

# DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA VINCULAÇÃO AOS PARTICULARES

## FUNDAMENTAL RIGHTS AND ITS RELATIONSHIP TO PRIVATE

*WAGNER VALDIVINO MEIRELLES<sup>1</sup>*

*CRISTHIAN MAGNUS DE MARCO<sup>2</sup>*

### Resumo

A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no ordenamento jurídico constitucional tem sido um dos assuntos mais importantes da atualidade, principalmente por denotar a mudança do paradigma histórico referente a sua formação no Estado Liberal, cuja origem tem nos seus agentes estatais os maiores violadores dos direitos fundamentais dos cidadãos. Direitos relacionados à intimidade, à vida privada, e à integridade física das pessoas têm sido fontes primordiais para a discussão sobre a ampliação do rol de violadores dos princípios e regras constitucionais fundamentais, que, agora, a inclusão do particular tem sido destacada, conforme se verifica nas situações apresentadas perante o poder judiciário e em alguns julgados citados neste artigo. Conhecer algumas características dos direitos fundamentais, a sua eficácia em um sistema enraizado no positivismo jurídico, a situação especial de sujeição que determinadas pessoas se encontram no ordenamento jurídico, a questão da intimidade, da privacidade e da integridade física, são os principais temas que se está a apresentar neste trabalho científico.

Palavras-chaves: Direitos Fundamentais; Intimidade; Vinculação.

### Abstract

Linking the fundamental rights of individuals in constitutional law has been one of the most important issues of the day, primarily denote a paradigm shift regarding its formation history in the Liberal State, whose origin is in its state agents the biggest violators of fundamental rights citizens. Related to intimacy, privacy, and physical integrity of people have been primary sources for the discussion on the expansion of the list of violators of fundamental principles and constitutional rules, that now, the inclusion of private rights has been highlighted, as checks in the situations presented before the judiciary and some judged cited in this article. Know some characteristics of fundamental rights, their effectiveness in a system rooted in legal positivism, the special situation of subjection that certain people are in the legal system, the question of intimacy, privacy and physical integrity are the main themes that is presenting this scientific work.

Keywords: Fundamental Rights; Intimacy; Linking.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direitos Fundamentais do Programa de Pós-graduação em Direitos Fundamentais da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC).

<sup>2</sup> Professor e Pesquisador do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/SC.

## 1. INTRODUÇÃO

A proteção constitucional dos Direitos Fundamentais construída no Estado brasileiro tem como premissa básica o respeito à Dignidade da Pessoa Humana, orbitada por princípios e regras, que serve de suporte mínimo para evitar interferências indevidas e abusivas na vida e na liberdade das pessoas, seja por parte do Estado ou mesmo de particulares.

O núcleo essencial do ordenamento jurídico brasileiro consiste na observância de princípios, que, na teoria geral dos Direitos Fundamentais, são “*mandamentos de otimização*, caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas” (ALEXY, 2008, p. 90). Nessa esteira, é preciso considerar que as possibilidades jurídicas estão relacionadas à existência de colisões de princípios e conflitos entre regras.

O fundamento dos Direitos Fundamentais é a Dignidade da Pessoa Humana. Muito embora ainda não haja uma definição precisa sobre o significado de Dignidade da Pessoa Humana, o certo é que tal núcleo deve ser protegido da melhor maneira possível. “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”. (BOBBIO, 2004, p. 23). Ou seja, para concretização jurídica dos Direitos Fundamentais é indispensável também a concorrência de condições sociais e históricas na sua maximização.

Para que os Direitos Fundamentais sejam cada vez mais aprimorados, não se pode prescindir do conhecimento das suas principais características e dos seus efeitos sobre todo o ordenamento jurídico, notadamente quanto à questão da vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais, à dimensão objetiva, à relação especial de sujeição de algumas pessoas, e aos impactos na proteção dos direitos referentes à privacidade e à intimidade das pessoas, temas dos quais serão analisados nos próximos tópicos.

## 2. DESENVOLVIMENTO

### 2.1. Características principais dos Direitos Fundamentais

A proteção dos Direitos Fundamentais não significa que eles estejam circundados por uma redoma jurídica absoluta, que os tornem intangíveis frente às ações do Estado, pois, numa sociedade pós-moderna apresenta constantes conflitos entre pessoas e instituições, ainda é muito prematuro afirmar que a Dignidade da Pessoa Humana e os demais Direitos Fundamentais gozam da característica de serem absolutos, pois, nem mesmo o direito vida na Constituição brasileira é considerado absoluto, já que há previsão expressa de pena de morte (Art. 5º, XLVII, “a”, CF/88). “Não há, portanto, em princípio, que falar, entre nós, em direitos absolutos. Tanto outros direitos fundamentais como outros valores com sede constitucional podem limitá-los”. (BRANCO, 2009, p. 275).

O professor Wilson Steinmetz, também ao considerar que não existem direitos absolutos, destaca que as colisões de direitos fundamentais devem ser ponderadas no caso concreto, tomando por base o Princípio da Proporcionalidade.

