

**UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO**



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

**A Criação dos Direitos Fundamentais e suas
Dimensões Objetiva e Subjetiva**

JULIANO FERREIRA FAZZANO GADIG

Lisboa
2024

JULIANO FERREIRA FAZZANO GADIG

**A CRIAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS DIMENSÕES
OBJETIVA E SUBJETIVA**

Dissertação apresentada no curso de Mestrado Científico em Direitos Fundamentais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob a orientação do Senhor Professor Doutor Pedro Alexandre Vicente de Araújo Lomba.

Lisboa
2024

RESUMO

Este trabalho busca realizar uma análise histórica-jurídica dos direitos fundamentais, para que possamos compreender a importância da constante evolução desses direitos que, atualmente, não se limitam como meros instrumentos de defesa contra ingerências e intervenções estatais, mas também operam como base norteadora à manutenção e estruturação de um Estado Democrático de Direito, protetor, promotor e provedor das garantias fundamentais. Para tanto, buscamos desenvolver uma pesquisa com forte carga histórica, percorrendo pelo desenvolvimento e progresso dos direitos fundamentais em diferentes épocas dentro de distintos modelos de Estado governamentais, para depois abordarmos a teoria geracional desses direitos e, posteriormente, tecermos comentários sobre a natureza, características e problemáticas sobre titularidade. Acreditamos que todo este prévio estudo se mostra necessário e essencial à compreensão da dupla natureza dimensional dos direitos fundamentais, para depois analisarmos as consequências práticas de ambas as concepções, incluindo a teoria da eficácia horizontal. No decorrer e ao final do trabalho, com o intuito de elucidarmos nossa explicação, apresentaremos casos reais analisados pelos Tribunais brasileiros.

Palavras Chaves: Direitos Fundamentais, Evolução dos Direitos Fundamentais, Teoria das Gerações dos Direitos Fundamentais, Dupla Natureza Dimensional dos Direitos Fundamentais, Dimensão Subjetiva dos Direitos Fundamentais, Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais, Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais, Direitos Fundamentais na Esfera Horizontal, Direitos Fundamentais nas Relações Privadas, Direitos Fundamentais entre Particulares.

ABSTRACT

The objective of this paper is to conduct a historical-legal analysis of fundamental rights to understand the importance of their constant evolution. These rights currently are not merely instruments of defense against state interference and interventions but also serve as guiding principles for maintaining and structuring a Democratic State of Law that acts as a protector, promoter, and provider of fundamental guarantees. To achieve this, we aim to develop research with a strong historical component, exploring the development and progress of fundamental rights across different eras and governmental state models, and then analysis the generational theory of these rights. Subsequently, we will comment on the nature, characteristics, and issues related to their ownership. We believe that this preliminary study is necessary and essential to understand the dual-dimensional nature of fundamental rights, leading to an analysis of the practical consequences of both conceptions, including the theory of horizontal effect. Throughout and at the end of this work, to elucidate our explanation, we will present real cases analyzed by Brazilian courts.

Key Words: Fundamental Rights, Evolution of Fundamental Rights, Generations Theory of Fundamental Rights, Dual Dimensional Nature of Fundamental Rights, Subjective Dimension of Fundamental Rights, Objective Dimension of Fundamental Rights, Horizontal Effect of Fundamental Rights, Fundamental Rights in the Horizontal Sphere, Fundamental Rights in Private Relations, Fundamental Rights between Individuals.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1. FUNDAMENTOS HISTÓRICOS À EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: AS ETAPAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ATÉ O ATUAL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	11
1.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS	11
1.2. DA PRÉ-HISTÓRIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: O PROCESSO DE DESENVOLVIMENTO DOS DIREITOS PRIMITIVOS AOS DIREITOS NATURAIS E INALIENÁVEIS DO HOMEM	13
1.3. DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIAL: A POSITIVAÇÃO DAS GARANTIAS INDIVIDUAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS	22
1.4. O ESTADO SOCIAL DE DIREITO: A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, O PROCESSO DE DEMOCRATIZAÇÃO E AS EXPERIÊNCIAS ANTLIBERAIS.....	25
1.5. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: A REVALORIZAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL, DOS INDIVÍDUOS E DOS DIREITOS – A ENTRADA DOS DIREITOS DE FRATERNIDADE ..	30
2. O PROCESSO EVOLUTIVO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	32
2.1. GERAÇÕES OU DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: A QUESTÃO DA TERMINOLOGIA.....	32
2.2. AS GERAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DURANTE OS MODELOS DE ESTADO: DA PRIMEIRA À TERCEIRA GERAÇÃO	35
2.3. AS NOVAS GERAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: DA QUARTA À SEXTA GERAÇÃO	38
2.4. A TENDÊNCIA DE UM CRIACIONISMO GERACIONAL: A SÉTIMA E OITAVA GERAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	42
2.5. CRÍTICAS AO CRIACIONISMO GERACIONAL: A VALIDADE E EFICIÊNCIA DA TEORIA CLÁSSICA DE KAREL VASAK	46
3. A NATUREZA, CARACTERÍSTICAS E A CLASSIFICAÇÃO CONCERNENTES AOS DENOMINADOS “DIREITOS FUNDAMENTAIS” ...	55
3.1. A NATUREZA ABERTA E MUTÁVEL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	55
3.2. AS CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:	57

3.2.1. <i>Direitos humanos vs. Direitos fundamentais</i>	57
3.2.2. <i>A natureza jurídica constitucional dos direitos fundamentais</i>	60
3.2.3. <i>Relatividade dos direitos fundamentais: ausência de caráter absoluto, as restrições e seus limites</i>	62
3.3. A CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SEGUNDO A TEORIA DE JELLINEK – OS QUATRO STATUS DOS INDIVÍDUOS PERANTE O ESTADO	66
3.4. A QUEM PERTENCE A TITULARIDADE E QUEM SÃO OS DESTINATÁRIOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS? AS PROBLEMÁTICAS SOBRE O PRINCÍPIO DA IGUALDADE	69
4. A DUPLA NATUREZA DIMENSIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	78
4.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS	78
4.2. A DIMENSÃO SUBJETIVA	79
4.3. A DIMENSÃO OBJETIVA.....	81
4.3.1. <i>As consequências jurídicas da dimensão objetiva</i>	85
5. A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	89
5.1. TEORIAS QUE VINCULAM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS RELAÇÕES PRIVADAS	92
5.1.1. <i>Teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais na esfera privada</i>	92
5.1.2. <i>Teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais na esfera privada</i>	99
5.1.2.1. <i>O conflito de direitos fundamentais e a técnica de ponderação</i>	107
5.2. TEORIAS QUE NEGAM A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	114
5.2.1. <i>Teoria da convergência estatista</i>	115
5.2.2. <i>State Action</i>	118
5.3. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	124
CONCLUSÃO	133

REFERÊNCIASERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.

LISTA DE ABREVIATURAS

a.C – Antes de Cristo.
AC – Ação Cível.
ACO – Ação Cível Originária.
Aglnt – Agravo Interno.
AI – Agravo de Instrumento
ARE – Agravo em Recurso Extraordinário
Art. – Artigo.
CC – Código Civil.
CF/88 – Constituição da República federativa de 1988.
CRP – Constituição da República Portuguesa.
DF – Distrito Federal.
Ed. – Edição.
HC – Habeas Corpus.
Inc. – Inciso.
Min. – Ministro
MS – Mandado de Segurança.
OIT – Organização Internacional do Trabalho.
ONU – Organização das Nações Unidas.
Pg. – Página
PR – Estado do Paraná.
RE – Recurso Extraordinário.
Rel. – Relator.
Resp – Recurso Especial.
RJ – Rio de Janeiro.
RR – Recurso Repetitivo.
SP – Estado de São Paulo.
STJ – Superior Tribunal de Justiça.
STF – Supremo Tribunal Federal.
TJ – Tribunal de Justiça.

INTRODUÇÃO

Para compreendermos o ordenamento jurídico moderno, o estudo dos direitos fundamentais mostra-se crucial e imprescindível, uma vez que constituem a base sobre a qual se assenta todo o sistema jurídico de um Estado Democrático de Direito. Veremos no decorrer do presente estudo que os direitos fundamentais, atualmente, não apenas protegem o indivíduo contra injustificadas intervenções estatais, como também possuem a função de garantir e estruturar o funcionamento do Estado Democrático de Direito, servindo como fundamento à criação e interpretação de outras normas jurídicas, para garantir que todas as legislações sejam compatíveis com a natureza axiológica dos direitos fundamentais, além de imputar deveres e obrigações aos seus destinatários para proteger, promover e viabilizar o exercício desses direitos.

Temos como objetivo do presente trabalho, traçar, sucintamente, os passos significativos que os direitos fundamentais deram ao longo da história, destacando a sua progressiva consolidação até atingirem o *status* que atualmente desfrutam, como pilares fundamentais de um Estado e de todo o ordenamento jurídico. Esse percurso evolutivo, marcado por lutas e conquistas, sublinha a importância dos direitos fundamentais na construção de sociedades mais justas e equitativas, evidenciando o papel crucial desse processo de desenvolvimento na proteção e promoção da dignidade humana. Contudo, para alcançarmos o patamar no qual os direitos fundamentais se encontram hoje, no que se refere ao sentido e função que exercem no contexto individual, social e estrutural de um Estado organizado, esses direitos passaram por longo processo de evolução e adaptação, que essencialmente será um dos focos do nosso estudo.

Assim, o presente trabalho começará com uma análise histórica do processo evolutivo dos direitos fundamentais, desde os primórdios do jusnaturalismo, passando pela positivação das primeiras garantias fundamentais, até a formação dos diferentes tipos de Estado – como o Liberal e o Social – culminando no atual Estado Democrático de Direito, que protege e promove os direitos fundamentais. Examinaremos também a influência dos

acontecimentos históricos mais relevantes, como a criação dos principais documentos jurídicos que estabeleceram princípios fundamentais para limitar o poder do Estado, e também veremos os acontecimentos das revoluções inglesa, americana e francesa, além das Guerras Mundiais, eventos estes considerados pontos de inflexão no processo evolutivo dos direitos fundamentais. Esta análise é de suma importância, pois permite observar a evolução e transformação desses direitos, identificando, em diferentes épocas, tanto a natureza dessas garantias quanto os indivíduos que poderiam usufruir de sua eficácia ou, ainda, se encontrar na condição de destinatários dos direitos fundamentais.

Realizada a apresentação histórico-evolutiva, passaremos às classificações de tais direitos em suas respectivas gerações¹. Iniciaremos o tópico realizando a distinção entre a terminologia “geração” e “dimensão” dos direitos fundamentais, para então seguirmos à análise das fases do seu processo evolutivo, começando pela clássica divisão geracional feita por Karel Vasak. Posteriormente, nos aprofundaremos nas novas gerações propostas por juristas contemporâneos, que, observando e antevendo as necessidades e problemas emergentes no cenário mundial, sugerem a criação de novas classes e reenquadramento de alguns direitos fundamentais. Ao final do tópico, faremos uma análise crítica sobre essas ideias.

Ato contínuo, abordaremos o conteúdo dos direitos fundamentais em sua natureza, suas características e formas de classificação. A partir deste ponto poderemos compreender a força e extensão que esses direitos alcançam, além dos limites que encontram, para que possamos estabelecer, efetivar, garantir e exigir o exercício dos direitos fundamentais, seja na condição de titular ou na posição de destinatário desses direitos, condições estas que também serão alvo de estudo. Nesta oportunidade, nos aprofundaremos em debates doutrinários acerca da posição jurídica que compõe os polos ativo e passivo dos direitos fundamentais, apresentando, comparativamente, dispositivos normativos da Constituição brasileira e portuguesa que geraram questionamentos na doutrina, posteriormente levados aos Tribunais Superiores.

¹ Veremos no decorrer do presente trabalho que a doutrina moderna tem preferência pelo termo “dimensão” ao invés de “geração”. Tal divergência também será objeto de análise.

Todo o exposto facilitará a compreensão e nos conduzirá às duas dimensões dos direitos fundamentais, denominadas subjetiva e objetiva. Através dos ensinamentos de diversos juristas, percorreremos o conceito de ambas as dimensões, bem como as respectivas finalidades e consequência prática que, atualmente, não se limita à invocação dessas garantias contra às intervenções estatais, mas também garantem a manutenção e norteiam toda a estrutura de um Estado Democrático de Direito, impactando diretamente o comportamento do poder público em geral. No tocante a concepção objetiva, especificamente, examinaremos a carga axiológica dos direitos fundamentais para demonstrar, através de análise de caso real, a influência causada no ordenamento jurídico como um todo, que não abrange apenas as normas constitucionais, mas também se faz presente durante a criação, interpretação e aplicação da legislação infraconstitucional.

Compreendida as duas dimensões dos direitos fundamentais, adentraremos no tema da eficácia horizontal desses direitos, ou seja, a sua aplicabilidade nas relações entre particulares, transcendendo, portanto, aquela finalidade original de serem direitos oponíveis apenas contra o poder público. Veremos que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais possui teorias que compreendem tanto a dimensão subjetiva quanto a objetiva. Nesse contexto, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais emerge como um tema central, pois trata da extensão e do impacto dessas garantias nas interações privadas, garantindo que os princípios fundamentais sejam respeitados em todas as esferas, tanto pública como privada. Para tanto, analisaremos as teorias que vinculam os direitos fundamentais às relações interparticulares, bem como as que negam a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, apresentando as perspectivas teóricas, contrapontos e críticas. Abordaremos também a questão da colisão de direitos fundamentais e as propostas doutrinárias sugeridas como formas de solução desses conflitos, culminando na análise das decisões mais emblemáticas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Finalmente, faremos as considerações conclusivas do estudo, esperando-se que a análise proposta enalteça a trajetória histórica dos direitos fundamentais, iluminando a importância desses direitos na proteção da

dignidade humana e na estruturação do ordenamento jurídico. Ademais, pretendemos proporcionar uma base à reflexão e debate sobre o papel contínuo e em constante evolução dos direitos fundamentais em nossa sociedade, para que possamos compreender os desafios contemporâneos e formular estratégias eficazes para garantir a proteção e expansão desses direitos no futuro. Por fim, espera-se que este estudo contribua para a promoção de uma sociedade mais justa e equitativa, na qual os direitos fundamentais sejam plenamente respeitados e implementados.

1. FUNDAMENTOS HISTÓRICOS À EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: AS ETAPAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ATÉ O ATUAL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

1.1. Considerações iniciais

É de extrema relevância, não apenas para o desenvolvimento deste estudo, mas também ao entendimento do ordenamento jurídico moderno, analisar a evolução histórico-positiva dos direitos fundamentais. Isto nos permite compreender sua importância e finalidade, além de nos situar no tempo e no espaço², desde suas origens até a respectiva positivação nas Constituições. Além disso, a partir da presente análise, poderemos observar como os direitos fundamentais passaram a ter validade e eficácia de normas jurídicas oponíveis, após séculos de esforço e luta árdua, para estabelecê-los como fatores constitutivos de nossa vida comunitária³.

O termo “direitos fundamentais” surgiu por volta de 1770, na França, durante o movimento político e cultural que levou à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789⁴. Nota-se, portanto, que a referida terminologia passou a ser utilizada com a concretização de alguns direitos tidos como universais (direitos naturais) em documento juridicamente formal. Contudo, a essência dos direitos fundamentais existe muito antes de qualquer norma que os formalizassem.

² Ingo Sarlet afirma ser necessário analisar a história dos direitos fundamentais à compreensão do surgimento do moderno Estado Constitucional. SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais: um teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, pg. 36. 11ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

³ K. Stern entende que a compreensão da história dos direitos fundamentais faz parte da história e desenvolvimento constitucional, social, econômica e intelectual, sendo de suma importância à história, dos direitos básicas e da sua multidimensionalidade. STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, pg. 53-54. Vol III/1, München: C. H. Beck, 1988.

⁴ LUÑO, Antonio E. Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion*, pg. 30. 8ª ed., Madrid: Tecnos, 2003.

Iremos, neste tópico, buscar esclarecer os fatos anteriores relacionados à “pré-história” dos direitos fundamentais, para depois tecermos comentários sobre seu reconhecimento formal, interna e internacionalmente, no final do século XVIII. Ressaltaremos, ainda, as constantes mutações que sofreram ao longo do tempo (chamadas de gerações ou dimensões dos direitos fundamentais⁵), em razão das necessidades básicas que eram identificadas em cada época, partindo de um período absolutista para o Estado Liberal, até finalmente alcançarmos o Estado Democrático de Direito alicerçado no princípio da dignidade humana.

Nesta esteira, iremos adotar a divisão feita por Klaus Stern⁶, acompanhada pelo constitucionalista Ingo Sarlet⁷, para conduzirmos a evolução histórica dos direitos fundamentais até sua formalização nas primeiras Constituições, dividindo-se em três etapas: (i.) uma pré-história que se estendeu até cerca do ano de 1600; (ii.) uma história intermediária que dura até o ano de 1776, correspondente ao período jusnaturalista; (iii.) e uma história principal, a partir do ano de 1776, começando com a Declaração dos Direitos de Virgínia.

⁵ O termo “gerações” (de direitos do homem) foi primeiramente utilizado pelo jurista Karel Vasak, em 1979, na aula inaugural dos Cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo. Paulo Bonavides ressalta que deve haver substituição do termo “gerações” por “dimensões”, caso o primeiro *venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes*. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, pg. 517-525. 6ª ed., São Paulo: Helvética Editorial, 1996. Isto posto, cumpre destacar que a utilização dos termos “gerações” ou “dimensões” dos direitos fundamentais aqui escolhida, não significa sobrepor uma acima da outra, pois, como se sabe, as gerações/dimensões dos direitos fundamentais, que foram surgindo com o passar dos anos, complementam-se entre si. MARMELSTEIN, George. *Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais*. [consult. 21 de agosto de 2022]. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4666/criticas-a-teoria-das-geracoes-ou-mesmo-dimensoes-dos-direitos-fundamentais>; DIAS, Norton Maldonado. *A crise da teoria das gerações dos direitos nos tratados e convenções internacionais*, v. 17, nº 34. In: *Revista da Faculdade Mineira de Direito – PUC Minas*. [consult. 31 de agosto de 2022]. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/P.2318-7999.2014v17n34p1>. Neste trabalho, abordaremos os termos gerações e dimensões de forma distinta, conforme explicação apresentada no decorrer do presente estudo.

⁶ Devemos ressaltar que, na realidade, K. Stern faz referência a um quarto período, sendo este referente a história alemã dos direitos fundamentais e o constitucionalismo precoce na primeira metade do século XIX, com a ancoragem dos sujeitos e direitos civis (estatais) nos documentos constitucionais. STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, pg. 56. Vol III/1, München: C. H. Beck, 1988.

⁷ SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, pg. 37. 11ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

A partir deste ponto, iremos acompanhar a positivação e afirmação dos direitos fundamentais nos documentos constitucionais, bem como sua evolução até os dias de hoje, no atual Estado Democrático de Direito, para podermos, posteriormente, discorrer e compreender sobre sua efetivação enquanto normas de direito positivo e, portanto, eficazes⁸.

1.2. Da pré-história dos direitos fundamentais: o processo de desenvolvimento dos direitos primitivos aos direitos naturais e inalienáveis do homem

Atualmente, considerando a manipulação⁹ realizada pelo homem sobre as leis, normas e regras de convivência em geral, parece estranho pensar que o Direito, antigamente, ainda que de forma parcial, possa ter sido considerado algo natural, ou seja, um produto da própria natureza; algo que não tenha sido elaborado pelo homem.

Os gregos, a princípio, entendiam que o Direito era tanto algo natural, como também provindo da arte humana. Algumas coisas podiam ser facilmente diferenciadas entre o que era natural e o que pertencia ao artificial, como por exemplo: o sol e o mar, de uma flecha e uma vara de pesca; já com o Direito, por outro lado, não era tão simples realizar tal distinção, pois algumas regras pareciam intrínsecas do homem e do seu instinto, isto é, derivam de sua própria natureza e que vigoram pela simples existência do ser humano, do seu “viver”; outras regras, em contrapartida, eram normas evidentemente criadas, elaboradas, manipuladas, visando a regulação da convivência humana¹⁰.

⁸ VIEIRA JUNIOR, Dicesar Beches. *Teoria dos direitos fundamentais: evolução histórico-positiva, regras e princípios*. Revista da Faculdade de Direito da UERJ - RFD, [S. l.], n. 28, p. 73–96, 2015. DOI: 10.12957/rfd.2015.20298. [consult. 31 de agosto de 2022]. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/rfduerj/article/view/20298>.

⁹ “Manipulação” no sentido de ser o homem quem cria, altera ou extingue a lei.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. *Locke e o Direito Natural*, pg. 29-32. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

Acompanhando o raciocínio de Bobbio¹¹, não é de se estranhar que as sociedades antigas, ainda antes de Cristo, como no período Helenístico, acreditassem que parte do Direito pudesse ser algo natural. Afinal, inicialmente, pensava-se que o direito era consuetudinário, ou seja, ele era aceito como se sempre tivesse existido daquela forma, desconhecendo-se, parcialmente, a origem de seu surgimento, sendo compreendido como um simples costume¹², um hábito, que não se contrapunha ao que era unanimemente aceito por aqueles que existiram antes e existiam à época.

A título de exemplo, André de Carvalho Ramos¹³ e André Ramos Tavares¹⁴ afirmam que no período compreendido entre os séculos VIII e II a.C. (denominado como período axial), vários filósofos trataram dos direitos dos indivíduos, como Zaratustra na Pérsia, Buda na Índia¹⁵, Confúcio na China¹⁶ e o Dêutero-Isaías em Israel, tendo como ponto comum entre eles a adoção de códigos de comportamento baseados no amor e no respeito. Do ponto de vista normativo, é possível verificar a sutil presença dos direitos dos indivíduos na Codificação de Menés, entre os anos de 3100 – 2850 a.C. (no Antigo Egito)¹⁷, e no Código de *Hammurabi*, entre os anos de 1792-1750 a.C. (na Suméria

¹¹ BOBBIO, Norberto. *Locke e o Direito Natural*, pg. 30-31. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

¹² Bobbio explica que na Antiguidade “natureza” e “costume” eram conceitos que podiam ser confundidos, diferentemente de “natureza” e “norma proposta por vontade dominante”, como no caso do direito legislativo. BOBBIO, Norberto. *Locke e o Direito Natural*, pg. 30-31. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

¹³ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*, pg. 20. 10ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023.

¹⁴ TAVARES, André R. *Curso de direito constitucional*, pg. 132. 21ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2023.

¹⁵ “O budismo introduziu um código de conduta pelo qual se prega o bem comum e uma sociedade pacífica, sem prejuízo a qualquer ser humano”. RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*, pg. 20. 10ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023.

¹⁶ “Na China, nos séculos VI e V a.C., Confúcio lançou as bases para sua filosofia, com ênfase na defesa do amor aos indivíduos”. RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*, pg. 20. 10ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023.

¹⁷ A Codificação de Menés consiste em um artefato, conhecido como Estela de Palermo, encontrado na antiga cidade egípcia de Menfis, no final do século XIX, que continha hieróglifos e figuras que retratam uma cena simbólica de um faraó subjulgando seus inimigos. Acredita-se que este evento representado no artefato simboliza uma representação visual da unificação do Alto e Baixo Egito, por volta de 3.100 a.C., realizada durante o reinado do faraó Narmer, também conhecido como Menés. A unificação do Egito sob o reinado de Menés evidencia a criação de uma estrutura de governo centralizada, que pode ter influenciado o desenvolvimento de normas relacionada à justiça, segurança e bem-estar da sociedade egípcia antiga.

Antiga)¹⁸. Adotando a mesma linha de pensamento, os estudos de Stephen Marks¹⁹, Dinah Shelton²⁰ e Sérgio Rodrigues Júnior²¹, indicam que as doutrinas religiosas como Hinduísmo, Judaísmo, Budismo, Confucionismo, Cristianismo e Islamismo, ainda no período antes de Cristo, já buscavam abordar e ensinar a prática de atos de compaixão, caridade, justiça, valor individual e respeito por toda as vidas, evidenciando, portanto, a existência de indícios de direitos fundamentais ainda em tempos antigos.

A herança da Grécia Antiga também merece destaque quando tratamos de consolidação de direitos políticos e naturais, ambos considerados

¹⁸ “Na Suméria antiga, o Rei Hammurabi da Babilônia editou o Código de Hammurabi, que é considerado o primeiro código de normas de condutas, preceituando esboços de direitos dos indivíduos (1792-1750 a.C.), em especial o direito à vida, propriedade, honra, consolidando os costumes e estendendo a lei a todos os súditos do Império. Chama a atenção nesse Código a Lei do Talião, que impunha a reciprocidade no trato de ofensas (o ofensor deveria receber a mesma ofensa proferida). Ainda na região da Suméria e Pérsia, Ciro II editou, no século VI a.C., uma declaração de boa governança, hoje exibida no Museu Britânico (o “Cilindro de Ciro”), que seguia uma tradição mesopotâmica de autoelogio dos governantes ao seu modo de reger a vida social.” RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*, pg. 20. 10ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023.

¹⁹ MARKS, Stephen P. *Human Rights: A Brief Introduction*. Working Paper Harvard School of Public Health, 2014. pg. 5. [consult. 03 de junho de 2024]. Disponível em: <http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:23586712..>

²⁰ Shelton afirma que as maiores religiões do mundo já indicavam o dever de responsabilidade humana para com outros (o Hinduísmo: “o não dano não está causando dor em nenhum ser vivo em nenhum momento através das ações da mente, fala ou corpo” – direcionava à necessidade de comportamento moral e práticas de boas condutas para com àqueles que se encontravam em sofrimento e em estado de necessidade, através de atos de caridade, compaixão e respeito; o Judaísmo pregava a igualdade e o altruísmo: “Isaiah 58:6-7: *desfaça as pinças do jugo, solte os oprimidos livre (...) compartilhe seu pão com os famintos e leve os pobres sem-teto para dentro de sua casa*”; o Budismo propagava o respeito por todas as vidas e deveres de compaixão e caridade, prezando pela universalização da fraternidade e igualdade; o Confucionismo visava a igualitária distribuição de deveres e responsabilidades entre todos os seres humanos, a fim de preservar uma boa harmonia e cooperação universal (reciprocidade), sem fazer para outros o que não deseja para si - Analects, livro 15, capítulo 23: “O que você não deseja que seja feito para si, não faça para outros”; o Cristianismo também pregava a mensagem de igualdade e respeito ao próximo – Gálatas 3:28: *não há judeu nem grego; não há servo nem livre; não há macho nem fêmea; porque todos vós sois um em Cristo Jesus*” – e Mateus 7:12: “façam aos outros o que vocês querem que eles lhes façam”; o Islamismo: “a caridade ou aliviar os fardos daqueles menos afortunados é um dos pilares da crença. O Alcorão fala à justiça, à santidade da vida, liberdade, piedade, compaixão e respeito por todos os seres humanos. Todas as raças são iguais e a tolerância religiosa deve ser garantida”. SHELTON, Dinah L. *An Introduction to the History of International Human Rights*, pg. 1-2. Gw Law Faculty Publications & Other Works, 2007. [consult. 03 de junho de 2024]. Disponível em: https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2045&context=faculty_publications.

