadas por um órgão representativo. Em um segundo momento, se exige, ademais, o controle da constitucionalidade dessas leis por parte de órgão diferente do legislador. De acordo com este posicionamento, um indivíduo que atuasse de acordo com o estabelecido por uma lei constitucional não poderia estar vulnerando direitos de terceiros.<sup>303</sup> Todavia, a eficácia contra particulares exige um passo além, eis que “*o que deixa manifesto [...] a Drittwirkung é a possibilidade de que um sujeito privado, atuando legalmente de acordo com uma lei constitucional, vulnere um direito fundamental de outro sujeito privado*”.<sup>304</sup> Isto porque o juiz pode constatar –sempre com a marca da excepcionalidade!- um déficit legislativo de proteção jusfundamental e exercer ele próprio o comando constitucional que lhe impõe aquela defesa.

96. Conforme lição de Canaris, a reverência devida pelo juiz ao Direito Privado, com um correspondente *self-restraint*, é justamente tributável à eficácia tênue dos deveres de proteção, mormente quando comparada com os efeitos potenciados da vedação de intervenções, típica dos direitos fundamentais de 1ª geração, questão extensamente abordada na primeira parte deste estudo.<sup>305</sup>

---

<sup>303</sup> É a concepção de Cezar Saldanha Souza Junior (Direito Constitucional, Direito Ordinário, Direito Judiciário, Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS. N. III (mar.2005), Porto Alegre: PPGDir/UFRGS, 2005, pp 7-17).

<sup>304</sup> Araujo, ob. cit. p. 101-102.

<sup>305</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. Grundrechte und Privatrecht. Eine Zwischenbilanz. Berlin-New York. Walter de Gruyter, 1999. p. 45. Sobre o aspecto, cf. supra item 56-63.

Virgílio Afonso da Silva, por sua vez, em original lição, sustenta a tese de que é a *idéia de constituição* que define a forma pela qual se processa a *Drittwirkung*: inexistente, metastática ou mitigada. Na *constituição-lei*, em que a constituição não é dotada de supremacia perante o resto do ordenamento (constituição flexível inglesa antes do *Human Rights Act* de 1998), não se vislumbra oportunidade para *Drittwirkung*, afinal todas as leis têm mesma hierarquia, em face da *supremacia do parlamento*. Na chamada *constituição-total*, em que a constituição é fundamento não só da atividade estatal, mas de toda a sociedade, sendo que qualquer ato humano pode ser parametrizado diretamente por ela, a *Drittwirkung* tende a não ter qualquer limite, fazendo então tábula rasa do ordenamento infraconstitucional. Por fim, na concepção adotada pelo eminente livre-docente da USP, de *constituição-moldura*, permanecem “espaços abertos” ao legislador (e ao particular, no exercício de sua autonomia privada), daí a metáfora no conceito, em que o legislador representa o pintor que criará dentro de limites. Transcreve-se à literalidade excerto de sua indispensável obra:

[...] somente a *idéia de constituição-moldura*, em que nem tudo está predefinido, que não pretende ser o estatuto total da vida em sociedade ou o fundamento material de todo e qualquer ato estatal ou privado, pode garantir o espaço vital, o espaço aberto em que as relações interprivados podem se desenvolver, com base, sobretudo, na autonomia da vontade. Ao mesmo tempo, somente a *idéia de direitos fundamentais* que sejam, em sua grande maioria, princípios e, nesse sentido, mandamentos de otimização, pode fazer com que eles, sem a necessidade de constituir uma ordem de valores totalizante, sejam capazes de constituir uma força contrária à autonomia privada para a garantia dos participantes nas relações entre particulares. É no equilíbrio dessas duas forças, que sempre terá que ser medido com base nas variáveis do caso concreto, que se encontra o ponto de partida para um modelo adequado”.<sup>306</sup>

97. Afinal de contas, a relevância do Direito Privado reside justamente em propiciar um sadio exercício dessa autonomia da pessoa, princípio constitucional de máxima importância, resultando em complemento essencial e indispensável da Constituição.<sup>307</sup> Eis portanto o

---

<sup>306</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Editora Malheiros, 2005, p. 126.

<sup>307</sup> “*La libertad privada de la persona, que el Derecho Civil presupone y para cuya preservación y desarrollo dispone normas y procesos jurídicos, es requisito indispensable para las decisiones responsables y para la posibilidad misma de decidir. Ello funda la enorme transcendencia del Derecho privado para el*

*punctum saliens*: a proteção derivada dos *Schutzpflichten* não pode ir a ponto de varrer o princípio fundamental do Direito Privado, a autonomia privada, e sua particular manifestação, a liberdade contratual, ambas que exigem regras claras nas quais possam se desenvolver com segurança<sup>308</sup>. A tutela do *status negativus* (inviolabilidade dos direitos fundamentais) de um dos sujeitos da relação, por conseguinte, jamais pode eliminar por completo o *status positivus* (a autonomia privada) do outro pólo da relação jurídica, ou mesmo daquele primeiro sujeito (na proteção conta si próprio), sob pena de descaracterizá-los como seres autônomos e responsáveis, convertendo-os em meio para fins sociais. As competências dos poderes públicos não estão aí para serem exercidas de forma abusiva, muito menos a tutela jusfundamental pode incidir em excesso.

98. Cumpre então prioritariamente ao legislador do Direito Privado exercer a proteção dos direitos fundamentais, nesse mister operando a harmonização dos que em tese possam colidir: de um lado a autonomia privada<sup>309</sup>, a livre iniciativa e a liberdade de empresa, e de outro todos os demais direitos fundamentais potencialmente violáveis por particulares. Colhe-se exemplo na tutela consumerista: entre medidas adequadas (imposição de dever de informação ao fornecedor, possibilidade de arrependimento do consumidor), prefere-se aquela que mais preserve a autonomia privada (do fornecedor), descartando-se as que a restrinjam

---

*Derecho Constitucional. En la autodeterminación y en la propia responsabilidad se manifiesta en parte esencial el tipo de persona del que parte la Ley Fundamental y del que depende el orden constitucional*” (Hesse, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho privado*, p. 86).

<sup>308</sup> “*Um sacrifício da autonomia privada e o esvaziamento da liberdade contratual não poderiam decorrer, por si só, do reconhecimento de uma vinculação direta aos direitos fundamentais, mas basicamente de como se acaba tratando o problema do modo e intensidade pelo qual se opera esta vinculação*” (Sarlet, *Direitos Fundamentais e Direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, p. 145)

<sup>309</sup> Sobre o lastro constitucional da autonomia privada, a lição de José Antônio Peres Gediel: “*Assim, de um lado, é possível fundamentar a tutela constitucional da autonomia privada como princípio ou como bem constitucionalmente protegido e sustentar que essa tutela resulta dos direitos fundamentais: à liberdade e ao livre desenvolvimento da personalidade (art. 5º, caput), à livre iniciativa econômica (art. 1º, IV e art. 170, caput); ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, XIII); à propriedade (art. 5º, caput e XXII); à realização de convenção ou de acordo coletivo de trabalho (art. 7º, XXVI); enfim de todas as ações dos sujeitos constitucionalmente tutelados, que tenham como fundamento a noção de autonomia*”. (GEDIEL, José Antônio Peres. *A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador*. In *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado/ Aldacy Rachid Coutinho...* [et. Al]; org. Ingo Wolfgang Sarlet. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. p. 156). Conclusões presentes também na obra de Steinmetz (ob. cit., p. 200).



desnecessariamente (intervenção estatal no conteúdo do contrato, tabelamento, v.g.).<sup>310</sup> Os arts. 42 e 72 do Código de Defesa do Consumidor, que vedam e inclusive tipificam criminalmente a cobrança de créditos pelo fornecedor que implique em “*ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas, incorretas ou enganosas ou de qualquer outro procedimento que exponha o consumidor, injustificadamente, a ridículo ou interfira com seu trabalho, descanso ou lazer*” revelam também solução legislativa – irreparável, aliás – da tensão entre direitos fundamentais: o direito de propriedade do credor (seu crédito impago) e sua liberdade de empresa, e no outro oposto a honra e a dignidade do devedor: o primeiro não fica desamparado, porque dotado de outros meios para sua satisfação, enquanto se defende adequadamente o segundo.

A solução desse conflito não pode restringir além do “necessário” a autonomia privada, e deve ser “adequada” para a proteção do direito fundamental colidente; e por fim deve-se verificar se de fato é a autonomia privada que deve ceder passo perante o outro princípio constitucional naquela colisão específica. Como se nota, é uma questão de aplicação da máxima da proporcionalidade, instrumento consagrado pela doutrina e pela jurisprudência constitucionais estrangeiras para racionalização da colisão de direitos fundamentais.<sup>311</sup>

Compatibilização esta que justo revela um entrecruzamento da função de vedação de intervenções (1ª geração), e dos deveres de proteção<sup>312</sup>: se a intervenção é gravosa de modo insuportável, ela é reprovada pela vedação de excessos<sup>313</sup>; de igual modo, se a proteção do outro direito fica aquém da exigida pela constituição, incorre em *Untermassverbot* (vedação de déficit). E nunca é demais repisá-lo: cumpre ao legislador democrático a prioridade nessa

---

<sup>310</sup> Neuner, ob. cit. p. 258.

<sup>311</sup> Cf. nota 222, supra.

<sup>312</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. Grundrechte und Privatrecht. Eine Zwischenbilanz. Berlin-New York. Walter de Gruyter, 1999. p. 20.

<sup>313</sup> “Quando ele [o legislador] intervém em direito do cidadão – através de uma limitação exagerada da regulação do gozo privado da propriedade ou da liberdade de expressão – os direitos fundamentais atuam em sua função de direitos de defesa. (“Wenn er in Rechte der Bürger eingreift etwa durch die zu weit gehende Beschränkung der privatnützigen Zuordnung des Eigentums oder des Rechts auf freie äusserung der Meinungen stehen diesen die Grundrechte in ihrer Funktion als Abwehrrechte zu Gebote”) (Hager, ob. cit. p. 375).

tarefa de harmonização de interesses colidentes, reservando-se ao judiciário a verificação de sua constitucionalidade, seja no aspecto de excesso, seja no de déficit. O “*caso do chocolate*”, como ficou conhecido aresto da corte constitucional alemã, é exemplar sobre o crivo judicial de proporcionalidade aplicado à legislação de Direito Privado: tratava-se de norma que proibia a comercialização de produtos similares ao chocolate, tutelando assim o direito à informação do consumidor. Entendeu aquele tribunal que se tratava de medida desproporcional porque *desnecessária*, vez que a mera advertência na embalagem dos produtos era *adequada* à proteção do consumidor.<sup>314</sup>

Aliás, mesmo quando as normas de Direito privado se destinem exclusivamente a definir a eficácia dos direitos fundamentais, não se voltando prioritariamente a uma verdadeira limitação - v.g., da autonomia privada-, ainda assim elas deverão se submeter à prova da prova da proporcionalidade. A hipótese esclarece: a elevação da idade de maioridade civil até 25 anos poderia colocar-se em confronto com a garantia da liberdade e autonomia privada garantidas na constituição. De outra banda, outra lei que, concretizando estes mesmos princípios, a reduzisse para 14 anos, poderia, ao invés, violar o dever constitucional de proteção da criança e adolescente.<sup>315</sup>

99. Assim, portanto, resultam as etapas do raciocínio judicial quando da aplicação *responsável* da *Drittwirkung*:

100. **i)** Inicialmente, cumpre ao juiz definir se um ou ambos os pólos da relação jurídica sob julgamento encontra-se sob o âmbito de proteção de algum direito fundamental, isto é, se se pode cogitar de um “*dever de proteção*”. Caso a negativa se imponha, aplica-se pura e simplesmente a norma infraconstitucional pertinente, vez que sequer se cogita de sua inconstitucionalidade, por violação ao dever de proteção (inexistente na hipótese).

---

<sup>314</sup> Sarmiento, Daniel. Os princípios Constitucionais da Liberdade e da Autonomia Privada, p. 326, nota 92

<sup>315</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. Grundrechte und Privatrecht. Eine Zwischenbilanz. Berlin-New York. Walter de Gruyter, 1999. p. 21

Com efeito, antes de qualquer operação de ponderação (solução de conflito de princípios), há uma etapa fundamental do raciocínio judicial, ou seja, saber-se se o direito fundamental alegado é digno de proteção, isto é, se a situação de fato pode ser subsumida no suporte fático da norma principiológica. Conforme exemplo de Canaris, não se insere no espectro de proteção da liberdade artística a possibilidade de o grafiteiro sujar muros de terceiros, de forma que sequer se cogita de um dever de proteção e, portanto, muito menos de uma colisão daquela liberdade –inexistente no caso concreto– com o direito do infeliz proprietário do imóvel rabiscado<sup>316</sup>.

No “*Caso Blinkfüer*”, julgado pela Corte Constitucional da Alemanha, poderosa editora alemã (a Editora Springer) conclamara a boicote uma revista (a Blinkfüer) por motivos ideológicos (a publicação encartava programação da televisão da Alemanha Oriental), inclusive ameaçando a cortar relações comerciais com aqueles que não aderissem ao seu chamamento. Ora, como se vem de demonstrar, tampouco aí seria de se vislumbrar uma colisão de princípios (liberdade de imprensa da Blinkfüer contra a liberdade de opinião da Springer), porque não se admite que esta última liberdade se concretize por meio de pressão econômica. Assim, sequer se impunha a ponderação, porque só havia em liça um princípio legítimo, a liberdade de imprensa.<sup>317</sup>

Trata-se de metodologia de conseqüências significativas, porquanto a definição do campo de proteção (“*Schutzbereich*”) do direito fundamental depende também do seu *sujeito passivo*. No exemplo de Canaris, um chamamento ao boicote, como Lüth promoveu contra Harlan<sup>318</sup>, não seria considerado um ataque à liberdade artística deste último –e a sua obra “A amada imortal”–, porque seu campo de proteção não a imuniza contra críticas de particulares,

---

<sup>316</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrechte und Privatrecht. Eine Zwischenbilanz*. Berlin-New York. Walter de Gruyter, 1999, pp. 43, 56, 62, nota 188. Remete-se a Cristina Queiroz: “*Para ‘concretizar’ e ‘especificar’ os direitos torna-se necessário: primeiro, delimitar-lhes um ‘âmbito de protecção’, bem como os respectivos ‘limites’. De seguida, aplicar o ‘princípio da proporcionalidade’ aos ‘limites’ dos direitos fundamentais*” (ob. cit., p. 211).