Por que há colisões? [...] os direitos colidem porque não estão dados de uma vez por todas; não se esgotam no plano de interpretação *in abstracto*. As normas de direito fundamental se mostram abertas e móveis quando da sua realização ou concretização da vida social. Daí a ocorrência de colisões. Onde há um catálogo de direitos fundamentais constitucionalizados, há colisões *in concreto*. (STEINMETZ, Wilson Antônio, Colisão de Direitos Fundamentais e o princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.63.)

Se o exercício de um Direito Fundamental não pode ser de forma absoluta, do mesmo modo a sua disposição encontra limites no ordenamento jurídico, como, por exemplo, a proibição de venda de órgãos do próprio corpo. A inalienabilidade dos Direitos Fundamentais consiste na exclusão de determinados direitos do âmbito de disposição voluntária por parte do seu titular, de modo a garantir-lhe condições mínimas de sobrevivência digna ao limitá-lo da ação de si mesmo. Ou seja, a liberdade (que não

é absoluta) que a pessoa tem de escolha, a sua autonomia da vontade, é limitada pela dignidade.

Como todo homem nasce com dignidade, e ela é um atributo inerente à humanidade, não é dado ao seu titular dela dispor livremente, pois, “As pessoas são dotadas de dignidade, na medida em que têm um valor intrínseco. Desse modo, ressalta Kant, deve-se tratar a humanidade, na pessoa de cada ser, sempre como um fim em si mesmo, nunca como meio.” (PIOVESAN, 2010, p. 29).

Nesse aspecto da inalienabilidade, toca-se em um ponto muito importante do presente estudo, que consiste na identificação dos limites de disposição voluntária de Direitos Fundamentais, já que o conceito de dignidade é aberto, e, ainda, do outro lado, em saber até que ponto o Estado pode interferir nos Direitos Fundamentais das pessoas contra a vontade delas, valendo-se de meios coercitivos permitidos pela legislação.

Não se trata de assunto de fácil descoberta da resposta, porque *inalienabilidade são direitos intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico-patrimonial*. (AFONSO, 2009, p. 58).

Do ponto de vista prático, muitas das situações deverão ser analisadas no caso concreto, tendo em vista que, por exemplo, a disposição de parte do próprio corpo por meio de contrato, ou a interferência forçada do Estado, neste caso por meio de lei, geram sérias repercussões na regulação da vida social. Identificar os limites da intervenção forçada do Estado no corpo das pessoas condenadas por crimes violentos ou mesmo a liberalidade contratual dos particulares nesse campo, sem dúvida, é medida que exige do pesquisador muita cautela, dada a repercussão das conclusões.

A constitucionalização dos Direitos Fundamentais é uma das suas principais características, principalmente por torna-los normas jurídicas de maior importância no ordenamento jurídico do Estado. Essa característica gera para os órgãos constituídos (Executivo, Legislativo, Judiciário) o dever de respeitá-los e protegê-los, pois, historicamente, o Estado foi o maior violador dos Direitos Fundamentais das pessoas, culminando em grandes revoluções no século XVIII (Americana e Francesa). Além do Estado, sabe-se que particulares também podem figurar como violadores dos Direitos Fundamentais, muitas vezes até mais implacáveis que o próprio Estado, visto acreditarem que o sistema liberal, baseado na livre iniciativa do particular, os imunizam do arbítrio do poder público nos seus negócios privados.

Nesse norte, a vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais previstos na Constituição é tema que merece considerações a serem destacadas no próximo tópico, como é o caso da eficácia e suas implicações nas relações privadas.

### **2.3. Considerações sobre a vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais**

Não há maiores problemas em se dizer que os poderes públicos estão limitados pelos Direitos Fundamentais previstos na Constituição, que eles têm o dever de abstenção em face dos seus cidadãos titulares, pois, historicamente os Direitos Fundamentais foram positivados nos textos constitucionais justamente para proteger os cidadãos do poder do Estado autoritário, conforme se verifica nas declarações burguesas do século XVIII, ocorridas nos Estados Unidos (1776) e na França (1789).

“Se, no plano das relações verticais (particulares-Estado), os poderes públicos estão vinculados aos direitos fundamentais como proibição de intervenção (função de defesa), combinada com a proibição de excesso, aferida pelo princípio da proporcionalidade, no plano das relações horizontais (relações entre particulares), os poderes públicos, mais precisamente o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, estão vinculados aos direitos fundamentais como imperativos de tutela, combinada com a proibição de insuficiência.” (STEINMETZ, 2005, p. 291)

A discussão sobre os destinatários da vinculação dos Direitos Fundamentais adquire maior destaque quando se procura incluir nesse rol os particulares, os quais, tradicionalmente, tiveram as suas relações jurídicas tratadas no âmbito do Direito Civil, onde os princípios da Livre Iniciativa e da Autonomia da Vontade são vetores da liberdade.

Aplicar aos particulares, nas suas relações privadas, o mesmo regime jurídico que é imposto ao Estado na proteção dos Direitos Fundamentais dos cidadãos (Eficácia vertical), fomenta o debate justamente porque no Estado liberal (ou burguês) não se dedicava estudo e atenção sobre a opressão praticada pelo particular, que, na

realidade contemporânea, cada vez mais vem se tornando evidente e voraz, principalmente nas questões de domínio econômico.