²¹ JÚNIOR, Sérgio Assunção Rodrigues. *O direito à liberdade de expressão e o reconhecimento da sua tripla dimensão no âmbito internacional dos direitos humanos*, pg. 11-12. Dissertação de Mestrado em Ciência Jurídica Forense na Universidade Portucalense. Porto, 2020. [consult. 03 de junho de 2024]. Disponível em: https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2045&context=faculty_publications.

fundamentais. Foi durante o “Século de Péricles” (século V a.C.), que a democracia ateniense foi colocada em teste, com a participação dos cidadãos homens da *polis* grega nas principais escolhas da comunidade²². É fato que tal participação não ocorria de forma generalizada, mas sim limitada a alguns indivíduos, que eram incumbidos com a função de organizar o Estado. Portanto, o direito fundamental em evidência neste período era o conceito e ideia de liberdade, explicado por Aristóteles²³, que visava proteger e garantir a boa formação, desenvolvimento e preservação do Estado e de seu governante. Neste período, os cidadãos da época eram vistos mais como instrumentos do processo político do que como indivíduos verdadeiramente livres, já que ainda não havia uma compreensão plena do moderno significado de liberdade humana, bem como dos direitos éticos que protegessem as pessoas de abusos estatais²⁴.

Logo, através da história aqui apresentada, dentre outros exemplos não mencionados²⁵, é evidente que os direitos fundamentais existem desde a criação do ser humano, sendo objeto de reflexão e debate entre filósofos e religiosos ainda no período da Antiguidade, e desenvolvidos todos os dias em busca de adaptação e aprimoramento, de acordo com a época em que a história se encontrava²⁶.

²² RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*, pg. 20. 10ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023.

²³ Benjamin Constant diferenciava a liberdade dos antigos da liberdade dos modernos, sendo que na Antiguidade a liberdade seria a efetiva e obrigatória participação do homem na sociedade e, para os modernos, a liberdade preserva o “right to be alone” – direito de ficar/estar sozinho -, visando uma realização da vida pessoal, ressaltando, no entanto, que o termo “modernos” utilizado pelo autor, deve ser compreendido em uma época em que os governos representativos não se encontravam plenamente consolidados. ARAÚJO, António de. *As duas liberdades de Benjamin Constant*, pg. 523-537. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. XL – nº 1 e 2, Coimbra Editora, 1999.

²⁴ STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, pg. 58. Vol III/1, München: C. H. Beck, 1988

²⁵ O direito romano também foi fundamental à proteção de direitos fundamentais. André de Carvalho Ramos diz que o direito romano, através da Lei das Doze Tábuas, teve contribuição direta com a sedimentação do princípio da legalidade porque, ao estipular leis escritas como regente das condutas, deu um passo na direção da vedação ao arbítrio. O autor também afirma que o direito romano consagrou direitos como o da propriedade liberdade, personalidade jurídica, entre outros. RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*, pg. 21. 10ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023.

²⁶ JÚNIOR, Sérgio Assunção Rodrigues. *O direito à liberdade de expressão e o reconhecimento da sua tripla dimensão no âmbito internacional dos direitos humanos*, pg. 11-12. Dissertação de Mestrado em Ciência Jurídica Forense na Universidade Portucalense. Porto, 2020. [consult. 03

Posteriormente, na Idade Média, passou-se a ser entendido por natureza aquilo que era fruto da inteligência e da potência criadora de Deus. O direito natural era visto como a lei escrita por Ele nos corações dos homens, transmitida por textos sagrados, palavra e/ou comunicação divina, que pensava-se ser manifestada através razão humana. A partir deste ponto, começaram a ser identificados direitos de ordem suprapositivos, como os Dez Mandamentos, vistos e utilizados como um orientador e limitador ao poder do Estado²⁷.

Tendo isso em vista, Santo Tomás de Aquino foi quem delineou a existência de duas ordens distintas, formadas, respectivamente, pelo direito natural – como expressão da natureza racional do homem – e pelo direito positivo. Ele argumentava que a desobediência ao direito natural por parte dos governantes (representantes de Deus na Terra) poderia legitimar o exercício do direito de resistência por parte da população²⁸. Assim, era inadmissível que o monarca agisse injustamente, já que deveria respeitar direitos associados à dignidade humana, como a vida, a liberdade e a propriedade²⁹. Esse entendimento estabelecia o *pactum subjectionis* entre governante e súditos; o povo comprometia-se a obedecer ao príncipe que, em contrapartida, deveria governar com justiça. Deus atuava como árbitro desse acordo e, caso o príncipe não cumprisse sua obrigação de fazer justiça, a intervenção do Papa liberava os súditos da obrigação de obediência³⁰.

de junho de 2024]. Disponível em: https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2045&context=faculty_publications.

²⁷ Neste sentido, Perez Luño explica que, segundo o pensamento tomista, o direito positivo fica submetido aos preceitos do direito natural. LUÑO, Antonio E. Pérez. *Los Derechos Fundamentales*, pg. 30. 8ª ed., Madrid: Tecnos, 2004. Em outras palavras, Bobbio, também analisando o pensamento de Santo Tomás de Aquino, diz que o direito positivo é uma extensão lícita do direito natural, que pode ser alcançado por conclusão lógica ou por determinação (ou aplicação da lei), como se fosse uma passagem da lei natural à lei humana, buscando um desenvolvimento interno, mas sem que nada fosse inventado, mas tão somente descoberto. BOBBIO, Norberto. *Locke e o Direito Natural*, pg. 39-40. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997

²⁸ SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, pg. 38. 11ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012;

²⁹ Klaus Stern explica que esses direitos deveriam ser respeitados pelos monarcas, pois tratam-se de direitos sujeitos à proteção divina, indispensáveis aos recursos humanos básicos. STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, pg. 60-62. Vol III/1, München: C. H. Beck, 1988

³⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, pg. 5. 23ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

Nota-se, portanto, que foi a teoria do direito natural da Idade Média que contribuiu para as primeiras limitações dos poderes do monarca. O problema destas limitações residiu na ausência de documento para de fato estabelecê-las, ficando a encargo da consciência do próprio governante encontrar o limite do seu poder, que era fixado à existência de um poder divino, com Deus atuando como o árbitro de suas ações. Naturalmente, isso acabou por potencializar as desigualdades e injustiças sociais, causando revolta social.

Assim, tendo como base o pensamento de Santo Tomás de Aquino, na tentativa de encontrar uma solução para esse problema e de fato obter êxito na limitação do poder do monarca, foram surgindo os pactos, forais e cartas de franquia³¹, outorgantes de proteção de direitos reflexamente individuais, embora diretamente grupais, estamentais³², sendo os documentos de origem inglesa os

³¹ Ferreira Filho explica que os pactos da época têm como fundamento o acordo de vontades (ainda que os reis disfarçam suas transigências com roupagem de outorga de direitos) e os forais ou cartas de franquia é um documento real que estabelecia um concelho e outorgava deveres, privilégios e a administração da região ao senhor feudal. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, pg. 4. 23ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996

³² Estes documentos, apesar de procurar garantir direitos individuais, não eram declarações no sentido atual do termo, uma vez que, na época, não era aplicado a todas as pessoas e nem vinculava todos os poderes, mas tão somente garantia privilégios e prerrogativas a uma determinada classe – à nobreza, no caso da *Magna Carta* de 1215; ou ao Parlamento, no caso da *Bill of Rights* de 1689.

mais conhecidos³³, como a *Magna Carta Inglesa* (ano de 1215)³⁴ e, séculos depois, a *Bill of Rights* (ano de 1689)³⁵, além de outros que existiram entre eles³⁶.

Assim, passamos a perceber que, com o passar do tempo, começaram a ficar mais evidentes direitos e deveres individuais que deveriam ser respeitados pelo Estado, resultando em uma parcial limitação do seu poder. Contudo, as referidas garantias existentes durante esse período não eram aplicadas de forma geral, mas tão somente às classes privilegiadas, situação esta que perdurou até o final da Idade Moderna. Conseqüentemente, foi justamente essa desigualdade de tratamento entre os privilegiados e o clero, além dos constantes conflitos

³³ A Inglaterra sempre foi apontada como precursora da ideia de direitos fundamentais por possuir diversos pactos e cartas de direitos e liberdades individuais, ainda que aplicadas somente à classe privilegiada (nobreza e Parlamento) e aos homens livres (que, nesse tempo, ainda eram poucos). Ainda assim, com certeza serviram de base à formação das mais amplas regras atuais de proteção dos direitos humanos fundamentais. Neste sentido: Silva, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, pg.155-156. 19ª ed., São Paulo: Malheiro, 2001; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, pg. 4. 23ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996; SILVA, Virgílio Afonso da. *A evolução dos direitos fundamentais*, pg. 543-544. In: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte: Del Rey, A. 5, nº 6 (julho-dezembro, 2005).

³⁴ A Magna Carta inglesa foi assinada em 1215, porém, foi tornada definitiva somente em 1225 e, nela, pretendia-se ver as garantias das liberdades nacionais da Inglaterra. Contudo, o que fato este documento protegia, eram tão somente os privilégios dos barões e os direitos dos homens livres (que, como já dito, eram poucos), como: à liberdade da Igreja escolher os seus prelados, um alívio das obrigações feudais para os fazendeiros, garantias aos proprietários de terras, isenções para Londres e outras cidades, além do devido processo legal para o homem livre, entre outros. Albert Noblet abrange importantes pontos e detalhes sobre este documento. NOBLET, Albert. *A democracia inglesa*, pg. 21-31. Coimbra: Coimbra Ed., trad. de Fernando de Miranda, 1963.

³⁵ Documento que firmou a supremacia do Parlamento, que designou os monarcas Guilherme III e Maria II, no lugar do então rei Jaime II, contudo, tinham seus poderes reais limitados ao *Bill of Rights*, surgindo, neste momento, a monarquia constitucional, submetida à soberania popular que, posteriormente, serviria de inspiração ideológica à formação das democracias liberais na Europa, tendo Locke como seu principal teórico.

³⁶ Dentre outros documentos ingleses, podemos citar os *Petition of Rights* (1628) e o *Habeas Corpus* (1679), sendo que o primeiro seria um documento elaborado pelo Parlamento ao Monarca (que só aceitou porque precisava do dinheiro e era o Parlamento que autorizava os gastos do rei), em que pediam o reconhecimento de alguns direitos e liberdades, que já estavam previstos na Carta Magna, para os homens livres e militares do reino; já o segundo visa proteger a garantia individual, de forma a evitar prisões arbitrárias (garantia esta válida até os dias de hoje como maior protetora da liberdade individual, no entanto, diferentemente daquela época, aplicado de forma igualitárias à todas as pessoas. NOBLET, Albert. *A democracia inglesa*, pg. 69 e 85. Coimbra: Coimbra Ed., trad. de Fernando de Miranda, 1963.

políticos-religiosos³⁷, que levaram teólogos humanistas³⁸, no limiar da Idade Moderna, a pugnar pelo reconhecimento dos direitos naturais para todos os indivíduos, em busca da verdadeira igualdade e liberdade, uma vez que todas as pessoas se encontravam na condição de seres humanos³⁹.

Nesta esteira, o jurista Hugo Grócio, no século XVII, intensificou seu apelo ao jusracionalismo, cuja finalidade era, através da razão humana, alcançar a universalidade dos direitos naturais, de forma legítima e válida, independentemente de crença religiosa ou de um desígnio divino, inaugurando-se, então, uma espécie de teoria do *direito humanizado*⁴⁰, que reforçava a ideia da inalienação dos direitos naturais do homem e do dever de respeito das autoridades e governantes para com eles.

Assim, motivado por essa ideia mais humanista e jusracionalista⁴¹, o indivíduo começou a exercer sua autonomia moral, reconhecendo-se como o ponto de partida da ordem social e política, com primazia sobre o Estado e a Sociedade. Como resultado, abandonou o *pactum subjectionis* do período absolutista, superou o mero “direito à resistência” do conceito defendido pela ideologia cristã, e passou a legitimar o verdadeiro “direito à revolução”⁴²,

³⁷ A diversidade religiosa estava ganhando cada vez mais espaço, causando um conflito ainda maior com o cristianismo, abalando o modelo tradicional de “única verdade” religiosa, causando conflitos de convivência entre partidários de diferentes credos em uma mesma nação. OLIVEIRA, Tamires de Lima de. *Hugo Grotius e a laicização do direito natural: um resgate das contribuições teóricas do autor para a afirmação do direito internacional dos direitos humanos*, pg. 21. Dissertação de Mestrado em Direitos Humanos da Univerdidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI), 2017.

³⁸ Klaus Stern cita Francisco de Vitória (1483-1546) e Fernando Vasquez (1509-1566). STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, pg. 66. Vol III/1, München: C. H. Beck, 1988.

³⁹ STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, pg. 66. Vol III/1, München: C. H. Beck, 1988.

⁴⁰ OLIVEIRA, Tamires de Lima de. *Hugo Grotius e a laicização do direito natural: um resgate das contribuições teóricas do autor para a afirmação do direito internacional dos direitos humanos*, pg. 29-30. Dissertação de Mestrado em Direitos Humanos da Univerdidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI), 2017.

⁴¹ Além do holandês H. Grócio (1583-1645), Ingo Sarlet faz menção ao alemão Samuel Pufendorf (1632-1694) e aos ingleses John Milton (1608-1674), Thomas Hobbes (1588-1679), dentre outros. SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, pg. 39. 11ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

⁴² De acordo com os ensinamentos de Paulo Otero, o direito à resistência difere-se do direito à revolução, pois o primeiro define-se por uma “reação objectiva individual dos membros de uma sociedade contra um acto ilegítimo do Poder que seja violador dos respectivos direitos, liberdades e garantias e em relação ao qual não se coloca realmente a questão da obediência”, enquanto o segundo ocorre quando “membros da sociedade ou, pelo menos, um seu grupo

reforçando a concepção contratualista da sociedade⁴³ de que os homens têm o poder de organizar o Estado de acordo com a sua razão e vontade. Nesse contexto, os governados deveriam se comprometer com a formação de um único corpo político inalienável – o Estado Soberano. Este, por sua vez, regularia e legitimaria a relação autoridade-liberdade, que serviu como fundamento à defesa dos direitos individuais e do jusnaturalismo iluminista do século XVIII, que culminou nas revoluções inglesa⁴⁴, americana⁴⁵ e francesa⁴⁶, resultando no constitucionalismo e na positivação de direitos individuais como limitadores ao poder do Estado em face do indivíduo, consagrando assim os direitos fundamentais como garantias universais e inalienáveis.

organizado, utilizando meios violentos, ponham em causa a ordem constitucional vigente e as respectivas instituições políticas.”. Neste sentido: OTERO, Paulo. *Lições de introdução ao estudo do direito*, pg. 91. Vol 1, tomo 1. Lisboa: Pedro Ferreira, 1998.

⁴³ Conforme o entendimento de Rousseau, o Estado é formado pela associação das vontades, bens e forças dos seus membros que, coletivamente, formam um único corpo político e assumem um compromisso consigo próprio, como um todo, sendo esta, a única forma de tornarem-se legítimos e razoáveis. Rousseau explica que a forma para evitar abusos e garantir o respeito aos direitos individuais é o Estado ser formado pela vontade coletiva de seus membros que, por sua vez, celebram o contrato social, assumindo um compromisso consigo próprio, ou seja, “o povo como um corpo, como soberano, com os particulares que o compõem, como súbditos, condição necessária a todo o artifício e ao funcionamento da máquina política, única forma de os tornar legítimos, razoáveis e sem perigo de compromissos que sem ele seriam absurdos, tirânicos e sujeitos aos maiores abusos.

⁴⁴ Também conhecida como *Revolução Gloriosa Inglesa de 1688*, que limitou drasticamente o poder da monarquia inglesa, cedendo a maior parte de suas prerrogativas ao Parlamento, instalando-se o regime parlamentar inglês, que permanece até os dias de hoje. PINTO, Silvia Regina Becker. *A eficácia horizontal dos direitos fundamentais: uma perspectiva sobre as relações jurídicas privadas*, pg. 15. Relatório de doutoramento no curso de Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, 2006-2007.

⁴⁵ A Revolução Americana teve como base na Declaração do Bom Povo de Virgínia, em 12 de junho de 1776, e a Declaração da Independência dos Estados Unidos, de 04 de julho de 1776, que promoviam igualdade de todos, bem como garantiam direitos inalienáveis como à vida, à liberdade e à busca pela felicidade, consagrando direitos naturais inerentes ao ser humano. BATISTA, Vanessa Oliveira. *As Declarações de Direitos*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, n. 36, 1999. pg. 256. [consult. 04 de junho de 2024]. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/1132>.

⁴⁶ A monarquia e a nobreza foram derrubadas com a eclosão da Revolução Francesa em 1789, que tinha como um de seus ideais a criação de um estado justo fundado nos valores da liberdade, igualdade e fraternidade, editando-se, no mesmo ano, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, que serviu como preâmbulo da Constituição Francesa de 1791. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, pg. 153. 22ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

1.3. Do Estado Liberal ao Estado Social: a positivação das garantias individuais como direitos fundamentais

Vimos que a efetiva consagração de alguns direitos fundamentais ocorreu com o rompimento do absolutismo, ao final da Idade Moderna (século XVIII). Contudo, não podemos desconsiderar a importância da evolução histórica que antecedeu esse período, visto que muitos desses direitos, tais como a dignidade, liberdade e igualdade, puderam ser primeiramente identificados séculos antes, ainda que não formulados como direitos reivindicáveis por todos os seres humanos, como no caso da Magna Carta de 1215, e do *Bill of Rights* de 1689, que atendiam às classes privilegiadas, sendo este o motivo, inspirado no movimento humanista, que incentivou o povo a lutar pelo exercício real dos direitos idealmente concebidos⁴⁷.

Foi exatamente essa revolta popular, em diferentes locais do globo, que marcou a queda do Estado absolutista e deu lugar para a entrada definitiva do Estado liberal, no final do século XVIII⁴⁸. Com a Declaração de Direitos de Virgínia, de 1776, ficou marcada a transição dos direitos ingleses de liberdade legais, para os direitos fundamentais constitucionais⁴⁹; mas foi a Revolução Francesa, de 1789, que decretou o triunfo da burguesia sobre os poderes da Coroa, de forma a restringir seus poderes, bem como destruiu os privilégios do mundo da feudalidade decadente, ao impor o seu respectivo modelo de Estado, que deu origem ao primeiro Estado jurídico guardião das liberdades individuais – o liberalismo⁵⁰. Ressalta-se, entretanto, que não se pretende mensurar o grau de importância de uma Revolução sobre a outra, uma vez que há inequívoca influência recíproca entre elas, visto que a Declaração Francesa foi baseada na

⁴⁷ LOPES, Ana Maria D'Ávila. *A era dos direitos de Bobbio: entre historicidade e a atemporalidade*, pg. 31-34. In: *Política e Direito em Norberto Bobbio: luzes para a liberdade, igualdade, a democracia e a república*. Florianópolis: Conceito, 2014

⁴⁸ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, pg. 45. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

⁴⁹ SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, pg. 43. 11ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, pg. 04-05. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

Declaração Americana, ao passo em que esta última, cronologicamente anterior, teve como forte influência o iluminismo francês que, posteriormente, resultou na Constituição Americana de 1787⁵¹.

Com a vigência do ideário liberal, os burgueses se tornaram a classe dominante, ascenderam ao poder e implantaram os princípios filosóficos de sua revolta social⁵²: a limitação jurídica do poder estatal, mediante a garantia de alguns direitos fundamentais e do princípio da separação dos poderes⁵³.

A obra de Vieira de Andrade nos ensina que a concepção liberal originária separava a relação Estado-indivíduo, e os direitos fundamentais passavam a surgir como “liberdades, esferas de autonomia dos indivíduos em face do poder do Estado, a quem se exige que se abstenha, quanto possível, de se intrometer tanto na vida econômica e social, como na vida pessoal”⁵⁴. Em outras palavras, o ideal liberal priorizava a autorregulação dos particulares, sem intervenções estatais, senão quando necessário para garantir a segurança dos cidadãos, incentivando a livre concorrência privada, buscando proteger e exercer a essência do lema da construção liberal: *liberdade, segurança e propriedade*, sendo este o dogma para que os homens pudessem satisfazer os próprios interesses e, conseqüentemente, alcançar a felicidade⁵⁵.

Contudo, logo foi-se descobrindo, ao longo dos anos posteriores, alguns dos problemas desse novo Estado jurídico, tanto no plano social como no plano econômico. As forças que impulsionaram o movimento liberal constitucional foram direcionadas para limitar o poder do Monarca, e desarmar o Estado das abusivas ofensas na esfera individual dos cidadãos, deixando de observar, no entanto, a integração da sociedade, fundada em interesses comuns; logo,

⁵¹ Neste sentido: SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, pg. 44. 11ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012 e BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, pg. 270. 22ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

⁵² BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, pg. 06. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

⁵³ SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, pg. 58. 11ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

⁵⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, pg. 49. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2021.

⁵⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, pg. 49-51. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2021.

percebeu-se que era um Estado-aparelho (voltado para o interesse estatais), e não um Estado-comunidade (voltado para o interesse da sociedade), que acabou por resultar em verdadeira desordem Estadual⁵⁶.

Em termos práticos, a combinação do incentivo à livre concorrência, autorregulação e ausência de intervenção estatal, promoveu e resultou em desequilibrados conflitos sociais entre privados, principalmente quando envolvidos os interesses da classe burguesa. Estes eram quem compunham o Parlamento e, naturalmente, não elaboravam leis contra os próprios interesses, de modo a não praticar a universalidade dos ideais liberais. Portanto, concluiu-se que o Estado Liberal, na realidade, era um Estado *burguês*⁵⁷. Desta forma, a verdadeira sociedade livre era a dos homens portadores de interesses econômicos, que seriam os pais de família donos de empresa (produtores livres), que também representavam suas mulheres e filhos no quadro político nacional, por presumir-se que os respectivos interesses eram idênticos aos patriarcais, excluindo, ainda, deste cenário, os pobres proletariados, que eram tratados da mesma forma que criminosos e vagabundos, submetidos a baixos salários e condições precárias de trabalho.

Por consequência, tal desigualdade ocasionou uma explosão de ódio por injustiça social⁵⁸ e um novo movimento liderado pelas classes não-proprietárias que, por sua vez, reivindicavam o poder político em busca de um Estado mais democrático e intervencionista à proteção da dignidade dos cidadãos⁵⁹, culminando na entrada do Estado Social de Direito.

⁵⁶ VAZ, Manuel Afonso. Teoria da Constituição: o que é a Constituição, hoje?, pg. 32-33. 1ª ed. Coimbra: Coimbra, 2012.

⁵⁷ Termo utilizado por Jorge Miranda. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, pg. 87. Tomo I. 6ª ed. Coimbra: Coimbra, 1997.

⁵⁸ SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. *Direito público e sociedade técnica*, pg. 41-62. Coimbra: Atlântida, 1969.

⁵⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, pg. 54. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2012.

1.4. O Estado Social de Direito: a efetivação dos direitos sociais, o processo de democratização e as experiências antiliberais

Percebemos que o período liberal, apesar de não ter representado, de fato, a garantia e o respeito aos elementos dos direitos fundamentais que atualmente são preservados pelo constitucionalismo moderno, influenciou, direta e indiretamente⁶⁰, o desenvolvimento do modelo de Estado de Direito, que passou por uma reconstrução ao longo do século XIX, ampliando, inclusive, o campo de aplicação dos direitos fundamentais.

O processo de industrialização, somado à abstenção estatal, revelou a vulnerabilidade dos trabalhadores, que eram compelidos a se empregarem nas empresas capitalistas. Patrões e operários eram considerados como contratantes perfeitamente iguais em direitos, livres para estipularem salários e demais condições de trabalho, o que resultou na submissão da classe proletária às condições laborativas precárias, sem qualquer dignidade humana e ausência de proteção estatal, causando a pauperização da massa trabalhadora, ainda na primeira metade do século XIX⁶¹.

A passagem para o Estado Social de Direito ocorreu com a Primeira Guerra Mundial, que acelerou, violentamente, a ação dos fatores desagregadores do liberalismo econômico, provocando, dentre outras consequências⁶², a reação da classe operária que, revoltados com os privilégios

⁶⁰ Jorge Miranda explica que, diretamente, a ideia do liberalismo acabou por nos trazer a “abolição da escravatura, a transformação do Direito e do processo penais, a progressiva supressão de privilégios de nascimento, a liberdade de imprensa; indiretamente, nos trouxe a prescrição de princípios que, ainda quando não postos logo em prática, viriam, pela sua própria lógica, numa espécie de auto-regência, a servir a todas as classes, e não apenas à classe burguesa que começara a por os defender em proveito próprio”. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, pg. 89. Tomo I. 6ª ed. Coimbra: Coimbra, 1997

⁶¹ COMPARATO. Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, pg. 51. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

⁶² Vital Moreira afirma que a primeira guerra “a) dilata desmesuradamente as exigências de armamento e de aprovisionamento, evidenciando a necessidade do controlo integral e coactivo da vida económica ; b) por isso mesmo constitui uma experiência concreta de total disciplina pública da economia, modelo e justificação de futuras medidas autoritárias de política económica, e ao mesmo tempo cria hábitos e métodos dirigísticos dificilmente obstaculáveis; c) provoca excessos dimensionais e errada distribuição na industrialização com predisposição para a ruína,

dos burgueses e as diferenças entre classes, passaram a reivindicar, com ardor, direitos trabalhistas, previdenciários e sociais em geral. Impulsionados pelo pensamento Marxista⁶³, já no século XX, os proletariados se insurgem contra a ordem capitalista em busca de uma sociedade igualitária, resultando em ocasiões sanguinolentas, como a Revolução Russa⁶⁴.