<sup>317</sup> Idem, p. 59.

<sup>318</sup> Cf. itens 1 a 3, infra.

mesmo que materializadas em apelos a boicote. Porém, fosse o Estado a promover o boicote, e então sim se ingressaria no campo de proteção daquela liberdade, desencadeando o efeito de vedação de intervenção, exigindo-se a ponderação com as razões embasadoras da medida estatal.<sup>319</sup>

101. **ii)** Verificando-se, todavia, que a lide se subsume no âmbito de proteção de um direito fundamental, compreendendo portanto uma colisão de direitos fundamentais, deve o juiz, ainda assim, *prima facie*, aplicar a lei incidente, sempre lhe dando interpretação *orientada* pela constituição<sup>320</sup>, salvo se verificar que se trata de solução legislativa irremediavelmente desproporcional (por vício na ponderação de princípios constitucionais em colisão), gerando insuficiência ou excesso na proteção à norma jusfundamental<sup>321</sup>. Prioriza-se, assim a solução do legislador democrático, que exerceu seu dever de proteção dentro da ampla moldura que a constituição lhe autoriza<sup>322</sup>, o que cumpre em maior medida o princípio da segurança jurídica, ao mesmo tempo em que se respeita as arquiteturas políticas do Estado de Direito.<sup>323</sup>

102. **iii)** Na hipótese de a ponderação legal se revelar aparentemente inconstitucional<sup>324</sup>, impõe-se então o manejo da interpretação conforme a constituição (*Verfassungskonforme Auslegung*), interpretando-se o direito privado à luz dos direitos fundamentais (*im Licht der Grundrechte*), preservando tanto quanto possível a norma da censura de inconstitucionalidade<sup>325</sup>.

---

<sup>319</sup> Canaris, Claus-Wihelm. Grundrechte und Privatrecht. Cit., pp. 73-4

<sup>320</sup> Cf. item 77, infra.

<sup>321</sup> Confira-se a diferença entre dever de proteção e proibição de insuficiência na nota 138.

<sup>322</sup> Cf. supra a idéia de constituição-moldura.

<sup>323</sup> Lopez y Lopez, Angel M., ob. cit., p. 444.

<sup>324</sup> Appio, Eduardo Fernando. Interpretação conforme a Constituição. Curitiba: Juruá, 2002. p. 75 e ss.

<sup>325</sup> “Uma norma pode admitir várias interpretações. Destas, algumas conduzem ao reconhecimento de inconstitucionalidade, outras, porém consentem tomá-la por compatível com a Constituição. O intérprete, adotando o método ora proposto, há de inclinar-se por esta última saída ou via de solução. [...] Urge porém que o intérprete na adoção desse método não vá tão longe que chegue a “falsear ou perder de vista num ponto essencial o fim contemplado pelo legislador”. [...] Não deve, por consequência esse método servir para alterar conteúdos normativos, pois “isso é tarefa do legislador e não do tribunal constitucional” Presume-se, pois, da parte do legislador, como uma constante ou regra, a vontade de respeitar a Constituição, a disposição de não infringi-la”. (Bonavides, Curso.... p. 518-521). Lição confirmada em MENDES, Gilmar Ferreira (O apelo ao

103. **iv)** Porém, constatada a intervenção de um particular no direito fundamental de outro, e se o texto da norma infraconstitucional, por seu sentido unívoco e indisputável, não autorizar dita *interpretação conforme*, revelando-se flagrante sua inconstitucionalidade por *insuficiência* de tutela (*Untermass*)<sup>326</sup>; ou se pura e simplesmente inexistir lei tuteladora do direito fundamental violado -evidenciando-se a *omissão* (*Unterlassung*) protetiva legislativa- impõe-se ao juiz, guardião último da constituição, reconhecê-las e exercer, ele próprio, o dever de proteção (*Schutzpflicht*) que se impõe ao Estado e do qual é representante<sup>327</sup>. Trata-se, é sempre bom remarcá-lo, de solução de exceção, submetida portanto a ônus argumentativo acentuado. Essa nota de excepcionalidade é sublinhada por Carlos Alberto Mota Pinto:

*“Em casos absolutamente excepcionais, por não existir cláusula geral ou conceito indeterminado adequado, uma norma constitucional reconhecedora de um direito fundamenta aplica-se independentemente da mediação de uma regra de direito privado [...] Parece conveniente e susceptível de conduzir a resultados mais razoáveis que a aplicação das normas constitucionais a actividade privadas se faça em primeira linha com referência a instrumentos e regras próprias do Direito Civil [...] Sem essa atenuação a vida jurídico-privada, para além das incertezas derivadas do carácter muito genérico dos preceitos constitucionais, conheceria uma extrema rigidez, inautenticidade e irrealismo, de todo o ponto indesejáveis (pense-se na pretensão inadmissível de um dever geral de igualdade de tratamento por um particular relativamente a todos os concidadãos, a que propusesse relações*

---

legislador – Appellentscheidung- na praxis da Corte Constitucional Federal alemã. In Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. 3a ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2004. p. 396, nota 2). Outrossim em Marinoni (ob. cit., p. 229-234). Conferir, ainda, item 77, supra.

<sup>326</sup> O tarifamento da responsabilidade civil de órgãos de imprensa ou empresas de transporte aéreo são exemplo de déficit de proteção aos direitos fundamentais de propriedade e à honra, intimidade e imagem, que cedo foi constatado e corrigido judicialmente.

<sup>327</sup> “Nesse último caso, há lei, embaixo da Constituição, regulando as relações entre os particulares. No entanto, essa lei estabelece apenas uma presunção de que os interesses em jogo foram tratados de forma equilibrada, presunção essa que pode ser colocada em cheque ao se afirmar que a regulação, definida pela lei, afronta outra norma de direito fundamental. Tratando-se de lei restritiva, além dos valores constitucionais que justificam a restrição, deverá ser enfocado o outro direito (que deve ter o seu núcleo essencial protegido). Nessa hipótese, embora a eficácia do direito fundamental suponha a participação da lei infraconstitucional, o verdadeiro problema é o da harmonização entre o direito fundamental protegido pela norma e a autonomia privada.

Mas quando não há lei (regulando a situação de forma direta), não se pode pensar que os direitos fundamentais não incidem sobre o particular, e assim não possam ser imediatamente tomados em consideração pelo juiz. Acontece que, também nesse caso, o juiz deverá atentar para a necessidade de harmonização entre o direito fundamental e a autonomia privada” (MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica Processual e Tutela dos Direitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004 p. 174-175).

*contratuais- pretensão inadmissível, salvos os limites impostos pela exigência do respeito pela dignidade humana.*<sup>328</sup>

104. Nesse exame judicial dos deveres de proteção exercidos pelo legislador deve-se lançar mão da máxima da proporcionalidade, especialmente em sua última etapa (proporcionalidade em sentido estrito). Mas ainda que ela própria represente mecanismo de controle do raciocínio jurídico, a verdade é que ainda assim a proporcionalidade deixa ampla margem às mais discrepantes soluções, impondo-se então o recurso a certos marcos já delineados pela doutrina e pela jurisprudência, de forma reduzir, na medida do possível, o grau de incerteza que seu manejo representa. Afinal, quaisquer critérios adicionais que aumentem a previsibilidade da decisão são sempre bem vindos, e a existência dessas balizas torna a proposta mais próxima da “*soundest theory of Law*” de Dworkin, em que os princípios são dotados de peso pré-dado por relações de primazia, de forma a melhor se justificarem os precedentes, aproximando-se da “*única resposta correta*” aos “*hard cases*”<sup>329</sup>.

105. Pois bem. Para principiar, Canaris sublinha que nessa operação de ponderação (proporcionalidade *stricto sensu*, 3ª etapa da aplicação da proporcionalidade) deve-se levar em consideração a hierarquia dos direitos fundamentais, primeiro num nível abstrato, e depois num enfoque concreto, em operações que Rigaux denominou, respectivamente, de *categorical balance* e *ad hoc balance*<sup>330</sup>. A vida e a saúde, conclui o jurista alemão, gozam de preponderância abstrata evidente sobre a liberdade e a propriedade, porém não se descarta que em situação concreta de limitação brutal da liberdade, a saúde e a vida cedam passo. É o que dá conta a autorização para o tráfego de automóveis, nada obstante os riscos que acarreta. De

---

<sup>328</sup> Ob. cit., pp. 75-76. Em sentido semelhante Neuner: “...do ponto de vista do direito das competências, segundo o qual o legislador jusprivatista, por força da doutrina dos deveres de proteção, encontra-se limitado pelas exigências das proibições de excesso e de déficit, deixando, nesse sentido, de existir uma margem de configuração democrática. Importa, porém, contra-arrestar esse perigo não pela modificação da doutrina do Untermass, mas mantendo aberto esse mecanismo aparentemente constrangedor, no sentido de que um controle judicial da proporcionalidade essencialmente se restringe a um exame negativo da evidência de uma violação” (ob. cit., p. 262).

<sup>329</sup> Heck, Luis Afonso. Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy. In Leite, George Salomão (Org.). Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da constituição. São Paulo: Malheiros, 2003.

<sup>330</sup> Rigaux. François. A lei dos juízes. Lisboa: Instituto Piaget, p. 261.

toda forma, como adiantado, limitações à vida e à incolumidade física exigem sempre uma fundamentação vigorosa, pena de não superarem o crivo da proporcionalidade, gozando portanto de primazia *prima facie*, cumprindo àquele que pretende fazer valer o princípio contraposto o ônus argumentativo.<sup>331</sup>

106. Outro desses critérios decorre de um raciocínio analógico com a relação Estado-indivíduo, de forma que penetração dos direitos fundamentais na esfera privada se incrementa quando detectadas as características daquele liame (vulnerabilidade, dependência e desigualdade)<sup>332</sup>. Posto de outra maneira, quando na relação entre particulares uma das partes ostenta uma posição de clara supremacia fática frente à outra (é o caso paradigmático do empresário frente ao empregado, ou do fornecedor em relação ao consumidor) ou quando o objeto da relação jurídico-privada constitua um “bem escasso” (em função das dificuldades do particular em encontrar meios alternativos de satisfação de sua necessidade).<sup>333</sup>

---

<sup>331</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. Grundrechte und Privatrecht. Eine Zwischenbilanz. Berlin-New York. Walter de Gruyter, 1999, p. 79.

<sup>332</sup> “[...] os direitos fundamentais influenciam as prescrições jurídico-privadas tanto mais eficazmente quanto mais se trata da proteção da liberdade pessoal contra o exercício de poder econômico ou social” (Hesse, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal Alemã. p. 286).

<sup>333</sup> A inexistência dessa assimetria norteou o julgamento do REsp 280.224-RN, Rel. Min. Ari Pargendler, em 7/3/2002, quando se admitiu a validade de foro de eleição definido em contrato firmado entre concessionária de veículos e empresa multinacional fabricante de automóveis, e sua sociedade de fomento comercial. A Turma, por maioria, entendeu válida a cláusula contratual ao fundamento de que, quando se trata de consumidor, prevalece a regra do Código do Consumidor, sendo que na hipótese em julgamento se tratava de duas empresas: uma, multinacional de grande porte, e a outra, no mínimo, de médio porte, portanto com capacidade financeira para sustentar uma causa no foro de eleição.

Com efeito, é alvitre doutrinário que em havendo situação isonômica entre as partes da relação de Direito Material, então é de se privilegiar a solução legislativa, “*presumindo-se que estabelece um equilíbrio aceitável entre os valores em jogo*”, o que não elide, todavia, que “*as normas legais podem e devem ser interpretadas em conformidade com os direitos fundamentais*”, mesmo nesses casos (Vieira de Andrade, ob. cit. p. 290). Indo-se além, presume-se em situações de isonomia que também a autonomia privada de ambas as partes foi exercida adequadamente, não havendo se falar em interferência estatal. O limite, no entanto, mesmo para relações em pé de igualdade, seria para o professor português o respeito ao princípio da dignidade humana, isto é, ninguém, em virtude de obrigação assumida, pode deixar de ser tratado como ser humano, como fim, e não como meio ou objeto (idem, p. 293). Trata-se de concepção que todavia contraria as lições contidas nos itens 50-56, supra, quando se defendeu que a dignidade não deveria servir para limitar a liberdade individual, quando o agente fosse dotado de autonomia decisória (*proteção contra si mesmo*).

Em lição merecedora de plena adesão, Sarmento conclui que em situações de isonomia entre as partes, ainda assim incidem os direitos fundamentais, todavia nelas aparece privilegiada a autonomia privada, porque não se faz presente a presunção de que uma das partes (a hipossuficiente, ausente na hipótese) não agiu livremente (SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 307). Escólio que outrossim é repisado em Steinmetz (Vinculação..., p. 220 e ss., e princípio..., p. 48 e ss). A tese é também defendida por Ingo Sarlet (Direitos Fundamentais e Direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, p. 128).

Exemplificando, no acórdão “*Antenas Parabólicas*” (“*Parabolantennen Entscheidung*”), do Tribunal Federal Constitucional alemão, enfrentou-se hipótese em que o locador proibia contratualmente seu inquilino turco de instalar antena parabólica para captar programação de seu país natal. A corte, constatando a dependência do inquilino em relação ao locador, exerceu o dever de proteção da liberdade de informação do primeiro, à qual deu prevalência perante a autonomia privada do segundo. Note-se que outra teria sido a solução caso houvesse uma oferta de canais em língua turca na TV a cabo alemã, o que não era o caso. I.e., se houvesse essa alternativa (TV a cabo com canais turcos), a instalação das parabólicas, nada obstante adequada à tutela da liberdade de informação (juízo de adequação, primeira etapa da proporcionalidade), não seria necessária (juízo de necessidade, segunda etapa da proporcionalidade), porque o estrangeiro poderia acesso à informação por meio que menos restringisse o princípio contraposto (a liberdade contratual do locador).

