

DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES

Maria Rosynete de Oliveira Lima
Promotora de Justiça MPDFT

1. INTRODUÇÃO

Partilhamos de um consenso segundo o qual os direitos fundamentais seriam mandatos dirigidos ao Estado para promover-lhes a conformação e a proteção. Assistimos, todavia, a um crescimento vertiginoso do poder em outros setores da sociedade, nem sempre atentos à existência de uma carta de direitos e garantias dos indivíduos, os quais acabam sendo menosprezados, ameaçados e até violados em meio às relações jurídicas privadas.

Assim, enquanto ainda estamos a discutir e a procurar solução para uma série de problemas acerca da vinculação do poder público aos direitos fundamentais, defrontamo-nos com outra questão, que tem ocupado juristas de diversos países, constituindo-se em um dos temas mais controversos da dogmática dos direitos fundamentais. Trata-se de saber se os direitos fundamentais têm outro destinatário além do Estado, isto é, se os titulares do poder econômico, ou social, e os particulares, em geral, também se obrigam perante os direitos fundamentais.

José Carlos Vieira de Andrade aduz que as mudanças operadas na realidade política e social amenizam a idéia do Estado como “inimigo público” porque não mais se verifica um isolamento dos indivíduos em contraposição ao Estado.¹ Os interesses pessoais imbricam-se e grupos são formados, amealhando grande parcela de poder — sindicatos, igrejas, grupos econômicos, associações patronais e desportivas etc. O poder não é mais uma característica exclusiva do Estado, ele passa a ser repartido e compartilhado pela própria sociedade.

1 VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 273.

Não basta, outrossim, saber se os direitos fundamentais vinculam o particular, mas também qual a intensidade e o alcance desta vinculação. Tentaremos, pois, nas linhas seguintes, apresentar o tema à luz da dogmática construída em outros sistemas jurídicos.

2. O DEVER DE PROTEÇÃO DO ESTADO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No Estado de Direito liberal vigia uma separação entre o Estado e a sociedade, e os direitos fundamentais assumiam a condição de direitos de defesa perante as ingerências do poder público. O indivíduo devia respeitar a liberdade dos outros cidadãos, competindo ao Estado zelar pela harmonia e o respeito dessa liberdade. A proteção dos direitos fundamentais acontecia, sobremaneira, no campo do direito privado e do direito penal. Assim, a proteção da liberdade humana era tarefa do legislador, notadamente nos campos do direito civil, penal e processual. É o que se visualiza, por exemplo, com os interditos possessórios, a tipificação de crimes etc. Ao Estado cabia “velar pela segurança pública, garantindo a autonomia da esfera privada e respeitando a liberdade e a propriedade dos indivíduos (os seus direitos fundamentais).”²

A evolução do Estado permitiu que a sociedade participasse cada vez mais ativamente do exercício do poder, determinando a “pulverização e democratização” do poder.³ Enquanto o Estado passa a participar das relações jurídicas até mesmo sob a veste de sujeito privado, entes particulares passam a exercer tarefas de interesse coletivo.⁴ Este contexto faz aflorar uma nova dimensão dos direitos fundamentais, os quais não podem mais ser tidos sob a visão subjetiva, ou do indivíduo, como conjunto de faculdades ou poderes do qual é titular, mas como “normas (de valor) constitucionais que aos poderes públicos cabe respeitar, mas igualmente fazer respeitar como interesses públicos fundamentais”.⁵

O dever de proteção do Estado parte da compreensão dos direitos fundamentais como princípios objetivos que o obrigam a fazer o possível para realizá-los. Assegura Konrad Hesse, “ao significado dos direitos fundamentais como direitos de defesa subjetivos do particular corresponde seu significado jurídico-objetivo como determina-

2 VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Obra citada, p. 272.

3 SILVA, Vasco Manuel P. D. Pereira da. *Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias*, p. 43.

4 SILVA, Vasco Manuel P. D. Pereira da, texto citado, p. 43, fala de um “crescimento ‘horizontal’ do Estado, quer a nível das tarefas que este passou a desempenhar, quer ao nível dos meios utilizados para a sua realização, tendo-se generalizado, cada vez mais, o recurso ao contrato por parte do Estado, quer ao nível da própria estrutura estadual que, pela progressiva desconcentração e descentralização, cresceu em complexidade.”