No intuito de restabelecer a paz social, no âmbito do Tratado de Versalhes, foi necessário que os Estados saíssem de sua inércia e passassem a controlar a vida econômica, assim como a intervir nas relações privadas, sendo realizadas algumas concessões de direitos sociais à massa, elevando estes à categoria de condicionante da plena participação política dos vários segmentos da sociedade e, conseqüentemente, fortalecendo as organizações proletariadas⁶⁵. Foi durante esse período, mais precisamente em 1919, que foi criada a Organização Internacional do Trabalho (OIT)⁶⁶, a fim de promover, internacionalmente, a justiça social aos trabalhadores, estabelecendo critérios básicos destinados à sua proteção, assegurando, assim, direitos e condições dignas de trabalho.

por falta de capitais e de mercados, e conseqüente <salvamento> estatal para evitar as crises; f) fracciona o mercado internacional pelo surgimento de novos Estados e de um novo nacionalismo econômico, determinando a deslocação do equilíbrio econômico a favor dos USA e em prejuízo da Europa: com o que abre a via à intensificação do proteccionismo recíproco; e) provoca o desenvolvimento numérico e o despertar da consciência de classe das massas operárias, cujo peso político e força organizativa aumenta, colocando-as em posição de condicionar a tradicional supremacia das antigas classes dirigentes e de exigir a revisão, no sentido social, do intervencionismo. MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*, pg. 53-54. Coimbra: Centelho, 1976.

⁶³ O Marxismo é, filosoficamente, o materialismo como concepção do mundo e da história, ou seja, defende a ideia de que a evolução e a organização da sociedade ocorrem de acordo com a sua capacidade de produção e com suas relações sociais de produtividade, liderados e comandados por uma única classe – o proletariado –, em busca de uma organização livre em um mundo social sem classes. MONCADA, Cabral de. *Filosofia do Direito e do Estado*, pg. 335. 2ª ed. vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1955.

⁶⁴ O socialismo Marxista é inspirado “no espanto de ver o homem escravizado”, e faz um apelo à tomada do poder, pela classe proletária, através do uso da força e da violência. BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, pg. 181-201. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

⁶⁵ MORAES, Ricardo Quartim de. *A Revolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e a sua relação com o constitucionalismo dirigente*, pg. 273-276. In: Revista de Informação Legislativa, vol. 51, nº 204, out/dez. Brasília: Senado Federal, 2014. [consult. 22 de setembro de 2022]. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/509938>.

⁶⁶ Organização Internacional do Trabalho. [consult. 05 de junho de 2024]. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/agencia/oit/>.

Nota-se, portanto, que o Estado tornou a atuar nas relações privadas com o papel de “realizar a justiça social, de propiciar ou fornecer a cada um as condições necessárias de uma vida digna e de um pleno desenvolvimento de sua personalidade”, iniciando, assim, o período de Estado Social de Direito, que colocava o Estado como poder acima das classes e dos conflitos de interesses, devendo não apenas atuar pela “paz social”, mas também garantir a todos os seus cidadãos um mínimo de bens materiais e culturais⁶⁷.

O Estado Social de Direito foi criado com o objetivo de corrigir as falhas presentes nas Constituições e nos Estados, especialmente em um período de rápida evolução econômica e crescente desigualdade social. Nesse contexto, havia dificuldades em equilibrar o poder com as relações públicas, assim como em harmonizar os direitos individuais e sociais. A proposta do Estado Social de Direito é um esforço para aprofundar e expandir simultaneamente a liberdade e a igualdade em termos sociais, promovendo a integração política de todas as classes sociais⁶⁸.

Desta forma, por meio de uma proposta de bem-estar da sociedade, o Estado Social de Direito tinha a finalidade de garantir o sistema capitalista, mas preservando a manutenção artificial da livre concorrência e livre iniciativa. Simultaneamente, buscava compensar as desigualdades sociais por meio da prestação e concessão de serviços e direitos sociais⁶⁹, tornando-se, conseqüentemente, um Estado garantidor da subsistência, em posição superior à sociedade, e responsável por prover os serviços inerentes aos novos direitos⁷⁰.

⁶⁷ Vital Moreira explica que o Estado tinha o papel de criar e propiciar aos seus cidadãos os meios e condições necessários para que pudessem ter acesso aos bens materiais e culturais e, caso não fosse isso possível, deveria o próprio Estado prestar os necessários meios de efetivação daquele objetivo, incluindo-se, neste cenário, serviços assistenciais, sanitários, relativos à saúde e outros. MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*, pg. 115-117. Coimbra: Centelha, 1976.

⁶⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, pg. 93-95. Tomo I. 6ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

⁶⁹ O professor Jorge Miranda nos ensina que o Estado social de Direito é uma segunda fase do Estado Constitucional que busca articular direitos, liberdade e garantias individuais (cuja função seria a proteção da autonomia da pessoa) com direitos sociais (cuja função imediata é o refazer das condições materiais e culturais em que vivem as pessoas), além de articular a igualdade jurídica com a igualdade social e segurança jurídica com segurança social, além de estabelecer a recíproca implicação entre o liberalismo político e democracia. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, pg. 96. Tomo I. 6ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

⁷⁰ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, pg. 45. 3ª ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

Contudo, imperioso ressaltar que a atribuição de toda essa responsabilidade ao Estado torna-se extremamente perigosa, principalmente por este situar-se em posição naturalmente superior, acima de uma sociedade carente e dependente, que pode ser facilmente modelada de acordo com as vontades e interesses do ente soberano. Em outras palavras, colocar o Estado nessa elevada e arriscada condição de detentor de todo o poder necessário para suprir as necessidades da sociedade, pode acabar por possibilitar uma atuação estratégica sobre a coletividade, a fim de persuadir, manipular, coibir e controlar uma nação, recorrendo às censuras sociais, de comunicação ou, ainda, técnicas de lavagem cerebral, através do “ensinar a pensar e a reagir” das pessoas, assegurando uma unicidade de pensamento⁷¹.

Nota-se, portanto, que a ideologia do Estado Social, sob o leme de governantes ambiciosos e de vocação autocrática, destituídos de escrúpulos, pode ser facilmente distorcida para compadecer com regimes totalitários, convertendo-se em aparelhos de abusos e atentados à liberdade humana, o qual exploraria, no interesse de sua força e predomínio, aquela dependência básica do indivíduo, o transformando em mero instrumento dos fins estatais⁷², como no caso da Alemanha nazista e outros regimes conservadores opostos à igualdade material.

Entretanto, apesar destes regimes estarem notavelmente distantes do conceito de Estado Social moderno, devemos reiterar que ambos são centrados nas ideias antiliberais e de valorização do Estado intervencionista, porém, de forma completamente radical: enquanto o Estado Social Material é um fornecedor de prestações assistenciais e promotor do bem estar-social⁷³, o Estado Social Totalitário é anti-individualista, promove a desigualdade social, é hipervalorizado e concentra todo o poder numa única pessoa, rejeitando qualquer espécie de separação de poderes, impondo sua força sobre o indivíduo

⁷¹ OTERO, Paulo. *A democracia totalitária – do Estado Totalitário à sociedade totalitária. A influência do totalitarismo na democracia do século XXI*, pg. 66. 1ª ed. Cascais: Principia, 2001.

⁷² BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, pg. 230-232. 4. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1980

⁷³ MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*, pg. 118. Coimbra: Centelho, 1976.

e sobre sua esfera de liberdade, bem como rechaçando os direitos fundamentais do homem⁷⁴.

Desta forma, na segunda metade do século XX, restaram evidenciadas as crises no Estado Social de Direito, resultado da somatória de diversos problemas derivados, tanto de causas ideológicas, como de causas financeiras, administrativas, comerciais, sociais, culturais, ambientais e outros: a desigualdade econômica entre países industrializados e não-industrializados, situações de exclusão social mesmo em países ricos, manipulação comunicacional, o aumento da cultura consumista da massa, degradação da natureza e do meio ambiente, a erosão de certos valores éticos familiares e políticos⁷⁵. Ademais, o perfil intervencionista do Estado se tornou demasiadamente excessivo, interferindo no crescimento econômico, no progresso social, bem como causou desconfiança do cidadão face à atuação estatal e seu funcionamento, em razão do aumento de suas contribuições frente à contraprestação dos benefícios que dele deveria receber⁷⁶.

A realidade é que, apesar da existência de Cartas Constitucionais e Leis durante o período do Estado Social, até o período que se seguiu à Segunda Guerra Mundial, muitas Constituições não passavam de meras proclamações políticas sem a aplicação prática de norma jurídica⁷⁷. Consequentemente, a ausência de proteção prática desses direitos permitiu o desvio dos objetivos do Estado Social em direção ao totalitarismo que, posteriormente, levou à exterminação de seis milhões de judeus durante a Segunda Grande Guerra, expondo, após tal marco histórico, a crise do referido modelo de Estado e a necessidade do surgimento de um novo modelo, na tentativa de apresentar uma solução aos problemas do período.

⁷⁴ OTERO, Paulo. *A democracia totalitária – do Estado Totalitário à sociedade totalitária. A influência do totalitarismo na democracia do século XXI*, pg. 65-68. 1ª ed. Cascais: Principia, 2001.

⁷⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, pg. 98. Tomo I. 6ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

⁷⁶ SILVA, Vasco Peireira da. *Para um contencioso administrativo dos particulares: esboço de uma teoria subjectivista do recurso directo de anulação*, pg. 56-58. Coimbra: Livraria Almedina, 1989.

⁷⁷ NOVAIS. Jorge Reis. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares: do dever de proteção à proibição do défice*, pg. 101. Coimbra: Edições Almedina, 2018.

1.5. O Estado Democrático de Direito: a revalorização da sociedade civil, dos indivíduos e dos direitos – a entrada dos direitos de fraternidade

Em razão das atrocidades realizadas durante a Segunda Guerra Mundial, sentiu-se a necessidade de proteger e promover direitos ligados à dignidade da pessoa humana, a fim de garantir, entre outros direitos, à qualidade de vida saudável, à paz, ao meio ambiente, e demais direitos difusos.

Com o intuito de evitar novos conflitos internacionais, assegurar direitos fundamentais, garantir a sobrevivência do planeta e promover a cooperação internacional, foi criada a Organização das Nações Unidas (ONU), órgão intergovernamental responsável pela edição da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que consagrou um conjunto princípios e direitos básicos/essenciais. Ressalta-se que, apesar de não ser considerada como um documento jurídico vinculante, a Declaração Universal dos Direitos Humanos é globalmente reconhecida e aceita como costume internacional, sendo, ainda, amplamente aderida em Constituições internas, elevando tais princípios à categoria de direito vinculativo para muitos países. Nota-se, portanto, que a criação e desenvolvimento de tais direitos decorreram das consequências do pós guerra, em razão do receio do surgimento de novos conflitos internacionais⁷⁸, capazes de destruir a civilização e o planeta.

Nesta nova fase humanitária, começamos a presenciar o surgimento dos primeiros Estados Democráticos de Direitos, cuja tarefa fundamental consiste em realizar a justiça social, através de um regime democrático, representativo, participativo e pluralista, reconhecendo e tolerando a existência de diferentes opiniões e posições, de forma a superar as desigualdades sociais e regionais,

⁷⁸ Os princípios da Declaração Universal dos Direitos Humanos também se aplicam aos conflitos internos ou específicos, como conflitos regionais. Neste sentido MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direitos humanos*, pg. 70. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

garantindo a vigência e eficácia de direitos fundamentais individuais, coletivos, sociais e culturais⁷⁹.

Nota-se, portanto, que o Estado Democrático de Direito, apesar de se valer de alguns dos elementos existentes nos modelos de Estado que vigoraram anteriormente, se mostrou superior e abrangente, na medida em que incluiu o elemento da opinião popular na formação da vontade estatal, divergindo, assim, do Estado Liberal; de igual forma, também se diferiu do Estado Social, uma vez que este não foi capaz de assegurar nem justiça social e nem a autêntica participação democrática do povo no processo político⁸⁰.

Segundo os ensinamentos de José Afonso da Silva, o Estado Democrático de Direito se funda no princípio da soberania popular, que participa, de forma efetiva e operante, na coisa pública, prezando pelo princípio democrático como garantia legal dos direitos fundamentais da pessoa humana⁸¹.

Desta forma, podemos observar que, assim como o Estado Social pôde aproveitar a base ideológica do liberalismo, o Estado Democrático de Direito também levou em conta, para a formação e surgimento desse novo modelo estatal, alguns conceitos dos elementos componentes dos regimes anteriores, porém, os superando na medida em que incorporou um componente revolucionário de transformação do *status quo*, se distanciando de um Estado capitalista, para configurar um Estado promotor de justiça social⁸², através da participação igualitária de toda a sociedade nos mecanismos do controle de decisões⁸³ – democracia – e promovendo a eficaz defesa dos direitos fundamentais.

⁷⁹ SILVA, José Afonso da. *O Estado Democrático de Direito*, pg. 23-24. In: Revista de Direito Administrativo, v. 173. Rio de Janeiro: Editora Fórum e Editora FGV, jul./set., 1988. [consult. 03 de abril de 2024]. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/45920/44126>.

⁸⁰ SILVA, José Afonso da. *O Estado Democrático de Direito*, pg. 20. In: Revista de Direito Administrativo, v. 173. Rio de Janeiro: Editora Fórum e Editora FGV, jul./set., 1988. [consult. 03 de abril de 2024]. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/45920/44126>.

⁸¹ SILVA, José Afonso da. *O Estado Democrático de Direito*, pg. 19-20. In: Revista de Direito Administrativo, v. 173. Rio de Janeiro: Editora Fórum e Editora FGV, jul./set., 1988. [consult. 03 de abril de 2024]. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/45920/44126>.

⁸² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, pg. 121-122. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

⁸³ SILVA, José Afonso da. *O Estado Democrático de Direito*, pg. 21. In: Revista de Direito Administrativo, v. 173. Rio de Janeiro: Editora Fórum e Editora FGV, jul./set., 1988. [consult. 03 de abril de 2024]. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/45920/44126>.

2. O PROCESSO EVOLUTIVO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1. Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais: a questão da terminologia

Ainda existe certa divergência doutrinária acerca da nomenclatura mais adequada para se utilizar quando tratamos sobre as “fases” dos direitos fundamentais, durante o seu processo de evolução, mais precisamente entre as expressões “gerações” e “dimensões”, apesar de existir, atualmente, certa preferência à utilização do último termo⁸⁴.

A teoria das gerações dos direitos fundamentais foi inicialmente desenvolvida pelo jurista tcheco, naturalizado francês, Karel Vasak, durante a aula inaugural dos Cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, que ocorreu na comuna de Estrasburgo, ao leste da França, no ano de 1979⁸⁵. Foi a partir da referida teoria que o Professor Paulo Bonavides, em 1993, apresentou e desenvolveu um estudo sobre uma possível organização dos direitos fundamentais, mediante sua divisão em três gerações, explicando que o lema da Revolução Francesa, *liberté* (liberdade), *égalité* (igualdade) e *fraternité* (fraternidade), teria norteado todo o conteúdo à gradativa institucionalização dos direitos fundamentais, alertando, ainda, que o processo evolutivo das gerações,

⁸⁴ Neste sentido: MARTINS, Flávio. *Curso de direito constitucional*, pg. 332. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2024; PADILHA, Rodrigo. *Direito Constitucional*, pg. 243. 6ª ed. São Paulo: Editora Forense, 2020; MARMELESTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*, pg. 55. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2019; SARLET, Ingo W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, pg. 46. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012; LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*, pg. 1170, 24ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.

⁸⁵ MARMELESTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*, pg. 39-41. São Paulo: Atlas, 2018; SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, e MITIDIERO, Daniel: *Curso de Direito Constitucional*, pg. 142, 12ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023; PETRY, Maira Carolina. *A efetivação do direito fundamental à água potável através do programa protetor de águas*. In: XVIII Seminário Internacional: demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea. Universidade de Santa Catarina, 2022. [consult. 25 de abril de 2024]. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/22205>.

apesar de sucessivos, são cumulativos e qualitativos, ou seja, uma não sobrepõe à outra, mas tão somente a amplia⁸⁶.

Apesar do aludido alerta, é justamente neste ponto que recaem as principais críticas ao termo “gerações”. André Tavares, por exemplo, entende que o referido termo sugere a substituição de uma geração em razão do surgimento de uma outra, fato este que não ocorre com a emergência de novos direitos fundamentais, motivo pelo qual prefere a utilização da terminologia “dimensão” dos direitos fundamentais⁸⁷.

Partilhando do mesmo entendimento considerado moderno, Daniel Mitidiero, Luiz G. Marinoni e Ingo Sarlet também acreditam que a expressão “geração” enseja falsa impressão de substituição gradativa de uma geração por outra, indo na contramão da natureza cumulativa e complementar dos novos direitos fundamentais⁸⁸. José Diógenes Júnior acompanha o mesmo posicionamento, por entender que o termo “dimensão” é mais coerente com a evolução dos direitos fundamentais, que se complementam e jamais se excluem, sendo esta a impressão deixada pelo emprego do termo “geração”⁸⁹.

Por outro lado, cumpre destacar que alguns autores, como Gilmar Mendes, Paulo Gustavo Branco e Rodrigo Rabello Pinho, até os dias de hoje, ainda optam por adotar o termo “gerações”, mas sempre realizando a mencionada ressalva feita por Bonavides, sobre o caráter cumulativo da evolução desses direitos, a fim de garantir a interação entre todos os direitos de todas as gerações⁹⁰. Isso significa, em outras palavras, que não existe qualquer

⁸⁶ MELO, Álisson José Maia. *Revisitando as gerações dos direitos fundamentais: uma abordagem epistemológica do direito constitucional*, pg. 190-191. In: *Democracia e Direito Fundamentais: uma homenagem aos 90 anos do Professor Paulo Bonavides*. Atlas: São Paulo, 2016.

⁸⁷ A ideia de “gerações”, contudo, é equívoca, na medida em que dela se deduz que uma geração se substitui, naturalmente, à outra, e assim sucessivamente, o que não ocorre, contudo, com as “gerações” ou “dimensões” dos direitos humanos. Daí a razão da preferência pelo termo “dimensão”. TAVARES, André R. *Curso de direito constitucional*, pg. 151. 22ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2024.

⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, e MITIDIERO, Daniel: *Curso de Direito Constitucional*, pg. 142. 12ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023.

⁸⁹ JÚNIOR, José Eliaci Nogueira Diógenes. *Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais?* [consult. 25 de abril de 2024]. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/geracoes-ou-dimensoes-dos-direitos-fundamentais/#_ftn5.

⁹⁰ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional (série IDP)*, pg. 71. 19ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2024.

contradição entre eles, sendo todos tratados como igualmente fundamentais, independentemente de sua geração. Concerne, portanto, ao indivíduo e à sociedade, a proteção de todos os interesses considerados indispensáveis à pessoa humana, sem qualquer distinção entre eles, independentemente do tempo⁹¹. Acompanhando esta linha de pensamento e divergindo da doutrina que utiliza a nomenclatura “dimensões”, Bulos⁹² afirma que a palavra “gerações” não transmite a ideia de sobreposição, mas sim de conexão entre os direitos fundamentais, independentemente do momento de seu surgimento, havendo uma ligação direta entre todos os períodos, sem haver a possibilidade de uma excluir a outra. André Trindade e Manoel Silva Neto também entendem não ser possível relacionar o termo “gerações” à ideia de colisão ou substituição de uma geração em razão do surgimento de outra, optando por utilizarem, em suas respectivas obras doutrinárias, o referido termo em detrimento da expressão “dimensões”⁹³.

Nota-se, portanto, que apesar de haver uma divergência quanto à questão da nomenclatura, existe um consenso sobre a paridade entre todos os direitos fundamentais, seja ele da geração ou dimensão que pertencer, uma vez que estas não se sobrepõem em razão de sua existência cronológica, mas tão somente se completam, garantindo a comunicação e interação desses direitos entre si, de forma igualitária, sem a ideia de sucessão entre elas.

Independentemente da terminologia considerada mais adequada, e tendo em vista a possibilidade de utilização de qualquer uma delas, para o presente estudo, em respeito ao tema do nosso trabalho, sempre que formos nos referir às fases do processo de evolução dos direitos fundamentais, utilizaremos o termo “gerações”, a fim de evitar confusão com o contexto e sentido específico do estudo das dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, que serão abordadas no desenvolver desta pesquisa.

⁹¹ PINHO, Rodrigo César R. *Direito constitucional: teoria geral da constituição e direitos fundamentais. (Sinopses jurídicas)*, pg. 40. 19ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2024,

⁹² BULOS, Uadi L. *Curso de direito constitucional*, pg. 271. 16th ed. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2023.

⁹³ REIS TRINDADE, André Fernando D. *Manual de direito constitucional*, pg. 35. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2015; NETO, Manoel Jorge e S. *Curso de direito constitucional*, pg. 258. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2013.

Aliás, devemos ressaltar que, justamente por existir um campo de estudo dedicado às dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, alguns doutrinadores acabam por apresentar críticas ao termo “dimensão”, quando utilizado para tratar sobre as fases do processo de evolução dos direitos fundamentais, uma vez que este se limita ao estudo do conjunto de direitos em determinado período (gerações)⁹⁴, enquanto aquele analisa os possíveis efeitos práticos no Estado Democrático de Direito e na sociedade (dimensão subjetiva e objetiva).

2.2. As gerações dos direitos fundamentais durante os modelos de Estado: da primeira à terceira geração

A partir da leitura sobre a progressão dos modelos de Estado, é possível perceber que a evolução dos direitos fundamentais está diretamente relacionada às formas de governo e o conseqüente impacto prático na sociedade que, realizando uma percepção sobre a melhor forma de sobrevivência própria e do mundo, buscam aperfeiçoar o processo de mutação desses direitos.

Como já mencionado nos tópicos acima, ainda na Antiguidade, o principal direito fundamental a ser preservado era o da liberdade, mas não sendo como um direito autônomo, e sim sendo o homem tão somente um mero instrumento à boa formação e desenvolvimento do Estado, sem levar em consideração a dignidade humana perante o poder estatal. Em razão das injustiças e abusos causados à individualidade das pessoas, ainda na Idade Média, durante o período absolutista, iniciaram-se os pensamentos de preservação aos direitos e garantias individuais, sendo estes, inclusive, consagrados em documentos legais, como a Magna Carta Inglesa (ano de 1215), a *Petition of Rights* (ano de 1628) e *Bill of Rights* (ano de 1689) mas que, na realidade, não possuíam nenhuma aplicação prática e igualitária.

⁹⁴ MELO, Álisson José Maia. *Revisitando as gerações dos direitos fundamentais: uma abordagem epistemológica do direito constitucional*, pg. 204. In: *Democracia e Direito Fundamentais: uma homenagem aos 90 anos do Professor Paulo Bonavides*. Atlas: São Paulo, 2016.

Salvo poucas exceções⁹⁵, vimos que o verdadeiro início de consagração dos direitos fundamentais surgiu com o liberalismo, no final do século XVIII, nos Estados Unidos (1776) e na França (1789), através das declarações universais das garantias individuais do homem, que estabelecia a separação dos Poderes, a permanência dos direitos naturais e imprescritíveis, bem como a garantia da eficácia dos direitos fundamentais que passaram a ser oponíveis contra o Estado, momento este que ficou marcado pelo surgimento dos direitos de primeira geração⁹⁶ - os direitos individuais.

Portanto, percebe-se que os direitos fundamentais, inicialmente, foram consagrados em textos legais internacionais, com a finalidade de limitar o poder estatal na atuação individual da sociedade, em razão do princípio da supremacia da lei, a qual o Estado também estava submetido⁹⁷.

Desta forma, restou-se evidente a existência de três elementos necessários à manifestação dos direitos fundamentais, sendo: (i.) um Estado Moderno, que tem o dever de efetiva proteção desses direitos; (ii.) um indivíduo autossuficiente, capaz de impor seus direitos perante a sociedade e ao próprio Estado; (iii.) e um texto normativo que formalize a existência desses direitos e regule a relação indivíduo-Estado⁹⁸.

Após a primeira Guerra Mundial, com a queda do Estado Liberal e advento do Estado Social, o governo teve de sair de sua inércia para atuar de forma muito mais ativa na sociedade, assegurando direitos ignorados durante o período

⁹⁵ Estima-se que o Código de Hammurabi, por exemplo, foi o primeiro documento legal a abranger e assegurar diversas naturezas de direitos e garantias individuais para todos os homens, submetendo, ainda, os governantes à aplicação da lei. [consult. 05 de abril de 2024]. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hamurabi.htm>. Para mais sobre o assunto, temos: CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional Positivo*, pg. 596. 17ª ed. ver. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

⁹⁶ Os direitos de primeira geração abarcam os direitos individuais e direitos políticos, com caráter negativo, por exigirem uma abstenção do Estado, seu principal destinatário. ARAKAKI, Rafael Pleutin. *O ativismo judicial e a efetivação de direitos fundamentais no estado democrático de direito*, pg. 66. Dissertação apresentada no curso de Mestre em Ciências Políticas na Universidade de Lisboa. Lisboa, 2020.

⁹⁷ TÁCITO, Caio. *Os direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*, pg. 1-5. In: *Revista de Direito Administrativo*, v. 178. Rio de Janeiro: Editora Fórum e Editora FGV, out./dez., 1989. [consult. 05 de abril de 2024]. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/46132/44291>.

⁹⁸ ARAKAKI, Rafael Pleutin. *O ativismo judicial e a efetivação de direitos fundamentais no estado democrático de direito*, pg. 66. Dissertação apresentada no curso de Mestre em Ciências Políticas na Universidade de Lisboa. Lisboa, 2020.

anterior. Em razão dos excessos liberalistas, e com o intuito de manter um domínio econômico e atender àquilo que seria sua função, o Estado buscou conceder a contraprestação necessária aos pagamentos dos tributos. Em outras palavras, passamos da esfera dos direitos individuais para os direitos sociais e, assim, incorporamos toda uma nova gama de direitos considerados essenciais: direito ao trabalho digno, à saúde, à habitação, proteção à família, segurança social, saneamento básico, entre outros⁹⁹.

Como bem explica o autor Caio Tácito, esses direitos econômicos e sociais não se opõem aos direitos individuais do homem, conquistados no período liberalista, mas tão somente os prolongam, complementando tais garantias individuais de uma forma que ultrapassam a qualidade singular, para assegurar os direitos de participação igualitária na sociedade, levando em consideração a existência das desigualdades individuais¹⁰⁰.

Logo, a consagração dos direitos sociais marca o surgimento da segunda geração dos direitos fundamentais que, por sua vez, ampliou a gama de direitos e garantias essenciais do homem, a ser protegida pelo Estado.