Classificar o particular, assim como o Estado, na condição de potencial violador dos Direitos Humanos fomenta cada vez mais a necessidade de se repensar a ampliação de proteção desses direitos no âmbito das relações privadas (Eficácia horizontal).

“Neste contexto, assume especial relevo a discussão em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Com efeito, se tais direitos foram concebidos, no constitucionalismo liberal burguês, como limitações erigidas ao poder estatal em prol da liberdade dos governados, torna-se evidente que, no mundo contemporâneo, eles devem ampliar seu campo de incidência. De fato, como o poder e a opressão são capilares, estando disseminados por toda a parte, os direitos humanos também devem assumir a mesma onipresença, para proteger o homem em todos os quadrantes da sua vida. Enfim, numa sociedade em que, tal como na fazenda dos bichos de George Orwell, ‘todos são iguais, mas alguns são mais iguais do que os outros’, proteger os ‘menos’ iguais dos ‘mais’ iguais tornou-se uma das principais missões dos direitos fundamentais. Sob esta perspectiva, os direitos humanos deixam de ser vistos como deveres apenas do Estado, na medida em que outros atores não-estatais são convocados para o mesmo palco, chamados às suas responsabilidades para a construção de uma sociedade mais justa, centrada na dignidade da pessoa humana.” (SARMENTO, 2006, p. xxv).

A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais, com fundamento direto a própria Constituição, assim como o Estado, por mais que socialmente encontre os seus fundamentos, ainda não possui aceitação uniforme na doutrina e na jurisprudência quanto aos seus efeitos.

Sobre a possibilidade de aplicação dos Direitos Fundamentais também aos particulares (Eficácia horizontal), bem como os seus consequentes efeitos, é possível identificar três correntes de pensamentos:

1. A que não admite a vinculação dos particulares: *State Action* (ação estatal - EUA);

2. A que admite a vinculação, desde que haja Lei regulamentando (Eficácia Indireta);

3. A que admite, independentemente da existência de Lei intermediadora (Eficácia Direta).

A compreensão da extensão dos efeitos da eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações privadas tem inicialmente o direito alemão como referência, que, na década de 50 do século XX, enfrentou o dilema no caso levado ao Tribunal Constitucional Alemão conhecido como caso Luth. Trata-se de um caso julgado pelo referido tribunal no dia 15 de janeiro de 1958, envolvendo conflito relacionado à liberdade de manifestação do pensamento entre particulares e os danos daí decorrentes.

O fato analisado pelo Tribunal Federal alemão se refere ao boicote iniciado na década de 50 na Alemanha pelo senhor Erich Luth, então presidente do clube de imprensa de Hamburgo, o qual pressionou distribuidores e donos de cinemas a não incluírem nas suas divulgações o filme “Amada Imortal”, do diretor Veit Harlan, que teria apoiado o antissemitismo durante o regime nazista instalado no Estado alemão.

O senhor Erich Luth propagou ainda que, caso o filme entrasse em cartaz, os alemães comprometidos com a decência não deveriam assistir, pois a mensagem que o filme transmitia era os ideais do regime totalitário nazista, já que o diretor Veit Harlan era comprometido com o antissemitismo.

“A apresentação dos fatos por Veit Harlan seguiu a risca o desejo da ditadura nacional-socialista, que encomendou e prestigiou o filme com as suas contínuas exibições na Alemanha, com o objetivo de desacreditar o judaísmo de maneira geral, a fim de preparar e motivar os espectadores em favor da campanha de repressão e de perseguição aos judeus. O caráter propagandístico do filme era tão evidente, que as autoridades de ponta do regime ordenaram a sua exibição perante os seus subordinados, sendo que o filme foi exibido, inclusive, para os soldados que estavam estacionados fora do território alemão. Por sua vez, os aliados proibiram a exibição do filme nas chamadas zonas de ocupação na Alemanha, erguidas após 1945, proibição que perdurou até o ano de 1990. Todavia, mesmo após esse período a exibição pública do filme permanecer sujeita a reservas, como a proibição de comercialização e obrigatoriedade de exibição mediante comentários

esclarecedores sobre a verdade dos fatos que levaram à produção.” (DUQUE, 2013, páginas 68-69).

A Suprema Corte Alemã analisou a questão e entendeu que o boicote iniciado por Erich Luth era legítimo e não constituiria ilícito civil, já que a sua conduta não contrariava a cláusula geral dos bons costumes prevista no Código Civil alemão, pois tal normativa prevista na lei deveria ser conformada com o Direito Fundamental de Liberdade de Expressão (efeito irradiante dos Direitos Fundamentais no ordenamento jurídico).

A aplicação dos efeitos dos direitos fundamentais no direito alemão na relação privada se deu de forma indireta, já que apenas fez a conformação da cláusula geral do Código Civil alemão com a Constituição. Trata-se, assim, de um caso onde uma corte constitucional reconheceu pela primeira vez que os Direitos Fundamentais previstos na Constituição também gerariam efeitos sobre as relações privadas, não ficando mais restritos aos atos praticados pelos agentes do Estado, historicamente vistos como os principais violadores dos Direitos Fundamentais dos cidadãos.