Assim, a própria expressão *eficácia horizontal* dos direitos fundamentais (outra denominação de *eficácia contra terceiros*, ou *contra particulares*<sup>334</sup>), revela-se dessarte inadequada, de vez que não se pode reconhecer uma relação *horizontal* (isonômica) entre os dois pólos de uma relação jurídica como, e.g., a de emprego ou a de consumo.<sup>335</sup> Mais adequado falar-se -como quando da relação indivíduo/Estado- de vínculo vertical, para bem marcar a relação de subordinação que aí se revela.<sup>336</sup>

---

<sup>334</sup> Rol de denominações da *Drittwirkung* em nota 254, supra.

<sup>335</sup> “Note-se que, em sua nova obra sobre o direito contratual europeu, Heinz Kötz destaca um fato considerado até então meta-jurídico, com cada vez mais relevância na solução dos conflitos contratuais do momento: a pressão (*der Zwang*). Encontrando-se um dos contraentes em posição vulnerável de pressionado (*Zwangslage*), de estruturalmente submisso (*strukturelle Unterlegenheit*), o exercício de determinados direitos por parte do outro contratante profissional, em posição de poder (*Machtposition*), pode ser um abuso do direito ou contrário aos bons costumes e à boa-fé exigida no tráfico jurídico” (Marques, Cláudia Lima. Planos privados de assistência à saúde. Desnecessidade de opção do consumidor pelo novo sistema. Opção a depender da conveniência do consumidor. Abusividade de cláusula contratual que permite a resolução do contrato coletivo por escolha do fornecedor. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais. N. 31, p. 129-169, jul/set. 1999).

<sup>336</sup> Ubillos, ob. cit. p. 244, e SARLET, Ingo. Direitos Fundamentais e Direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, p. 114.



Caupers apresenta uma fórmula para situar a questão: “quanto maior seja a desigualdade de fato entre os sujeitos da relação, maior será a margem de autonomia privada cujo sacrifício é admissível, e inversamente mais intransigente deverá ser o respeito do princípio da igualdade”.<sup>337</sup> Ou em termos diversos, a intensidade do dever de proteção dos direitos fundamentais pelo Estado é inversamente proporcional à isonomia fática das partes integrantes do negócio: quanto menor a “horizontalidade” da relação jurídica, maior a intervenção reequilibradora estatal. Legitima-se, assim, a restrição da autonomia privada com o só objetivo de proteger direitos fundamentais do hipossuficiente.<sup>338</sup> Aliás, nada diferente do papel tradicional das normas imperativas do direito privado, com função de “proteger alguém de si mesmo”, presumindo-se que não atuou livremente devido a um defeituoso funcionamento da liberdade contratual.<sup>339</sup> Eis, portanto, o porquê da possível invalidade da disposição de direito fundamental exercida por seu titular.<sup>340</sup>

---

<sup>337</sup> Traduzi, citado por Ubillos, ob. cit., p. 369, nota 315.

<sup>338</sup> “Porque aqui, não de outra forma como na relação do particular com os poderes estatais, a mesma medida mínima de liberdade está posta em perigo, a qual os direitos fundamentais, como elementos da ordem objetiva da coletividade, devem garantir” (Hesse, Elementos... p. 286)

<sup>339</sup> Ubillos, ob. cit. p. 372. Nessa senda defendeu Hager: “Perante uma superioridade tão grande, o hipossuficiente não é protegido do poderoso, mas de si próprio” (“Selbst bei einem noch so hohen Übergewicht werde der schwächere Teil nicht vor dem stärkeren geschützt, sondern vor sich selbst”) (Ob. cit., p. 379).

Salvo engano, não se estaria criando uma nova causa de incapacidade do sujeito, tornando seus atos, válidos segundo os ditames do Código Civil, anuláveis por “vício de vontade”, agora com fulcro na Constituição? Essa parece a orientação de Kahn-Freund, quando afirma que “restringir a liberdade contratual de uma pessoa pode ser necessário para proteger sua liberdade, isto é, para proteger aquela frente à opressão que, de outro modo, poderia se ver compelida a impor a si mesma mediante um ato de vontade, que ainda que para a lei fosse livre, socialmente não o é” (traduzi, apud Ubillos, ob. cit., p. 372 nota 319). Confirma-o outrossim Finger: “Como corolário dessa supremacia, entende-se que a Constituição exige que todos os atos praticados sob a sua égide a ela se conformem, sob pena de inexistência, nulidade, anulabilidade ou ineficácia (princípio da constitucionalidade)” (ob. cit. p. 94). Confirma-se, por último, Neuner: “Assim, sobretudo Manfred Wolf expôs, no seu estudo sobre “liberdade de decisão em negócios jurídicos e compensação contratual de interesses”, que ao lado de critérios formais também as possibilidade fático-econômicas da ação pertencem aos pressupostos de validade de uma declaração de vontade” (ob. cit., p. 257).

Negando essa alternativa, Lopez y Lopez: “No se trata de que las normas constitucionales del Estado Social se inserten dentro de las relaciones jurídicas entre privados, de manera que se estructure una igualdad real entre los mismos, más allá de la que define el concepto de capacidad” (ob. cit., p. 448).

Exemplo mais eloqüente do que se vem de expor –i.e., o dever estatal de tutelar o contratante hipossuficiente, seja por normas legais, seja pela decisão judicial– é o instituto do “prazo de reflexão” (*délai de réflexion*), que o Código do Consumo francês defere ao contratante de mútuo: aceita a proposta de empréstimo ou venda parcelada pelo mutuário/comprador, o contrato não se tem por perfeito antes do transcurso de prazo de sete dias. Trata-se de uma proteção dos interesses do consumidor contra seu próprio aodamento, de forma que nesse interregno ele possa “discutir em família” o empréstimo, evitando “compras inconsideradas”. O instituto é conhecido no direito americano pelo emblemático “cooling of period”, ou seja, “período para esfriar a cabeça”, especialmente válido para compras por impulso (Costa, Geraldo de Faria Martins da. Superindividamento: a

107. Isto tudo, alerte-se, vale em princípio. Pois a mera desigualdade não redundará, só por si, na invalidade do ato de disposição de direito fundamental exercido pelo contratante hipossuficiente. A autonomia privada se funda na capacidade da pessoa auto-regular autônoma e responsabilmente sua vida, de forma que, nada obstante a disparidade de forças entre as partes, se o hipossuficiente revelar capacidade decisória intocada, não se justifica a intervenção estatal em seu ato de disposição de direitos fundamentais.<sup>341</sup> Por certo que a presença do trinômio desigualdade/dependência/vulnerabilidade gera *categoria suspeita*, impondo escrutínio rigoroso do ato dispositivo, porque em geral não se poderá antever senão um pálido conteúdo de autonomia privada do hipossuficiente –ou, na consagrada taxionomia de Bobbio, de “liberdade positiva”<sup>342</sup>– tratando-se, mais propriamente, de heteronomia exercida pelo contratante dominador.

---

proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp. 89-90).

<sup>340</sup> Para Vieira de Andrade a renúncia ou auto-restrição ao direito fundamental somente se legitima quando presentes duas condições: a situação de igualdade entre os pólos do negócio e a não violação da dignidade humana como decorrência da renúncia, pois ela seria o conteúdo mínimo presente em todo o direito fundamental, núcleo este indisponível e portanto irrenunciável (*apud* Ubillos, ob. cit. p. 375). Sobre a disponibilidade e renúncia a direitos fundamentais, consulte-se o estudo de Gediel (ob. cit.).

Virgílio Afonso da Silva, em preciosa lição, esclarece que a noção de irrenunciabilidade/inegociabilidade/inalienabilidade que a doutrina publicista comumente conecta aos direitos fundamentais deve ser encarada tão apenas *prima facie*, senão por constatação trivial, porém poderosa, *verbis*: “*todo aquele que celebra um contrato, renuncia a uma parcela de sua liberdade*”. Assim, essas características seriam pertinentes na oponibilidade ao Estado dos direitos fundamentais, não em relações *inter privatus* (A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Editora Malheiros, 2005, pp. 51, 63 e 131).

<sup>341</sup> Cf. itens 50 e 56, *supra*, sobre a proteção contra si próprio quando ausente a capacidade decisória do hipossuficiente. Canaris critica a tese do desequilíbrio na relação como gatilho da *Drittwirkung*, acentuando a importância, isto sim, da capacidade de decisão livre (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrechte und Privatrecht. Eine Zwischenbilanz*. Berlin-New York. Walter de Gruyter, 1999, p. 49, nota 147). Nesse sentido também Virgílio Afonso da Silva (A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Editora Malheiros, 2005, p. 157).

<sup>342</sup> “Segundo Bobbio, por liberdade negativa entende-se “a situação na qual um sujeito tem a possibilidade de agir ou não agir, sem ser obrigado a isso ou sem que o impeçam outros sujeitos”. É a liberdade como ausência de constrangimentos. Já a liberdade positiva –de acordo como pensador de Turim– coincide com “a situação em que um sujeito de direito tem a possibilidade de orientar sua vontade em direção a um objeto, de tomar decisões, sem ver-se determinado pela vontade dos outros”. Diz-se que ela é positiva porque pressupõe que o indivíduo reúna as condições necessárias para agir, não se esgotando na mera ausência de impedimentos externos. Um exemplo curioso, colhido em Ernst Tugendhat, ilustra bem a diferença: “Um alpinista que caiu na fenda de uma rocha está, no sentido negativo, livre para sair porque ninguém o impede isto, enquanto no sentido positivo ele não está livre, porque não tem as condições para tal”. Esta classificação coincide com a de “liberdade de” (*freedom from*), em oposição à “liberdade para” (*freedom to*), identificando-se a primeira com a liberdade negativa e a segunda com a positiva” (Sarmiento, Daniel. Os princípios Constitucionais da Liberdade e da Autonomia Privada, p. 301).

108. Adiante na busca de balizas de ponderação, em relação às relações entre indivíduo e associações privadas, pertinente a concepção de Ferrer i Riba e Salvador Coderch, juristas espanhóis, para os quais a intervenção judicial protetiva mais se impõe quanto maior a importância econômica da associação, pelo prejuízo econômico acarretado pela eventual exclusão ou penalidades impostas ao associado; em contrapartida, em associações de cunho religioso, ou em que os associados partilhem de uma determinada e singular ideologia, a intervenção judicial não se justificaria *prima facie*. Foi esse justamente o norte que inspirou o julgamento do RE 201.819<sup>343</sup>, versando sobre exclusão de associado da União Brasileira de Compositores, entidade integrante do ECAD (Escritório Central de Arrecadação e Distribuição), titular de serviço público por delegação (como sedimentou a ADI 2054, DJ 17/10/03). Entendeu-se que o músico restaria privado da percepção de seus direitos autorais, implicando inclusive em restrição ao livre exercício da profissão, pelo que foi reconhecida a incidência direta da garantia constitucional do devido processo legal, e a nulidade do procedimento que resultou em sua expulsão.<sup>344</sup> Note-se, ademais, a presença nítida dos pressupostos de dependência, vulnerabilidade e desigualdade na relação ECAD-compositor.<sup>345</sup>

109. Um quinto critério de ponderação: as decisões dos particulares que digam com âmbitos existenciais ou direitos de caráter personalíssimo (*höchstpersönlichen Charakters*,<sup>346</sup> como a liberdade religiosa, de comunicação, expressão, religião, artística, profissão, a privacidade, ou a integridade corporal, que o constitucionalismo americano designou

---

<sup>343</sup> J. 11/10/05.

<sup>344</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. A Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: exclusão de sócio da União Brasileira de Compositores (RE 201.819). In Revista da AJURIS, n. 100. Porto Alegre: AJURIS. 2005, p. 148-150.

<sup>345</sup> Segundo G. Lombardi, o caráter definitivo de decisões tomadas pelos órgãos de administração de pessoas jurídicas privadas demonstra, em certa medida, um poder de autotutela típico da Administração pública, tendente a subtrair-se do crivo do Judiciário. Ao poder do órgão de controle confronta-se, inferiorizado e impotente, o sócio, empregado etc. Assim demonstrada a similitude com a relação assimetria administração-administrado, e se poderia importar para a relação sociedade-sócio a incidência dos direitos fundamentais (apud Ubillos, ob. cit).

<sup>346</sup> Canaris, C.W. Grundrechte und Privatrechte..., cit., p. 49

“*preferred rights*” ou “*preferred freedoms*”) em eventual conflito com outros bens constitucionalmente garantidos gozam, em princípio, de posição privilegiada (*preferência prima facie*, a importar-se a expressão de Alexy<sup>347</sup>), vislumbrando-se um dever de proteção estatal mais intenso, mesmo perante uma auto vinculação contratual. Situação que se inverte caso em liça direitos meramente econômicos do particular, pois enquanto aquelas “*preferred freedoms*” se ligam fundamentalmente ao desenvolvimento da personalidade, estes, nada obstante também com ela conectados, vêm expressamente relativizados no texto constitucional (seja pelo princípio da igualdade, seja pelo da solidariedade)<sup>348</sup>. Com efeito, a Suprema Corte dos Estados Unidos construiu jurisprudência segundo a qual a legislação que normatize apenas a livre iniciativa, isto é, tenha cunho estritamente econômico, deve ser apreciada com comedimento acentuado (“*low scrutiny*”), valorizando-se a solução parlamentar; quando se tratar das *preferred freedoms*, por outro lado, leis que as restrinjam praticamente carregam uma *presunção de inconstitucionalidade*, impondo-se ao Estado o ônus argumentativo de demonstrar sua constitucionalidade, reputando-se-as “*categorias suspeitas*”, que impõem um “*strict scrutiny*”.<sup>349</sup> Estas mesmas construções, originalmente propostas para o exame da legislação, podem ser reconduzidas ao exercício da autonomia privada: quando houver disposição de direitos meramente econômicos, não há que se falar, em princípio, em dever de proteção.