Finalmente, com o fim da Segunda Guerra Mundial, e levando em consideração as barbaridades humanitárias e ambientais ocorridas durante esse período, iniciou-se a era dos direitos fundamentais de terceira geração, que consagrou os princípios da solidariedade e fraternidade, a fim de preservar os valores relacionados à dignidade da pessoa humana, que dizem respeito às condições de sobrevivência de toda humanidade e do planeta em si¹⁰¹. Assim, com o implemento do Estado Democrático de Direito ao redor do mundo¹⁰², foram surgindo tratados internacionais que buscaram resguardar os direitos

⁹⁹ Tácito, Caio. *Os direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*, pg. 1-5. In: Revista de Direito Administrativo, v. 178. Rio de Janeiro: Editora Fórum e Editora FGV, out./dez., 1989. [consult. 05 de abril de 2024]. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/46132/44291>.

¹⁰⁰ TÁCITO, Caio. *Os direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*, pg. 1-5. In: Revista de Direito Administrativo, v. 178. Rio de Janeiro: Editora Fórum e Editora FGV, out./dez., 1989. [consult. 05 de abril de 2024]. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/46132/44291>.

¹⁰¹ ARAKAKI, Rafael Pleutin. *O ativismo judicial e a efetivação de direitos fundamentais no estado democrático de direito*, pg. 67. Dissertação apresentada no curso de Mestre em Ciências Políticas na Universidade de Lisboa. Lisboa, 2020.

¹⁰² Constituição Portuguesa de 1976; Constituição Espanhola de 1978; e Constituição Federal brasileira de 1988.

humanos¹⁰³, a paz mundial¹⁰⁴, a diversidade biológica¹⁰⁵ e regulamentar as relações internacionais.

Neste sentido, acompanhando o entendimento do professor Ingo Sarlet, pode-se dizer que o surgimento dos direitos fundamentais de terceira geração é um resultado das manifestações do ser humano que, motivadas pelo impacto tecnológico e consequências da Segunda Grande Guerra, reivindicaram por direitos que garantam a sobrevivência e um mundo mais sustentável¹⁰⁶. Portanto, podemos considerar como direitos da terceira geração: direito ao desenvolvimento ou progresso, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, direito de comunicação, à paz, do patrimônio comum da humanidade e outros direitos transindividuais.

2.3. As novas gerações dos direitos fundamentais: da quarta à sexta geração

Vimos que a teoria das gerações dos direitos fundamentais foi originariamente desenvolvida por Karel Vasak que, inspirando-se na bandeira francesa, cujas cores representam liberdade, igualdade e fraternidade, os dividiu em três gerações para mostrar o processo de evolução desses direitos, pautando-se na análise cronológica da integração dos direitos do homem nos ordenamentos jurídicos de diversos Estados, isto é, na medida em que foram sendo reconhecidos como essenciais a uma sociedade democrática¹⁰⁷.

¹⁰³ Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. [consult. 10 de abril de 2024]. Disponível em:

https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf.

¹⁰⁴ Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos de 1981. [consult. 10 de abril de 2024]. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/africa/banjul.htm>.

¹⁰⁵ Pacto sobre a Diversidade Biológica de 1992. [consult. 10 de abril de 2024]. Disponível em: <https://www.cbd.int/convention/text>.

¹⁰⁶ “*cuida-se, na verdade, do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes consequências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais.*”. SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, pg. 58. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

¹⁰⁷ OLIVEIRA, Samuel Antonio Merbach de. *A teoria geracional dos direitos do homem*, pg. 10-26. *Theoria – Revista Eletrônica de Filosofia*. 3ª ed. 2010. [consult. 20 de junho de 2024]. Disponível em:

Contudo, considerando a mutabilidade e novas interpretações que podem ser atribuídas aos direitos fundamentais em razão da época e momento vivenciado pela sociedade, atualmente, há quem defenda a existência dos direitos de quarta, quinta e sexta geração, apesar de não haver um consenso sobre o assunto.

Os direitos de quarta geração surgem para salvaguardar os direitos ameaçados pelos riscos decorrentes do avanço da tecnologia. Como bem destaca o professor George Marmelstein, a tecnologia da informação vem causando problemas com a possível violação de direitos fundamentais, questionando, por exemplo, a legitimidade sobre o interrogatório por vídeo conferência¹⁰⁸, monitoramento de *e-mails* dos empregados pelas empresas empregadoras, proteção dos dados pessoais diante de *softwares* de coleta de informações, remodelagem dos direitos autorais em razão da intensidade e facilidade de propagação de informações, entre outros problemas atuais relacionados ao avanço tecnológico¹⁰⁹.

Bobbio, por outro lado, afirma que os direitos de quarta geração *tratam-se dos direitos relacionados à engenharia genética*¹¹⁰. Em outras palavras, seriam aqueles decorrentes da evolução biotecnológica e da capacidade de mutação genética, com enfoque aos temas de transexualismo, reprodução artificial e manipulação do código genético.

Nota-se que, tanto o entendimento de Marmelstein como o posicionamento de Bobbio, estão voltados às consequências do avanço tecnológico.

Apresentando posicionamento um pouco diferente, diversos autores citam o pensamento de Paulo Bonavides sobre os direitos fundamentais de quarta geração. Em síntese, antecipando uma exigência normativa de universalização

https://www.theoria.com.br/?s=A+teoria+geracional+dos+direitos+do+homem&et-month-choice=no-choice&et-cat=0&et_searchform_submit=et_search_process.

¹⁰⁸ O autor faz menção ao julgamento da Segunda Turma do STF, que decidiu que a prática do interrogatório por vídeo conferência viola o devido processo legal (especialmente a ampla defesa), sendo, portanto, inconstitucional. Neste sentido: HC 88.914/SP. Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Cezar Peluso. [consult. 14 de agosto de 2024]. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=489888>.

¹⁰⁹ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*, pg. 52-53. São Paulo: Atlas, 2018.

¹¹⁰ Bobbio, Norberto. *A Era dos Direitos*, pg. 06. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

dos direitos fundamentais para além do campo estatal, o autor afirma que os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo, alicerçam o futuro da cidadania e da liberdade de todos os povos, em uma era de globalização político-econômica¹¹¹.

Vale destacar que o professor Bonavides vai além e, com o intuito de reclassificar, valorizar e assegurar o direito à paz, defende a existência de uma quinta geração dos direitos fundamentais, onde este estaria inserido. Tal entendimento diverge da concepção de Karel Vasak, que designou o direito à paz à terceira geração dos direitos fundamentais. Desta forma, na classificação atribuída por Bonavides, o referido direito seria alçado da terceira geração para quinta geração, se posicionando, assim, em um lugar específico e de destaque, a fim de resgatar a sua indispensável relevância no contexto multidimensional¹¹².

Contudo, importante frisar que também não existe um consenso sobre esse conceito. Antonio Carlos Wolkmer, por exemplo, defende a ideia de que a quinta geração é composta pelos “novos” direitos advindos das tecnologias da informação, do ciberespaço e da realidade virtual em geral, tornando-se necessária a criação de legislação apropriada para regulamentar, controlar os provedores e usuários dos meios de comunicação eletrônica de massa, bem como protegê-los dos crimes e demais ofensas que ocorrem no mundo virtual¹¹³.

Em pensamento divergente, José Adércio Leite Sampaio também reconhece a existência de uma quinta geração dos direitos fundamentais, mas os conceitua de forma diferente. Para o autor, os direitos de quinta geração dizem respeito ao cuidado, à compaixão e ao amor por todas as formas de vida, sem preconceitos ou distinção por raças, estereótipos de beleza ou padrões

¹¹¹ Neste sentido: MARMELESTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*, pg. 52-53. São Paulo: Atlas, 2018; NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*, pg. 59. Salvador: Editora JusPodevm, 2023; FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, pg. 245. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

¹¹² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; *Curso de Direito Constitucional*, pg. 144. 12ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023.

¹¹³ WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos*, pg. 133/135. In: Revista Jurídica Unicritiba, v. 2, nº 31, 2013. [consult. 16 de abril de 2024]. Disponível em: <http://revista.unicritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/593/454>.

reputados como inferiores ou imperfeitos, de uma perspectiva física e não intelectual¹¹⁴.

Também merece destaque a corrente que defende a sexta geração dos direitos fundamentais, tendo como ponto central deste novo entendimento o acesso à água potável. Partindo da premissa de Fuchin e Silva¹¹⁵, Maira Carolina Petry ressalta que a água é um recurso diretamente ligado à vida e faz parte de um meio ambiente ecologicamente equilibrado¹¹⁶. Tendo isso em vista, é lógico que a escassez de água potável será um dos maiores problemas que a humanidade irá enfrentar, caso não haja medidas e políticas de bom uso, boa distribuição e despoluição deste recurso essencial.

Em caminho divergente, Walber Agra defende que os direitos fundamentais de sexta geração estão relacionados aos animais¹¹⁷, ao passo que Rodrigo Padilha nos informa que a tese da sexta geração está sendo desenvolvida com base no direito de buscar à felicidade, demonstrando, contudo, sua ressalva para com a referida teoria¹¹⁸.

Portanto, da mesma forma que Bonavides defendeu a reclassificação do direito à paz à quinta geração dos direitos fundamentais, Fuchin e Silva alçam o direito de acesso à água potável a um patamar próprio, denominado sexta geração dos direitos fundamentais, assim como o faz Walber Agra com os animais e Padilha com a felicidade, buscando obter um tratamento prioritário por parte do Estado e da sociedade, para garantia da harmonia e preservação do mundo e das futuras gerações.

Notamos, desta forma, que apesar de haver um consenso sobre as três primeiras gerações, a doutrina ainda diverge sobre o conceito da quarta, quinta

¹¹⁴ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*, pg. 302. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

¹¹⁵ FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino. Direito fundamental de acesso à água potável: uma proposta de constitucionalização. [consult. 16 de abril de 2024]. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br>.

¹¹⁶ PETRY, Maira Carolina. *A efetivação do direito fundamental à água potável através do programa protetor de águas*. In: XVIII Seminário Internacional: demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea. Universidade de Santa Catarina, 2022. [consult. 18 de abril de 2024]. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/22205>.

¹¹⁷ AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*, pg. 59. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

¹¹⁸ PADILHA, Rodrigo. *Direito Constitucional*, pg. 244. 6ª ed. São Paulo: Editora Forense, 2020.

e sexta geração¹¹⁹. Entretanto, o que se percebe, na realidade, é que essas três últimas gerações, bem como as que ainda irão surgir com o passar do tempo, estão diretamente relacionadas à evolução tecnológica e à preocupação com a vida humana.

Este último ponto, sobretudo, nos parece estar causando maiores debates doutrinários. Vimos que brilhantes juristas estão revalorizando e reclassificando direitos fundamentais inicialmente consagrados em gerações anteriores à patamares únicos e próprios, com a intenção de colocá-los em posição de destaque, e obter maior atenção e proteção constitucional e social para com eles.

2.4. A tendência de um criacionismo geracional: a sétima e oitava geração dos direitos fundamentais

Partindo da premissa apresentada ao final do último tópico, percebemos que alguns direitos fundamentais, inicialmente consagrados em gerações anteriores, estão sendo reclassificados para gerações próprias, sob fundamentos que se baseiam na urgência e relevância para com determinada situação, exigida em razão do momento em que vivemos.

Implica destacar que a precedência criada em razão da reclassificação geracional de direitos fundamentais, abre margem para reanalisarmos uma infinidade de direitos já bem posicionados por Karel Vasak na três primeiras gerações, fato este que já vem acontecendo por parte da doutrina que, apresentando e baseando-se em consistentes argumentos, seja pelo momento que se encontra o mundo atualmente, seja pelas origens ou influência de determinado direito em outros, criam novas gerações de direitos fundamentais com direitos já anteriormente classificados, a fim de obter a devida atenção à determinada situação que vem se destacando/agravando.

¹¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; *Curso de Direito Constitucional*, pg. 144. 12ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023.

Isto posto, temos além da quarta, quinta e sexta gerações já mencionadas, um estudo desenvolvido por Leonardo Alves de Oliveira¹²⁰, que classifica o *direito à probidade e à boa administração pública* como sétima geração dos direitos fundamentais. Em suma, o autor explica que a improbidade administrativa, corriqueiramente divulgada, acarreta na violação de diversos princípios e direitos fundamentais, sobretudo direitos sociais, indo em completa contramão ao desenvolvimento e progresso de um país e da sociedade. Ademais, ratifica o jurista que o desvio de verbas públicas, desvios de finalidade e abusos de autoridade, resultam em violações a direitos ligados à dignidade da pessoa humana. Tendo isso em vista, conclui que o trabalho realizado pelos agentes públicos possui impacto direto no desenvolvimento social, razão pela qual deve ser feito de forma eficiente e eficaz, observando os princípios constitucionais e administrativos, sempre em prol do melhor interesse da pessoa humana, garantindo não apenas todos os outros direitos fundamentais, mas também a existência e sobrevivência do próprio Estado Democrático de Direito, motivo este que ensejaria a reclassificação do direito à probidade e à boa administração pública à patamar exclusivo, denominado pelo autor de sétima geração de direitos fundamentais.

Em um outro estudo, o professor Sérgio Assunção Rodrigues Júnior¹²¹, também defendendo a existência e importância de uma sétima geração dos direitos fundamentais, mas divergindo da teoria de Leonardo Oliveira (acima explanada), entende que ela está compreendida pelo *direito ao respeito*. Sinteticamente, o autor aborda o respeito de forma bem ampla, tecendo comentários sobre o dever de respeitar o próximo, bem como ser respeitado, seja no tocante às expressões empregadas, como também pelo “ser” ou pelo “agir” de alguém (opção religiosa, profissão, raça, gênero, partido político, entre outros). A referida teoria também leva como base, além de leis e tratados

¹²⁰ OLIVEIRA, Leonardo Alves. *A sétima geração dos direitos fundamentais*, pg. 395-418. In: Data Venia Revista Jurídica Digital, ano 4, nº 6., nov. 2016. [consult. 10 de junho de 2024]. Disponível em: <https://www.datavenia.pt/edicoes/85-edicao06>.

¹²¹ JÚNIOR, Sérgio Assunção Rodrigues. *Direito ao respeito: um breve ensaio sobre o surgimento da 7ª geração ou dimensão dos direitos fundamentais*, pg. 107-119. In: Revista Direito Diário, 5ª ed., vol. 1, n. 1., jul-set. 2019. [consult. 10 de junho de 2024]. Disponível em: <https://direitodiario.com.br/wp-content/uploads/2019/09/R5-A8-Direito-ao-Respeito.pdf>.

internacionais, os fatos e problemas globais que atualmente estão acontecendo, como discussões, conflitos e guerras ocasionadas pela falta de respeito generalizada, seja no tocante à opinião, à posição ou à conduta praticada. Portanto, com o intuito de preservar princípios básicos, humanísticos e constitucionais, bem como garantir uma boa harmonia social em escala global, sugere o professor que seja concedida maior importância e proteção ao direito ao respeito, o colocando em prateleira autônoma dos direitos fundamentais, denominada sétima geração, promovendo, assim, a obliteração do ódio e intolerância, e obtendo, conseqüentemente, maior garantia e respeito aos demais direitos fundamentais.

Há também de se tecer comentários acerca da teoria desenvolvida pelo Delegado de Polícia Civil e professor de Direito e Processo Penal, Jeferson Botelho Pereira, que defende a existência do direito fundamental à impunidade¹²², no sentido subjetivo da palavra, ou seja, sobre a sensação compartilhada entre os membros de uma sociedade quanto a ausência ou insuficiência de punição aos infratores de normas. De forma concisa, levando em consideração a fragilidade legislativa, a lentidão do Poder Judiciário, além dos inúmeros meios de defesa e benefícios processuais aos acusados, sobretudo a liberdade provisória¹²³, entende o jurista que os delinquentes se sentem imunes às sanções penais, seja em razão da ausência de rigidez quanto à sua aplicação, seja pelos diversos instrumentos que podem ser utilizados a seu favor, ou ainda em razão da morosidade à finalização do processo criminal. Logo, levando em conta os argumentos acima expostos, e com o objetivo de obter maior atenção às questões supracitadas, mobilizar a celeridade por parte do Poder Judiciário,

¹²² PEREIRA, Jeferson Botelho. *A impunidade dos sociocidas como direito de sétima geração*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 3025, 13 out. 2011. [consult. 19 de junho de 2024]. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/20204/a-impunidade-dos-sociocidas-como-direito-de-setima-geracao>.

¹²³ Comentando sobre a teoria em questão, Leonardo Alves Oliveira, que não concorda com a tese do direito à impunidade, faz menção à liberdade provisória, transação penal, conciliação penal, *sursis*, suspensão processual, livramento processual, saída temporária, delação premiada, detração penal, remição penal, indulto, anistia, perdão judicial e prisão como extrema *ratio* da *ultima ratio*, como exemplos de instrumentos processuais existentes em prol do investigado/indiciado/réu/condenado. OLIVEIRA, Leonardo Alves. *A sétima geração dos direitos fundamentais*, pg. 408-409. In: Data Venia Revista Jurídica Digital, ano 4, nº 6., nov. 2016. Pg. 408-409. [consult. 10 de junho de 2024]. Disponível em: <https://www.datavenia.pt/edicoes/85-edicao06>.

e promover a restrição dos benefícios penais, acredita o professor Jeferson Botelho que o direito à impunidade consiste na sétima geração dos direitos fundamentais, pela urgência e relevância do momento em que nos encontramos frente a esses problemas.

O mesmo autor vai além e, em um outro artigo, defende o direito à segurança pública como oitava geração dos direitos fundamentais, sustentando sua tese na origem, influência e importância desse direito em todas as gerações dos direitos fundamentais, havendo, no entanto, uma função finalística de um Direito Penal austero, protetor, proativo, mas com responsabilidade social, somado a um sistema processual célere e efetivo, sem demoras e manobras protelatórias, visando o fortalecimento dos interesses e valores da sociedade¹²⁴.

Ressalta-se, no entanto, que ambas as teses de Jeferson Botelho, seja o direito à impunidade como sétima geração ou o direito à segurança pública como oitava, são alvos de críticas doutrinárias. Leonardo Alves Oliveira e Marco Antônio V. Torrano, entendem que essa corrente se contradiz perante o significado, conceito e *modus operandi* de um Estado Democrático de Direito, que visa assegurar, além dos princípios pautados nos direitos humanos, a convivência harmônica de vários direitos entre várias pessoas¹²⁵. Tendo isso em vista, entre outras razões que serão apresentadas em tópico destinado às críticas à parte das teorias geracionais, nosso posicionamento coaduna-se com as críticas de Leonardo Alves e Marco Antônio, uma vez que o direito à impunidade e o direito à segurança pública, como gerações autônomas de direitos fundamentais, aparentam ser, na realidade, um sentimento de irresignação e desaprovação com a lentidão do Poder Judiciário e com ordenamento jurídico brasileiro como um todo que, por possibilitar diversos

¹²⁴ PEREIRA, Jeferson Botelho. *As Dimensões do Direito e a Segurança Pública*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 3949, 24 abr. 2014. [consult. 19 de junho de 2024]. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/27710/as-dimensoes-do-direito-e-a-seguranca-publica>.

¹²⁵ OLIVEIRA, Leonardo Alves. *A sétima geração dos direitos fundamentais*, pg. 409. In: Data Venia Revista Jurídica Digital, ano 4, nº 6., nov. 2016. [consult. 10 de junho de 2024]. Disponível em: <https://www.datavenia.pt/edicoes/85-edicao06>. Acesso em 10 de junho de 2024; e TORRANO, Marco Antonio Valencio. *Quantas dimensões (ou gerações) dos direitos humanos existem?* Site Jusbrasil, 2016. [consult. 20 de junho de 2024]. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/quantas-dimensoes-ou-geracoes-dos-direitos-humanos-existem/302278354>.

meios de defesa e instrumentos que aliviam a rigidez das sanções, causam sensação de impunidade e insegurança jurídica e social. Logo, ao nosso entendimento, e ao contrário das demais teses geracionais, tais teorias não podem ser minimamente sustentadas como gerações de direitos fundamentais, mas tão somente devem ser consideradas como fundadas e arrazoadas críticas direcionadas ao sistema jurídico brasileiro.

2.5. Críticas ao criacionismo geracional: a validade e eficiência da teoria clássica de Karel Vasak

Respeitado entendimento divergente, e diante desse novo universo multigeracional apresentado acima, acreditamos que a doutrina, atualmente, tem buscado inovar sobre a teoria geracional dos direitos fundamentais, sem que haja, de fato, uma nova espécie de direitos que justifique a criação de uma geração que pudesse integrar o novo gênero. Em outras palavras, entendemos que as três primeiras gerações apresentadas por Karel Vasak conseguem abranger, de forma ampla e eficaz, as três naturezas de direitos que hoje existem à manutenção e correto funcionamento do Estado Democrático de Direito: direitos individuais (primeira geração), direitos sociais (segunda geração) e direitos de fraternidade (terceira geração).

Isto posto, passaremos à análise crítica da quarta geração em diante, tecendo comentários sobre as principais e mais relevantes teorias de cada geração para, ao final, explicar o porquê acreditamos serem minúcias desnecessárias.

Iniciando pela quarta geração, temos a teoria de Marmelstein, que aborda as ameaças e os riscos de violação de direitos fundamentais em razão do avanço da tecnologia, como o monitoramento, armazenamento e processamento de dados pessoais¹²⁶; a teoria de Bobbio, também ligada ao avanço tecnológico (biotecnologia), que possibilita a engenharia genética¹²⁷; e a teoria de Bonavides

¹²⁶ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*, pg. 52-53. São Paulo: Atlas, 2018..

¹²⁷ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, pg. 06. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

que defende a universalização dos direitos humanos, promovendo o direito à democracia, à informação e ao pluralismo¹²⁸.

Começando por Marmelstein, percebemos que a válida e devida preocupação do renomado jurista possui um viés voltado aos direitos individuais, uma vez que, em razão do avanço tecnológico, os limites e as barreiras físicas, que muitas vezes protegem esses direitos, tornam-se ineficazes dentro de um mundo virtual e tecnologicamente avançado. Ao criar, inserir ou transferir informações pessoais ou conteúdos autorais dentro da rede, ou ainda que somente usufruir das vantagens que a tecnologia nos proporciona, passamos a ficar expostos e vulneráveis a uma diversidade de novos tipos de ameaças, que podem resultar em invasão de propriedade, violação à intimidade, coleta indevida de dados, entre outras diversas violações de direitos fundamentais. Ressalta-se, por outro lado, que apesar de tais ameaças ocorrerem de forma inovadora, por meio do ciberespaço ou de falhas tecnológicas, os direitos potencialmente violados ainda são os mesmos de outrora, ou seja, não há um novo direito fundamental a ser protegido diferente daqueles já consagrados nas três primeiras gerações. A problemática, no entanto, reside nos novos meios de ofensas aos direitos fundamentais que, em razão do avanço tecnológico, ampliaram e expandiram-se, possibilitando novos tipos de violações a estes direitos, aumentando a preocupação com o dever de proteção. Desta forma, nota-se que, apesar de o pensamento e ponderação de Marmelstein se mostrar arrazoado e adequado, não há necessidade de se criar uma geração para enquadrar tais direitos, uma vez que a natureza dos direitos a serem preservados, como dos exemplos acima citados, encontram-se perfeitamente acobertados na categoria dos direitos individuais (primeira geração), sem excluir a possibilidade, ainda, de outros direitos que também podem encontrar-se abarcados nas outras duas gerações.

A teoria de Bobbio, por sua vez, nos parece possuir, além de preocupações com direitos fundamentais de primeira geração, uma perspectiva

¹²⁸ Neste sentido: MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*, pg. 52-53. São Paulo: Atlas, 2018; NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*, pg. 59. Salvador: Editora JusPodevm, 2023; FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, pg. 245. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

social e fraternal pois, direta ou indiretamente, preocupa-se com a igualdade e dignidade da pessoa humana, em razão dos avanços tecnológicos da biomedicina, capaz de alterar a mutação genética, possibilitar a clonagem ou modificar o gênero de uma pessoa, ocasionando, porventura, a discriminação e preconceito, restringindo, conseqüentemente, direitos fundamentais de segunda geração, como trabalho, educação, além de direitos da primeira e da terceira geração (honra, privacidade, dignidade). Desta forma, assim como Marmelstein, Bobbio apresenta questões reais, válidas, de extrema relevância, cujo conteúdo encontra-se parcialmente vago/escasso no ordenamento jurídico; porém, percebe-se que também não há uma nova natureza de direitos que justifique a criação de uma nova geração, mas tão somente uma preocupação com as potenciais ameaças desencadeadas pelo avanço biotecnológico. A título de exemplo, uma pessoa transgênero que seja discriminada em uma vaga de emprego, em um estabelecimento, ou ainda que tenha sua honra ofendida por outrem, possui seus direitos fundamentais devidamente enquadrados nas três primeiras gerações, podendo utilizar o seu direito subjetivo para proteger/resguardar seu bem jurídico ofendido. Portanto, percebemos que também não há um novo gênero ou geração de direitos, mas tão somente novas espécies de ameaças.

Em uma vertente que vai além do campo da tecnologia, mas também defendendo a existência da quarta geração de direitos fundamentais, Paulo Bonavides argumenta a favor da universalização normativa de direitos humanos, a fim de garantir, proteger e promover o direito à democracia, à informação e ao pluralismo. Compreende-se, neste sentido, a assertiva ideia do autor de querer assegurar a efetividade de tais direitos, os retirando de um campo meramente ideológico, para assumirem a força de uma norma positivada, dificultando, assim, a ocorrência de novos conflitos e atrocidades como aqueles que ocasionaram e foram causados durante a Segunda Guerra Mundial. Ainda assim, devemos destacar que tais direitos possuem natureza fraternal e solidária; logo, encontram-se devidamente enquadrados na terceira geração de Karel Vasak, não havendo motivo para destacá-los a uma quarta geração, posto que não se trata de nova espécie ou gênero de direitos.