Além da Alemanha, os Estados Unidos da América também já se manifestaram sobre o tema, porém, negando a eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações privadas (*State Action*), salvo se um dos particulares estiver agindo na condição de “agente estatal”. No Brasil, por exemplo, seria o caso dos concessionários.

Daniel Sarmiento, sobre a *State Action* (ação estatal), explica que:

“A partir da década de 40 do século passado, a Suprema Corte americana, sem renegar a doutrina da *state action*, começa a esboçar alguns temperamentos a ela. Com efeito, passou a Suprema Corte a adotar a chamada *public function theory*, segundo a qual quando particulares agirem no exercício de atividades de natureza tipicamente estatal, estarão também sujeitos às limitações constitucionais. Esta teoria impede, em primeiro lugar, que o Estado se livre da sua vinculação aos direitos constitucionais pela constituição de empresas privadas, ou pela delegação das suas funções típicas para particulares, pois estes, quando assumem funções de caráter

essencialmente público, passam a sujeitar-se aos mesmos condicionamentos constitucionais impostos aos Poderes Públicos.” (SARMENTO, 2006, p. 190).

Nos Estados Unidos, percebe-se, o individualismo liberal ainda é muito forte, de modo que a aplicação objetiva dos Direitos Fundamentais nas relações privadas ainda encontra resistência tanto na doutrina quanto na jurisprudência daquele país. Um dos raros exemplos da aplicação direta da Constituição estadunidense nas relações privadas foi a promulgação da 13ª Emenda Constitucional, que proibiu a escravidão.

A forte tradição dos Estados Unidos de preservar o rígido modelo de Estado Liberal Clássico tem gerado claras resistências na evolução da irradiação dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, o que, de certa forma, não serve de parâmetro comparativo para o Estado brasileiro.

“Portanto, a Constituição brasileira é francamente incompatível com a tese radical, adotada nos Estados Unidos, que simplesmente exclui a aplicação dos direitos individuais sobre as relações privadas. Da mesma forma, ela nos parece inconciliável com a posição mais compromissória, mas ainda assim conservadora, da eficácia horizontal indireta e mediata dos direitos individuais, predominantemente na Alemanha, que torna a incidência destes direitos dependente da vontade do legislador ordinário, ou os confina ao modesto papel de meros vetores interpretativos das cláusulas gerais do Direito Privado.” (SARMENTO, 2006, p. 237).

No Brasil, a eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais tem se mostrado muito mais direcionada para a aplicação direta, conforme se verifica em alguns julgados do Supremo Tribunal Federal, a seguir destacados.

No Recurso Extraordinário número 201.819-RJ, relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 11/10/2005, a Suprema Corte brasileira analisou a questão da

aplicação do Direito Fundamental da Ampla Defesa e do Contraditório numa relação privada que envolvia a expulsão de sócio da sociedade civil União Brasileira de Compositores, decidindo que a eficácia dos Direitos Fundamentais, nesse caso, aplicar-se-ia de forma direta, anulando-se, assim, o ato jurídico de expulsão do sócio.

Nesse aspecto, vale a pena destacar que a União Brasileira de Compositores também age na condição de agente delegado do Estado, por isso, o tratamento que ela deve dispensar aos sócios, de certa maneira, à semelhança do Estado, tem de observar diretamente os preceitos constitucionais do Devido Processo Legal, quando nos atos de expulsão de sócio. O STF, nessa situação, parece mais ter aplicado a *public function theory*, originariamente dos Estados Unidos da América.

Por ser decisão de grande relevância para estudo da vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais, vale a pena destacar a ementa do Recurso Extraordinário número 201.819-RJ, que assim ficou redigida:

EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DE AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO.

I – EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.

II – OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios

constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

III – SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não estatal. A União Brasileira de Compositores – UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88).

IV - RECURSO EXTRADORDINÁRIO DESPROVIDO.

Não se pode ignorar que o ordenamento jurídico brasileiro também dá amostras de aplicação **indireta** da Constituição nas relações privadas por meio das

chamadas cláusulas gerais, como se observa no Art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor.

Também existe a intermediação do legislador de forma evidente nas relações contratuais privadas, como é o caso da Lei número 9.029, de 14/04/95, que proíbe a adoção por particulares de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor estado civil, situação familiar ou idade.

Indubitavelmente, existe no texto constitucional brasileiro a aplicação direta da Constituição nas relações privadas de emprego, como é o caso da obrigatoriedade de se respeitar o direito do empregado gozar férias anuais com o pagamento da gratificação de pelo menos 1/3 a mais do que o salário normal (Art. 7º, XVII, CF/88).

A aplicação direta e imediata das normas constitucionais, segundo Paulo Gustavo Gonet Branco, deve ser observada pelos juízes independentemente da existência de lei, pois a Constituição é norma superior de eficácia imediata (Art. 5º, §1º, CF/88).