Excepcionalmente, todavia, mesmo nessa hipótese, de pura disposição de direito econômico, Jörg Neuner salienta que a intervenção pode se impor, como forma de tutela indireta da personalidade do titular do direito e, mais especificamente, de “*proteção contra a*

---

<sup>347</sup> *Sistema jurídico, princípios jurídicos e razón práctica*, Doxa 5/148, apud Steinmetz (*Vinculação...*, cit, p. 220 e ss., e *Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada*, cit, p. 48 e ss.).

<sup>348</sup> SARMENTO, Daniel. Os princípios Constitucionais da Liberdade e da Autonomia Privada. In Leite, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 335-336.

<sup>349</sup> Idem, p. 320-321. Proposta a qual aderiu Steinmetz (*Vinculação...*, p. 220 e ss., e princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada..., p. 48 e ss). As expressões entre aspas foram extraídas de Queiroz, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justiciabilidade*. *Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justiciabilidade*. In Silva, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores. 2005, p. 176

*ausência de esperança*”. Exemplifica o autor com relações de endividamento permanente, que seriam em sua opinião denunciáveis depois de certo tempo, para evitar uma vinculação por toda a eternidade<sup>350</sup>. Colhe-se também da práxis jurisprudencial alemã hipótese subsumível à elocubração de Neunner, o assim chamado “*acórdão fiança*” (“*Burgschaft Entscheidung*”<sup>351</sup>): como condição para obtenção de empréstimo bancário de cem mil marcos, pai pede à jovem filha de 21 anos, que percebia mensalmente por volta de mil marcos, a prestação de fiança no valor integral do mútuo. Impaga a dívida, discutiu-se judicialmente a validade da garantia. O tribunal, ao dar ganho de causa à jovem fiadora, aludiu, em suas razões, à exploração de sua falta de experiência e à influência exercida por seu pai, interessado a qualquer custo na obtenção do empréstimo. Nota-se, aí, o recurso nítido àquele requisito da “*falta de capacidade decisória*” como gatilho da *Drittwirkung*. Por além, poder-se-ia recorrer ao argumento de Neuner, sobre uma dívida desse montante comprometer o próprio desenvolvimento da personalidade da jovem fiadora, que principiaria sua vida profissional com uma dívida impagável. Impunha-se, portanto, protegê-la “*contra a falta de esperança*”.

110. Sexto critério: também digno de atenção o objeto da relação jurídica de Direito Privado. Tratando-se de bem essencial (ensino, saúde e outros serviços básicos), a fiscalização sobre a livre iniciativa do contratante poderoso se incrementa. Todavia, em se tratando de bem supérfluo (acesso privilegiado a clube noturno, conforme sugere Sarmiento), a autonomia privada prepondera.<sup>352</sup>

111. Por fim, um sétimo critério diz respeito à extensão do direito fundamental de igualdade às relações *inter privatus*, impondo-se concordância com Vieira de Andrade, quando ensina que aquele princípio não vige, *prima facie*, entre particulares:

---

<sup>350</sup> Ob. cit., p. 256

<sup>351</sup> J. 24/2/94.

<sup>352</sup> Sarmiento, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 309.

*“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”.*

Conclui então o constitucionalista de além-mar que somente quando a violação do princípio isonômico, por particulares, implicasse violação à dignidade humana, envolvendo especialmente direitos da personalidade, é que se poderia exigir seu *enforcement*.<sup>353</sup> Jesús Alfaro Aguila-Real particulariza essas hipóteses: quando *“o critério de discriminação é imodificável ou muito dificilmente modificável pelo sujeito afetado pela negativa de contratar de forma que não pode evitar a discriminação ‘renunciando contratualmente’ a ser negro, mulher, homossexual etc”*; quando *“as discriminações se baseiam em circunstâncias utilizadas historicamente para determinar o status jurídico das pessoas”*; e em vista do *“caráter observável da discriminação. A razão se encontra em que somente no caso de a discriminação ser observável, pública, pode produzir o efeito desejado pelo discriminador: produzir status para o grupo do discriminador mediante a vexação do membro de outro grupo pessoal”*.<sup>354</sup>

Ao ensejo, Gilmar Mendes traz à colação acórdão (RE 161.243, 19/12/97) em que a autonomia cedeu passo ao princípio da igualdade, quando se censurou política da *Air France* que discriminava nacionais em relação aos empregados franceses:

*“Constitucional. Trabalho. Princípio da igualdade. Trabalhador brasileiro empregado de empresa estrangeira: estatuto do pessoal desta: aplicabilidade ao trabalho estrangeiro e ao trabalhador brasileiro. CF 1967, art. 153 par. 1º, CF 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: CF 1967, art. 153 par. 1º, CF 1988, art. 5º, caput). II – A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc, é inconstitucional. Precedente do STF: AG 110846 (Célio Borja, TRF 119/465). III – Fatores QUE autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV – RE cohecido e provido.”*<sup>355</sup>

<sup>353</sup> Ob. cit. p. 295.

<sup>354</sup> Autonomia Privada y derechos fundamentales. Anuário de Derecho Civil, Madrid, tomo XLVI, fascículo 1 p. 118, apud Steinmetz, Vinculação... p. 253.

<sup>355</sup> A Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: exclusão de sócio da União Brasileira de Compositores (RE 201.819). In Revista da AJURIS, n. 100. Porto Alegre: AJURIS, p. 149.

Todavia, altera-se a solução jurídica propugnada caso se verifique situação de desigualdade entre as partes (hipossuficiência), quando então será admissível um recurso mais dilatado ao princípio da igualdade.<sup>356</sup> Digno de nota que a tutela ao princípio da igualdade em situações de hipossuficiência foi implementado, inclusive com a *ultima ratio* coativa – a pena privativa de liberdade-, já nos idos de 1951, na L. 1521 (lei de crimes contra a economia popular), em seu art. 2º.<sup>357</sup> Vale a referência, por fim, à repulsa expressa do constituinte às práticas discriminatórias, quando atentem contra os direitos fundamentais (art. 5º, XLI, da CF/88), outro alicercer normativo a impor a extensão da igualdade às relações privadas, sempre com o comedimento sugerido e devida consideração à autonomia privada.

112. **V)** Verificado então o suporte fático da norma fundamental, cumpre ao juiz a quem cumprir protegê-la diretamente aplicar o correspondente preceito, que tanto pode redundar no reconhecimento da  nulidade  do ato jurídico violador de um direito fundamental (contrato que proíba o casamento, a liberdade de locomoção ou, irrestritamente, sem se justificar por um dever de sigilo/fidelidade, a liberdade de expressão, v.g.), ou então na imposição de dever de indenização (por exemplo, em virtude de discriminação fundada em raça, sexo, religião ou condição social, todas elas violadores do princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana, ou proibição da livre expressão, em virtude de ameaças)<sup>358</sup>. Viável, outrossim, o exercício da tutela judicial inibitória, por meio de *astreintes* ou mesmo de sanção penal (desobediência), obviando-se preventivamente a deflagração de lesão ao direito fundamental.

---

<sup>356</sup> Confira-se a interessante esquematização de precedências *prima facie* proposta por Steinmetz nas colisões entre princípio da igualdade e outros direitos fundamentais, com e sem hipossuficiência na relação material (Vinculação..., cit., p. 224).

<sup>357</sup> “São crimes desta natureza: I – recusar individualmente em estabelecimento comercial a prestação de serviços essenciais à subsistência; sonegar mercadoria ou recusar vendê-la a quem esteja em condições de comprar a pronto pagamento; II – favorecer ou preferir comprador ou freguês em detrimento de outro, ressalvados os sistemas de entrega ao consumo por intermédio de distribuidores ou revendedores”.

<sup>358</sup> Pinto, Carlos Alberto da Mota. Ob. cit., pp. 76-77. Canaris, a seu turno, alerta para outros possíveis efeitos, como a aplicação analógica do par. 888, n. 2, do CPC alemão, que exclui a possibilidade de execução forçada em determinadas hipóteses (Grundrechte und Privatrecht. Eine Zwischenbilanz. Berlin-New York. Walter de Gruyter, 1999, p. 48-9).

113. Esclarecidos possíveis marcos ponderativos de aplicação da *Drittwirkung*, lança-se o foco sobre a original tese de Virgílio Afonso da Silva acerca do mecanismo de funcionamento da *Drittwirkung*. Ao contrário de boa parte daqueles que se debruçaram sobre o tema, e que apontam a proporcionalidade como chave para solução de hipóteses de eficácia contra particulares, sustenta o festejado livre docente da USP que, por além de não haver lugar para aplicação daquele princípio, tampouco se imporia qualquer tipo de sopesamento (3ª etapa da proporcionalidade). Primeiro, porque a autonomia privada, assim como a competência legislativa do parlamento, são *princípios formais*, de forma que sequer seriam cotejáveis com *princípios materiais*, os direitos fundamentais<sup>359</sup>. Depois, ainda que fossem passíveis de ponderação recíproca aquelas duas categorias heterogêneas (princípios materiais e princípios formais), os dois passos antecedentes de aplicação da proporcionalidade, revelam-se críticos. No primeiro passo, a *adequação*, impor-se-ia saber se o ato de autonomia privada que dispôs (limitou) um direito fundamental lastreia-se em fim constitucionalmente legítimo, de forma a saber-se se ele é apto a realizá-lo. Porém, a mera fiscalização dos objetivos particulares revelaria tendência totalitária, recomendando portanto sua rejeição. Essa tendência se agudizaria, e à insuportabilidade, no exame da “*necessidade*”, isto é, na definição sobre se não há meios menos ofensivos ao direito fundamental restringido. É que a mera cogitação desse crivo, que exigiria que os particulares somente se utilizassem de meios necessários...

*“nada mais é que retirar-lhes a autonomia de livremente dispor sobre os termos de seus contratos. Em outras palavras: exigir a obediência à regra da necessidade não é uma forma de solução da colisão entre direito fundamental e autonomia privada, já que essa autonomia estará necessariamente comprometida pelas próprias exigências dessa regra”*<sup>360</sup>.

---

<sup>359</sup> Ob. cit., p. 160. O autor aduz ainda que mesmo que fosse possível esse cotejo, e não se vislumbraria em regra efetivo sopesamento, porque o que a doutrina costuma sugerir são apenas “*critérios para se definir o peso da autonomia privada em cada uma das relações envolvendo restrições a direitos fundamentais*”, não se fazendo referência ao grau de restrição do direito fundamental contraposto (idem, p. 156). Ora, parece-nos que justamente quando se define que a autonomia privada tem peso *prima facie* menor, a atividade de efetiva ponderação, com seja lá qual for o direito fundamental colidente, resulta mais segura e previsível, o que justifica o esforço de descobrir aquelas precedências em tese (intento com o que de toda forma concorda o autor em p. 155).

<sup>360</sup> Idem, p. 163.



Não integra o propósito do presente ferir aquela primeira objeção do autor, sobre a impossibilidade de sopesamento entre princípios formais (autonomia privada e competência legislativa) com princípios materiais, questão que refugiria ao tema do presente estudo.<sup>361</sup> Limitamo-nos a enfrentar a recusa do autor em aplicar a proporcionalidade à *Drittwirkung*, porque ela sim critério eficaz para limitar a discricionariedade judicial na aplicação do *Schutzpflicht*, demonstrando-se, por meio de dois exemplos, que ela tem sim pertinência no manejo da *eficácia contra particulares*.

Uma violação moderníssima -e evidente- da privacidade do empregado decorre da prática usual –quase um terço dos americanos que usam computadores no trabalho estariam submetidos a essa política- de buscas feitas pelo empregador nos arquivos eletrônicos contidos nos computadores utilizados pelos empregados, ao argumento de que, pertencendo os computadores à empresa, também seus arquivos lhe pertenceriam. Constata-se uma vez mais o conflito de princípios: de um lado, a liberdade de empresa, legítima, que pretende evitar perdas de produtividade e transferência de segredos comerciais, bem como, quiçá, prevenir possíveis ações judiciais decorrentes de assédio sexual no ambiente de trabalho. De outro, a privacidade do empregado, que parece excessivamente limitada no ambiente de trabalho em virtude dessa prática, mormente quando não existem pré-condições definidas para a fiscalização. *Id est*, a seguir-se esse *modus decidendi*, e coloca-se todo o universo de empregados sob suspeita de utilização indevida do e-mail profissional, acarretando, s.m.j., restrição excessiva da privacidade e do sigilo de correspondência.