Indo além, mas, na mesma esteira de pensamento, o professor Bonavides sugere a ideia de uma quinta geração de direitos fundamentais, compreendida exclusivamente pelo direito à paz¹²⁹ que, por sua vez, também passou a ser destaque após a Segunda Grande Guerra, e que, assim como o direito à democracia, à informação e ao pluralismo, também se encontrava devidamente incluído por Karel Vasak no rol dos direitos à fraternidade. Contudo, em razão da breve e vaga menção ao direito em questão por parte do jurista francês, o direito à paz acabou por cair no esquecimento, subsistindo apenas na teoria, sem obter a devida atenção¹³⁰. Tendo isso em vista, buscando garantir a conservação e supremacia de valores impostos à ordem normativa pela dignidade da espécie humana, bem como a relevância da paz à manutenção do Estado Democrático de Direito, realiza-se a positivação do direito à paz nas cartas constitucionais, a fim de garantir sua eficácia como *norma das normas dentre as que garantem a conservação do gênero humano sobre a face do planeta*, resguardando, conseqüentemente, o gênero e a dignidade humana, que somente poderá ser concretizada com o reconhecimento universal que lhe é devido enquanto pressuposto qualitativo da boa convivência, condição indispensável ao progresso de todas as nações. Portanto, assim como em sua teoria da quarta geração, o autor acredita que seria necessário elevar o direito à paz à prateleira autônoma e paradigmática, como sendo a quinta geração dos direitos fundamentais, apesar do próprio doutrinador também reconhecer que tal direito pertence, originariamente, à terceira geração de tais direitos. Entretanto, apesar dos brilhantes e irretocáveis fundamentos explanados por Bonavides sobre a essencialidade do direito à paz, entendemos que a “criação” de uma quinta geração dos direitos fundamentais, com o único intuito de promover o referido direito a uma “prateleira” exclusiva, além de ser desnecessária, vai contra a ideia que ocasionou a discussão doutrinária terminológica (geração x dimensão).

¹²⁹ BONAVIDES, Paulo. *A quinta geração dos direitos fundamentais*, pg. 82-93. In: Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, v.2, n.3, abr-jun. 2008. [consult. 10 de junho de 2024]. Disponível em: <https://doi.org/10.30899/dfj.v2i3.534> .

¹³⁰ Nas palavras de Bonavides: “o direito à paz caiu em um esquecimento injusto por obra talvez da menção ligeira, superficial, um tanto vaga, perdida entre outros direitos da terceira geração.”. BONAVIDES, Paulo. *A quinta geração dos direitos fundamentais*, pg. 83-85. In: Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, v.2, n.3, abr-jun. 2008. [consult. 10 de junho de 2024]. Disponível em: <https://doi.org/10.30899/dfj.v2i3.534> .

Melhor explicarmos! A desnecessidade do reposicionamento do direito à paz à geração autônoma se dá em razão da solução encontrada, mencionada pelo próprio Bonavides, para tirá-la do esquecimento: a positivação em ordenamentos jurídicos internos! Em outras palavras, a normatização do direito à paz nas cartas constitucionais o retira da região da metafísica, da utopia e dos sonhos, e passa a garantir maior eficácia e proteção a este supremo instituto, essencial para o desenvolvimento do Estado, do povo, da humanidade e da dignidade. Portanto, entendemos e concordamos que é crucial levantar a bandeira da paz, sendo este um dever mundial e constitucional; no entanto, discordamos que este fato seja motivo para retirar esse direito da geração da fraternidade (terceira geração), inicialmente atribuído por Karel Vasak. O direito à paz, assim como o direito ambiental, são direitos difusos, de interesse global, encontrando-se inseridos na mesma geração em razão das respectivas e similares naturezas, e não por serem mais ou menos relevantes que os outros; aliás, este é o segundo ponto pelo qual não concordamos com a realocação de direitos à gerações autônomas: a discussão terminológica “geração x dimensão” torna-se inócua, pois buscava-se evitar a ideia de sucessão ou primazia de direitos sobre outros, fato este que acontece com o reposicionamento de determinados direitos para gerações próprias¹³¹.

Seguindo adiante, e baseando-se em sólidos e válidos argumentos como escassez, má distribuição, uso desregrado e poluição da água, Fuchin e Silva¹³² reposicionam o direito à água potável da terceira geração (meio ambiente) para um patamar exclusivo, denominado sexta geração dos direitos fundamentais, com o intuito de obter maior atenção e proteção a este tão importante elemento, indispensável à sobrevivência humana, realizando a devida ressalva de que o

¹³¹ Sobre a teoria de Antonio Carlos Wolkmer e José Adércio Leite Sampaio, também adeptos à criação da quinta geração dos direitos fundamentais, e que defendem, respectivamente, os novos direitos advindos das tecnologias da informação, do ciberespaço e da realidade virtual, e o direito ao cuidado, ao amor e à compaixão por todas as formas de vidas, remetemos o leitor às nossas críticas apresentadas às teorias de Marmelstein, Bobbio e Bonavides. WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos*, pg. 133/135. In: Revista Jurídica Unicuritiba, v. 2, nº 31, 2013. [consult. 16 de abril de 2024]. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/593/454>; SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*, pg. 302. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

¹³² FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino. Direito fundamental de acesso à água potável: uma proposta de constitucionalização. [consult. 16 de abril de 2024]. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br>.

nascimento de uma nova geração (direito à água potável) não implica no enfraquecimento dos direitos fundamentais consolidados em outras gerações. Ainda assim, devemos ressaltar que, apesar de defenderem o direito à água como sexta geração dos direitos fundamentais, os teóricos confessam que o referido direito foi inicialmente compreendido pela terceira geração de Karel Vasak (meio ambiente). Embora concordemos com os fundamentos apresentados sobre o descaso global para com a importância da água à sobrevivência do planeta, também entendemos não ser possível criar uma geração exclusiva para este direito, pelos mesmos argumentos já apresentados: este elemento faz parte do meio ambiente, logo, pertence à terceira geração dos direitos fundamentais; não há uma espécie nova de direito, mas tão somente um agravamento de ameaças a direitos fundamentais já existentes. Além disso, o reposicionamento deste direito à sexta geração de direitos fundamentais também se mostra desnecessária e não apresenta soluções práticas aos problemas, posto que a escassez, a poluição, a má distribuição e o uso desregrado da água, podem (e devem) ser resolvidos por medidas públicas governamentais, dentro dos Poderes independentes de cada Estado. Em outras palavras, a falta de conscientização social ou falta de políticas públicas à solução do problema não altera a espécie/gênero do direito à água, que possui a mesma natureza dos direitos já classificados na terceira geração. Deve-se, no entanto, através dos meios e instrumentos disponíveis, em suas dimensões subjetiva e objetiva, buscar a constatação, proteção e efetivação do direito à água, a fim de resguardar e garantir a sobrevivência do planeta¹³³.

Com o intuito de ilustrar e concluir, de forma mais esclarecedora, a problemática da corrente que defendemos (crítica ao excesso de gerações), prosseguimos à análise das teses mais recentes, que defendem a sétima e oitava geração dos direitos fundamentais. Salienta-se, entretanto, que, assim como aqueles que argumentam a favor da quarta, quinta e sexta geração, os juristas que sustentam a existência das gerações posteriores apresentam problemáticas reais, atuais e carentes de atenção, proteção e eficácia,

¹³³ As mesmas críticas argumentativas são válidas à tese de Walber Agra, que defende que a sexta geração dos direitos fundamentais estão relacionados aos animais. AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*, pg. 59. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

proclamando pelo devido respeito e diligência estatal e social para com determinada situação. Nossa divergência, portanto, remanesce tão somente sobre a criação de novas gerações como forma de solução aos problemas.

Como já vimos, Leonardo Alves Oliveira¹³⁴ expõe os problemas causados pela improbidade administrativa, capazes de provocar retrocesso e restrições de diversos direitos fundamentais, sobretudo a direitos sociais e direitos ligados à dignidade da pessoa humana. Sérgio Assunção Rodrigues Júnior¹³⁵, por outro lado, acredita que a falta de respeito com o próximo tem fomentado o sentimento de ódio e intolerância nas pessoas, sentimentos estes que são capazes de resultar em violações aos direitos humanos e fundamentais de todas as outras gerações, individual, social e fraternal, todos ligados à dignidade da pessoa humana.

De fato, ambos os autores apresentam argumentos coerentes quanto as respectivas narrativas. Leonardo Alves, corretamente, pondera a necessidade e relevância da probidade e boa administração pública e apresenta situações suscetíveis de violarem direitos fundamentais básicos, uma vez que a má administração pode resultar em restrições de direitos sociais elementares, como o direito à saúde, à educação, à segurança e ao saneamento, direitos estes indispensáveis ao progresso de uma sociedade; conseqüentemente, em uma sociedade evoluída e bem desenvolvida, com acesso aos direitos essenciais, diminui-se a criminalidade, os crimes contra a vida, contra a propriedade, intimidade, bem como garante-se o acesso aos direitos sociais, resguardando, com mais eficácia, a dignidade da pessoa humana. Sérgio Assunção também é sensato ao promover o direito ao respeito, posto que componente primordial à convivência harmônica regional e internacional. É indubitável que a falta deste elemento em qualquer espécie de relação, seja ela pessoal, social, profissional ou outras, viabiliza e estimula à ocorrência de ofensas a quaisquer direitos

¹³⁴ OLIVEIRA, Leonardo Alves. *A sétima geração dos direitos fundamentais*, pg. 395-418. In: Data Venia Revista Jurídica Digital, ano 4, nº 6., nov. 2016. [consult. 10 de junho de 2024]. Disponível em: <https://www.datavenia.pt/edicoes/85-edicao06>.

¹³⁵ JÚNIOR, Sérgio Assunção Rodrigues. *Direito ao respeito: um breve ensaio sobre o surgimento da 7ª geração ou dimensão dos direitos fundamentais*, pg. 107-119. In: Revista Direito Diário, 5ª ed., vol. 1, n. 1., jul-set. 2019. [consult. 10 de junho de 2024]. Disponível em: <https://direitodiario.com.br/wp-content/uploads/2019/09/R5-A8-Direito-ao-Respeito.pdf>.

fundamentais, podendo resultar, a título de exemplo, em agressões motivadas por questões de religião ou gênero; ou em restrições de direitos decorrentes do preconceito ou discriminação; ou, ainda, uma guerra global por ideais políticos. Portanto, é certo que a promoção do direito ao respeito se mostra inestimável, pois é um crucial garantidor de uma convivência pacífica, como bem destacado pelo professor. Ainda assim, pelos mesmos motivos já expostos, nenhum dos referidos direitos possuem a essência para serem deslocados à geração exclusiva, uma vez que já enquadrados dentro das gerações clássicas.

O que se pretende demonstrar com a repetição das referidas teorias é que renomados autores vêm reclassificando direitos fundamentais para gerações autônomas, a fim de obter maior destaque àquela determinada situação, em razão de determinada necessidade reclamada pela sociedade. Contudo, um dos problemas causados pela criação dessas novas teses é que elas podem ser utilizadas como precedentes e parecem estar fomentando uma infinita continuidade de novas classes geracionais, sem que haja, no entanto, na sua essência, um novo gênero de direito para tanto, posto que nenhuma das novas gerações acima citadas são, de fato, uma nova espécie de direito, como também não possuem uma natureza distinta daqueles direitos já consagrados nas três primeiras gerações.

A clara demonstração do que aqui está sendo alegado, além dos fundamentos já apresentados, fica por conta das teorias da sétima e oitava geração, criadas por Jerson Botelho, com o direito à impunidade e à segurança pública, respectivamente. Além de ambas serem fundadas em bases similares e de possuírem natureza de protestos contra o sistema jurídico brasileiro (repita-se, ainda que arrazoados), elas não possuem qualquer condição de se manterem como gerações autônomas de direitos fundamentais, pois, além de esbarrarem em conceitos já abordados em outras gerações, elas não têm uma abrangência mundial, podendo ser classificadas como meras críticas direcionadas. Quanto ao seu conteúdo, que visa um judiciário mais célere, com menos instrumentos processuais de benefícios penais e mais poder à polícia, tais argumentos acabam por esbarrar no próprio conceito de dignidade humana e Estado Democrático de Direito, que assegura determinadas garantias básicas

e que devem ser observadas mas que, entretanto, estão sendo claramente preteridas por parte das referidas teorias. Ainda assim, o surgimento dessas duas teses de Jeferson Botelho demonstram que meras insatisfações estão sendo utilizadas como fundamentos à criação de novas gerações; no caso das demais teorias, percebe-se que a omissão do poder público ou o descaso da sociedade para com determinada situação problemática emergente, são as principais bases ao desenvolvimento das teses geracionais, ao passo que o verdadeiro problema poderia (e deveria) ser resolvido por meio de medidas públicas eficazes, a fim de garantir, assegurar e prevalecer o direito em questão, uma vez que a reclassificação teórica de direitos fundamentais à gerações autônomas não implica em nenhuma diferença prática.

Realizadas tais considerações, concluímos que, em razão do surgimento de novos tipos de ameaças, ou ainda agravamento de determinada situação, juristas vêm criando gerações de direitos fundamentais como resposta à inércia governamental e/ou social, com o intuito de obter a devida atenção, respeito e proteção de determinados direitos fundamentais que, aparentemente, estão sendo menosprezados.

Não há dúvida de que o avanço tecnológico gera novas ameaças à direitos fundamentais; também sabemos que garantir a democracia, a informação e o pluralismo são essenciais à manutenção do Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente, dos direitos fundamentais; de igual forma, não se contesta que a paz e a água são elementos indispensáveis à sobrevivência do planeta e dos seres humanos, assim como o respeito e a segurança pública são essenciais à manutenção da harmonia, da paz e de outros direitos fundamentais. Contudo, apesar de todos os autores das teses supramencionadas terem apresentado sólidos argumentos para defender a existência de novas gerações que vão além da terceira, nós, no desenvolver do presente estudo, e com todo respeito aos respectivos posicionamentos, acreditamos que não há necessidade da realocação de direitos para gerações autônomas, posto que tal prática não irá garantir a eficácia do direito, além de acabar vulgarizando e enfraquecendo o conceito de direitos fundamentais.

3. A NATUREZA, CARACTERÍSTICAS E A CLASSIFICAÇÃO CONCERNENTES AOS DENOMINADOS “DIREITOS FUNDAMENTAIS”

3.1. A natureza aberta e mutável dos direitos fundamentais

A história e as gerações dos direitos fundamentais nos mostram que estes não são imutáveis e não podem ser elencados em um rol fixo ou pré-determinado; de igual forma, também não pode haver uma interpretação única, rígida, sem espaço a uma outra para cada situação concreta. A explicação para tanto pode ser encontrada na história e no processo evolutivo que estabeleceu e concretizou os direitos fundamentais nas políticas públicas e nas Constituições internas.

Da leitura dos tópicos anteriores, percebemos que cada momento ou marco histórico que vivemos, nos levou conceder a devida importância a diferentes tipos de direitos que, com o decorrer do tempo, passaram a ser considerados essenciais e fundamentais.

Em outras palavras, vimos que, inicialmente, buscamos garantir os direitos individuais (primeira geração), para depois buscarmos os direitos sociais (segunda geração); no pós-guerra, passamos a priorizar os direitos que protegem à dignidade humana e o meio ambiente (terceira geração); atualmente, com o avanço tecnológico, estamos expandindo conceitos de direitos fundamentais com o intuito de evitar violações cibernéticas (gerações posteriores).

Contudo, importante ressaltar que as transformações dos direitos fundamentais ao longo do tempo não se limitaram à questão quantitativa, ou seja, ao surgimento de novos direitos pela necessidade e compreensão do ser humano, como também sofreram com mutações qualitativas quanto ao seu

conteúdo, isto é, quanto à interpretação de determinado direito em determinado período.

Para exemplificar este último ponto, podemos citar a já mencionada revalorização de determinados direitos às gerações próprias, como o direito à paz e o direito à água que, para alguns doutrinadores, em razão do atual momento vivenciado pela humanidade, merece uma atenção especial por parte do Estado e da sociedade, os classificando em gerações próprias, demonstrando, portanto, a possibilidade de mutação qualitativa.

Para elucidar esse tema da transformação qualitativa, Sylvio Motta menciona dois exemplos históricos¹³⁶: o direito de participação política e o direito à propriedade. Em um primeiro momento, o direito de participação política era restrito a uma certa classe de indivíduos, do sexo masculino, com poder econômico e requisitos culturais específicos; porém, atualmente, na maioria das sociedades modernas, pode ser exercido por qualquer pessoa que tenha atingido a maioridade, sem discriminações de raça, gênero ou cultura. Quanto ao direito à propriedade, que antigamente era considerado absoluto no início do século XX, permitindo que o proprietário fizesse o que desejasse com seus bens, sem se preocupar com o coletivo, hoje em dia, caso não cumpra com certas responsabilidades sociais, não respeite o meio ambiente ou interfira de forma negativa na comunidade, poderá perder sua propriedade.

Portanto, a história nos mostra que os direitos fundamentais se encontram em uma categoria aberta e potencialmente ilimitada, em razão do constante surgimento de novos direitos. Sem prejuízo, percebemos que também possuem uma natureza mutável, em função da diversidade de significado, interpretação e alcance que tais direitos passam a possuir no decorrer da evolução, de acordo com o período vivenciado¹³⁷.

¹³⁶ MOTTA, Sylvio. *Direito Constitucional*, pg. 217. 29ª ed. Rio de Janeiro: Editora Método, 2021.

¹³⁷ MOTTA, Sylvio. *Direito Constitucional*, pg. 217. 29ª ed. Rio de Janeiro: Editora Método, 2021.

3.2. As características dos direitos fundamentais:

3.2.1. Direitos humanos vs. Direitos fundamentais¹³⁸

Antes de adentrarmos às características dos direitos fundamentais, importante fazer uma diferenciação terminológica em relação aos direitos humanos.

Conforme se extrai dos ensinamentos de Luís Roberto Barroso¹³⁹, os direitos humanos são resultados de uma série de conquistas ao longo da história, baseadas em valores morais e no bem comum, com o objetivo de proteger e promover a dignidade da pessoa humana, buscando desenvolver a humanidade das pessoas. Esses direitos abrangem áreas como vida, liberdade, igualdade, justiça e até mesmo a busca pela felicidade. Eles possuem um caráter fundamental e são intrínsecos à natureza humana, não necessitando de validação por meio de instituições, leis ou efetividade social. Sendo assim, os direitos humanos transcendem as fronteiras do Estado e servem como critério de legitimidade para o sistema jurídico. Eles não são concedidos, mas sim reconhecidos.

No mesmo sentido, Mazzuoli¹⁴⁰ assevera que os direitos humanos são direitos indispensáveis a uma vida digna e têm por fundamento intrínseco o valor-fonte do direito que se atribui a cada pessoa humana pelo simples fato de sua existência, devendo serem respeitados por todos os Estados, sob pena de responsabilidade internacional. Em suas palavras, são “direitos protegidos pela ordem internacional (especialmente por meio de tratados multilaterais, globais

¹³⁸ Ambos os termos são os mais utilizados dentre outras terminologias que também costumam ser empregadas para representá-los, tais como: *direitos humanos fundamentais*, *direitos do homem*, *direitos individuais*, *direitos públicos subjetivos*, *direitos naturais*, *liberdades fundamentais*, *liberdades públicas*. Neste sentido: CASTILHO, Ricardo dos S. *Direitos humanos*, pg. 122. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023. JÚNIOR, Hélcio de Abreu Dallari. *Direitos fundamentais e suas garantias*, pg. 113. In: Direito Constitucional, coord. TANAKA, Sônia Yuriko Kanashiro. São Paulo: Atlas, 2015; MARTINS, Flávio. *Curso de direito constitucional*, pg. 310. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2024; BULOS, Uadi L. *Curso de direito constitucional*, pg. 271. 16ª ed. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2023.

¹³⁹ BARROSO, Luís R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, pg. 203. 11ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023.

¹⁴⁰ MAZZUOLI, Valério de O. *Curso de direitos humanos*, pg. 4-8. 10ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2024.

ou regionais), contra violações e arbitrariedade que um Estado possa cometer às pessoas sujeitas à sua jurisdição”. Partilhando do mesmo entendimento, Edson Saleme¹⁴¹, ao abordar a natureza e conceito desses direitos, acompanha o mesmo raciocínio e aduz que se tratam dos direitos consagrados na ordem internacional e considerados indispensáveis à própria manutenção da vida humana, imprescindíveis a uma vida digna. Rui Garrido¹⁴² também afirma que os direitos humanos decorrem da própria humanidade do ser humano, sendo inerente à todas as pessoas, destacando o fato de que estes não são concedidos pelos Estados, tampouco decretados por qualquer tratado internacional, mas que somente reconhecem e convalidam sua existência, cabendo aos Estados respeitar e garantir a fruição destes direitos¹⁴³.

Por outro lado, quando tais direitos são incorporados ao ordenamento jurídico interno de um Estado, passam a ser considerados direitos fundamentais. Conforme leciona Ricardo Castilho¹⁴⁴, os direitos fundamentais são aqueles considerados elementos básicos e fundamentadores de um sistema jurídico interno, que já foram reconhecidos e positivados, institucionalmente, pelo direito constitucional de cada Estado. Hécio de Abreu Dallari Júnior¹⁴⁵ os identifica como direitos intrínsecos aos seres humanos, que decorrem da própria condição humana, e formalmente especificados na Constituição.

¹⁴¹ SALEME, Edson R. *Curso constitucional*, pg. 137. 5ª ed. Santana de Parnaíba: Editora Malone, 2022.

¹⁴² GARRIDO, Rui André Lima Gonçalves da Silva. *Direitos Humanos das minorias LGBTI em África: uma proposta de análise entre o Universalismo e o Relativismo Cultural*, pg. 71-72. Scientia Iuridica – Tomo LXVI, nº 345, 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3556003. Acesso em 05 de junho de 2024.

¹⁴³ No mesmo sentido, em um preciso resumo, temos Flavio Martins que afirma “que direitos humanos são os direitos previstos em tratados e demais documentos internacionais, que resguardam a pessoa humana de uma série de ingerências que podem ser praticadas pelo Estado ou por outras pessoas, bem como obrigam o Estado a realizar prestações mínimas que assegurem a todos existência digna (direitos sociais, econômicos, culturais). Ainda que não incorporados ao ordenamento jurídico de um país, são tidos como direitos humanos, e são capazes de influenciar o Direito Constitucional de todos os lugares, sobretudo em razão do transconstitucionalismo (tema que vimos no capítulo 1 deste livro). Em resumo, direitos humanos são os direitos previstos em tratados e outros documentos internacionais, ainda que não incorporados ao ordenamento jurídico de um país.” MARTINS, Flávio. *Curso de direito constitucional*, pg. 310. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2024.

¹⁴⁴ CASTILHO, Ricardo dos S. *Direitos humanos*, pg. 122. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023.

¹⁴⁵ JÚNIOR, Hécio de Abreu Dallari. *Direitos fundamentais e suas garantias*. In: *Direito Constitucional*, pg. 113, cord. TANAKA, Sônia Yuriko Kanashiro. São Paulo: Atlas, 2015.

Observa-se, assim, que a distinção entre os termos está relacionada na posituação desses direitos no texto constitucional, seja ele de maneira explícita ou implícita. Essa diferença, na prática, é o que assegura a efetividade e a proteção desses direitos dentro de um espaço delimitado (jurisdição de cada Estado), uma vez que sem a sua inclusão nos textos legais, não há a mínima garantia de eficácia, podendo tornarem-se ineficazes, como em épocas pretéritas. De forma distintamente resumida, Sylvio Motta¹⁴⁶ nos ensina que os direitos fundamentais são os direitos humanos que encontram expressa previsão em um documento constitucional e, portanto, delimitados no tempo e no espaço, possuindo caráter relativo, ao passo que os direitos humanos independem de previsão em documento jurídico, tendo caráter universal, posto que válido para todas as épocas e lugares.

Portanto, do ponto de vista histórico, os direitos fundamentais decorrem dos direitos humanos, sendo aquele uma manifestação positiva do direito, ao passo em que os direitos humanos, apesar de se restringirem a uma plataforma ética-jurídica, encontrando-se em um plano ideológico e político¹⁴⁷, são considerados mais amplos que os direitos fundamentais, podendo ser vindicados indistintamente por todos os cidadãos do planeta e em quaisquer condições, bastando ocorrer a violação de um direito seu reconhecido em norma internacional aceita pelo Estado em cuja jurisdição se encontra¹⁴⁸.

De uma forma ou de outra, ambos possuem a finalidade de proteger os bens jurídicos ligados à dignidade da pessoa humana, diferenciando-se na formalidade das fontes, uma vez que encontram-se em planos jurídicos distintos, posto que os direitos fundamentais estão adstritos ao texto legal e fronteiras de um determinado país, enquanto os direitos humanos ultrapassam esses limites físicos, fazendo parte de um plano internacional, sendo este o motivo pelo qual, na maioria das vezes, quando um estudioso se refere aos direitos previstos em

¹⁴⁶ MOTTA, Sylvio. *Direito Constitucional*, pg. 211. 29ª ed. Rio de Janeiro: Editora Método, 2021.

¹⁴⁷ OLIVEIRA, Marcos Vinícius Amorim de. Por uma Teoria dos Direitos Fundamentais e sua aplicação no Tribunal do Júri. [consult. 03 de maio de 2024]. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1072>.

¹⁴⁸ MAZZUOLI, Valério de O. *Curso de direitos humanos*, pg. 7. 10ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2024.

tratados internacionais, fala direitos humanos e, quando estuda a Constituição de um país, refere-se a direitos fundamentais¹⁴⁹.

Percebemos, assim, que ambos estão diretamente ligados à ideia de dignidade da pessoa humana, sendo essa a base axiológica desses direitos. De igual forma, ambos possuem similar conteúdo ético (aspecto material), divergindo, no entanto, no conteúdo institucional (aspecto formal), uma vez que os direitos fundamentais são normas jurídicas positivadas, ainda que implicitamente, em ordenamentos domésticos, e detentoras de proteção especial¹⁵⁰.

3.2.2. A natureza jurídica constitucional dos direitos fundamentais

Conforme a análise de José Afonso da Silva¹⁵¹, a discussão surgiu a partir das concepções jusnaturalistas dos direitos fundamentais do indivíduo, que afirmam que esses direitos são inatos, absolutos, invioláveis (intransferíveis) e imutáveis. O autor destaca que algumas particularidades dos direitos fundamentais englobam a (1) *historicidade*, (2) *inalienabilidade*, (3) *imprescritibilidade* e (4) *irrenunciabilidade*, sendo:

1. A *historicidade* demonstra o processo evolutivo dos direitos fundamentais: eles nascem, evoluem, desaparecem e ampliam seus efeitos no decorrer do tempo;
2. a *inalienabilidade* versa sobre a indisponibilidade desses direitos, ou seja, são intransferíveis, sem cunho econômico-patrimonial;
3. a *imprescritibilidade* se dá em razão da ausência do caráter econômico-patrimonial, ou seja, podem ser exigidos a qualquer

¹⁴⁹ MARTINS, Flávio. *Curso de direito constitucional*, pg. 310. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2024.

¹⁵⁰ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*, pg. 15-24. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

¹⁵¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, pg. 182-183. 37ª ed. São Paulo, Malheiros, 2014.

momento, por serem direitos personalíssimos, ainda que não individualistas;

4. a *irrenunciabilidade* implica na impossibilidade de afastá-lo, o que não se confunde com a faculdade de não o exercer.