5 VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Obra citada, p. 145 e ss.

ções de competências negativas para os poderes estatais”.⁶ Assim, podemos dizer que dos direitos fundamentais deflui um dever do Estado de preservar o bem jurídico por eles protegido de ameaças e violações advindas de pessoas e poderes não estatais. Portanto, além de exigir do Estado uma conduta missiva, requerem também uma conduta ativa, a começar pelo legislador em implementar este dever de proteção.

3. ASPECTOS DOUTRINÁRIOS ACERCA DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES

Limitamos esta abordagem dela retirando as hipóteses em que o Estado, no cumprimento de suas tarefas, e quando não pode fazê-las pessoalmente, utiliza o particular, bem assim, aquelas garantias cujo conteúdo não têm o condão de influir nas relações entre particulares porque nestas situações existe uma clara relação entre o Estado e o indivíduo. Assim, excluimos da discussão todos os direitos fundamentais que têm por destinatário o poder público, única e exclusivamente, por exemplo: os direitos políticos, o direito de ação etc. Pois, como diz Robert Alexy, “um direito somente pode ser lesado por aquele frente ao qual ele existe”.⁷

Indaga-se, portanto, se é lícito o apelo ao boicote de um filme⁸ ou de um livro; até que ponto a liberdade religiosa pode ser limitada por contrato; se a liberdade de dispor

6 HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 239.

7 ALEXY, Robert. Obra citada, p. 517.

8 Confira-se o enfoque dado pelo Tribunal Constitucional alemão no processo *Lüth-Urteil*, decidido em 15-1-1958: *Lüth*, presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, expressou-se publicamente, acerca de um festival cinematográfico celebrado no ano de 1950, contra o diretor de um dos filmes (*Harlam*, cujas atividades durante o *III Reich* expôs e censurou). A produtora do filme interpelou *Lüth*, que respondeu com o envio de uma carta aberta à imprensa na qual exortava as sociedades alemãs ativas no campo cinematográfico para que não comercializassem o filme e o público para que não fosse vê-lo. A produtora acudiu ao juiz civil de Hamburgo e, depois de um primeiro êxito processual na forma de medida cautelar, alcançou êxito definitivo, condenando *Lüth* com a proibição de continuar incitando a não-comercialização do filme ou a visão do mesmo, além de suportar os encargos do pleito. Para o juiz, a questão se tratava de uma “incitação ao boicote contrária aos bons costumes”, prevista no parágrafo 826, BGB. No critério do tribunal, *Lüth* não estava sendo reprovado porque tivesse expressado uma opinião contrária ao reaparecimento profissional de *Harlam*, mas porque apelou à opinião pública para fazer impossível não só a dita reaparição como também a exibição do filme. Contra a sentença, *Lüth* interpôs recurso de apelação perante o Tribunal Superior do *Land*, assim como *Verfassungsbeschwerde*, em Karlsruhe, por violação ao seu direito fundamental à liberdade de expressão, que incluía a possibilidade de influir sobre outras pessoas mediante a palavra. A sentença do Tribunal Constitucional Federal parte da qualificação das decisões judiciais como atos do poder público e adentra no tema de se os direitos fundamentais incidem no Direito Civil, e de que forma o fazem resumindo as teses extremas então existentes: os direitos fundamentais só se dirigem contra o Estado; e os direitos fundamentais pelo menos alguns mais importantes, regem também as atividades privadas. Jesús García Torres e Antonio Jiménez-Blanco, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, p. 26 e ss.