O Tribunal Superior do Trabalho, entretanto, em 16/5/05, por sua 1ª Turma, à unanimidade, em acórdão relatado pelo Min. João Oreste Dalazen, confirmou a licitude dessa

---

<sup>361</sup> É de se notar, porém, que na esteira da doutrina e da jurisprudência citadas ao longo do trabalho, adotou-se a tese da possibilidade dessa ponderação, que ademais facilita a compreensão do conflito de princípios a solucionar. Confira-se no item 57 a citação de Robert Alexy em que justamente defendida essa ponderação de competência legislativa (princípio formal) com direitos fundamentais contrapostos. O próprio autor paulista concorda com a existência de situações em que a autonomia privada deve ser relativizada perante direitos fundamentais (ob. cit. p. 157).

revista, inclusive sobre o *e-mail* do empregado. Ainda que “*adequada*” (primeira etapa da proporcionalidade) à proteção da eficiência e liberdade de empresa, a solução adotada pelo TST parece não resistir à prova da necessidade (2ª etapa da proporcionalidade): antes que uma fiscalização geral irrestrita, o exame poderia ficar circunscrito apenas a empregados que revelassem queda de produção, ou em relação aos quais houvesse prévia suspeita de utilização indevida do *e-mail*. Assim a intimidade dos empregados seria menos limitada, e a liberdade e eficiência da empresa não restariam tampouco comprometidas. Eis, pois, que as duas etapas da proporcionalidade recusadas por Virgílio Afonso da Silva conduziram adequadamente um raciocínio jurídico de *Drittwirkung*.<sup>362</sup>

A hipótese lobrigada por Canaris de inseminação heterônoma também põe em questão a assertiva de constitucionalista paulista. Caso o banco de esperma, provocado pelo filho, se recuse a declinar o nome do pai-doador-de-esperma, vislumbra-se então uma violação ao direito geral de personalidade do filho, impondo-se então um dever de proteção estatal correspondente. Ao juiz, na solução do caso, cumpriria assim resolver a colisão entre um direito “à *autodeterminação informativa*” (*informationelle Selbstbestimmung*) do doador ao banco de esperma, que pretende permanecer anônimo, e o direito geral de personalidade do filho, que busca suas origens, ambos deriváveis dos direitos fundamentais. O professor de Munique alvitra então –após extensa e convincente argumentação, cuja pedra de toque é que justamente o anonimato garantido ou pressuposto pelo doador foi condição da existência do filho- que de duas soluções que tutelem a pretensão informativa do filho (etapa da *adequação*), opta-se por aquela que menos limita o direito contraposto do pai (etapa da *necessidade*): prestam-se as informações, todavia sem delas se derivar quaisquer pretensões

---

<sup>362</sup> Melhor seria que o varejamento eletrônico de *e-mails* somente se viabilizasse mediante autorização judicial (até porque não se vê razões para excluí-lo da proteção do art. 5º, XII da CF, que estabelece a inviolabilidade de correspondência. Ou será porque o empregado recebe missiva em papel no trabalho seu empregador estará autorizado a devassá-la?), comprovados, previamente, indícios de má utilização. Tratar-se-ia de proteção assemelhada à do sigilo telefônico, somente relativizável mediante ordem judicial, e não tão acentuada quanto a do sigilo de correspondência tradicional, segundo os termos da constituição inviolável em qualquer hipótese.

econômicas (alimentos e direitos sucessórios). Do contrário, corre-se o risco de simplesmente desaparecerem os doadores e os futuros processos de inseminação se inviabilizarem.<sup>363</sup> Aí outra hipótese que desmente a tese em exame.

Note-se que o professor da USP, a fim de comprovar sua assertiva, exemplifica com indivíduo que participa de “*reality show*” na televisão, submetendo-se a permanecer, junto com outros participantes, durante certo período dentro de uma casa, com sua intimidade devassada por câmeras que transmitem ininterruptamente em rede nacional.<sup>364</sup> Na adequação, importaria saber se a renúncia à intimidade ao menos cumpria outros interesses do particular (como visto logo acima, só este crivo revela natureza invasiva, quase totalitária). Na necessidade, impor-se-ia aferir se o participante do show não tinha outros meios –menos invasivos de sua intimidade- para atingir os mesmos fins (dinheiro e fama), sendo que a mera cogitação desse exame eliminaria por inteiro a autonomia do indivíduo.

Não há reparos possíveis a essas considerações, todas elas corretíssimas, de forma que a hipótese por certo conforta a tese do autor; porém, como visto, a tese não passa no teste da generalização, sendo suplantada pelos exemplos antes expostos. Na realidade, ao que parece a questão do “*reality show*” enfrenta a mesma problemática antes abordada da “*proteção contra si próprio*”: quando o próprio titular do direito, no pleno e livre exercício da livre autonomia privada dispõe de um direito fundamental seu, não cumpre ao Estado se intrometer nessas escolhas, pena de perversão do sentido original dos direitos fundamentais, de justamente construir esferas imunes àquela interferência, salvo se houver interesses de terceiros ou públicos que se oponham à opção privada (jamais do próprio titular que dispôs do direito

---

<sup>363</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. Grundrechte und Privatrecht... Cit., pp. 65-70. Adaptou-se a hipótese do autor alemão à teoria adotada neste estudo (da eficácia direta dos direitos fundamentais). Ademais, o autor alemão refere que sua solução é de *lege ferenda*, porque a exclusão de direitos patrimoniais do filho extrapolaria os limites da criação judicial do Direito. Sem embargo, para fins de exposição, simplificou-se o exemplo, com o intuito de tão só comprovar a possível inadequação da tese de Virgílio A. da Silva.

<sup>364</sup> Ob. cit., fl. 162-4.

fundamental)<sup>365</sup>. Nessa hipótese, portanto, de proteção contra si próprio, é que não faz sentido examinar-se a adequação e a necessidade, pena de utilização totalitária dos direitos fundamentais. Porém, quando se tratar de intervenções particulares nos direitos fundamentais, ou quando, na proteção contra si próprio, houver razões externas ao titular do direito fundamental, é sim viável –e recomendável– a utilização dos critérios de adequação e de necessidade.

114. Estas considerações todas feitas, e esboça-se a síntese: o *dever de proteção* do Estado jamais deve se desvincular do caráter preferencial da lei, com subsidiariedade longínqua da aplicação direta da norma de direito fundamental, nos casos de omissão ou insuficiência legislativa<sup>366</sup>. Esta a síntese exigida pelos dois pólos de tensão: pretensão de segurança (pela generalidade e previsibilidade da lei<sup>367</sup>) e preservação da separação dos poderes, de um lado; de outro, efetiva proteção dos direitos fundamentais. Assim se libera o juiz de fazer caso a caso a aplicação dos princípios constitucionais, que exige sempre problemáticas ponderações jurídico-constitucionais, podendo concentrar-se em sua especialidade, de interpretação e aplicação das regras de direito privado.<sup>368</sup>

Gize-se, contudo, concepção de P. Häberle, para o qual as leis não eliminam a necessidade de ponderação, mas apenas a facilitam.<sup>369</sup> Deveras, ao fim e ao cabo, depois de enfocadas todas as teorias acerca da *Drittwirkung*, fica-se com a nítida impressão de discutir-

<sup>365</sup> Itens 51-55

<sup>366</sup> Conferir, supra, capítulo C.5. (Jurisdição e Deveres de proteção), bem como itens 100-112..

<sup>367</sup> Com particular clareza e sinceridade, resume Bobbio a incerteza jurídica decorrente da interpretação dos direitos fundamentais : “E, dado que é sempre uma questão de opinião estabelecer qual o ponto em que um termina e outro começa, a delimitação do âmbito de um direito fundamental do homem é extremamente variável e não pode ser estabelecida de uma vez por todas” (ob. cit. p. 42).

<sup>368</sup> Restritivo, em excesso dir-se-ia, desconsiderando inclusive a possibilidade de dever de proteção, Hesse: “A eficácia imediata resulta pois extraordinariamente limitada [...] A realização dos direitos fundamentais resulta mais insegura em um contexto de generalizada desregulamentação das relações. A lei outorga aos direitos maior certeza e projeção ao mesmo tempo em que permite um jogo mais funcional da separação dos poderes [...] O controle do Tribunal Constitucional terá por objeto não tanto a decisão judicial relacionada direta e materialmente aos direitos fundamentais, senão a ignorância da lei, sua interpretação radicalmente inconsistente e sua possível inconstitucionalidade” (GUTIÉRREZ, Ignacio Gutiérrez. Prefácio. In HESSE, Konrad. Derecho Constitucional y Derecho Privado. Madrid: Civitas, 1995. pp. 19-20).

<sup>369</sup> Apud Estevez Araujo. No mesmo sentido Alexy (*Teoría de los derechos fundamentales*, apud Ubillos, pag. 362, nota 301): “la propia autonomía privada es principio constitucionalmente protegido que tiene eficacia entre particulares. No hay más solución que la ponderación”.

se o sexo de anjos, pois a necessidade de se examinar eventual incidência do direito fundamental no caso concreto, com sua aplicação como norte interpretativo, ou excepcionalmente de forma direta, mediante uma ponderação judicial, é uma característica comum de todas as modalidades mais acatadas (eficácia direta, indireta mediatizada pelo juiz, e a teoria híbrida, aqui esposada, de vinculação bifrontal imediata).<sup>370</sup> Por sinal, imposição hermenêutica essa manifestada inclusive quando se trata de oposição dos direitos fundamentais contra o próprio Estado, i.e., em sua eficácia clássica<sup>371</sup>.

---

<sup>370</sup> Segundo Alexy, qualquer das teorias acarreta, ao fim e ao cabo, a mesma solução ao caso concreto (Theorie der Grundrechte, p. 483). No mesmo sentido Vieira de Andrade: “as diferenças práticas são menores do que intensidade sonora da discussão poderia fazer crer [...] seja qual for a teoria adotada, os seus quadros são capazes de suportar soluções concretas equilibradas e justas” (Andrade, José Carlos Vieira de. in Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado/ Aldacy Rachid Coutinho... [et. Al]; org. Ingo Wolfgang Sarlet. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003 p. 278 e 283).

Nesse sentido Mota Pinto, “falar de aplicação mediata ou imediata é, a bem dizer, questão de palavras ou de formulação” (Teoria Geral..., cit., p. 70).

Em sentido diverso Leandro Zanitelli:

“Fica claro o modo como Alexy chega à tese da equivalência de resultados quando ele afirma que a teoria da eficácia indireta não se opõe a uma interpretação da lei contrária ao significado usual das palavras do texto legal. Se o que a teoria da eficácia indireta designa por “interpretação” for assim concebido, as soluções às quais essa teoria estará apta a levar não se sujeitarão a qualquer limite decorrente da lei, e tudo, de fato, o que se conclua ao admitir uma eficácia direta também poderá ser afirmado através de uma interpretação da lei ajustada à Constituição. Se, no entanto, entender-se “interpretação” de maneira mais restrita, como atividade que se atém ao texto, é evidente que a equivalência entre os resultados a que são capazes de conduzir as teorias da eficácia direta e indireta deixa de ser, em princípio, sustentável” (Zanitelli, Leandro. DIREITO PRIVADO CONSTITUCIONAL E MÉTODO: um estudo sobre a interpretação constitucional e sua influência no Direito Privado. inédito, p. 164-165).

Somente a eficácia indireta por meio do legislador é que se revela excessivamente tímida, importando em negação de eficácia normativa à constituição e dos deveres de proteção.

<sup>371</sup> “A equalização de interesses contrapostos, ao contrário da concepção de boa parte dos autores, não é tarefa apenas das normas jusprivadas, mas também e justamente a finalidade de prescrições de direito público, até as leis penais. A problemática de direitos fundamentais colidentes e sua solução através do princípio da concordância prática não são uma particularidade do Direito Civil, caracterizando também as outras searas jurídicas” (“Einander widersprechende Interessen auszugleichen ist entgegen der Auffassung mancher Autoren já nicht nur Aufgabe privatrechtlicher Normen, sondern auch und gerade Zweck öffentlich-rechtlicher Vorschriften bis hin zu den strafrechtlichen Gesetzen. Die Problematik kollidierender Grundrechte und ihre Lösung durch das Prinzip der praktischen Konkordanz sind kein Spezifikum des bürgerlichen Rechts, sondern charakterisieren auch die anderen Rechtsgebiete”) (Hager, Johannes, ob. cit. p. 375).

## F. EXCURSO: O PARADOXO PROCESSUAL DA *DRITTWIRKUNG* NO BRASIL

115. Vênia, neste ponto, para segundo *intermezzo* -não tão breve, mas cuja relevância não autoriza sua desconsideração- sobre um aspecto processual relevantíssimo sobre o dilema “*generalização X individualização*” na aplicação do Direito, naturalmente pertinente à *Drittwirkung*.

Como forma de restabelecimento do equilíbrio entre estes dois pólos (que refletem, de um lado, o valor da *segurança jurídica*, e de outro o da *justiça do caso concreto*), sumamente prejudicado com a força normativa dos dispositivos constitucionais (e o correspondente reforço do poder criativo judicial, mormente em regimes de controle difuso de constitucionalidade, em que cada juiz é “*órgão de justiça constitucional*”<sup>372</sup>), impõem-se, quer-se crer, mecanismos de reforço da previsibilidade das decisões, em especial por meio da eficácia vinculante das decisões das cortes de uniformização de jurisprudência<sup>373</sup>.

---

<sup>372</sup> Queiroz, Cristina. Direitos fundamentais sociais, cit., p. 180, nota 34. Dominique Rousseau, em lição eloqüente, evidencia a necessidade de se reforçar a previsibilidade do Direito, em face de sua atual formatação: “*Rejeitando esta visão hegeliana onde a constitucionalização do Direito parece a última etapa da razão jurídica triunfante, deve-se admitir, sem necessariamente invocar a teoria do caos, que as coisas são ao mesmo tempo mais complexas, mais simples e mais vivas. A ordem constitucional -a ordem jurídica- é, permanece e permanecerá plural. Plural em suas fontes -local, regional, nacional, européia, internacional- plural também no seu modo de construção, nele compreendidos os princípios constitucionais, porque, mesmo aí, o juiz constitucional não é o único ator de suas construções. Deve aceitar-se pensar o Direito, e a ordem jurídica a partir da desordem*” (*Y a-t-il trop de controle de constitutionnalité des lois em France, in La Constitutionnalisation des Branches du Droit*, pp. 24 e 25).

<sup>373</sup> Acentue-se que o efeito vinculante das decisões do *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Federal Constitucional – corte constitucional alemã) em relação aos demais juízes e tribunais não provoca maiores dúvidas, ainda que confrontado com o princípio da independência dos juízes, uma vez que, segundo orientação doutrinária assente, essa independência é entendida como *liberdade em relação aos demais órgãos estatais que não os próprios tribunais*. De resto, não se questiona a vinculação dos juízes e tribunais às decisões específicas das cortes superiores, que podem cassar, reformar e suspender julgados das Cortes inferiores (MENDES, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas. Revista Jurídica Virtual, da Subchefia para Assuntos Jurídicos Presidência da República: [www.presidencia.gov.br](http://www.presidencia.gov.br)).