Complementando essas características, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes¹⁵², vai mais além, e acrescenta a (5) *inviolabilidade*, (6) *universalidade*, (7) *efetividade*, (8) *interdependência*, (9) *complementaridade* e (10) *relatividade*, e explica:

5. a *inviolabilidade* representa a garantia de respeito por parte das legislações infraconstitucionais e por parte das autoridades públicas, para que não sobreponham, afrontem ou violem esses direitos fundamentais, sob pena de responsabilização civil, administrativa e criminal;
6. a *universalidade* assegura a abrangência desses direitos para todos os indivíduos, indistintamente de sexo, gênero, raça, nacionalidade, cultura, religião, convicção política-filosófica;
7. a *efetividade* representa o dever do Poder Público em assegurar a eficácia dos direitos fundamentais, através de mecanismos coercitivos, a fim de evitar o mero reconhecimento teórico e garantir seu efeito prático;
8. a *interdependência* diz respeito as diversas intersecções da Constituição Federal que, apesar de autônomas, devem ser interpretadas em conjunto, para alcançarem o máximo de sua eficácia;
9. a *complementaridade* é uma consequência da interdependência, posto que os direitos fundamentais não devem ser analisados e interpretados de forma isolada, mas sim de forma conjunta, para garantir que cumpram com seu objetivo.

¹⁵² MORAES, Alexandre. *D. Direito Constitucional*, pg. 40. 39ªed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023.

10. a *relatividade* será analisada no tópico seguinte.

Há, ainda, quem entenda pela existência de outras características, como a vedação ao retrocesso social; ou seja, uma vez que os direitos fundamentais são estabelecidos, não se permite regressão visando limitá-los ou diminuí-los. Desta forma, impede-se que haja revogação das normas que asseguram esses direitos, bem como inviabiliza implementação de políticas públicas que causem o enfraquecimento desses direitos¹⁵³. Citando a lição de Gomes Canotilho, José Diógenes Júnior explica que a característica da proibição do retrocesso social garante que os direitos sociais, na qualidade de direitos fundamentais, já realizados e efetivados através de medidas legislativas, não serão extintos ou minimizados, tornando inconstitucional qualquer medida praticada pelo Estado que tente suprimi-los. Desta forma, assegura-se a proteção do núcleo essencial e intangível dos direitos fundamentais¹⁵⁴.

Portanto, ao realizarmos a interpretação dos direitos fundamentais, deve ser levado em consideração todas as características citadas, em conjunto os demais direitos previstos na norma constitucional, a fim de garantir sua máxima eficácia e cumprir com sua finalidade.

3.2.3. Relatividade dos direitos fundamentais: ausência de caráter absoluto, as restrições e seus limites

Adotando os ensinamentos de Robert Alexy¹⁵⁵, em matéria de direito fundamental, não é possível aderir o princípio do caráter absoluto como regra, uma vez que, além de se contrapor aos objetivos destes direitos, também os

¹⁵³ JÚNIOR, José Eliaci Nogueira Diógenes. *Aspectos gerais das características dos direitos fundamentais*, 2012. [consult. 04 de maio de 2024]. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/aspectos-gerais-das-caracteristicas-dos-direitos-fundamentais/#_ftn7.

¹⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2ª ed. Coimbra: Livraria Almeida, 1998, *apud*, JÚNIOR, José Eliaci Nogueira Diógenes. *Aspectos gerais das características dos direitos fundamentais*, 2012. [consult. 04 de maio de 2024]. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/aspectos-gerais-das-caracteristicas-dos-direitos-fundamentais/#_ftn7.

¹⁵⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, pg. 111. Tradução de Virgílio Afonso da 5ª ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2006.

tornariam normas de poder e eficácia ilimitada, resultando em uma verdadeira desordem jurídica. A título de exemplo, discorre sobre uma eventual situação de colisão de direitos fundamentais que, por certo, não teria qualquer solução, pois ambos os direitos estariam em posição equivalente, independentemente do cenário em que ocorresse o conflito¹⁵⁶.

Portanto, apesar da essencialidade e proteção destinada aos direitos fundamentais, há um consenso na doutrina sobre a legitimidade e necessidade de se impor uma limitação a esses direitos. Logo, os direitos fundamentais não possuem caráter absoluto, devendo serem relativizados, evitando-se que um elimine a eficácia de outro. Assim, as limitações dos direitos fundamentais ocorrem na estrita medida necessária para garantir que não incorram em excessos e, conseqüentemente, na violação de direitos de terceiros¹⁵⁷.

Essa relativização, por sua vez, deve ocorrer de forma coordenada, devendo o intérprete analisar seu conteúdo e alcance. Portanto, o objeto que se pretende tutelar deve ser analisado em conjunto com os direitos correlacionados que também encontram-se agasalhados pela Constituição, para que seja assegurada a devida proteção ao bem jurídico amparado, sem haver o excesso deste direito¹⁵⁸.

Desta forma, é de suma importância que o próprio legislador estabeleça determinadas reservas legais aos direitos fundamentais, possibilitando sua restrição por meio da interpretação e da aplicação por parte do Poder Judiciário. Assim, as restrições devem ocorrer por meio de normas, explícitas ou implícitas no texto legal, desde que constitucionalmente legítimas, requisito este considerado essencial para diferenciar uma restrição de uma intervenção¹⁵⁹.

Destarte, é natural que existam diversos dispositivos constitucionais que expressamente preveem a possibilidade de restrição de seu próprio conteúdo,

¹⁵⁶ O conflito de direitos fundamentais será analisado em tópico próprio.

¹⁵⁷ FILHO, Manoel Gonçalves F. *Princípios fundamentais do direito constitucional*, pg. 47. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2015.

¹⁵⁸ BARROSO, Luís R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, pg. 210. 11ª ed. São Paulo, Saraiva Jur, 2023.

¹⁵⁹ *Una norma puede ser una restricción de derecho fundamental sólo si es constitucional. Si no lo es, su imposición puede, por cierto, tener el carácter de una intervención pero no de una restricción*. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, pg. 272. Versión Castellana de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

inclusive na matéria de direitos fundamentais. Temos, a título de exemplo, o caso do sigilo telefônico que, apesar de inviolável, possibilita sua quebra em determinadas situações (artigo 5º, inciso XII, da CF/88)¹⁶⁰; o próprio direito à vida também pode ser utilizado como exemplo, diante da ressalva constitucional que prevê, em caso de guerra declarada, a possibilidade de pena de morte (art. 5º, inciso XLVII, alínea “a”, do mesmo diploma legal). No direito português também podemos encontrar exemplos similares, como o direito à liberdade e segurança, excetuando-se os casos em que houver sentença judicial condenatória por ato punido com pena privativa de liberdade (art. 27º-2, CRP); ou também o direito à inviolabilidade às correspondências e telecomunicações, salvo os casos previstos na lei em matéria criminal (art. 34º-4, CRP). Aliás, ressalta-se que a Constituição portuguesa vai além e taxa, de forma expressa, em seu artigo 18º-2 e 3, a possibilidade e legitimidade da existência de leis que restrinjam direitos, desde que devidamente autorizado pela Carta Maior de Portugal.

Essas, portanto, são as chamadas leis restritivas, que consistem numa limitação das posições que, à partida, fazem parte do âmbito de proteção de um direito. Por outro lado, também temos as leis conformadoras que, por sua vez, não limitam essa posição, mas antes destina-se a concretizar ou definir o conteúdo de proteção do direito.

Neste sentido, como já bem ressaltamos ao longo do presente trabalho, sabemos que é dever do legislador proteger os direitos fundamentais, abster-se de realizar constringências indevidas, bem como promover a defesa desses direitos. Deste modo, conseguimos notar a ação legislativa na Constituição, de forma a desenvolver e configurar tais direitos, a fim de viabilizar sua tutela efetiva, como no caso do artigo 5º, inciso XXXII, da CF/88, que garante que o “Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”; em Portugal não é diferente, posto que também existem leis conformadoras em sua Constituição, como nos casos de exploração de terra alheia, que devem ser regulados por lei (art. 101º-1, CRP), visando garantir a estabilidade e interesses dos cultivados. Nota-se, nestes exemplos, que a lei reguladora não tem o objetivo de restringir

¹⁶⁰ TAVARES, Andre R. *Curso de direito constitucional*, pg. 164. 22ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2024.

direitos, mas sim de assumir a condição de pressuposto fundamental para uma proteção adequada e eficaz do bem constitucionalmente tutelado¹⁶¹.

Sendo assim, quando falamos sobre o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, não nos estreitamos às restrições e limitações normativas – que devem ser feitas de maneira precisa e em consonância com outros direitos e disposições constitucionais – mas também abrangemos as intervenções legislativas consideradas necessárias para completar, densificar e concretizar esses direitos, vedando-se, entretanto, as intervenções que afetem a proteção judicial efetiva¹⁶².

Portanto, de acordo com Sarlet¹⁶³, há três tipos de limitações aos direitos fundamentais: a primeira ocorre quando a própria Constituição limita o seu conteúdo; no segundo, a Constituição simplesmente autoriza a limitação, mas esta deverá ocorrer através da intervenção legislativa; o último tipo prevê limites implícitos no texto da Constituição, que não são explicitamente autorizados, mas decorrem do próprio sistema constitucional, principalmente quando ocorrem colisões destes direitos.

Necessário, por outro lado, destacar a ressalva feita por Marmelstein, sobre ter cuidado ao afirmar que “não há direitos absolutos” e que “toda norma de direito fundamental é relativa, passível de limitação”, porque pode levar a uma ideia equivocada de que as proteções constitucionais são frágeis, constante e facilmente submetidas ao interesse público, o que não é verdade. Devemos nos lembrar que a regra é a observância dos direitos fundamentais, e não sua restrição, principalmente porque tratam sobre os valores mais importantes da hierarquia jurídica. Ainda assim, podem ser limitados caso seu exercício ameace a existência de outros direitos constitucionais ¹⁶⁴.

¹⁶¹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, pg. 237-238. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2017.

¹⁶² MENDES, Gilmar. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade - Estudos de Direito Constitucional*, pg. 33-37. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2012.

¹⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*, pg. 9-10. São Paulo: Livraria do Advogado, 2003, apud, ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. *Choque entre direitos fundamentais: consenso ou controvérsia?* In: Revista de Informação Legislativa: v. 48, n. 189 (jan./mar. 2011). [consult. 07 de maio de 2024]. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242874>.

¹⁶⁴ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*, pg. 375-377. 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2019.

Por outro lado, também há quem entenda que a ideia de inexistência de direitos absolutos seja equivocada. Virgílio Afonso da Silva cita exemplos na Constituição brasileira como a vedação à tortura (art. 5º, inciso III, CF/88) e a vedação de extradição de brasileiro nato (art. 5º, inciso LI, CF/88)¹⁶⁵. O STF, por sua vez, apesar de já ter firmado entendimento de que *não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos e garantias que se revistam de caráter absoluto*¹⁶⁶, posteriormente, reconheceu sua aplicação no caso da extradição de brasileiro nato¹⁶⁷

Desta feita, pode-se extrair a conclusão de que os direitos fundamentais não são ilimitados; logo, não podem ser utilizados como escudo protetivo à prática de atividades ilícitas, nem tampouco para exclusão ou redução de responsabilidades por atos excessivos ou criminosos. Os limites dos direitos e garantias fundamentais esbarram nos limites dos demais direitos igualmente consagrados pela Constituição Federal, evitando-se, assim, o sacrifício total de uns em relação aos outros¹⁶⁸.

3.3. A classificação dos direitos fundamentais segundo a teoria de Jellinek – os quatro *status* dos indivíduos perante o Estado

Ao abordarmos o tema de direitos fundamentais, mister se faz tecer comentários sobre sua classificação segundo a teoria de Jellinek, para melhor

¹⁶⁵ MS 23.452/RJ. Supremo Tribunal Federal, Relator Min. Celso de Mello. [consult. 07 de maio de 2024]. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur20720/false>.

¹⁶⁶ SILVIO. Virgílio Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*, pg. 117. São Paulo: Edusp, 2021. Pg. 117.

¹⁶⁷ *O brasileiro nato, quaisquer que sejam as circunstâncias e a natureza do delito, não pode ser extraditado, pelo Brasil, a pedido de Governo estrangeiro, pois a Constituição da República, em cláusula que não comporta exceção, impede, em caráter absoluto, a efetivação da entrega extradição daquele que é titular, seja pelo critério do "jus soli", seja pelo critério do "jus sanguinis", de nacionalidade brasileira primária ou originária.* HC 83113 QO. Supremo Tribunal Federal, Relator Min. Carlos Velloso. [consult. 07 de maio de 2024]. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur14342/false>.

¹⁶⁸ MORAES. Alexandre D. *Direitos Humanos Fundamentais*, pg. 27. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2021.

compreendermos as espécies de relações que existem entre indivíduo e Estado, tanto como sujeito de deveres, quanto como titulares de direitos.

Segundo Jellinek, os direitos fundamentais podem ser classificados em quatro *status*, que variam de acordo com a situação jurídica envolvendo o indivíduo e o poder público. Seriam quatro posições jurídicas abstratas em que o indivíduo se encontra perante o Estado, a saber: a) *status* negativo (*status libertatis*); b) *status* positivo (*status civitatis*); c) *status* ativo (*activae civitatis*); e d) *status* passivo (*subjectionis*). Tal teoria tem o objetivo de elucidar o modo como os direitos fundamentais devem ser estabelecidos, efetivados, garantidos e exigidos¹⁶⁹.

No *status* negativo (*libertatis*), o indivíduo, em razão de sua personalidade, possui esfera própria de liberdade que não poderá ser invadida pelo Estado, ou seja, o ente público se reduzirá nas intervenções para garantir determinado direito. Em outras palavras, corresponde a um espaço livre para o exercício dos direitos individuais, onde é permitido a prática de ações, não ordenadas e não proibidas, sendo garantido um espectro de total escolha, seja pela ação ou pela omissão, podendo o indivíduo repelir eventual interferência estatal. Logo, o referido *status* negativo estaria relacionado ao dever de não agir do Estado em relação ao indivíduo. Assim, relacionados aos *status* em análise estariam os direitos individuais, de cunho defensivo, ou seja, o direito à vida, à liberdade, à propriedade e outros classificados na primeira geração¹⁷⁰.

O *status* positivo (*civitatis*), por sua vez, seria o inverso do negativo. Enquanto neste último evita-se a intervenção estatal (dever de não agir em relação ao espaço de liberdade do indivíduo), no *status* positivo é assegurada a

¹⁶⁹ OLIVEIRA, Tiago Rege de. *Análise da teoria dos quatro status de Georg Jellinek no âmbito da doutrina dos direitos fundamentais*, pg. 131-141. vol. 15, nº 1. ISSN 984-431X. Revista Eletrônica Interdisciplinar Barra do Garças. Mato Grosso, 2023. [consult. 28 de junho de 2024]. Disponível em: <http://revista.univar.edu.br/rei/article/view/342>.

¹⁷⁰ Neste sentido: PINHO, Rodrigo César R. *Sinopses Jurídicas v 17 - direito constitucional - teoria geral da constituição e direitos fundamentais*, pg. 97. 18ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019; NETO, Manoel Jorge e S. *Curso de direito constitucional*, pg. 257. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2013; MORAES, Alexandre D. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral*, pg. 40-41. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2021; MARTINS, Flávio. *Curso de direito constitucional*, pg. 325. 8ª. São Paulo: Saraiva Jur, 2024; LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*, pg. 1177. 24ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020; OLIVEIRA, Tiago Rege de. *Análise da teoria dos quatro status de Georg Jellinek no âmbito da doutrina dos direitos fundamentais*, pg. 131-141. vol. 15, nº 1. ISSN 984-431X. Revista Eletrônica Interdisciplinar Barra do Garças. Mato Grosso, 2023. [consult. 28 de junho de 2024]. Disponível em: <http://revista.univar.edu.br/rei/article/view/342>.

interferência do Estado para garantir o acesso à determinadas prestações positivas, com o intuito de atender necessidades específicas. Ressalta-se que é dever do Estado cumprir com determinadas obrigações, devendo, ainda, criar os meios para a realização deste fim (dever de agir). Portanto, o *status* positivo consiste em uma obrigação de dar, de fazer ou uma prestação estatal que atenda o interesse público, podendo o indivíduo exigir do Estado uma ação positiva para que intervenha a seu favor. Desta forma, nota-se que os direitos atrelados ao *status* positivo são os de segunda geração, posto que direitos sociais, isto é, direito à saúde, à assistência, à educação, à segurança e outros¹⁷¹.

O *status* ativo (*activae civitatis*) refere-se à cidadania ativa do indivíduo à formação da vontade estatal. Neste *status* o cidadão possui competências que objetivam sua participação nos negócios do Estado com a finalidade de formar sua vontade, por exemplo, o exercício do direito de voto e de ser votado. Em outras palavras, é a posição jurídica mediante a qual o indivíduo terá o direito de participar ativamente na formação da vontade do Estado, através do exercício de seus direitos políticos¹⁷².

Por fim, quanto ao *status* passivo (*subjectionis*), o indivíduo se encontra em posição de subordinação aos poderes públicos, vinculando-se ao Estado por mandamentos e proibições. Nesta esfera, o indivíduo possui deveres a cumprir, sob pena de sanções, não se encontrando, portanto, na posição de titular de

¹⁷¹ Neste sentido: PINHO, Rodrigo César R. *Sinopses Jurídicas v 17 - direito constitucional - teoria geral da constituição e direitos fundamentais*, pg. 97. 18ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019; NETO, Manoel Jorge e S. *Curso de direito constitucional*, pg. 257. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2013; MORAES, Alexandre D. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral*, pg. 40-41. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2021; MARTINS, Flávio. *Curso de direito constitucional*, pg. 325. 8ª. São Paulo: Saraiva Jur, 2024; LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*, pg. 1177. 24ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020; OLIVEIRA, Tiago Rege de. *Análise da teoria dos quatro status de Georg Jellinek no âmbito da doutrina dos direitos fundamentais*, pg. 131-141. vol. 15, nº 1. ISSN 984-431X. Revista Eletrônica Interdisciplinar Barra do Garças. Mato Grosso, 2023. [consult. 28 de junho de 2024]. Disponível em: <http://revista.univar.edu.br/rei/article/view/342>.

¹⁷² Neste sentido: PINHO, Rodrigo César R. *Sinopses Jurídicas v 17 - direito constitucional - teoria geral da constituição e direitos fundamentais*, pg. 97. 18ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019; NETO, Manoel Jorge e S. *Curso de direito constitucional*, pg. 257. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2013; MORAES, Alexandre D. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral*, pg. 40-41. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2021; MARTINS, Flávio. *Curso de direito constitucional*, pg. 325. 8ª. São Paulo: Saraiva Jur, 2024; LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*, pg. 1177. 24ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020; OLIVEIRA, Tiago Rege de. *Análise da teoria dos quatro status de Georg Jellinek no âmbito da doutrina dos direitos fundamentais*, pg. 131-141. vol. 15, nº 1. ISSN 984-431X. Revista Eletrônica Interdisciplinar Barra do Garças. Mato Grosso, 2023. [consult. 28 de junho de 2024]. Disponível em: <http://revista.univar.edu.br/rei/article/view/342>.

direitos fundamentais, mas sim de deveres fundamentais a serem cumpridos perante o Estado, pois este impõe o dever de cumprimento de obrigações individuais. Portanto, ao constituir uma esfera de obrigações na qual o indivíduo se encontra em posição de sujeição ao poder estatal, este *status* coloca o indivíduo em situação oposta à da liberdade. A título de exemplo, temos o direito tributário, que determina o pagamento de tributos¹⁷³.

Portanto, considerando a clássica relação do indivíduo e Estado quando falamos de direitos fundamentais, é importante destacar quais são as posições jurídicas em que o primeiro se encontra perante o segundo, pois é ela que determina se estamos na condição de titulares de direitos ou de deveres. Além disso, é possível perceber que essa teoria também auxilia na classificação e especificação dos direitos fundamentais, pois a partir dela podemos distinguir as categorias de direito existente: direitos de liberdade (ou direitos de defesa), direitos a prestações (direitos cívicos) e direitos de participação.

3.4. A quem pertence a titularidade e quem são os destinatários dos direitos fundamentais? As problemáticas sobre o princípio da igualdade

Segundo entendimento de Sarlet, quando falamos em “titulares” e “destinatários” de direitos fundamentais, é importante destacar que há uma diferença prática entre as referidas terminologias, apesar de normalmente serem tratadas de forma sinônimas pela doutrina. Conforme explica o autor, resumidamente, o titular do direito é o sujeito ativo da relação jurídica subjetiva, ou seja, é aquele que irá invocar o seu direito em face de outro, enquanto o

¹⁷³ Neste sentido: PINHO, Rodrigo César R. *Sinopses Jurídicas v 17 - direito constitucional - teoria geral da constituição e direitos fundamentais*, pg. 97. 18ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019; NETO, Manoel Jorge e S. *Curso de direito constitucional*, pg. 257. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2013; MORAES, Alexandre D. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral*, pg. 40-41. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2021; MARTINS, Flávio. *Curso de direito constitucional*, pg. 325. 8ª. São Paulo: Saraiva Jur, 2024; LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*, pg. 1177. 24ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020; OLIVEIRA, Tiago Rege de. *Análise da teoria dos quatro status de Georg Jellinek no âmbito da doutrina dos direitos fundamentais*, pg. 131-141. vol. 15, nº 1. ISSN 984-431X. Revista Eletrônica Interdisciplinar Barra do Garças. Mato Grosso, 2023. [consult. 28 de junho de 2024]. Disponível em: <http://revista.univar.edu.br/rei/article/view/342>.

destinatário do direito é a pessoa em face da qual o titular pode exigir o respeito, a proteção ou a promoção do seu direito¹⁷⁴.

Partindo dessa premissa, e considerando o conteúdo histórico já apresentado, vimos que os direitos fundamentais surgiram com o objetivo de impor limitações à interferência estatal em prol da liberdade do indivíduo, implicando no reconhecimento de que, originariamente, a pessoa física particular era quem poderia figurar no polo ativo da relação jurídica subjetiva, ao passo que o Estado se encontrava no polo passivo¹⁷⁵.

Em outras palavras, nesta concepção, somente o indivíduo natural era quem tinha legitimidade para figurar como titular de direito, enquanto o Estado seria o destinatário de quem poderia se exigir determinada prestação positiva (intervencionista à proteção e promoção de direitos) ou negativa (abstenção estatal; respeito de determinado direito).

Portanto, até os dias de hoje, não restam dúvidas de que todos os seres humanos são titulares de direitos fundamentais, até porque o homem é o sujeito primário e indefectível do direito, sendo o fundamento e o fim de todo o direito, encontrando-se no centro do direito, constituindo o valor mais alto de todo ordenamento jurídico¹⁷⁶.

Contudo, tal afirmativa não implica dizer que somente a pessoa física particular é detentora subjetiva dos direitos fundamentais. Com o passar do tempo e com a inevitável evolução gradativa de tais direitos, a eficácia e conceito dos direitos fundamentais foram sendo ampliados, e as Constituições internas foram abrangendo maior cobertura a esses direitos. A Constituição brasileira, por exemplo, em seu artigo 5º, *caput*, afirma que *todos são iguais perante a lei, sem*

¹⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, e MITIDIERO, Daniel: *Curso de Direito Constitucional*, pg. 161. 12ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023.

¹⁷⁵ PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. *Direitos fundamentais – Legítimas prerrogativas de liberdade, igualdade e dignidade*. Revista de Direito, n. 79, 2009. [consult. 14 de maio de 2024]. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file%3Fuuid%3Dae67daf5-7ca9-408c-93b6-b58186a81197&ved=2ahUKEwjFy_Dvho6GAxUbqJUCHX50AhIQFnoECBAQAw&usg=AOvVaw2qelPKckcabH0H379Cvpjm.

¹⁷⁶ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *O princípio fundamental da dignidade humana e sua concretização judicial*, pg. 316-335. Fórum Administrativo: Direito Público, Belo Horizonte, v. 4, n. 43, set. 2004. Rio de Janeiro: Revista EMERJ, v. 6, n. 23, 2003. [consult. 24 de maio de 2024]. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/34652>.

distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Apenas da simples leitura do caput, já percebemos que não haverá distinção de qualquer natureza entre as pessoas, o que acaba por abranger, na condição de titular de direitos fundamentais, as pessoas jurídicas, uma vez que o dispositivo não se restringe às pessoas físicas. Aliás, como bem ressalta Paulo Gustavo Gonet Branco¹⁷⁷, já se encontra superado na doutrina o questionamento sobre os direitos fundamentais destinarem-se somente às pessoas naturais, uma vez que não há impedimento constitucional às pessoas jurídicas de serem titulares de tais direitos, citando, a título de exemplo, a possibilidade de sofrerem com danos morais, posto que também podem ser vítimas de ato hostil contra sua honra¹⁷⁸.

Contudo, a questão fica um pouco mais complexa quando essa pessoa jurídica é de direito público, afinal, histórica e originariamente, os direitos fundamentais foram criados para serem oponíveis contra o próprio Estado. Então, perdurou o questionamento: poderia um ente de personalidade jurídica pública ser titular de direitos fundamentais? Excepcionalmente, a resposta tem sido positiva, como em situações em que um órgão do Estado está sujeito ao poder de outro, como, por exemplo, nas situações em que Fazenda Pública se encontra em litígio no Poder Judiciário: deve ser garantido ao órgão público os direitos fundamentais ao contraditório e a ampla defesa¹⁷⁹.

Defendendo o mesmo posicionamento, André de Carvalho Ramos¹⁸⁰ também afirma que a pessoa jurídica de direito público pode usufruir das garantias constitucionais para sua proteção, citando, como exemplo, um julgado do Supremo Tribunal Federal que defende a possibilidade de um município

¹⁷⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional (série IDP)*, pg. 87. 19ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2024.

¹⁷⁸ Súmula 227, STJ: A pessoa jurídica pode sofrer dano moral. [consult. 14 de maio de 2024]. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.txt&ved=2ahUKEwj12Li7II6GAXV3ppUCHWxhBWMQFnoECBMQAw&usg=AOvVaw2WYwDZCbicXKm5cnCnlj0k.

¹⁷⁹ NETO. Silvio Betramelli. *Curso de Direitos Humanos*, pg. 176. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2021.

¹⁸⁰ TAVARES, Andre de Carvalho. *Curso de direitos humanos*, pg. 367-368. 10ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023.

impetrar ação constitucional à defesa de seus interesses, garantindo ao ente público, na condição de titular de direito fundamental, o direito à tutela judicial efetiva. O mesmo jurista estende essa condição de titular aos entes despersonalizados, como condomínios, massa falida, espólio, sempre fazendo a ressalva sobre os direitos pertinentes com a situação concreta, uma vez que estes também não podem ser titulares de todos e quaisquer direitos fundamentais.