do patrimônio por testamento pode beneficiar determinados parentes em virtude da opção sexual, em detrimento dos demais; se é lícito contratar ou deixar de contratar alguém em razão do sexo, opção política, ou religião; se os donos de hotéis e restaurantes podem recusar a permanência de certas categorias de pessoas em razão da raça,⁹ sexo etc.; se é lícito impor ao empregado, a não-vinculação a sindicatos. Estas e outras questões podem ter solução no campo privado, mas, adverte José Carlos Vieira de Andrade, o que está em causa é saber se a solução jurídica destes problemas não depende do fato de os sujeitos envolvidos serem titulares de direitos fundamentais constitucionalmente protegidos.¹⁰

Robert Alexy afirma ser aceitável, em termos gerais, a influência dos direitos fundamentais na relação indivíduo-indivíduo. O que se discute é “como” e em que “medida” se dá esta influência. A busca de solução destas questões deve levar em conta que a relação Estado-indivíduo é uma relação entre um titular de direito fundamental e um não-titular e na relação indivíduo-indivíduo temos dois titulares de direitos fundamentais.¹¹

Duas correntes doutrinárias têm guiado os juristas na resolução dessas questões: a *Drittwirkung*, construída pelos alemães, e a *state action*, nos Estados Unidos.

Para o sistema jurídico norte-americano, os direitos fundamentais são direitos de defesa contra a ação estatal. É preciso restar caracterizada uma *public function* no caso concreto para que a doutrina da *state action* possa ser aplicada. Muito embora, visualizasse-se uma clara eficácia horizontal na Décima Terceira Emenda à Constituição dos Estados Unidos, que aboliu a escravidão no país e sujeita ao controle constitucional as ações individuais que violem direitos de outrem. Confirma-se a decisão, por exemplo, do litígio envolvendo *Evans vs. Newton* (1966), acerca da exclusão de minorias raciais no uso de um parque em *Macon, Georgia*.¹²

9 Cf. os *Civil Rights Cases* julgados pela Suprema Corte dos Estados Unidos no ano de 1883, em que cinco processos judiciais dirigiam-se contra particulares e a companhia de estrada de ferro, os quais proibiam pessoas negras de utilizarem hotéis ou o serviço ferroviário (BARRON, Jerome A.; DIENES, C. Thomas. *Constitutional law*, p. 472. NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional law*, p. 475)

10 VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Obra citada, p. 275.

11 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 510.

12 O parque fora instituído por cláusula testamentária do Senador Bacon, que exigia a sua utilização apenas por pessoas de raça branca. A administração do parque esteve afeta às autoridades públicas locais por várias décadas, até o julgamento do processo *Brown vs. Board of Education* (1955), quando o encargo foi assumido por administradores particulares. Ao julgar o processo, a Suprema Corte decidiu que a discriminação racial era incompatível com a *equal protection clause* da Décima Quarta Emenda, não devendo prevalecer mesmo que os novos administradores fossem pessoas diversas do Estado. (NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. Obra citada, p. 480)

Na Alemanha, a questão adquiriu relevância a partir da década de 50 deste século, com a irrupção de alguns casos judiciais e as contribuições doutrinárias de *Nipperdey*, *Dürig* e *Schwabe*. Existem duas correntes principais: os que defendem a eficácia imediata dos preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais às relações entre particulares e os que só admitem uma eficácia mediata às relações entre particulares.

A primeira concepção é capitaneada pelos estudos de *Nipperdey*, que defende a validade absoluta dos direitos fundamentais, e para quem eles devem ser aplicados diretamente nas relações entre particulares. Assim, eles devem valer como direitos subjetivos contra particulares ou entidades privadas que apareçam na relação jurídica munidos de um poder tal que, no caso concreto, equiparem-se à supremacia do poder público.