“Os juízes podem e devem aplicar diretamente as normas constitucionais para resolver os casos sob a sua apreciação. Não é necessário que o legislador venha, antes, repetir ou esclarecer os termos da norma constitucional para que ela seja aplicada. O art. 5º, §1º, da CF autoriza que os operadores do direito, mesmo à falta de comando legislativo, venham a concretizar os direitos fundamentais pela via interpretativa. Os juízes, mais do que isso, podem dar aplicação aos direitos fundamentais mesmo contra a lei, se ela não conformar ao sentido constitucional daqueles.” (BRANCO, 2006, p. 286).

O professor Wilson Steinmetz explica que a teoria da eficácia imediata dos Direitos Fundamentais independe de intermediação necessária do direito privado para produzir a eficácia jurídica, conforme se percebe a seguir:

“Desde o princípio da tematização, concorrem a teoria da eficácia imediata e a teoria da eficácia mediata. Segundo a teoria da eficácia imediata, os direitos fundamentais vinculam imediata e diretamente os particulares. Assim, a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares independe da mediação das normas do direito privado. A inexistência de normas de direito ordinário concretizadoras de direitos fundamentais não

afasta a eficácia jurídica desses direitos nas relações de sujeitos de direito privado sob as modalidades deontológicas da obrigação, proibição e permissão de condutas ou comportamentos. Inversa é a posição da teoria da eficácia mediata, segundo a qual os direitos fundamentais não são imediata e diretamente aplicáveis às relações interprivadas.” (STEINMETZ, 2005, p. 291)

Muito embora esse seja o posicionamento ideal, não se pode esquecer que existem normas constitucionais relativas a Direitos Fundamentais que não são autoaplicáveis, como é o caso daquelas de cunho social (BRANCO, 2009, p. 286).

#### **2.4. Da Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais**

A partir dessa compreensão da vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais, pode-se avançar no estudo da dimensão objetiva dos Direitos Fundamentais, que significa que todos os princípios constitucionais devem sobrepor às demais normas do ordenamento jurídico, de modo a prestigiar os valores estabelecidos na Carta Magna. Essa sobreposição de princípios reflete nitidamente na perspectiva subjetiva dos Direitos Fundamentais, possibilitando fundamentar restrições aos direitos subjetivos individuais em face dos próprios titulares, isso, sempre tomando por base o Princípio da Proporcionalidade (Alemanha) ou da Razoabilidade (EUA).

Um exemplo interessante é a obrigatoriedade do uso de cinto de segurança pelo motorista e pelos passageiros de um veículo automotor, os quais devem cumprir o mandamento legal de efetivar a medida de proteção das suas próprias vidas, sob pena de serem penalizados administrativamente pelo descumprimento da norma legal prevista no Código de Trânsito Brasileiro.

A objetividade dos Direitos Fundamentais nas situações de proteção do titular é verificada também na proibição do porte de drogas para uso próprio (Art. 28 da Lei nº 11.343/2006), que, a rigor, não afetaria direito de terceiro (alteridade), mas tão somente da pessoa usuária da substância ilícita.

Esse dever de proteção do Estado sobre as pessoas mostra também que a Autonomia da Vontade da pessoa humana sofre grandes restrições quanto ao seu

exercício, não podendo de forma alguma violar princípios constitucionais protetores da vida, liberdade, saúde, segurança, etc, mesmo que o agente violador aja contra si próprio, ou seja, a dimensão objetiva dos Direitos Fundamentais transcende a perspectiva da garantia de posição puramente individual.

Destaca-se que a irradiação objetiva dos Direitos Fundamentais pode ser dosada pelo legislador na normatização das relações jurídicas dos cidadãos, de modo a não aniquilar completamente a autonomia individual, ou seja, a não gerar uma completa eliminação da liberdade contratual nas relações particulares.

Nesse azimute, também vale a pena mencionar a questão das relações especiais de sujeição que algumas categorias de pessoas estão submetidas, tais como os servidores públicos, os militares, os internados em estabelecimentos públicos, e os presos em estabelecimentos prisionais, de acordo com o tópico a seguir.

## **2.5. Direitos Fundamentais e relações especiais de sujeição**

A limitação de alguns Direitos Fundamentais dos sujeitos pertencentes aos grupos acima destacados (servidores públicos, militares, internados em estabelecimentos públicos, e os presos em estabelecimentos prisionais) existe expressamente na Constituição e de modo geral enseja análises mais apuradas em determinadas situações concretas. É o que se tem, por exemplo, na limitação da liberdade de expressão dos servidores públicos quanto às questões hierárquicas, sigilo profissional; quanto à limitação do direito de liberdade dos militares, que podem ser presos administrativamente por questões meramente disciplinares; quanto à liberdade e à privacidade dos presos por infrações penais, os quais devem observar a disciplina interna dos estabelecimentos prisionais.

Essas situações ensejam um tratamento especial quanto às soluções dos casos concretos, pois, por mais que haja um estado de sujeição do titular dos Direitos Fundamentais, a restrição legal ou administrativa deve estar sempre pautada nos objetivos fundamentais da norma constitucional, que, em análise mais acurada, não

admite arbitrariedades por parte do legislador e também da própria Administração Pública.