Tal afirmação implica dizer que um condomínio, por exemplo, também possui direito ao contraditório, à ampla defesa e à efetiva prestação da tutela jurisdicional, pois representa a massa patrimonial de um grupo de condôminos proprietários de um bem comum, cujo vínculo entre eles decorre do direito exercido sobre essa coisa, lhe conferindo e garantindo acesso a alguns direitos fundamentais, como o da inafastabilidade de jurisdição¹⁸¹. Em sentido contrário, justamente por ser considerado um ente despersonalizado, isto é, por não ser considerado uma pessoa física ou jurídica, mas sim uma massa patrimonial sem personalidade, não há como reconhecer que seja ele próprio dotado de honra objetiva, afastando a possibilidade de pleitear indenizações por danos à moral¹⁸². Portanto, assim como um ente detentor personalidade jurídica de natureza pública, um ente despersonalizado também pode ser titular de alguns direitos fundamentais.

Feitas tais considerações, retornamos ao enunciado do *caput* do artigo 5º, da CF/88, para abordarmos a grande embate doutrinário do referido texto, mais especificamente no tocante a frase “*garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País*”, que gerou extensa controvérsia, desencadeando o desenvolvimento de algumas teorias.

André Ramos Tavares¹⁸³ aponta como problema dessa redação a taxatividade dos *estrangeiros residentes*, pois ela exclui aqueles que não

¹⁸¹ AI 07147901020228070000. Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 7ª Turma Cível, Relatora Gislene Pinheiro. [consult. 30 de maio de 2024]. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-df/1671504947/inteiro-teor-1671504948>.

¹⁸² AgInt no REsp1837212 RJ 2019/0128710-2. Superior Tribunal de Justiça, Relatora Ministra Nancy Andrighi. [consult. 30 de maio de 2024]. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1101091176>.

¹⁸³ TAVARES, André R. *Curso de direito constitucional*, pg. 145. 22ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2024.

possuem residência no país – como turistas e pessoas em trânsito para outros lugares – e acaba por beneficiar estrangeiros ilegalmente residentes. Assim, poderiam estes serem titulares de direitos fundamentais? Ainda segundo o autor, trata-se de um lapso legislativo no referido texto constitucional que pode ser solucionado por meio de quatro correntes doutrinárias indicadas por Dimitri Dimoulis¹⁸⁴, sendo:

- a) A corrente do “argumento do óbvio”: simplesmente ignora o sentido gramatical mínimo das palavras do texto em análise, aduzindo que é evidente que todos estariam protegidos, inclusive o estrangeiro não residente;
- b) A corrente do “argumento dos direitos naturais”: tratam-se de direitos inerentes ao Homem, logo, não poderia o legislador restringir certos direitos;
- c) A corrente do “argumento dos direitos decorrentes”: busca uma solução por meio do §2º, do artigo 5º, da CF/88¹⁸⁵, que incorpora alguns direitos e garantias fundamentais de tratados internacionais;
- d) A corrente do “argumento da dignidade humana”: por ser considerado como um dos fundamentos do Estado, consagrado no art. 1º, inc. III, da CF/88, seu alcance é amplo e alberga estrangeiros não residentes que estejam sob sua jurisdição.

Vale destacar que, em resposta ao mesmo questionamento, Rabello Pinho¹⁸⁶ também defende que estrangeiros não residentes no país possuem alguns direitos fundamentais assegurados pela Constituição brasileira, se mostrando adepto à teoria da dignidade humana. O doutrinador afirma que, em território brasileiro, o referido princípio impede que tais direitos sejam limitados

¹⁸⁴ DIMOULIS, Dimitri. Dogmática dos Direitos Fundamentais: Conceitos Básicos, pg. 11-30. Caderno de Comunicações: Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba, ano 5, n. 2, jan. 2001, *apud*, TAVARES, André R. *Curso de direito constitucional*, pg. 145. 22ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2024.

¹⁸⁵ Art. 5º (...) § 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.

¹⁸⁶ PINHO, Rodrigo César R. *Direito constitucional: teoria geral da constituição e direitos fundamentais. (Sinopses jurídicas)*, pg. 44. 19ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2024.

pelo fator circunstancial da nacionalidade, garantindo, como regra, que estrangeiros não residentes, desde que sob a jurisdição brasileira, desfrutem dos mesmos direitos individuais e sociais assegurados aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, ressaltando, no entanto, que essa extensão não inclui os direitos políticos, que pressupõem a nacionalidade brasileira. Nesta esteira, o autor afirma que um estrangeiro no Brasil, seja ele turista ou clandestino, também terá direito à impetração de um mandado de segurança ou *habeas corpus*, citando, ainda, como exemplo à corroboração de seu entendimento, julgados da Suprema Corte brasileira¹⁸⁷ que vetaram a interpretação literal do termo “*estrangeiros residentes no País*”, taxado no *caput* do art. 5º, da CF/88, em razão da existência de direitos assegurados a todos, como emanações necessárias do princípio da dignidade da pessoa humana.

Compartilhando do mesmo entendimento e defendendo a possibilidade de pessoas jurídicas e estrangeiras não residentes no país figurarem como titulares de direitos fundamentais, Alexandre de Moraes¹⁸⁸ vai além e, destacando julgado do Supremo Tribunal Federal e a Lei de Migração, afirma que os refugiados possuem os mesmos direitos e deveres que o estrangeiro no Brasil¹⁸⁹.

Inclusive, importante destacar, como bem ressalta Pedro Lenza¹⁹⁰, que a própria Constituição Federal prevê direitos que são exclusivos dos estrangeiros (como o pedido de naturalização previsto no artigo 12, inciso II, CF/88¹⁹¹), bem como taxa outros que são exclusivos de brasileiros natos, sem abranger os

¹⁸⁷ HC 94.016/SP. Supremo Tribunal Federal, Relator Min. Celso de Mello. [consult. 08 de agosto de 2024]. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/14718206>.

¹⁸⁸ MORAES, Alexandre. *D. Direito Constitucional*, pg. 45. 39ª ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. Pg. 45

¹⁸⁹ ACO 3113 AC 0066807-83.2018.1.00.0000. Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Marco Aurélio. [consult. 30 de maio de 2024]. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1153347621>; e ACO 3121 RR 0069076-95.2018.1.00.0000. Supremo Tribunal Federal, Relatora Ministra Rosa Weber. [consult. 21 de maio de 2024]. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1211715864>.

¹⁹⁰ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional (Coleção Esquematizado)*, pg. 560. 27ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023. Pg. 560

¹⁹¹ Art. 12 da CF/88 São brasileiros: (...) II - naturalizados: a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral; b) os estrangeiros de qualquer nacionalidade, residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira.

brasileiros naturalizados e estrangeiros (como o cargo de Presidente e Vice-Presidente da República)¹⁹².

Desta forma, em razão da incorporação dos tratados internacionais e com base no princípio da dignidade da pessoa humana, percebe-se que há um consenso na doutrina brasileira, inclusive na jurisprudência dos Tribunais Superiores, quanto à adoção de uma interpretação mais expansiva sobre o *caput* do artigo 5º, da CF/88. Essa interpretação inclui como titulares de direitos fundamentais, desde que compatíveis com sua natureza e com o caso concreto, as pessoas jurídicas e os estrangeiros não residentes no país.

Em vista do princípio da igualdade, tal conclusão doutrinária e jurisprudencial se mostra acertada ao ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que a interpretação literal do texto constitucional analisado iria em contramão aos princípios fundamentais, mundialmente reconhecidos, divergindo de outras constituições ao redor do mundo¹⁹³.

Vejamos a constituição portuguesa, por exemplo, que não faz a distinção entre estrangeiros residentes ou não residentes, bastando se encontrarem dentro do território português: “*Os estrangeiros e os apátridas que se encontrem ou residam em Portugal gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres do cidadão português*”¹⁹⁴. O texto legislativo se mostra adequado e em consonância

¹⁹² Art. 12. (...) § 3º da CF/88. São privativos de brasileiro nato os cargos: I - de Presidente e Vice-Presidente da República; II - de Presidente da Câmara dos Deputados; III - de Presidente do Senado Federal; IV - de Ministro do Supremo Tribunal Federal; V - da carreira diplomática; VI - de oficial das Forças Armadas; VII - de Ministro de Estado da Defesa.

¹⁹³ Dentre alguns exemplos temos: a Seção 13, nº 1., da constituição espanhola, não faz distinção entre estrangeiros residentes ou não residentes ao direito de gozo das liberdades públicas (Seção 13. Os estrangeiros em Espanha gozam das liberdades públicas garantidas pela presente Parte, nos termos que vierem a ser estabelecidos pelos tratados e pela lei); a Seção 15 garante o acesso, por parte de todas as pessoas, aos direitos básicos, como direito à vida, integridade física ou moral (Seção 15. Toda pessoa tem direito à vida e à integridade física e moral, não podendo em nenhuma circunstância ser submetida a tortura, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes. A pena de morte é abolida, exceto conforme previsto na lei penal militar em tempos de guerra); a Seção 17 afirma que todas as pessoas têm direito à segurança e à liberdade, excetuando os casos previstos em lei. [consult. 30 de maio de 2024]. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/98127/constituicao-da-espanha-de-1978-revisada-em-2011>.

¹⁹⁴ Art. 15. (Estrangeiros e apátridas, cidadãos europeus).

1. Os estrangeiros e os apátridas que se encontrem ou residam em Portugal gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres do cidadão português.

2. Exceptuam-se do disposto no número anterior os direitos políticos, o exercício das funções públicas que não tenham carácter predominantemente técnico e os direitos e deveres reservados pela Constituição e pela lei exclusivamente aos cidadãos portugueses.

com os demais artigos relacionados, do mesmo diploma legal, pois a partir de uma leitura conjunta com o art. 1º¹⁹⁵ e art. 13º¹⁹⁶, percebe-se o intento de preservar o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana, ressaltando-se as expressas exceções enunciadas nas alíneas do artigo 15º.

Portanto, para fins de titularidade de direitos fundamentais, salvo determinadas exceções, o referido artigo, em atento ao princípio geral da equiparação, claramente assemelha os direitos e deveres dos estrangeiros e dos apátridas, que se encontram ou residam em território português, aos dos cidadãos portugueses¹⁹⁷. No que tange àqueles que estão dentro do país de forma irregular, cumpre destacar que, apesar de não gozarem do princípio da equiparação, estes não estão desprovidos de direitos fundamentais, posto que o princípio da dignidade humana lhes garante acesso aos direitos básicos,

3. Aos cidadãos dos Estados de língua portuguesa com residência permanente em Portugal são reconhecidos, nos termos da lei e em condições de reciprocidade, direitos não conferidos a estrangeiros, salvo o acesso aos cargos de Presidente da República, Presidente da Assembleia da República, Primeiro-Ministro, Presidentes dos tribunais supremos e o serviço nas Forças Armadas e na carreira diplomática.

4. A lei pode atribuir a estrangeiros residentes no território nacional, em condições de reciprocidade, capacidade eleitoral activa e passiva para a eleição dos titulares de órgãos de autarquias locais.

5. A lei pode ainda atribuir, em condições de reciprocidade, aos cidadãos dos Estados membros da União Europeia residentes em Portugal o direito de elegerem e serem eleitos Deputados ao Parlamento Europeu.

Constituição Portuguesa. [consult. 30 de maio de 2024]. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-aprovacao-constituicao/1976-34520775-50452575>. Acesso em 30 de maio de 2024.

¹⁹⁵ Art. 1º (República Portuguesa).

Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Constituição Portuguesa. [consult. 30 de maio de 2024]. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-aprovacao-constituicao/1976-34520775-48316875>.

¹⁹⁶ Art. 13º. (Princípio da igualdade)

1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei. 2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.

Constituição Portuguesa. [consult. 30 de maio de 2024]. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-aprovacao-constituicao/1976-34520775-50453575>.

¹⁹⁷ Neste sentido: "O n.º 1 do artigo 15.º da lei fundamental consagra o princípio da equiparação de direitos dos estrangeiros e dos apátridas que se encontrem ou residam em Portugal relativamente aos cidadãos portugueses, sendo um reflexo dos princípios da universalidade e igualdade constitucionalmente consagrados (artigos 12.º e 13.º) e enformadores de todo o regime dos direitos fundamentais". Acórdão n.º 423/2001, de 7 de novembro, Tribunal Constitucional. [consult. 30 de maio de 2024]. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/acordao/423-2001-596143>.

internacionalmente consagrados, pois constituem núcleo restrito dos direitos naturais de qualquer pessoa¹⁹⁸ (direito à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal, à capacidade civil, à cidadania – art. 19º, n. 6, da CRP)¹⁹⁹.

Tal distinção de tratamento se mostra necessária e isonômica, uma vez que os estrangeiros legais e ilegais não se encontram em situação de igualdade dentro do território português. Logo, não nos parece correto uma eventual ocorrência de equiparação de direitos entre eles (ressalvado os direitos naturais inerentes ao Homem), posto que o princípio da igualdade não se limita ao sentido formal do texto constitucional, disposto no art. 13º, da CRP, mas também abrange a igualdade material, que leva em conta determinadas características em determinadas situações, a fim de alcançar uma igualdade justa que, por sua vez, pressupõe um juízo e critério de valoração àquele caso concreto (*o igual deve ser tratado igualmente e o desigual desigualmente*)²⁰⁰.

Por fim, devemos destacar que, hoje em dia, a pessoa natural (particulares), habitual e comumente encontrada no polo ativo dos direitos fundamentais (titular), também pode ser destinatária desses direitos, ou seja, também estão sujeitos à força vinculante da norma constitucional fundamental, conforme abordaremos em tópico específico a ser estudado.

Desta forma, conclui-se que, atualmente, pessoas físicas, jurídicas (privadas ou públicas), entes despersonalizados, estrangeiros residentes ou não residentes, legais ou ilegais, podem ser titulares e destinatários dos direitos fundamentais, desde que respeitado as respectivas particularidades e exceções legais.

¹⁹⁸ AMORIM, Maria Luisa. *Análise do Art. 15.º da CRP*. 2019. [consult. 30 de maio de 2024]. Disponível em: https://www.academia.edu/44542314/An%C3%A1lise_do_Art_15_da_CRP.

¹⁹⁹ Art. 19º. (Suspensão do exercício de direitos)

(...)

6. A declaração do estado de sítio ou do estado de emergência em nenhum caso pode afectar os direitos à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal, à capacidade civil e à cidadania, a não retroactividade da lei criminal, o direito de defesa dos arguidos e a liberdade de consciência e de religião.

²⁰⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, pg. 563-567. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993. Pg. 563-567.

4. A DUPLA NATUREZA DIMENSIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

4.1. Considerações iniciais

Vimos que os direitos fundamentais, inicialmente, tinham como finalidade evitar as abusivas intervenções estatais nos direitos individuais, servindo como limitadores do poder estatal. Logo, eram compreendidos como direitos de defesa do indivíduo contra o Estado para salvaguardar as liberdades individuais das interferências das autoridades públicas (esfera vertical dos direitos fundamentais), implicando, originariamente, no reconhecimento de que os direitos fundamentais tinham o indivíduo no polo ativo e o Estado no polo passivo²⁰¹.

Atualmente, há um consenso na doutrina quanto à expansão deste conceito e, conforme veremos em tópicos específicos e dedicados no decorrer deste estudo, os direitos fundamentais são considerados, atualmente, normas constitucionais cujos efeitos aplicam-se também entre particulares em caso de conflitos desses direitos nas relações privadas (esfera horizontal dos direitos fundamentais), não mais se limitando somente contra às autoridades públicas.

Em outra vertente, veremos que os direitos fundamentais não possuem o único condão de serem utilizados como instrumentos constitucionais à defesa de interesses individuais, mas também são considerados como princípios norteadores e estruturais do Estado Democrático de Direito. Tal explicação evidenciará a dupla natureza dimensional desses direitos, que não se limitam à criação de posições jurídicas subjetivas com a única finalidade de assegurar o direito de defesa dos cidadãos, mas também atuam como valores objetivos que

²⁰¹ PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. *Direito fundamentais – legítimas prerrogativas de liberdade, igualdade e dignidade*. [consult. 07 de maio de 2024]. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file%3Fuuid%3Dae67daf5-7ca9-408c-93b6-b58186a81197&ved=2ahUKEwi29oDryPyFAxVoK7kGHVVhA-wQFnoECA8QAw&usq=AOvVaw2qeIPKckcabH0H379Cvpjm.

sintetizam os ideais de uma comunidade, sustentando o próprio Estado Democrático de Direito²⁰².

4.2. A dimensão subjetiva

Realizada tal consideração, nos deparamos, então, com a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, também conhecida como concepção clássica. Nesta perspectiva, os direitos fundamentais são instrumentos legais utilizados à proteção dos indivíduos contra eventuais arbitrariedades do Estado, garantindo-lhes um espaço de autonomia e liberdade frente ao poder Estatal. Ana Paula de Barcellos aduz que a referida dimensão está relacionada às pretensões que afetam de forma direta o campo subjetivo dos indivíduos, lhe atribuindo o direito de exigirem em benefício próprio, com fulcro nas normas de direitos fundamentais²⁰³. Assim, subjetivamente, esses direitos são entendidos como prerrogativas individuais, ou seja, são direitos que cada pessoa possui contra o Estado ou contra outros indivíduos²⁰⁴. É o lado "ativo" dos direitos, onde o indivíduo pode exigir do Estado, ou de terceiros, o respeito e a proteção desses direitos. Percebe-se, desta forma, a existência de um titular do direito, um objeto a ser tutelado e um destinatário de quem se exigirá a ação negativa ou positiva.

Luís Roberto Barroso²⁰⁵ nos ensina que o direito subjetivo confere ao indivíduo:

1. a possibilidade de exigir certa conduta de outrem (direito subjetivo em sentido estrito);

²⁰² MENEZES, Priscila Cunha Lima de. *Direitos fundamentais na relação de emprego*, pg. 66. In: Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia, Salvador, v. 1, n. 1, dez. 2012. [consult. 07 de junho de 2024]. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/148036>.

²⁰³ BARCELLOS, Ana Paula D. *Curso de Direito Constitucional*, pg. 154. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2023.

²⁰⁴ NASCIMENTO, Filipe Augusto dos Santos. *A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: é possível reconhecer os direitos fundamentais como uma ordem objetiva de valores?* Direito e Liberdade, Natal, v. 13, n.1 (7), 2011. [consult. 16 de agosto de 2022]. Disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/43548>.

²⁰⁵ BARROSO, Luís R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, pg. 214. 11ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023.

2. a possibilidade de exercer, sem interferência externa, uma faculdade (liberdade) e;
3. a possibilidade de submeter a vontade de outrem à própria vontade (poder).

Assim, a dimensão subjetiva, segundo o autor, diz respeito ao exercício de defesa de determinado direito, podendo exigir prestações negativas (abstenção) ou positivas (intervenção), a fim de resguardar interesse fundamental próprio. Em outras palavras, refere-se aos sujeitos da relação jurídica e diz respeito aos direitos de proteção (negativos) e de exigência de prestação (positivos) por parte do indivíduo em face do Poder Público²⁰⁶. Portanto, no âmbito da dimensão subjetiva, os direitos fundamentais permitem, aos particulares, possibilidades juridicamente reforçadas de ação, comportamento, pretensão ou competência que, em geral, se podem designar por uso ou exercício de direito fundamental²⁰⁷.

Em explicação perfeitamente resumida, Gomes Canotilho nos ensina que a dimensão subjetiva verifica-se quando a norma consagradora do direito fundamental for relevante para o indivíduo (ou grupo de indivíduos), para o interesse próprio, para o desenvolvimento de sua personalidade, ideias e liberdades; ou seja, estaremos diante da dimensão subjetiva quando uma pessoa (ou grupo de pessoas) utilizar a norma constitucional como instrumento à defesa de seu interesse, exigindo do Estado determinada ação positiva (o direito de exigir do Estado determinada prestação) ou ação negativa (o direito de exigir do Estado uma postura abstencionista para cessar violação de direito fundamental)²⁰⁸.

Vale destacar, que a perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais também está relacionada à ideia de dignidade da pessoa humana, que serve

²⁰⁶ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*, pg. 102. 14 ed. São Paulo: Método, 2015.

²⁰⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente autorizadas pela Constituição*, pg. 56. Coimbra: Coimbra Editores, 2003, *apud*, MELLO, Cleyson de Moraes. *Direitos Fundamentais*, pg. 67. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2023.

²⁰⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, pg. 535-538. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

como fundamento para a proteção desses direitos. A partir desse princípio, os indivíduos são reconhecidos de forma igualitária²⁰⁹, como detentores de direitos inalienáveis e invioláveis, independentemente de sua condição social, econômica ou política. Desta forma, Penã de Moraes destaca que, na dimensão subjetiva, os direitos fundamentais conferem aos titulares a pretensão a que se adote um determinado comportamento, positivo ou negativo, em respeito à dignidade da pessoa humana²¹⁰.

No entanto, é importante ressaltar que a perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais não se limita apenas à relação entre o indivíduo e o Estado. Ela também abrange as relações entre particulares, podendo-se exigir do ente público determinada ação para garantir a defesa de determinado direito, a igualdade de tratamento e a proteção da dignidade de todos os cidadãos, contribuindo para a consolidação do Estado de Direito e para o fortalecimento da democracia.

4.3. A dimensão objetiva

A dimensão objetiva, por sua vez, parte da ideia de que os direitos fundamentais não servem somente como mera resistência do indivíduo em face do Estado ou de terceiros, mas também buscam a efetivação desses direitos entre as próprias razões de existir do ente público²¹¹. Logo, nessa concepção jurídico-objetiva, os direitos fundamentais são vistos e utilizados como

²⁰⁹ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *O Princípio Fundamental da Dignidade Humana e sua Concretização Judicial*, pg. 318. *Rio de Janeiro: Revista EMERJ*, v. 6, n. 23, 2003. [consult. 14 de agosto de 2024]. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_316.pdf&ved=2ahUKEwi9qYeZrouGAXUQpZUCHZBpD5sQFnoECA8QAQ&usg=AOvVaw2rqZMzbRdJjXybnRvK0hBF. Acesso em 13 de maio de 2024.

²¹⁰ MORAES, Guilherme Peña D. *Curso de Direito Constitucional*, pg. 139. 14ª ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2024.

²¹¹ NASCIMENTO, Filipe Augusto dos Santos. *A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: é possível reconhecer os direitos fundamentais como uma ordem objetiva de valores?* *Direito e Liberdade*, Natal, v. 13, n.1 (7), 2011. [consult. 16 de agosto de 2022]. Disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/43548>..

norteadores de uma ordem jurídica, a fim de resguardar um justo e harmonioso convívio social²¹².

Nas palavras de Virgílio Silva, nessa perspectiva, o conteúdo essencial de um direito fundamental deve ser interpretado com base no significado desse direito para a vida social como um todo²¹³, e não somente como um instrumento à obtenção de algum proveito para um único indivíduo ou grupo de indivíduos, como na dimensão subjetiva. Em outras palavras, a dimensão objetiva independe de titulares, ou seja, prescinde de sujeitos a demandar uma determinada prestação jurídica, ressaltando, assim, a importância de uma ação preventiva do próprio Estado²¹⁴. Segundo o autor, isso implica dizer que não pode haver restrições aos direitos fundamentais que retirem ou diminuam a eficácia desse direito para “um todo social”, diferentemente da esfera subjetiva, em que eventual restrição se limita à determinada situação concreta.

Partindo dessa premissa, percebemos que a esfera objetiva dos direitos fundamentais impacta diretamente o comportamento do Poder Público, pois estabelece diretrizes aos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, e, também, às relações entre particulares, atribuindo ao Estado um dever de proteção desses direitos. Essa proteção deverá ser realizada por meio da criação e adoção de medidas que visam promover e proteger os direitos fundamentais contra eventuais violações que possam partir tanto do próprio Poder Público como dos particulares²¹⁵.

Nota-se, desta forma, que a concepção objetiva é a que garante a funcionalidade de um Estado Democrático de Direito, pois analisa os direitos fundamentais como valores e princípios que orientam a ordem jurídica e o funcionamento da sociedade como um todo, atribuindo ao Estado o dever de

²¹² Nas palavras de Gomes Canotilho: *Fala-se de uma fundamentação objetiva de uma norma consagrada de um direito fundamental quando se tem em vista o seu significado para a coletividade, para o interesse público, para a vida comunitária*. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, pg. 535. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

²¹³ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*, pg. 185-186. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

²¹⁴ NASCIMENTO, Filipe Augusto dos Santos. *A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: é possível reconhecer os direitos fundamentais como uma ordem objetiva de valores?* *Direito e Liberdade*, Natal, v. 13, n.1 (7), 2011. [consult. 16 de agosto de 2022]. Disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/43548>.

²¹⁵ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*, pg. 102. 14ª ed. São Paulo: Método, 2015.

atuar de acordo com o conteúdo desses direitos durante o processo de criação de leis, de políticas públicas ou tomadas de decisões, estabelecendo, portanto, uma ordem objetiva de valores que deve repercutir sobre a compreensão de todo sistema normativo constitucional e infraconstitucional (Poder Legislativo), bem como sobre a atuação da Administração Pública (Poder Executivo) e a hermenêutica jurídica (Poder Judiciário)²¹⁶.

Para exemplificar e facilitar a compressão da dupla natureza dimensional dos direitos fundamentais, analisemos, tanto na Constituição Federal do Brasil como na Constituição da República Portuguesa, nos seus artigos 196 e 73, respectivamente, que tratam sobre o direito fundamental à saúde (CF/88) e direito fundamental à educação e cultura (CRP), a presença dessas duas dimensões:

CF/88 - Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

CRP - ARTIGO 73.º

(Educação e cultura)

1. Todos têm direito à educação e à cultura.

2. O Estado promoverá a democratização da educação e as condições para que a educação, realizada através da escola e de outros meios formativos, contribua para o desenvolvimento da personalidade e para o progresso da sociedade democrática e socialista.

²¹⁶ Luís Roberto Barroso cita três consequências práticas bastante relevantes, apontadas pelo Tribunal Constitucional Alemão, como resultado da dimensão objetiva: (i.) Força irradiante dos direitos fundamentais: a força constitucional dos direitos fundamentais projeta seus efeitos a todo ordenamento jurídico, projetando os mandamentos constitucionais sobre todo o sentido e alcance de toda legislação ordinária; (ii.) Deveres de proteção: dever do Estado de agir na atuação, proteção e promoção dos direitos fundamentais, incluindo-se nessa categoria os deveres de legislar, seja para integrar normas constitucionais incompletas, seja para proteger bens jurídicos relevantes, além de garantir a entrega de prestações positivas, sobretudo aquelas referentes ao mínimo existencial; (iii.) Função organizatória e procedimental: seria uma extensão dos deveres de proteção, que exigem do Estado um desdobramento para que os direitos fundamentais sejam concretizados, ou seja, deve o Estado criar os instrumentos necessários para que esses direitos possam ser exigidos e cumpridos. BARROSO, Luís R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, pg. 209. 12^a ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2024.