Nipperdey admite a aplicação, por exemplo, dos princípios *nulla poena sine lege* ou do *ne bis in idem* nas questões disciplinares de um determinado grupo e para aplicação das sanções em geral. Às relações indivíduo-indivíduo, os direitos fundamentais teriam aplicação direta e imediata, não servindo apenas como regras de interpretação ou de preenchimento de cláusulas gerais.¹³

A segunda facção doutrinária tem como expoente *Dürig*, para quem os direitos fundamentais são, geralmente, direitos de defesa da liberdade contra o poder estatal, não se justificando a sua aplicação nas relações entre “iguais”, quando nenhuma das partes está investida de poder. Ele dá preferência ao postulado da autonomia privada. Os preceitos de direitos fundamentais aplicar-se-iam mediatamente às relações entre particulares, por meio dos princípios e normas do direito privado. Eles serviriam como princípios de interpretação das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados.¹⁴

Robert Alexy realça, ainda, as idéias de *Schwabe*, segundo as quais qualquer agressão aos direitos fundamentais provém, em última instância, do próprio Estado e deve desencadear idênticos mecanismos protetores. Todos os direitos privados estão, pelo menos em parte, cobertos por um direito fundamental, e se qualquer poder estatal concretiza os direitos dos particulares, contrariando o direito fundamental que os protege, este deve desenvolver sua função defensiva própria ao campo do Direito Público.¹⁵

Na Constituição portuguesa encontramos o artigo 18, nº 1,¹⁶ estipulando que os preceitos constitucionais vinculam não apenas o Estado, mas também as entidades par-

13 *Apud* VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Obra citada, p. 278.

14 *Idem*, p. 276.

15 ALEXY, Robert. Obra citada, p. 513.

16 Constituição de Portugal, de 25-4-1976, *verbis*: “Art. 18-1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.”

ticulares. Isso não significa, porém, que entre os portugueses esteja plenamente reconhecida a eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada, mas sugere, inequivocamente, o alargamento da eficácia desses direitos às relações particulares.¹⁷ Vieira De Andrade afirma que o problema está em aberto, restando à doutrina desenvolvê-lo adequadamente.¹⁸

Jesús Garcia Torres afirma que não existe preceito constitucional no ordenamento espanhol que contenha disposição suficientemente reconhecível atestando a eficácia dos direitos e garantias fundamentais nas relações entre particulares. Admite, contudo, que existem “fragmentos” que permitem justificá-la, referindo-se aos artigos 14 a 29 e 30-2, da Constituição espanhola, que tratam dos direitos e liberdades.¹⁹

Igualmente, não existe no Direito positivo brasileiro dispositivo semelhante ao do sistema jurídico lusitano. A doutrina tem começado a apresentar a questão a partir da década de 90, mas sem oferecer qualquer solução dentro do nosso ordenamento.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O problema da eficácia dos direitos fundamentais às relações entre particulares parece esvair-se quando constatamos que o Direito Civil, Penal e do Trabalho supre, em grande parte, as carências de proteção assinaladas pela casuística da doutrina estrangeira. A questão controverte-se quando não se encontra solução adequada aos casos-limite, surgindo a controvérsia acerca da eficácia mediata ou imediata dos direitos fundamentais às relações entre particulares. Outrossim, deixar de se admitir a vinculação “de tudo e todos” aos direitos fundamentais implica na formação de uma “reserva”, um “*gheto*”, à margem da Constituição, contrário aos mandamentos da unidade do ordenamento jurídico e da força normativa da Constituição.²⁰

Neste contexto, verificamos que as opiniões doutrinárias convergem no sentido de se o sujeito privado atua nas relações jurídicas munido de poder especial sobre outros (indivíduos), ele não pode ser considerado como um indivíduo comum porque, em tais casos, não temos uma relação jurídica entre “iguais”, mas entre “desiguais”;²¹ a

17 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*, p. 603.

18 VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Obra citada, p. 282.

19 TORRES, Jesús Garcia. Obra citada, p. 48.

20 SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. Texto citado, p. 45. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Obra citada, p. 591.