O Estado brasileiro, no primeiro artigo da Constituição da República, lançou em suas bases o Princípio Democrático (*A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos*), que vai muito além do significado de mera participação política do cidadão nas escolhas dos seus representantes para os cargos de direção do Poder Executivo e Legislativo.

O Princípio Democrático, no viés que aqui se insere, significa que todas as decisões dos agentes públicos administrativos devem ser fundamentados com base nos princípios administrativos e constitucionais, não podendo jamais uma restrição aos Direitos Fundamentais das pessoas que se encontram sujeitas a um regime especial de tratamento (presos, por exemplo) se aplicada sem a devida fundamentação legal e constitucional, sob pena de o ato administrativo ser anulado por vício de legalidade e de inconstitucionalidade.

Os atos do poder público sobre essas pessoas jamais podem exacerbar o limite do razoável, e também não podem afetar injustificadamente a intimidade e a vida privada daqueles que estão sujeitos ao regime jurídico de limitação de Direitos Fundamentais em razão de circunstâncias relacionadas ao cargo público ou à aplicação de pena criminal imposta pelo Estado aos infratores da lei penal, por isso, destaque especial deve ser dado aos principais aspectos da proteção da intimidade da pessoa.

## **2.6. Esferas de proteção da intimidade e da vida privada**

Os fundamentos da proteção da intimidade e da vida privada podem ser analisados pela perspectiva histórica, principalmente na forma retratada por Hannah Arendt (“A Condição Humana”), a qual destaca a vida *activa*, que é a valorização da individualidade do ser humano, caracterização das aparências diferenciadas na sociedade, onde a relação do homem com a natureza e as coisas exige respeito à individualidade, à valorização do espírito do homem, à necessidade de respeitar o seu momento de pensar e também de compartilhar experiências em sociedade.

Nesse aspecto, a visão dos antigos na distinção entre público e privado é muito importante para compreensão da discussão sobre os limites das liberdades na atual ótica constitucional.

A família, num primeiro momento, é vista como simples associação comunitária de indivíduos em razão das necessidades de convívio, de forma a garantir a própria subsistência individual.

Para os gregos, nas chamadas “cidade-estado”, a esfera da *polis* (pública) tem como destaque a participação política dos cidadãos livres, considerados aqueles que já tinham superado questões de simples sobrevivência, ou seja, cidadãos livres eram aqueles que haviam conseguido desenvolver os seus talentos, as suas virtudes, que estavam de acordo com o seu papel no universo, e por isso poderiam ter participação na política da cidade.

Ao contrário da esfera pública, tem-se a esfera privada (*oikos*), onde se concentrava a vida em família (sobrevivência da espécie), que gerava hierarquia para aqueles que conseguissem superar os desafios da vida privada e atingissem o estágio contemplativo da natureza (desenvolvimento dos talentos). A economia escravagista estava concentrada exclusivamente na esfera privada, o que impedia o desenvolvimento da proteção individual daqueles que estavam submetidos ao estado de sujeição, pois os escravos eram considerados coisas.

Não há entre os antigos qualquer sinal evidente de proteção à vida privada frente ao Estado. A liberdade é vista como forma de participação na *polis*. Apenas para exemplificar, na cidade-estado de Esparta, punia-se o homem que permanecesse celibatário ou que se casasse tardiamente (COULANGES, 2007, p. 54 e 248). Também chegava-se ao ponto de se regular o penteado das mulheres, ou seja, pela onipotência do Estado, os antigos não chegaram a conhecer a liberdade individual

"A cidade havia sido fundada como uma religião, constituindo-se como uma igreja. Daí sua força, daí também sua onipotência, e o império absoluto que exercia sobre seus membros. Em uma sociedade estabelecida sobre tais princípios, a liberdade individual não podia existir. O cidadão ficava submetido, em tudo e sem reservas, à cidade; pertencia-lhe inteiramente. A religião, que dera origem ao Estado, e o Estado, que sustentava a religião, apoiavam-se mutuamente, sustentavam-se um ao outro, e formavam um só corpo; esses dois poderes associados e perfeitamente unidos constituíam um

poder quase sobre-humano, ao qual alma e o corpo submetiam-se igualmente. O homem nada tinha de independente. Seu corpo pertencia ao Estado, e destinava-se à sua defesa; em Roma o serviço militar era obrigatório até os quarenta e seis anos; em Atenas e Esparta o era por toda a vida. Sua fortuna estava sempre à disposição do Estado; se a cidade tivesse necessidade de dinheiro, podia mandar às mulheres que lhe entregassem as joias, aos credores que privassem de seus créditos, aos proprietários de olivais que lhe cedessem gratuitamente o óleo que haviam fabricado. A vida privada não escapava a essa onipotência do Estado. Muitas cidades gregas proibiam ao homem o celibato. Esparta punia não somente quem não se casava, como também quem se casava tarde. O Estado podia prescrever, em Atenas, o trabalho, e em Esparta, a ociosidade. O Estado exercia sua tirania até nas menores coisas; em Locres, a lei proibía aos homens beber vinho puro; em Roma, em Mileto e em Marselha, fazia o mesmo com as mulheres. A moda, comumente, era fixada pelas leis de cada cidade; a legislação de Esparta dava regras para os penteados das mulheres, e a de Atenas proibía-lhes levar em viagem mais de três vestidos. Em Rodes a lei proibía que se fizesse a barba; em Bizâncio, punia com multa quem possuísse uma navalha; em Esparta, pelo contrário, a lei exigia que se raspasse o bigode." (COULANGES, 2007, p. 248-249)