Sepúlveda Pertence esgrime argumentação irrefutável –tanto do prisma teórico como pragmático- em favor do efeito vinculante (trata o eminente ministro das ações de controle objetivo da constitucionalidade – ADC, ADIN e ADPF- mas em lição que se amolda às demais decisões das cortes de Brasília):

“*O efeito vinculante teve o grande valor de realizar a isonomia, às vezes contra o cidadão, muitas vezes a favor do cidadão desarmado, desinformado de seus direitos e sem capacidade para postular perante uma jurisdição cara e, sobretudo, tão demorada. Certo é que, muitas vezes e em certas conjunturas, o controle difuso amplo parece ser mais democrático, mas é ilusório porque, no final das contas, apenas vai expor o usuário a uma das duas possibilidades: ou a correr por anos as vias da jurisdição originária até chegar à solução já prevista, e já imposta erga omnes, ou, o que é pior, ficar pelo caminho entre uma perda de prazo na preclusão*

Ora, nos ordenamentos que recepcionaram a “*eficácia contra particulares*”, sua consagração pretoriana definitiva, como não poderia deixar de ser, se deu na jurisprudência das respectivas cortes constitucionais. A elas cabe, ao final, a decisão última sobre lide em que se argúa a *Drittwirkung*. Não, todavia, entre nós, no que manifesto um *paradoxo processual-constitucional*: uma corte constitucional que não pode aplicar, ao menos em sua inteireza, e em virtude de sua própria jurisprudência (!), a teoria dos “*efeitos horizontais*”.

116. Confere-se. A “contrariedade à Constituição”, a que alude o art. art. 102, inc. III, a, da CF, autorizadora do recurso extraordinário, fica restrita aos casos em que essa ofensa seja “*direta e frontal*” (RTJ 107/661); “*direta e não por via reflexa*” (RTJ 105/794), ou seja, quando é o “próprio” texto constitucional que resultou ferido, sem “Lei Federal” de permeio.<sup>374</sup> Esse entendimento foi crismado na Súmula 636 daquele alto pretório (“*Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressupõe a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida*”). Assim, caso o recorrente, como razões do extraordinário, sustente que a

---

*de um recurso, enfim, entre acidentes processuais*” (“O controle da constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais”. In Sampaio, José Adércio Leite. Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 403).

<sup>374</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Recurso Extraordinário e Recurso Especial, p. 151, apud Ofensa direta e frontal à constituição federal como pressuposto de cabimento do recurso extraordinário segundo a jurisprudência do STF, Fábio José Moreira dos Santos. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meio de impugnação á decisões judiciais. Nery Jr. Nelson. Wambier, Teresa Arruda Alvim. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. – (Série aspectos polêmicos e atuais dos recursos; v. 6).

Didático esse excerto de acórdão do STF, relatado pelo Min. Celso de Mello “*É que a interpretação judicial de normas legais- por situar-se e projetar-se no âmbito infraconstitucional- culmina por exaurir-se no plano estrito do contencioso de mera legalidade, desautorizando, em consequência, a utilização do apelo extremo*” (AgRg em Petição 1859-DF).

Teresa Negreiros enumera alguns julgados do STF nesse sentido prevalecente: RE n. 162054, Ministro Sydney Sanches, 03/12/93, 1a Turma, DJ de 25/03/94; Agrag n. 180710, Ministro Maurício Correa, 13/05/96, 2a Turma, unânime, DJ de 02/08/96. A autora aponta, ainda, algumas decisões incipientes em sentido contrário: RE n. 15815, Ministro Marco Aurélio, 30/04/96, 2a Turma, unânime, DJ de 07/06/96 (*Fundamentos para uma Interpretação Constitucional do Princípio da Boa-Fé*, Rio de Janeiro, Renovar, 1998, p. 128 e ss., em que atribui a esse posicionamento a negativa de normatividade aos princípios constitucionais).

decisão recorrida interpretou equivocadamente a legislação infraconstitucional e, ao fazê-lo, violou normas constitucionais, sequer verá sua irresignação conhecida.<sup>375</sup>

Eis, portanto, que o justo temor de sua própria inviabilização<sup>376</sup> levou o STF a esse paradoxal *modus decidendi*, que extirpa de sua competência uma das mais eminentes eficácias da norma constitucional (a “*interpretação orientada pela constituição*”), tornando-se quicá das poucas cortes constitucionais –em cujo Direito a doutrina e a jurisprudência ordinária

---

<sup>375</sup> BARROSO, Luis Roberto. Recurso extraordinário. Violação indireta da Constituição. Ilegitimidade da alteração pontual e casuística da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *in* Temas de direito constitucional – tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 294.

O estudo do constitucionalista do Rio de Janeiro conta com ampla pesquisa, inclusive com importante sistematização dessa jurisprudência em grupos de casos de não conhecimento de extraordinário (“requisitos para rescisória, violação à legalidade, ao devido processo legal, ao acesso ao judiciário, ao direito adquirido”).

Verdade que muito excepcionalmente o STF admite extraordinários, mesmo que em virtude de ofensa reflexa, o que também é motivo de crítica doutrinária, não mais pela recusa da competência, mas agora pelo casuísmo de que revestidas essas decisões (BARROSO, Luis Roberto. Ob. cit. pp. 279-302). A crítica do autor volta-se contra o provimento ao agravo regimental em agravo de instrumento 395662-1/RS, relatado pelo Min. Gilmar Mendes, que reformou decisão monocrática do Min. Carlos Velloso, para conhecer e dar provimento a extraordinário, julgando improcedente reclamatória milionária contra a União. Vale notar que esse extraordinário encontra supedâneo doutrinário em estudo do próprio relator (Contrariedade à Constituição e recurso extraordinário: aspectos inexplorados. *In* Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. 3a ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2004 p. 299-308).

Colhe-se, ainda, *ad instar*, o RE 154.159, rel. Marco Aurélio, em que se admitiu extraordinário também sem ofensa direta. Aliás, esse eminente magistrado, célebre por criativas e independentes dissidências, só capitaneou acórdãos em que os colegiados do STF afastam-se do *self restraint* daquele sodalício no conhecimento dos extraordinários. No RE 158.215 (DJ 7/6/96), relatado por aquele ministro, a 2ª Turma do STF justamente aplicou diretamente a *Drittwirkung*, porque –*verbis*– “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” (tratava-se de hipótese de exclusão de associado da cooperativo por violação aos estatutos, sem respeitar seu direito ao devido processo legal).

Trata-se de entendimento que, se universalizado, tende a revolucionar a jurisprudência do STF, sem embargo de condicionar a subida do recurso –à míngua de critérios claros– à pura discricionariedade do tribunal, mormente quando o relator apenas alude a um *intuito protelatório* como barreira ao seu conhecimento: trata-se, note-se bem, de conceito dotado de tamanha carga de subjetividade que seu acatamento implicaria a admissibilidade de todos os extraordinários, salvo aqueles que, por *absurdos*, revelassem a chicana. E por aí já se cairia em círculo vicioso: o mérito de todos os recursos teria primeiro que ser analisado, para definir-se se delirante, e então se concluir pela intenção protelatória e por seu não conhecimento. *Id est*, não se reduz o trabalho da corte, no que se põe à calva a ineficácia do critério, e por além faz depender dos seus humores se um recurso será conhecido, naufragando a previsibilidade que se espera da jurisprudência, especialmente de tribunal que ocupa a cimeira do sistema judicial.

<sup>376</sup> Fala-se mesmo, ao ensejo, da “*crise do Supremo Tribunal Federal*”, em virtude do virtualmente invencível número de processos que ingressam naquela corte, e que a EC 45 pretendeu solucionar, restabelecendo a grüção de relevância nos extraordinários.



conhecem a aplicam a *Drittwirkung*- que simplesmente está impedida de aplicá-la, e isto *motu proprio*.<sup>377</sup>

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

118. De toda forma, confira-se o alvitre doutrinário para solucionar essa esquizofrênica aplicação da *eficácia contra particulares*. O ilustre Min. Gilmar Ferreira Mendes, mentor da lei que regulou a argüição de descumprimento de preceito fundamental (Lei 9.882/99), atribui a essa esfingética ação<sup>378</sup> –e trata-se, até onde se sabe, de opinião isolada- justamente a aptidão para levar ao STF inclusive ações que impliquem aplicação da *Drittwirkung* indireta<sup>379</sup>. O festejado constitucionalista, ocupante de cátedra no STF, traça paralelo com corte constitucional alemão:

“Por essas razões, procura o Tribunal [o BVerfG] formular um critério que limita a impugnação das decisões judiciais mediante recurso constitucional. Sua admissibilidade dependeria, fundamentalmente, da demonstração de que, na interpretação e aplicação do direito, o Juiz desconsiderou por completo ou essencialmente a influência dos direitos fundamentais, que a decisão revela-se grosseira e manifestamente arbitrária na interpretação e aplicação do direito ordinário ou, ainda, que se ultrapassaram os limites da construção jurisprudencial”

---

<sup>377</sup> Trata-se de orientação nada menos que “nefasta, por impedir que o Supremo Tribunal Federal tutele o respeito à Constituição, pelos tribunais ordinários, na sua tarefa de interpretar e aplicar a legislação à luz da Lei Maior. Afastam-se do crivo do Pretório Excelso as mais relevantes hipóteses de aplicação da teoria da eficácia irradiante dos direitos fundamentais, que se ligam à necessidade de interpretação das cláusulas gerais do direito infraconstitucional ao lume dos valores hospedados na Constituição. Recorde-se, a propósito, que foi exatamente em casos dessa espécie que se desenvolveu a teoria da eficácia irradiante dos direitos fundamentais” (Daniel Sarmiento, ob. cit., p. 287).

<sup>378</sup> Trata-se de adjetivação utilizada pelo Min. Sepúlveda Pertence (ob. cit. p. 396)

<sup>379</sup> “Problema igualmente relevante coloca-se em relação às decisões de única ou de última instância que por falta de fundamento legal, acabam por lesar relevantes princípios constitucionais” MENDES Gilmar F. Apud Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n 9882/99 / André Ramos Tavares, Walter Claudius Rothenburg (organizadores). – São Paulo: Atlas, 2001. p. 144-5).

Hipóteses que o autor reputa de difícil ocorrência no STF (mormente em virtude da blindagem à subida de recursos oposta pela doutrina da ofensa direta), sendo que a ADPF, justamente viria a “*libertar o questionamento da decisão judicial dessas amarras*”.<sup>380</sup> A se admitir essa eficácia dessa nova ação constitucional, e estará superado em parte essa curiosa situação em nosso Direto Constitucional Processual.<sup>381</sup>

---

<sup>380</sup> Idem. p. 145

<sup>381</sup> Não se trata de solução final, por outro lado, porquanto a ADPF tem rol restritíssimo de legitimados ativos, de forma que no mais das vezes será efetivamente o STJ o último “guardião da Constituição”, quando em aplicação a *Drittwirkung* indireta. Daniel Sarmiento argumenta que de *lege lata* não seria viável a utilização da ADPF com essa finalidade, porquanto o art. 1º da L 9.882/99 justamente a dirigiria contra lesões praticadas “por ato do poder público” (*verbis*) (Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, 327). Impor-se-ia então, como solução, um raciocínio como o de Schwab (convergência estatal) ou Canaris (que sempre atribui ao Estado as violações dos direitos fundamentais, sem por excesso, seja por omissão/déficit), para que se permitisse o manejo da ADPF na eficácia contra particulares.

## G. CONCLUSÃO

118. Encaminhando as conclusões deste estudo, retenham-se as luminosas palavras de Lopez y Lopez sobre a Jurisdição na contemporaneidade, inserida num processo de constitucionalização e jurisdicização da política<sup>382</sup>. Segundo o pensador espanhol, a missão e sentido do *munus* do juiz não se podem mais explicar com recurso exclusivamente a conceitos constitucionais clássicos, pois que adequados a um esquema jurídico que não mais se repete hoje, quando

*“La proliferación de cláusulas generales y conceptos jurídicos indeterminados, añadidos a la eficacia de las normas constitucionales como normas jurídicas (...) propician las “tentaciones de la política” en la actuación jurisdiccional. En pocas palabras, la sustancial mutación del ordenamiento acaecida llena a los jueces de posibilidades acusadísimas de introducir criterios propios en la aplicación del Derecho; con lo que, aun salvada la imparcialidad como elemento estructurante del juicio, la objetividad deviene imposible, en todo caso muy difícil.”*<sup>383</sup>

Essa forma de legislar, por meio de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, e se deve acrescentar, com o manuseio dos princípios constitucionais no dia-a-dia do foro, importam eles todos em verdadeira delegação legiferante em favor do juiz. Não apenas permitem remissão à realidade<sup>384</sup>, como expressamente transferem parte fundamental da valoração jurídica ao intérprete<sup>385</sup>, acarretando um inaudito incremento do poder judicial, conferindo-lhe uma função política, objetivando a proteção de minorias e a concretização da

---

<sup>382</sup> Cristina Queiroz. Teoria..., cit., p. 235. Processos estes que acarretam, segundo a autora, a diminuição do espaço de autonomia da política.

<sup>383</sup> Ob. cit. p. 462

<sup>384</sup> “O ponto de partida [da interpretação] é sempre um ‘problema’ que se inscreve na existência do sujeito e que supõe a sua ‘pré-compreensão’ em relação tanto à ‘compreensão’ do ‘texto’ como do ‘problema’, dando lugar a uma estrutura circular entre a realidade existencial e o texto a interpretar (‘círculo hermenêutico’). É o que Wolfgang Fikentscher denomina, de forma sugestiva, de ‘pensamento orientado pela norma de contempla o caso’, e Aulius Aarnio por ‘estratégia de investigação centrada no problema’ (Cristina Queiroz, Teoria..., cit., p. 179).