21 “O poder em causa não tem de ser um poder jurídico, bastando que se trate de um poder de facto inequívoco, e objectivamente determinável, como existe, por exemplo, numa situação de monopólio de facto, pelo menos de bens essenciais.” VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Obra citada, p. 285.

dignidade da pessoa humana deve ser preservada mesmo nas relações entre particulares, equilibrando-a com os princípios da autonomia privada e da liberdade contratual.²²

Faz-se, assim, uma diferenciação entre as relações jurídicas entre particulares: entre “iguais” e “desiguais”. Mas, como e em que medida os direitos fundamentais vinculariam os particulares envolvidos nestas relações? Escolher, pura e simplesmente, uma das correntes doutrinárias expostas — da eficácia imediata ou mediata — não parece resolver a questão.

Em uma relação jurídica horizontal, entre “iguais” — indivíduo-indivíduo —, cremos bastar a aplicação dos direitos fundamentais enquanto dimensão objetiva da ordem jurídica, aptos a limitar a liberdade individual para que esta não interfira no núcleo essencial do direito fundamental de outrem.²³ Os direitos fundamentais não se podem transformar em deveres asfixiantes. Assim, “... apenas se torna necessário garantir uma eficácia mínima dos direitos fundamentais, a fim de evitar a sua inutilização face às concretas situações da vida”.²⁴ Seria uma vinculação a “título secundário” consistente em respeitar o direito fundamental reconhecido a outrem.

Nestas hipóteses, os direitos fundamentais teriam um efeito irradiante em todos os âmbitos do sistema jurídico, inclusive o privado, notadamente, por meio das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados, carentes de concretização.²⁵

Já nas relações jurídicas travadas entre o indivíduo e um ente privado dotado de poder, os direitos fundamentais vinculariam diretamente este último, mas de forma menos intensa do que na relação entre o indivíduo e o poder público, devido à necessidade de concordar os direitos fundamentais com os princípios basilares do direito privado.²⁶

Por último, é preciso pontuar que o reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais às relações entre particulares coloca o Judiciário no centro das atenções por-

22 Cf. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Obra citada, p. 284. SILVA, Vasco Manuel P. D. Pereira da. Texto citado, p. 49. HESSE, Konrad. Obra citada, p. 286.

23 Jorge Miranda chama nossa atenção para o fato de que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais é diferente da eficácia externa, uma vez que esta traduz-se no dever, recaindo sobre qualquer indivíduo, de respeitar os direitos dos outros, enquanto que na primeira está-se a referir àquelas relações bilaterais nas quais se projetam, ou nas quais podem ser afetados, certos direitos, liberdades ou garantias do cidadão. *Manual de Direito Constitucional*, p. 285.

24 SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. Texto citado, p. 49.

25 ALEXY, Robert. Obra citada, p. 507. HESSE, Konrad. Obra citada, p. 283.

26 VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Obra citada, p. 286. SILVA, Vasco Manuel P. D. Pereira da. Texto citado, p. 48-49.

que será ele um dos responsáveis pela conformação da autonomia privada e dos direitos fundamentais.

Assim, é preciso adotar uma postura jurídica adequada, alargando-se o horizonte hermenêutico dos direitos e garantias fundamentais, os quais não podem mais ser concebidos como direitos do indivíduo contra o Estado, exclusivamente.²⁷

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

BARRON, Jerome A.; DIENES, C. Thomas. *Constitutional law*. 3. ed. St. Paul: West Publishing Co., 1995.

BENDA, Ernst et alii. *Manual de derecho constitucional*. Trad. Antonio López Pina. Madrid: Instituto Vasco de Administración Pública e Marcial Pons, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. Trad. Luís Afonso Heck da 20. edição alemã: *Grundzüge des verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito constitucional*. 2. ed., Coimbra: Coimbra Ed. Ltda., 1993.

NOWAK, John E.; Ronald D. *Constitutional law*. 5. ed., St. Paul, Minnesota: West Publishing Co., 1995.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. In: *Revista de Direito Público*, n. 82, p. 41-52, abr./jun. 1987.

TORRES, Jesús García; JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio. *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*. Madrid: Civitas, 1986.

27 HESSE, Conrado. *Significado de los derechos fundamentales*. In: BENDA, Ernest et alii. *Manual de derecho constitucional*, p. 95.