Para os antigos, a atividade de pensar (contemplativa) era destinada apenas àqueles que se encontravam libertos das amarras da condição de escravo e de meros associados para a sobrevivência da espécie. Nesse período da história do pensamento ocidental, observa-se que não havia a igualdade formal entre as pessoas, já que o critério diferenciador estava centrado no “pleno desenvolvimento dos talentos” daqueles que tivessem condições favoráveis para tanto, que, somente era conquistado por pessoas que tivessem condições materiais para subsidiar o desabrochar das virtudes.

Quando se avança um pouco mais na identificação dos parâmetros diferenciadores das esferas pública e privada, agora na Idade Média, já é possível observar que a sociedade ocidental é organizada economicamente em feudos (espaços de terras onde o senhor feudal – dono da terra – exercia o seu domínio sobre a família, servos e escravos), tendo o domínio fundiário como o centro do poder patrimonial.

A esfera política perde notoriedade porque o público fica reservado àqueles que gozassem de privilégios especiais. A coragem é tida como um meio de se atingir a superioridade, o *status* público na sociedade. Nesse período medieval a ideia de administração do feudo é tida como parte da esfera privada, que não sofria a interferência de leis externas, praticamente não havendo a interferência do Estado nessa constituição de sociedade, o que possibilitou o surgimento de várias culturas (visigodos e ostrogodos, conhecidos como bárbaros) e a valorização da propriedade.

No período moderno ocorre um esforço da sociedade para proteção dos seus interesses privados (econômicos e familiares), tendo a literatura (“opinião pública”) como a única fonte legítima das leis, capaz de legitimar o poder público. A coragem destacada na Idade Média não mais é vista como o meio de ascensão social, mas agora o pensamento estruturado em ideias fundamentadas na razão.

Por isso da importância do pensamento kantiano na perspectiva da organização da sociedade, a qual tem o desafio de estruturar o sistema jurídico de forma a regulamentar as esferas públicas e privadas, pautadas em princípios e regras, onde o direito à privacidade e à intimidade ganha prestígio a partir do momento em que a humanidade leva em consideração a necessidade de se valorizar o pensamento e suas condições de evolução, notadamente quanto ao direito de liberdade de expressão.

Os efeitos da mudança do paradigma medieval para o moderno, onde a lei passa a ser vista como a principal fonte legitimadora do poder público, que deve agir em respeito à vontade do povo, tratando-o de forma igualitária, traz resultados de valorização da individualidade das pessoas.

De certa maneira, o indivíduo não tinha espaço de respeito aos seus direitos fundamentais na esfera privada, pois o que prevalecia era o espaço público, delineado nos interesses políticos da sua época.

Na modernidade, com a mudança de paradigma sobre os espaços público e privado, o chamado positivismo jurídico ganha relevância, principalmente por dar importância ao rigorismo formal das leis vinda do parlamento, conforme se verifica no tópico a seguir.

## **2.7. Positivismo Jurídico e Direitos Fundamentais**

Positivismo Jurídico significa a supremacia da lei sobre as demais normas do ordenamento jurídico, onde o Estado exerce o papel de fonte primordial de organização das relações públicas e privadas da sociedade. Significa regular a vida em

sociedade com soberania de modo a não entrar em questões de cunho valorativo no campo da filosofia, da moral, da ética, da sociologia, etc.

Hans Kelsen, representante do positivismo jurídico, na sua obra “Teoria Pura do Direito”, retrata bem o significado da teoria positivista:

“A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo – do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Contudo, fornece uma teoria da interpretação. Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a este questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É uma ciência jurídica e não política do Direito. Quando a si própria se designa como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental”. (KELSEN, 2000, p. 01)

O principal objetivo do positivismo jurídico é desvincular-se das demais ciências humanas, deixando bem claro que o Direito deve adotar como metodologia fundamental o dever ser.

Luís Roberto Barroso, ao comentar sobre o positivismo de Kelsen assim diz:

“O positivismo jurídico aplica os fundamentos do positivismo filosófico no mundo do Direito, na pretensão de criar uma ciência jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais. A busca de objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o Direito da moral e dos valores transcendentais. Direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa. A ciência do Direito, como todas as demais, deve fundar-se em juízos de fato, que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízos de valor, que representam uma tomada de posição diante da realidade. Não é no âmbito do Direito que se deve travar a discussão acerca de questões como legitimidade e justiça. O positivismo comportou algumas variações e, no mundo romano-germânico, teve seu ponto culminante no normativismo de Hans Kelsen.” (BARROSO, 2009, p. 239 e 240).

A Teoria Pura do Direito, obra clássica de Kelsen, tem por fundamento o primado da lei. A fonte exclusiva do Direito é o Estado, havendo, inclusive, uma hierarquia das fontes (lei; analogia – que é a lei; os costumes; e, por último os princípios gerais do direito). Dentro desse sistema positivista, o Direito é visto como uma disciplina isolada. Não há interferência dos valores, como a justiça, a ética e a moral.