<sup>385</sup> Cristina Queiroz, ob. cit., p. 187.

igualdade material.<sup>386</sup> Como sintetiza Cristina Queiroz, há uma relação inversamente proporcional entre a clareza do texto normativo e o poder de interpretação conferido ao operador jurídico, o que se reflete na relação de poder entre legislador e juiz.<sup>387</sup>

Toda a problemática, conforme já se pode identificar, orbita ao redor de duas pretensões legítimas: de um lado a realização de justiça no caso concreto, e de outro o valor segurança, pois que a *constitucionalização do Direito Privado* compromete a clareza dogmática nos planos constitucional e legal.<sup>388</sup>

A verdade é que não se pode sustentar, em sã consciência, uma vigência irrestrita das normas jusfundamentais. Isso resultaria naquele totalitarismo que os detratores da doutrinas da *Drittwirkung* tanto temem: preferências subjetivas dos sujeitos privados teriam de ser abandonadas para que, v.g., o princípio isonômico tivesse plena aplicação. Em criteriosa consideração sobre o tema, diz Ubillos que “*este não é um problema específico dos limites da Drittwirkung, senão dos limites do Direito em geral. Ali onde o Direito não pode chegar, não pode tampouco a força vinculante dos direitos fundamentais*”<sup>389</sup>, pois uma sociedade livre tem como correspondente um sistema jurídico-privado em que as decisões individuais não precisam justificar-se: valem porque queridas, ainda que absurdas ou injustas objetivamente.<sup>390</sup>

---

<sup>386</sup> Lopez y Lopez, ob. cit., 463.

<sup>387</sup> Teoria..., cit., p. 176. No mesmo sentido a lição de José Eduardo Faria: “*É, isto sim, a incapacidade do Executivo e do Legislativo de formular leis claras, unívocas e sem lacunas, de respeitar os mais elementares princípios gerais de direito e de incorporar as inovações legais exigidas pela crescente integração dos mercados (Waltman: 1996), que propicia o aumento das possibilidades de escolha, decisão e controle oferecidas à magistratura, levando assim à “tribunalização” da política ou “judicialização” da vida econômica. É a incapacidade desses dois poderes de formular uma ordem jurídica com um mínimo de unidade, coerência e certeza, em suma, que leva o Judiciário a ter que decidir questões legais de curto prazo e com enormes implicações socioeconômicas, convertendo-se assim numa instituição “legislativamente” ativa (Faria, 1992:80). (A crise do Judiciário no Brasil: notas para discussão, in Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005 / Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS; coord. Ingo Wolfgang Sarlet – Porto Alegre: escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado Ed., 2006, v. 1, t. 1, p. 27)*

<sup>388</sup> Mendes, Gilmar F. (Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas – análise da jurisprudência da Corte Constitucional alemã, cit., p. 129).

<sup>389</sup> Ob. cit. p. 361, nota 299.

<sup>390</sup> Ubillos, citando Alfaro, p. 362, nota 303.

Mas a efetividade do princípio da constitucionalidade, ainda que em prudente coabitação com o da legalidade, exige uma nova configuração, revigorada, do poder Judiciário. Isso também sublinha Ubillos:

*“El problema es que cuesta asumir el creciente protagonismo del juez (que es, de hecho, el “señor” de los derechos fundamentales) en los ordenamientos presidido por una Constitución normativa, un protagonismo que no conduce necesariamente ao caos (en los sistemas de “case law” no reina precisamente el caos), pero sí a un modelo de Estado jurisdiccional.”*<sup>391</sup>

Em síntese, o papel da lei como parâmetro para a decisão do magistrado não pode se desvanecer, como forma de preservar o valor segurança/previsibilidade, indissociáveis da tendência *generalizante* da própria idéia de Direito e Justiça. Impõe-se por conseguinte um permanente e responsável *self restraint* judicial relativamente à tentação de manejo direto de normas da Constituição, que potencialmente atropela as soluções aprovadas democraticamente pelo parlamento. No mesmo diapasão o arremate de Jörg Neuner:

*“Do ponto de vista do método, porém, vale para o Judiciário o primado do plano das regras sobre o plano dos princípios, de modo que só é possível recorrer à Constituição excepcionalmente *supplendi* ou *corrighendi causa*. Além disso, a interpretação da Constituição deve, em princípio, ser orientada para uma reconstrução da vontade legislativa. Por essa razão, o risco de que a democracia parlamentar venha a transformar-se num Estado Judicial [Jurisdiktionsstaat] não deve ser enfrentado por meio de uma redução unilateral dos direitos fundamentais e humanos à função de direitos de defesa contra o Estado, mas já no grau anterior da metódica constitucional, por meio de um fortalecimento renovado geral do princípio da soberania popular.”*<sup>392</sup>

---

<sup>391</sup> Ob. cit., p. 301. A favor, Clavero: “A ficção constitucional da representação política já não deveria outorgar privilégio à decisão legislativa. Deve ser esta [a decisão] também jurisprudencial: motivar-se em direitos [fundamentais].” (ob. cit. p. 132). A conclusão, segundo Höffe, só pode ser uma: a da passagem de um “Estado legislativo parlamentar” para um “Estado judicial jurídico-constitucional”, na expressão consagrada por Böckenforde (Cristina Queiroz, ob. cit. p. 174).

<sup>392</sup> Ob. cit., p. 268. Jimenez Campo segue em trilha selhante, mas ao que parece ainda mais restritivo acerca da amplitude da *Drittwirkung*: “Sou da opinião que a enérgica afirmação, em nosso tempo, do princípio da constitucionalidade, não deve implicar a abolição prática do princípio da legalidade, no qual se define ainda, para o indivíduo, a definição segura do próprio âmbito de liberdade. [...] A questão é se nossa concepção de Constituição e do princípio da legalidade nela estabelecido consentem que aquela tarefa positiva se realize pelos juízes, em direta aplicação da norma fundamental, ou se a mesma deve se formalizar –assegurar-se através da lei, único instrumento até hoje conhecido para introduzir alguma certeza e previsibilidade, condições da liberdade, nas relações sociais. O juiz somente é garantidor da liberdade, creio, quando decide conforme a Constituição e segundo a lei. A indeterminação e abstração inerentes à norma constitucional conduziram à supressão, se assim não fora, da liberdade do sujeito, cujo status restaria, no todo, à mercê da discricção dos juízes” (CAMPO, Javier Jimenez. Prólogo. In UBILLOS, Juan María Bilbao. La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares- Análises de la jurisprudencia del tribunal Constitucional. Madrid: Boletín oficial del Estado y Centro de estudios políticos y constitucionales. 1997, p. 23-24).

Mas a tarefa de interpretação e aplicação da norma ao caso concreto goza agora de um novo componente, que responde à outra faceta da Justiça, sua tendência *individualizante*.<sup>393</sup> Tendência esta última que não haure seu sustentáculo exclusivamente do Direito constitucional, mas também de valores tradicionalmente jusprivados.<sup>394</sup>

119. O juiz, como senhor dos direitos fundamentais, portanto, não merece a pecha de cavalo de tróia do Estado Constitucional.<sup>395</sup> Com efeito, a atribuição desses novos poderes ao aplicador do Direito, atribuindo-lhe expressamente capacidade criativa, não implica, por si só, arbítrio. A decisão fulcrada em direitos fundamentais, com efeito, submete-se a regras interpretativas voltadas justamente a sua racionalização<sup>396</sup>, falando-se mesmo em “autêntica obsessão” da doutrina por essa racionalidade, com vista a assegurar “controlabilidade” da

Dieter Grimm expressa o mesmo temor, de que a natureza objetiva dos direitos fundamentais importaria em instabilidade e controvérsia, fortalecendo abusivamente o poder judicial em detrimento do legislativo e do judiciário (*Die Zukunft der Verfassung*, pp 222-223, apud Bonavides, ob. cit., p 589).

<sup>393</sup> Discorrendo sobre o sistema móvel, ensina o professor de Munique Canaris que “*ele reporta-se à tendência generalizante na medida em que determina, em geral, os competentes critérios de justiça, e comporta a vertente individualizadora porquanto faz depender as consequências jurídicas concretas da concatenação, no, caso singular, desses pontos de vista. Com isso, transparece a sua maior vantagem: o sistema móvel representa um compromisso particularmente feliz entre os diversos postulados da idéia de Direito - e também a segurança jurídica sempre é garantida em maior medida do que perante uma cláusula de equidade*” (Conceito de Sistema..., cit. p. 145).

<sup>394</sup> A delimitação legal “*no puede encontrar en la propia Constitución la cifra tasada de sus propios criterios, porque éstos han de fluir también sin duda para mí, de la atención a los principios- de origen legal- que ordenan, en nuestros códigos, el recto desenvolvimiento de las relaciones jurídico-privadas (buena fe, o interdicción del abuso de derecho, por ejemplo). Así há de ser, si se quiere cohonestar libertad civil y libertad constitucional; protección de la confianza que es base del contrato, de una parte, y garantía, de la otra, de la igualdad que la Constitución prescribe*”. (Jimenez Campo, ob cit. p. 24).

<sup>395</sup> A imagem é tomada de empréstimo de Melo Ribeiro, quando reputou a discricionariedade o cavalo de tróia do Estado de Direito (ob. cit., p. 265, nota 101). Sobre a concretização dos direitos fundamentais, “*o problema está em saber se essa tarefa pertence como tal aos tribunais, e particularmente aos tribunais de justiça constitucional, ou ao legislador. Uma questão, como assinala Esser, não de interpretação em sentido estrito, mas de legitimidade política, um problema que se encontra indissolúvelmente ligado à discussão em torno do papel “activo” ou “passivo” dos tribunais e, particularmente, da “escolha do método” em direito constitucional*” (Cristina Queiroz, ob. cit. p. 182).

<sup>396</sup> Queiroz, ob. cit. p. 177. A construção teórico/metodológica de Dworkin/Alexy, contemplando os princípios jurídicos como normas, tem o mérito de explicar o processo decisório do juiz e a realidade jurídica, emprestando-lhes racionalidade. Não reconhecê-los, apelando para um sistema puro de regras, deixa sem explicação racional a solução dos *hard cases*, quando então sim se poderia falar de arbítrio judicial (Cristina Queiroz, ob. cit. p. 138). Gizando o reforço metodológico que o manejo dos direitos fundamentais impõe às decisões judiciais, Cristina Queiroz, com apoio na “teoria jurídica estrutural” de Friedrich Muller, ensina: “*É certo que nas “cláusulas gerais” ou nos “conceitos jurídicos indeterminados” existe uma menor densidade do “texto da norma”, mas isso em nada diminui o grau de vinculatividade geral da regra consagrada dos direitos sociais. Esta circunstância impõe unicamente às autoridades de decisão “exigências metódicas mais elevadas” na medida em que a contribuição positiva do “elemento gramatical” –e correspondente “efeito de índice” do “texto da norma” se mostra aqui mais fraco que do habitual. No limite, o que se designa por “cláusula geral” não é a norma jurídica, mas apenas o seu “texto”* (ob. cit. p. 153, nota. 19).

jurisprudência.<sup>397</sup> Os próprios tribunais, cientes dessa nova configuração de poderes, procuram fundamentar com excelência suas decisões, e não apenas impô-las autoritariamente, a fim angariar-lhes acatamento consensual, seja das partes, das instâncias superiores e mesmo da “comunidade interpretativa”.<sup>398</sup>

120. Justamente a *Drittwirkung* pode representar um dique poderoso ao pêndulo da história -que a partir da crise do Estado Social, superado pela força irresistível do mercado num mundo globalizado- faz renascer idéias de um Estado mínimo como o liberal decimonômico: o Estado contemporâneo constata que sua intervenção em regra não gera os resultados almejados, não lhe restando alternativa, se pretende manter um quê de autoridade, limitar cada vez mais suas ingerências no mercado (pelos processos de deslegalização e desregulação), pena de desmoralização por cabal ineficiência. Inegável, ademais, que os poderes públicos, nesse chamado “Estado pós-social”, se mostram cada vez menos aparelhados para implementar o princípio da igualdade material, porque a crise fiscal -gerada por uma concorrência comercial predatória e mundializada- não lhe permite responder às demandas impostas pelos direitos sociais<sup>399</sup>.

A *Drittwirkung*, portanto, nesse cenário em que se reduz a autonomia decisória e planificadora do Estado, aplicada por não importa qual dos seus poderes, por sua natureza essencialmente reequilibradora, revela-se como meio apropriado ao resguardo da igualdade material.<sup>400</sup>

121. O parâmetro traçado pela Carta de 1988 não é outro daquele exposto. Ter dele consciência - *em especial do dever de proteção que cumpre ao legislador e ao administrador*

---

<sup>397</sup> Queiroz, ob. cit. p. 185-6.

<sup>398</sup> Queiroz, ob. cit. p. 189.

<sup>399</sup> José Eduardo Faria. A crise do Judiciário no Brasil: notas para discussão, in *Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005 / Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS*; coord. Ingo Wolfgang Sarlet – Porto Alegre: escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado Ed., 2006, v. 1, t. 1, P. 32

<sup>400</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 53.

*exercerem, exercício a ser fiscalizado pelo juiz, autorizado pela Constituição a agir excepcional e supletivamente na hipótese de omissão ou insuficiência da atuação daqueles poderes- é condição para que se lhe confira efetividade.*

Conhecimento das possibilidades do ordenamento, aliado à ação, isso é que pedem os direitos fundamentais. Porque, como ensinou Bobbio, “*Com relação às grandes aspirações dos homens de boa vontade, já estamos demasiadamente atrasados. Busquemos não aumentar esse atraso com nossa incredulidade, com nossa indolência, como nosso ceticismo. Não temos muito tempo a perder*”<sup>401</sup>.

---

<sup>401</sup> Ob. cit. p. 64.



## H. BIBLIOGRAFIA

ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian. **Apuntes sobre la exigibilidad de los derechos sociales**. In Sarlet, Ingo Wolfgang (org.). Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ALEXY, Robert. **Derecho y Razón Práctica**. México: Fontamara, 1993

ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 3ª ed. Frankfurt am Main: Editora Suhrkamp, 1996.