A partir do momento em que o indivíduo passou a ser considerado sujeito de direito internacional (Tribunal de Nuremberg - final da segunda grande guerra mundial), a doutrina contemporânea (PIOVESAN, 2010, p. 07) passa a fazer uma reinterpretação do sistema positivista, não negá-lo, mas adaptá-lo a uma nova realidade mundial preocupada com os Direitos Humanos. Dá-se, então, o nome de sistema pós-positivista ao estudo do Direito à luz dos valores éticos, morais, dos princípios, e das questões de sociologia jurídica.

Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos vem ganhando muita força jurídica nos ordenamentos internos dos Estados, fazendo, inclusive, mudanças profundas e inovadoras que chegam até a conflitar com as Constituições.

O Brasil é um dos Estados da sociedade internacional que vem se integrando democraticamente ao sistema global e regional de proteção dos Direitos Humanos, tendo adotado em seu texto constitucional princípios considerados fundamentais para o desenvolvimento de todo o seu ordenamento jurídico interno. As principais consequências estão relacionadas às mudanças das formas de se resolver os conflitos normativos, pois a lei não mais é o referencial supremo de solução.

### **3. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A Constituição, pela sua estrutura calcada em princípios, tem nestes a raiz fundamentadora de todos os valores democráticos, os quais devem influenciar todos os órgãos responsáveis pela aplicação do direito.

A tensão entre os direitos fundamentais individuais com o interesse público é um desafio jurídico que as autoridades e os interessados na proteção dos direitos fundamentais atualmente enfrentam quanto à legitimidade das ações do poder público.

Naturalmente o acesso à justiça entra em cena como um dos principais temas do ordenamento jurídico constitucionalizado, considerando a imprescindibilidade da maior participação dos órgãos judiciais na solução das demandas que são postas em juízo pelas partes interessadas.

Essa questão é importante na medida em que se espera do Poder Judiciário uma resposta definitiva da demanda levada a juízo, e também que o meio de acesso seja possível a todos, independentemente da sua condição econômica e social, eis, então, a relevância da aplicação da lei sob a ótica dos direitos fundamentais, que não podem ser subjugados pelo formalismo do positivismo jurídico.

É preciso priorizar o Princípio da Razoabilidade ou da Proporcionalidade nas ponderações das normas que entram em conflito ou em rota de colisão (regras e princípios), para que não se perca de vista a supremacia da Constituição sobre as leis infraconstitucionais, dado o novo paradigma contemporâneo que não prestigia cegamente a lei formal, mas procura solucionar os problemas postos em juízo em respeito aos valores da constituição e dos direitos humanos.

Direitos Fundamentais intrinsecamente voltados para a proteção da intimidade e a vida privada das pessoas possuem carga valorativa intensa no Direito Civil, como é o caso da proteção da integridade física das pessoas no caso de investigação de paternidade, onde o meio de identificação moderno (DNA) tem servido de base para as discussões sobre a obrigatoriedade do investigado em fornecer o material genético. Cita-se, por exemplo, as decisões do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº 71373/RS e no Recurso Extraordinário nº 363889/DF.

Nessa mesma linha, mas no campo processual penal, tem-se a discussão sobre a obrigatoriedade do fornecimento de material genético por parte do condenado por crime violento para a identificação do seu perfil genético (Lei nº 12.654/2012), assunto este que será analisado em outro momento.

Percebe-se, de toda a dinâmica aqui apresentada, que não se pode desconsiderar que a intimidade, a privacidade e integridade física das pessoas cada vez mais ganham importância na evolução histórica da sociedade e do ordenamento jurídico constitucional.

O legislador não mais deve se afastar dos valores morais e éticos, e, principalmente, do respeito à Dignidade da Pessoa Humana, pois a interpretação da

eficácia dos direitos fundamentais está cada vez mais a se sedimentar na vinculação dos particulares, mesmo que ainda não se tenha no direito brasileiro uniformidade quanto à forma de vinculação, se direta ou indireta.

O certo é que tanto o poder público quanto os particulares devem respeito à constituição e aos seus valores postos a serviço da Dignidade da Pessoa Humana.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. *tradução: Virgílio Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ARENDT, Hannah. A Condição Humana – 11. edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; CASSEL, Douglass (orgs.). A Realização e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos Fundamentais: Desafios do Século XXI. Joaçaba: Ed. UNOESC, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. 6. Reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos - 6. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2008.

COULANGES, Fustel. A cidade antiga. São Paulo: Martin Claret, 2007.

GIL, Antônio Carlos. Métodos e Técnicas de Pesquisa Social – 5. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos. São Paulo: Martin Claret, 2008.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de Metodologia da pesquisa no direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11. edição, revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição - 8ª Ed.* São Paulo: Malheiros, 2012.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

STEINMETZ, Wilson. *Direitos Fundamentais e Relações entre particulares: anotações sobre a teoria dos imperativos de tutela*. *Revista de Direito Privado* | vol. 23 | p. 291 | Jul/ 2005DTR\2005\466.