ANDRADE. Fábio Siebeneichler de. **Codificação: crônica de um conceito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares**. In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado/ Aldacy Rachid Coutinho... [et. Al]; org. Ingo Wolfgang Sarlet. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003

APPIO, Eduardo Fernando. **Interpretação conforme a Constituição**. Curitiba: Juruá, 2002.

ARAUJO, José Antonio Estévez. **La Constitución como Proceso y la Desobediencia Civil**. Madrid: Editorial Trotta, 1994

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Revista de Direito Administrativo n. 215

BARRETTO, Vicente de Paulo. **Reflexões sobre os direitos sociais**. In Sarlet, Ingo Wolfgang (org.). Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BECKER, Alfredo Augusto. **Carnaval Tributário**. 2ª ed. São Paulo: LEJUS, 1999

BECKERS, Joachim Hans. **Überlegungen zur Verfassungskonformität der Behandlung von Fluglärm betroffenen in Deutschland**. Disponível em <<http://www.fluglaerm.de/bvf/svfk/dvfk0.htm>>

BENÖHR, Susanne e VIAL, Enzo L. **Abschied von der Doppelmoral-Urteil zu Prostitution und Gaststättenrecht** ([http://www.forum-recht-online.de/301/301vial\\_benoehr.htm](http://www.forum-recht-online.de/301/301vial_benoehr.htm))

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores. 13 ed. 2003.

CAMPO, Javier Jimenez. **Prólogo**. In UBILLOS, Juan María Bilbao. La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares- Análises de la jurisprudencia del tribunal Constitucional. Madrid: Boletín oficial del Estado y Centro de estudios políticos y constitucionales. 1997.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas.** Madrid: Civitas, 1995

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito.** Introdução e tradução de Antônio Menezes Cordeiro. Fundação Calouste Gulbenkian, 2 ed.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Grundrechte und Privatrecht. Eine Zwischenbilanz.** Berlin-New York. Walter de Gruyter, 1999.

CANÇADO TRINDADE, **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2 v., v. 1, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno,** in Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho. São Paulo: Malheiros Editores. 1ª ed.. 2003.

CLAVERO, Bartolomé. **Codificación y Constitución: paradigmas de un binomio.** Quaderni Fiorentini XVIII.

COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superindivíduo: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002

COUTINHO. Aldacy Rachid. **A autonomia privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores.** In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado/ Aldacy Rachid Coutinho... [et. Al]; org. Ingo Wolfgang Sarlet. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003

COUTO E SILVA, Almiro do. **Os indivíduos e o Estado na realização das tarefas públicas.** Revista de Direito Administrativo. N. 209 jul/set 1997.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional.** Madrid: Civitas, 3ª edição, 1991

FACHIN, Luis Edson. **Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica.** In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado/ Aldacy Rachid Coutinho... [et. Al]; org. Ingo Wolfgang Sarlet. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003

FACCHINI NETO, Eugênio. **Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado.** In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado/ Aldacy Rachid Coutinho... [et. Al]; org. Ingo Wolfgang Sarlet. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

FARIA, José Eduardo. **A crise do Judiciário no Brasil: notas para discussão, in Jurisdição e direitos fundamentais.** In Jurisdição e direitos fundamentais. Anuário 2004/2005 / Escola

Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS; coord. Ingo Wolfgang Sarlet – Porto Alegre: escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado Ed., 2006, v. 1, t. 1,

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos- A honra, a intimidade a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação.** Porto Alegre: Sérgio Antonio, 1996

FAVOREU, Louis. **La constitutionnalisation du Droit.** in La Constitutionnalisation des branches du Droit, org. Bertrand Mathieu e Michel Verpeaux, Paris: Economica, 1998.

FREITAS, Vladimir Passos de. **A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

FREITAS, Juarez. **O Estado, a responsabilidade extracontratual e o princípio da proporcionalidade,** in Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005 / Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS; coord. Ingo Wolfgang Sarlet – Porto Alegre: escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado Ed., 2006, v. 1, t. 1.

GEARAN, Anne. **“Court Limits Clean Water Act Scope”.** New York Times, Nova Iorque, 9/1/01. Disponível em <<http://www.NYTIMES.com>>. Acesso em 9/1/01.

GEDIEL, José Antônio Peres. **A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador.** In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado/ Aldacy Rachid Coutinho... [et. Al]; org. Ingo Wolfgang Sarlet. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003

GIORGIANI, Michele. **O Direito privado e suas fronteiras atuais.** Revista dos Tribunais, v. 747 (jan/98), p. 35-55.

GRINOVER. Ada Pellegrini. **A tutela jurisdicional dos interesses difusos.** Revista de Processo v. 14-15.

GUERRA Filho. Willis Santiago Guerra. **Teoria processual da constituição.** São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação.** São Paulo: Landy Editora, 2004.

GUTIÉRREZ, Ignacio Gutiérrez. Prefácio. In HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado.** Madrid: Civitas, 1995.

HAGER, Johannes. **Grundrechte im Privatrecht.** Juristen Zeitung, 22/4/94, n. 8

HECK, Luis Afonso. *Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy.* In Leite, George Salomão (Org.). **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da constituição.** São Paulo: Malheiros, 2003.

HECK, Luís Afonso. **Direitos Fundamentais e sua Influência no Direito Civil.** Revista de (cf número)

HECK, Luís Afonso. **O recurso constitucional na sistemática jurisdicional- constitucional alemã.** Revista de Informação legislativa, a . 31, n. 124, out/dez 1994)

HECK, Luís Afonso. **O Tribunal Federal Constitucional e o desenvolvimento dos princípios constitucionais.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1995.

HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado.** Tradução de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Civitas, 1995.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal Alemã.** Tradução da 20ª ed. alemã por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor.

JEHL, Douglas. **Moratória requerida para ações que objetivam proteger espécies.** New York Times. Nova Iorque. 12/4/01 <<http://www.NYTIMES.com>>

KAPLAN, Carl S. **Reconsidering the Privacy of Office Computers.** New York Times. Nova Iorque. 27/7/01 <<http://www.NYTIMES.com>>

LEWIN, Tamar. **Commission Sues Railroad to End Genetic Testing in Work Injury Cases.** New York Times. Nova Iorque **10/2/01** <<http://www.NYTIMES.com>>

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hanna Arendt.** São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

LOPEZ, Angel M. Lopez y. **Estado Social y Sujeto privado: una reflexión finisecular.** Quaderni Fiorentini 25 (1996).

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004

MARQUES, Cláudia Lima. **A abusividade nos contratos de seguro saúde e de assistência médica no Brasil,** Revista da Ajuris/64.

MARQUES, Cláudia Lima. **Planos privados de assistência à saúde. Desnecessidade de opção do consumidor pelo novo sistema. Opção a depender da conveniência do consumidor. Abusividade de cláusula contratual que permite a resolução do contrato coletivo por escolha do fornecedor.** Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais. N. 31, p. 129-169, jul/set. 1999

MARQUES, Cláudia Lima. **Prefácio.** In Superindividamento: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês. Costa, Geraldo de Faria Martins da. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002

MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais: conceito, função e tipos.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003

MELLO. Celso Antônio Bandeira de. **A Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social,** RDP 57-58/234

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**, Ed. Malheiros, 3ª ed., 1992.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas – análise da jurisprudência da Corte Constitucional alemã**. In *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas**. Presidência da República Revista Jurídica Virtual <[www.presidencia.gov.br](http://www.presidencia.gov.br)>

MENDES, Gilmar Ferreira. **Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional**. Revista jurídica virtual nº 14 - julho/ 2000 ([http://www.presidenciadarepublica.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev-14/Capa.htm](http://www.presidenciadarepublica.gov.br/ccivil_03/revista/Rev-14/Capa.htm)).

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais: significados, limites, princípio da proporcionalidade, colisão e concorrência**. In *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3ª ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. **A Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: exclusão de sócio da União Brasileira de Compositores (RE 201.819)**. In *Revista da AJURIS*, n. 100. Porto Alegre: AJURIS. 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Perplexidades acerca da responsabilidade do Estado: “União “seguradora universal”?”**. Revista Jurídica Virtual, n. 13 – junho/2000 <[www.presidencia.gov.br](http://www.presidencia.gov.br)>

MENDES, Gilmar Ferreira. **Contrariedade à Constituição e recurso extraordinário: aspectos inexplorados**. In *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3ª ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n 9882/99**. André Ramos Tavares, Walter Claudius Rothenburg (organizadores). – São Paulo: Atlas, 2001.

MOLINA, Pedro Manuel Herrera. **Capacidad Económica y Sistema Fiscal (Análisis del ordenamiento español a la luz del Derecho alemán)**. Barcelona: Marcial Pons. 1998

MORAES, Maria Amália Dias de. **A Constituição e o Direito Civil**. Revista da Procuradoria Geral do Estado do RS, POA, v.20, 48/ 45 e segs.

MÜLLER, Friedrich. **Interpretação e concepções atuais dos direitos do homem**. Trad. de Peter Naumann. In *Anais da XV Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*. São Paulo, JBA Comunicações, 1995, pp. 535-545

NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma Interpretação Constitucional do Princípio da Boa-Fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NEUNER, Jörg. **O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental**. In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado/ Aldacy Rachid Coutinho... [et. Al]; org. Ingo Wolfgang Sarlet. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 253.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. Rio de Janeiro: Henrique Cahen Editor, 1947. 3 v. v. 3.

PALOMBELLA, Gianluigi. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PAVIA, Marie-Luce. **La portée de la constitutionnalisation du principe de dignité**. In MATHIEU, Bertrand; VERPEAUX, Michel (Orgs.). *La Constitutionnalisation des branches du Droit*. Presses Universitaires D'Aix-Marseille – Econômica

PERTENCE, José Paulo. **O controle da constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais**. In Sampaio, José Adércio Leite (Org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Staatrechte II, Grundrechte**. 14<sup>a</sup> ed. Heildelberg: C.F. Müller Verlag, 1998.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4<sup>a</sup> Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

PINTO, Paulo Mota. **Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português**. In A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado/ José Luís Bolzan de Moraes ... [et al.]; org. Ingo Wolfgang Sarlet – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000

QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos fundamentais – Teoria Geral**. Coimbra Editora, 2002.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justiciabilidade**. In Silva, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores. 2005.

RAISER, Ludwig. **La Costituzione e il Diritto Privato**, in *Il Compito del Diritto Privato*.

REALE, Miguel. **O projeto do novo código civil**. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1999

RIBEIRO, Maria Teresa de Melo. **O Princípio da Imparcialidade da Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1996.

RIGAUX, François. **A lei dos juízes**. Lisboa: Instituto Piaget.

ROUSSEAU, Dominique. **Y a-t-il trop de controle de constitutionnalité des lois em France**. In: MATHIEU, Bertrand; VERPEAUX, Michel (Org.). *La Constitutionnalisation des branches du Droit*. Paris: Economica.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **O retorno às tradições: a razoabilidade como parâmetro constitucional.** in Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANTOS, Fábio José Moreira dos. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meio de impugnação às decisões judiciais.** Nery Jr. Nelson. Wambier, Teresa Arruda Alvim. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. – (Série aspectos polêmicos e atuais dos recursos; v. 6).

SARLET, INGO. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 2ª ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais e Direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.** In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARMENTO, Daniel. **A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria.** In Sampaio, José Adércio Leite. Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SARMENTO, Daniel. **Os princípios Constitucionais da Liberdade e da Autonomia Privada.** In Leite, George Salomão (Org.). Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da constituição. São Paulo: Malheiros, 2003.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHOLLER, Heinrich. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito administrativo e constitucional da Alemanha.** Revista da AJURIS n.75

SCHWAB, Jürgen. **Der Schutz der Mensch vor sich selbst.** JuristenZeitung 2/1998

SILVA, José Afonso da. **A aplicabilidade das normas constitucionais.** 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 3ª ed.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de Processo Civil.** Vol. III. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em Busca do Ato Administrativo Perdido.** Coimbra: Almedina. 1998.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares.** São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

SOUZA JUNIOR. Cezar Saldanha. **Direito Constitucional, Direito Ordinário, Direito Judiciário.** In Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS. n. III (mar.2005). Porto Alegre: PPGDir/UFRGS, 2005.

STEINMETZ, Wilson. **Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada**. In Silva, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores. 2005.

STEINMETZ, Wilson. **Vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores. 2004.

STERN, Klaus. **O Juiz e a aplicação do Direito**. In GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis (Orgs.). *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros Editores. 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais fundamentais**. In Sarlet, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito consitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TELLES Jr. Goffredo. **Direito Subjetivo**. Enciclopédia Saraiva de Direito. Coordenação R. Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977

TEPEDINO, Maria Celina B. M.- *A Caminho de um Direito Civil Constitucional*.  
Revista de Direito Civil 65.

TESSLER, Marga Inge Barth. **Direito à moradia**. Revista do Tribunal Regional da 4ª Região. Porto Alegre, a. 11, n. 38, p. 143-154. 2000.

UBILLOS, Juan María Bilbao. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares- Análises de la jurisprudencia del tribunal Constitucional**. Madrid: Boletín oficial del Estado y Centro de estudios políticos y constitucionales. 1997.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**, C. Gulbenkian, 2ª ed.

ZANITELLI, Leandro. **DIREITO PRIVADO CONSTITUCIONAL E MÉTODO: um estudo sobre a interpretação constitucional e sua influência no Direito Privado**. Inédito. Tese de Doutorado. PPGDir/UFRGS. 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos**. Revista Jurídica, 1995,

Superior Tribunal de Justiça

Suprema Corte dos Estados Unidos

Supremo Tribunal Federal

Tribunal Federal Constitucional (Alemanha, <http://www.uni-wuerzburg.de/glaw/index.html>)

Tribunal Regional Federal da 4ª Região