3. O Estado promoverá a democratização da cultura, incentivando e assegurando o acesso de todos os cidadãos, em especial dos trabalhadores, à fruição e criação cultural, através de organizações populares de base, colectividades de cultura e recreio, meios de comunicação social e outros meios adequados.

De pronto, identificamos, em ambos os artigos, o direito subjetivo das pessoas em exigir do Poder Público o cumprimento de tais prestações (saúde, educação e cultura), caso se encontre necessitada, com seu direito fundamental restringido, diminuído ou violado. Por outro lado, também se verifica nos dispositivos legais supramencionados uma vertente objetiva, pois é imposto ao Estado o dever de implementar medidas que façam valer esses direitos fundamentais, tais como a criação e estruturação de casas de saúde (art. 196, CF/88) e escolas públicas (art. 73, CRP).

Percebe-se, portanto, que a dupla natureza dimensional dos direitos fundamentais acaba por completar uma a outra, tornando-se indispensável à garantia e manutenção de um Estado Democrático de Direito, uma vez que não seria possível exercer determinado direito fundamental (dimensão subjetiva) sem o meio adequado para tanto (dimensão objetiva)²¹⁷. Logo, a concepção subjetiva, que trata do direito de exigir do Estado determinada ação à proteção ou promoção de um direito fundamental, não seria eficaz sem a concepção objetiva, pois a garantia jurídica do bem tutelado somente pode ser proporcionada pela imposição de deveres objetivos ao Estado²¹⁸, que é o responsável pela criação de mecanismos para que os indivíduos consigam usufruir desses direitos.

²¹⁷ Manoel Jorge e Silva Neto afirma que a proteção ao indivíduo (dimensão subjetiva), não estaria completa sem a dimensão objetiva, pois os direitos fundamentais representam valores objetivos que devem ser concretizados por meio de atuação positiva do Estado. NETO, Manoel Jorge e S. *Curso de direito constitucional*, pg. 257. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2013..

²¹⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente autorizadas pela Constituição*, pg. 56. Coimbra: Coimbra Editores, 2003, *apud* MELLO, Cleyson de Moraes. *Direitos Fundamentais*, pg. 67. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2023.

4.3.1. As consequências jurídicas da dimensão objetiva

Como vimos, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais não apenas possibilita o exercício do direito subjetivo do indivíduo, mas também atribui ao Estado o dever de proteger e promover os direitos fundamentais dentro do ordenamento jurídico, com a finalidade de garantir a estrutura do Estado Democrático de Direito e um harmônico convívio social.

Portanto, segundo Marmelstein²¹⁹, a concepção objetiva dos direitos fundamentais consiste na capacidade desses direitos de se irradiar por diversos ramos do ordenamento jurídico, manifestando a "ordem de valores" que representam. Em outras palavras, ela impõe ao Estado um dever de proteção, garantindo que os direitos fundamentais sejam analisados e considerados em todas as decisões tomadas por agentes públicos. Esse dever de proteção abrange todas as fases do processo decisório do Estado, devendo o Legislativo editar leis em conformidade com os direitos fundamentais; o Executivo deve executar seus atos observando esses direitos; e o Judiciário realizar a interpretação jurídica à luz dos direitos fundamentais.

Desta forma, a dimensão objetiva eleva os direitos fundamentais a um nível superior, estabelecendo-os como o fundamento axiológico de todo o sistema normativo. Isso garante que as tomadas de decisões sejam feitas com base no conjunto de valores e princípios éticos para assegurar que as normas jurídicas não sejam apenas tecnicamente corretas, mas também moralmente justas e socialmente aceitáveis. Assim, citando os ensinamentos de Ronald Dworkin²²⁰, Marmelstein recomenda aos magistrados que façam uma "leitura moral" do texto constitucional para que possa ser extraído o espírito ético que dele emana, garantindo as diretrizes axiológicas dos direitos fundamentais na interpretação de todas as normas do ordenamento jurídico – a denominada

²¹⁹ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*, pg. 338. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

²²⁰ DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição Norte-Americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, *apud*, MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*, pg. 338. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

“filtragem constitucional”²²¹. Com a filtragem constitucional, os direitos fundamentais se fazem presentes em todo o ordenamento jurídico, garantindo que todas as demais normas jurídicas passem por esse filtro para assegurar que somente aquilo que for compatível com os valores constitucionais seja aproveitado pelo operador do direito, excluindo, por conseguinte, os resíduos considerados inconstitucionais.

Desta feita, conforme os ensinamentos de Barroso²²², a dimensão objetiva dos direitos fundamentais produz três consequências práticas. Dentre elas, duas já foram abordadas no tópico anterior, que tratam sobre (i.) os deveres de proteção e (ii.) função organizatória e procedimental. A primeira atribui ao Estado um dever que vai além daquele de se abster de intervenções injustificadas na vida do indivíduo, imputando ao Estado deveres de atuação à proteção e promoção dos direitos fundamentais, isto é, legislar para completar normas ou proteger bens jurídicos relevantes, bem como entregar prestações positivas, principalmente aquelas relacionadas ao mínimo existencial; a segunda consequência prática é um desdobramento da primeira, e exige do Estado a concretização de meios para que os indivíduos possam exercer seu direito fundamental (vide exemplos citados no tópico anterior – direito à saúde do artigo 196, da CF/88, e direito à educação e cultura do artigo 73, da CRP).

A terceira consequência versa exatamente sobre a mencionada filtragem constitucional, ou seja, os efeitos dos direitos fundamentais se projetam por todo ordenamento jurídico, devendo haver uma interpretação de todas as normas de maneira compatível com os valores desses direitos. Citando Barroso, Marmelstein²²³ afirma que essa filtragem constitucional exige que se escolha a

²²¹ Para ilustrar a explicação, Marmelstein faz menção aos direitos fundamentais como uma espécie de óculos especial à leitura da norma jurídica, assegurando, desta maneira, que a solução buscada seja sempre adequada com os valores constitucionais. Em suas palavras: “Imagine, a título ilustrativo, que os direitos fundamentais funcionem como uma espécie de óculos especial. Toda vez que o jurista estiver analisando uma norma jurídica- constitucional ou infraconstitucional –, deverá colocar esses óculos para captar o sentido da norma à luz dos valores constitucionais, assegurando que a solução buscada seja sempre compatível com esses valores.”. MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*, pg. 338. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

²²² BARROSO, Luís R. *Curso de direito constitucional contemporâneo*, pg. 472. 12ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2024.

²²³ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, *apud*, MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*, pg. 338. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

interpretação da norma legal de forma que a mantenha em harmonia com a Constituição, em meio a outra possibilidade interpretativa que o preceito eventualmente admita. Através da interpretação escolhida, pode-se encontrar um sentido possível para a norma, diverso daquele que seria o mais evidente da simples leitura do seu texto, desde que compatível com os valores da Constituição, excluindo-se dessa eleição de uma linha de interpretação, toda e qualquer outra que conduziram a um resultado contrastante com a Carta Maior.

Para ilustrar esse efeito irradiante, Marmelstein cita uma decisão do Supremo Tribunal Federal²²⁴ que, à luz do direito fundamental de liberdade de expressão, fez uma interpretação do Código Penal brasileiro ao julgar o *Habeas Corpus* 83.996-RJ, no caso de Gerald Thomas, famoso diretor de teatro brasileiro, acusado pela prática de ato obsceno, crime tipificado no artigo 233, do Código Penal nacional: “praticar ato obsceno em público ou aberto ou exposto ao público: pena, de detenção de três meses a um ano, ou multa”. Em suma, diretor de teatro, já conhecido por suas peças polêmicas, após ter finalizado mais uma de suas apresentações, foi vaiado pelo público. Como resposta e forma de protesto às vaias, Gerald Thomas simulou o ato de masturbação para o público e, logo em seguida, virou de costas e mostrou as nádegas para a plateia. Toda a cena foi filmada e repercutida por diversas redes de televisão, tendo o caso parado na polícia. Ao chegar no STF, o diretor impetrou o HC e alegou que a perseguição penal violava o seu direito à liberdade artística e de expressão. Após longa discussão, por decisão empatada²²⁵, a Superior Instância concedeu o HC,

²²⁴ “Ementa: Habeas corpus. Ato obsceno (art. 233 do Código Penal). 3. Simulação de masturbação e exibição de nádegas, após término de peça teatral, em reação a vaias do público. Não se pode olvidar o contexto em que se verificou o ato incriminado. O exame objetivo do caso concreto demonstra que a discussão está integralmente inserida no contexto da liberdade de expressão, ainda que inadequada e deseducada. 4. A sociedade moderna dispõe de mecanismos próprios e adequados, como a própria crítica, para esse tipo de situação, dispensando-se o enquadramento penal. 5. Empate na decisão. Deferimento da ordem para trancar a ação penal. Ressalva dos votos dos Ministros Carlos Velloso e Ellen Gracie, que defendiam que a questão não pode ser resolvida na estreita via do habeas corpus”. HC 83.996-RJ. Supremo Tribunal Federal, Relator Min. Gilmar Mendes. [consult. 08 de agosto de 2024]. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/14741321>.

²²⁵ Votaram pela concessão: Min. Gilmar Mendes (relator) e Min. Celso de Mello. Votaram pela denegação, por entenderem que o habeas corpus não era o instrumento adequado para discutir questões de fato: Min. Carlos Velloso e Min. Ellen Gracie. Em caso de empate, o habeas corpus deve ser deferido, em razão do princípio in dubio pro reo. MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*, pg. 358. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

entendendo que o ato praticado por Gerald, apesar de inadequado e de extremo mau gosto, estaria inserido no contexto de liberdade de expressão, pois foi levado em consideração as circunstâncias em que tudo aconteceu: o contexto da própria peça teatral, o roteiro (que incluía atos obscenos), o público (adulto) e o horário (duas horas da madrugada)²²⁶.

Percebe-se, portanto, na decisão mencionada, a clara influência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Embora o ato praticado pelo diretor de teatro esteja claramente tipificado no Código Penal brasileiro, ele não foi condenado após sua interpretação à luz dos direitos fundamentais. Em outras palavras, se a hermenêutica do texto penal tivesse sido estritamente literal, não haveria dúvidas sobre a condenação de Gerald. No entanto, após a interpretação do dispositivo criminal por meio da filtragem constitucional, o STF concluiu que o ato do diretor, considerando as circunstâncias concretas, se enquadrava no contexto de liberdade de expressão, não podendo ser punido criminalmente²²⁷.

O exemplo acima citado demonstra uma consequência prática da dimensão objetiva dos direitos fundamentais em uma relação vertical, ou seja, entre particular e Estado. Contudo, vale destacar que, atualmente, tem-se reconhecido que os valores contidos nesses direitos também se projetam em uma relação horizontal, isto é, uma relação entre particulares, como veremos a seguir.

²²⁶ Voto do Ministro Gilmar Mendes: “No caso em apreço, ainda que se cuide, talvez, de manifestação deseducada e de extremo mau gosto, tudo está a indicar um protesto ou reação – provavelmente grosseira – contra o público. [...] Não se trata, também, de um gesto totalmente fora do contexto da própria peça teatral. [...] O roteiro da peça, ressalte-se, envolveu até uma simulação de masturbação. Estava-se diante de um público adulto, às duas horas da manhã, no Rio de Janeiro. Difícil, pois, nesse contexto, admitir que a conduta do paciente tivesse atingido o pudor público. A rigor, um exame objetivo da querela há de indicar que a discussão está integralmente inserida no contexto da liberdade de expressão, ainda que inadequada e deseducada.”. MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*, pg. 338. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

²²⁷ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*, pg. 341. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

5. A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A teoria liberal clássica limitava o alcance de dos direitos fundamentais à regência das relações públicas, que tinham o Estado em um dos seus polos, sem se projetar no cenário das relações jurídicos-privadas²²⁸. Logo, originariamente, o particular era quem figurava no polo ativo da relação, na posição de titular dos direitos fundamentais, oponíveis contra o Estado, potencial ofensor desses direitos, portanto, destinatário dos direitos fundamentais. Desta forma, considerando a relação desigual de poder, onde o Estado se coloca em uma posição superior ao indivíduo, temos a denominada eficácia vertical dos direitos fundamentais²²⁹, onde o particular invoca o seu direito subjetivo contra determinado abuso ou ingerência estatal²³⁰.

Contudo, atualmente, a constante mutação e evolução dos direitos fundamentais ampliou o campo de sua eficácia. Com a astronômica expansão da globalização da economia, e a conseqüente concentração de grande poder social e econômico às entidades privadas²³¹, tem-se reconhecido e enxergado a necessidade de projetar os efeitos dos direitos fundamentais às relações entre particulares, uma vez que a nítida desigualdade social e assimetria de poder dos

²²⁸ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho, pg. 61. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 77, n. 4, out./dez. 2011. [consult. 03 de julho de 2024]. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/28342>.

²²⁹ Nas palavras de Magno de Aguiar Maranhão, entende-se como eficácia vertical aquela que se insere na aplicação tradicional dos direitos fundamentais, consubstanciada na relação Estado-Particular, a qual o último é detentor de tais garantias. JÚNIOR, Magno de Aguiar Maranhão. *A derrocada da summa divisio e a ascensão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais no Brasil*. Monografia apresentada à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2010. [consult. 04 de julho de 2024]. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/biblioteca_videoteca/monografia/Monografia_pdf/2010/Magno%2520Aguiar%2520Maranhao%2520JR.pdf.

²³⁰ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*, pg. 297. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

²³¹ LIMA, Luciana Resende de Souza. *A eficácia horizontal dos direitos fundamentais*, pg. 17. Artigo Científico apresentado na Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2013. [consult. 03 de julho de 2024]. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2013/trabalhos_12013/LucianaResendeSouzaLima.pdf&ved=2ahUKEwi42fn6l4yHAXVRqJUCHTBDCrAQFnoECBwQAQ&usq=AOvVaw2W2AA Dlf4h6lqEWITz3e9R.

entes privados podem resultar em efetivos danos aos princípios constitucionais, podendo oprimir direitos fundamentais da mesma forma que um Estado, ou até mais²³².

A título de exemplo, temos a empresa Apple que, no ano de 2017, possuía um tamanho similar à economia turca, holandesa ou suíça²³³. Portanto, assim como um Estado, é certo que a empresa norte-americana é dotada de pleno poder e capacidade para cometer violações aos mais básicos direitos dos seres humanos; ou, ainda, hipoteticamente, com a mesma capacidade de tyrannizar tanto quanto um governo opressivo²³⁴. Assim, considerando o intuito de proteção e promoção dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, sentiu-se a necessidade de possibilitar a extensão dessa eficácia às relações privadas (eficácia horizontal²³⁵), em razão da hipossuficiência de uma das partes que, por

²³² MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*, pg. 297. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2019; SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho, pg. 61. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 77, n. 4, out./dez. 2011. [consult. 03 de julho de 2024]. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/28342>.

²³³ Informação retirada das revistas eletrônicas *El País* e Folha de São Paulo. [consult. 03 de julho de 2024]. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/11/03/economia/1509714366_037336.html e <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/02/gigantes-da-tecnologia-faturam-o-equivalente-ao-pib-da-suica.shtml>.

²³⁴ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*, pg. 297. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2019. MILL, John Stuart. *On Liberty*, pg. 9. Kitchener: Batoche Book, 2001. [consult. 03 de julho de 2024]. Disponível em: <https://socialsciences.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/mill/liberty.pdf>.

²³⁵ Marmelstein, resumidamente, nos explica que o reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais ocorreu, pela primeira vez, de forma expressa, em 1958, quando o Tribunal Constitucional Federal alemão julgou o caso Luth. Em suma, Erich Luth, presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, era contra o lançamento de um filme dirigido pelo cineasta Veith Halan, que havia apoiado o nazismo alguns anos antes. Assim, entendendo que o filme não deveria ser lançado e assistido, Luth, utilizando-se de sua influência na imprensa, liderou um movimento de boicote contra o filme. Consequentemente, alegando prejuízo financeiro, a produtora e a distribuidora do filme ingressaram com uma ação judicial contra Luth para impedir o boicote. Em primeira instância, a Corte Estadual decidiu em favor da produtora e da distribuidora do filme, entendendo que o boicote violava o art. 826 do Código Civil alemão, segundo o qual “quem causar danos intencionais a outrem, e de maneira ofensiva aos bons costumes, fica obrigado a compensar o dano”, e determinou a sua cessação, tendo o réu sido proibido de manifestar-se a respeito do filme. Inconformado, Luth recorreu ao Tribunal Constitucional Federal, invocando o direito de liberdade de expressão, tendo o TCF acatado seus argumentos. A decisão deu início ao desenvolvimento da ideia da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e da eficácia irradiante desses direitos. Eis um trecho do julgamento que explica bem essa visão: “A finalidade primária dos direitos fundamentais é a de salvaguardar as liberdades individuais contra interferência das autoridades públicas. Eles são direitos defensivos do indivíduo contra o Estado. Esta é uma decorrência do desenvolvimento histórico do conceito de direitos fundamentais e do desenvolvimento histórico que levou à inclusão de direitos fundamentais nas constituições de vários países. [...] É igualmente verdadeiro, no entanto, que a Lei Fundamental não é um documento axiologicamente neutro. Sua seção de direitos fundamentais estabelece uma ordem

vezes, poderá se encontrar em situação de substancial desamparo se estiver regida somente pelo direito privado infraconstitucional²³⁶.

Não obstante, ressalta-se que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais legitima a ideia de que o Estado não se obriga somente a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público, mas também a garantir esses direitos contra agressão propiciada por terceiros, fazendo com que o Estado evolua da posição de adversário para uma função de guardião dos direitos fundamentais. Isso significa que, ainda que não haja uma pretensão subjetiva contra o Estado, torna-se seu dever tomar as providências necessárias para realização ou concretização dos direitos fundamentais²³⁷.

Feitas tais colocações, passemos à análise das teorias que admitem a eficácia horizontal desses direitos, para, posteriormente, apresentar as teses contrárias, que negam, geralmente, a aplicação dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações interprivados.

de valores, e esta ordem reforça o poder efetivo destes direitos fundamentais. Este sistema de valores, que se centra na dignidade da pessoa humana, em livre desenvolvimento dentro da comunidade social, deve ser considerado como uma decisão constitucional fundamental, que afeta a todas as esferas do direito público ou privado. Ele serve de metro para aferição e controle de todas as ações estatais nas áreas da legislação, administração e jurisdição. Assim é evidente que os direitos fundamentais também influenciam o desenvolvimento do direito privado. Cada preceito do direito privado deve ser compatível com este sistema de valores e deve ainda ser interpretado à luz do seu espírito. O conteúdo legal dos direitos fundamentais como normas objetivas é desenvolvido no direito privado através dos seus dispositivos diretamente aplicáveis sobre esta área do direito. Novos estatutos devem se conformar com o sistema de valores dos direitos fundamentais. O conteúdo das normas em vigor também deve ser harmonizado com esta ordem de valores. Este sistema infunde um conteúdo constitucional específico ao direito privado, orientando a sua interpretação.” MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*, pg. 434-436. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

²³⁶ LIMA, Luciana Resende de Souza. *A eficácia horizontal dos direitos fundamentais*, pg. 18-19. Artigo Científico apresentado na Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2013. [consult. 03 de julho de 2024]. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2013/trabalhos_12013/LucianaResendeSouzaLima.pdf&ved=2ahUKEwi42fn6l4yHAXVRqJUCHTBDCrAQFnoECBwQAQ&usg=AOvVaw2W2AADlf4h6lqEWITz3e9R.

²³⁷ MENDES, Gilmar. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade - Estudos de Direito Constitucional*, pg. 120-122. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2012.

5.1. Teorias que vinculam os direitos fundamentais às relações privadas

5.1.1. Teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais na esfera privada

Surgida na Alemanha, em 1956, a teoria da eficácia mediata (também conhecida como *Mittelbare Drittwirkung*) possibilita a aplicação indireta dos direitos fundamentais em uma relação entre particulares. Esta aplicabilidade indireta ocorre por meio das leis infraconstitucionais, regulamentos e instrumentos privados, que devem ser elaborados, interpretados e aplicados em conformidade com os valores desses direitos. Em outras palavras, as normas constitucionais que definem os direitos fundamentais constituem uma ordem de valores (regras e princípios)²³⁸ que se reflete por todo o ordenamento jurídico, inclusive na esfera privada, devendo ser realizada uma interpretação de seu conteúdo à integração das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados, para que possam ser aplicadas às relações de direito privado²³⁹.

Desta forma, para os defensores desta teoria, os direitos fundamentais não podem ser invocados diretamente como norma constitucional nas relações entre particulares, devendo haver uma edição e interpretação da norma infraconstitucional de forma condizente com o conteúdo e valores dos direitos fundamentais, uma vez que, no entendimento daqueles que defendem essa tese, a aplicação direta poderia acarretar no extermínio da autonomia da

²³⁸ SILVEIRA, Daniel Barile da. *Paradigmas de interpretação constitucional: desafios ao entendimento das sociedades modernas*, pg. 54-55. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, vol.1., n.1., março 2006, pg. 51-63. Santa Maria: Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, 2006. [consult. 10 de julho de 2024]. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/6764>. Acesso em 10 de julho de 2024.

²³⁹ NAKAHIRA, Ricardo. *Eficácia horizontal dos direitos fundamentais*, pg. 124. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. [consult. 10 de julho de 2024]. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/7752/1/Ricardo%20Nakahira.pdf>.

vontade, posto que se encontraria sempre submetido aos direitos constitucionais²⁴⁰.

Neste contexto, Gilmar Mendes e Gonet Branco explicam que os adeptos à teoria da eficácia mediata, pretendendo maior resguardo ao princípio da autonomia e do livre desenvolvimento da personalidade, sustentam que a incidência dos direitos nas relações entre particulares deve ocorrer por meio de pontos de irrupção no ordenamento civil, que propiciados pelas cláusulas gerais inseridas nas normas do direito privado (ordem pública, bons costumes, boa-fé), ou pela interpretação das demais regras desse ramo do ordenamento jurídico. Desta forma, evita-se a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, que poderia resultar em aumento de poder do Estado para interferir na vida privada do indivíduo, sob o pretexto de fiscalizar o cumprimento dos deveres decorrentes da incidência dos direitos fundamentais sobre as relações particulares²⁴¹.

Portanto, para a teoria da eficácia mediata, o primeiro destinatário dos deveres impostos pelos direitos fundamentais é o legislador, que possui o dever de dar efetividade às normas constitucionais, estabelecendo, através da lei, o conteúdo desses direitos para defini-los e delimitá-los, eliminando eventuais ambiguidades e imprecisões que cercam esses direitos²⁴². Assim, caberia ao legislador ordinário realizar uma ponderação prévia de interesses para que possa elaborar uma regulamentação interna infraconstitucional apropriada às relações privadas, pautando-se nos valores constitucionais (dimensão objetiva), em respeito aos anseios democráticos de observância à separação de poderes, impedindo que o magistrado tenha um poder indeterminado de aplicar

²⁴⁰ BELLO FILHO, Ney de Barros. *A eficácia horizontal do direito fundamental ao ambiente*, pg. 8. Cadernos UNDB, São Luís, v. 4, jan./dez. 2014. [consult. 10 de julho de 2024]. Disponível em: http://sou.undb.edu.br/public/publicacoes/16_-_a_eficacia_horizontal_do_direito_fundamental_ao_ambiente.pdf. Acesso em: 10 de julho de 2024.

²⁴¹ BRANCO, Paulo Gustavo G.; MENDES, Gilmar. *Curso de direito constitucional. (Série IDP)*, pg. 91. 19ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2024.

²⁴² NAKAHIRA, Ricardo. *Eficácia horizontal dos direitos fundamentais*, pg. 123. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. [consult. 10 de julho de 2024]. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/7752/1/Ricardo%20Nakahira.pdf>.

diretamente a norma constitucional à solução de qualquer caso concreto na esfera privada²⁴³.

Nesta esteira, juristas como Pedro Leanza, Silva Neto e Carlos Henrique Bezerra Leite afirmam que, dentro da teoria em questão, os direitos fundamentais devem ser analisados na perspectiva de duas dimensões, sendo: a) dimensão negativa ou proibitiva. que veda ao legislador editar leis que violem os direitos fundamentais; e b) dimensão positiva, que impõe um dever ao legislador de implementar direitos fundamentais, ponderando, porém, quais deles devem se aplicar às relações privadas²⁴⁴. Assim, o legislador deverá editar as normas infraconstitucionais de acordo com o sistema de valores consagrados na constituição (regras e princípios), possibilitando, indiretamente, a vinculação do particular aos direitos fundamentais, que se dará por intermédio das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados do direito privado, que serão preenchidos, ou densificados, em conformidade com valores constitucionais²⁴⁵.

Logo, percebe-se que, na realidade, as cláusulas gerais no direito privado são recursos utilizados pelo legislador infraconstitucional para possibilitar que os magistrados restrinjam, com base nas regras e princípios constitucionais, a autonomia privada e o exercício de direitos ou interesse subjetivos legais, sem a necessidade de haver uma invocação direta da norma constitucional. Assim, em ocorrendo um conflito de direitos fundamentais dentro de uma relação privada, caso não exista uma norma infraconstitucional específica daquele caso, caberá ao Poder Judiciário interpretar e aplicar a norma do direito privado em

²⁴³ RODRIGUES, Leandro Nascimento; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas à luz da jurisprudência do STF: análise crítica do RE 201.819-8 e ADI 4815*. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, pg. 21. [S. l.], v. 19, n. 2, p. 11–42, 2018. DOI: 10.18759/rdgf.v19i2.1085. [consult. 10 de julho de 2024]. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1085>.

²⁴⁴ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*, pg. 1179. 24ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020; NETO, Manoel Jorge e S. *Curso de direito constitucional*, pg. 260. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2013; LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Eficácia horizontal dos direitos fundamentais na relação de emprego*, pg. 37. Revista Brasileira de Direito Constitucional, São Paulo, n. 17, jan./jun. 2011. [consult. 10 de julho de 2024]. Disponível em: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-033-Artigo_Carlos_Henrique_Bezerra_Leite_\(Eficacia_Horizontal_dos_Direitos_Fundamentais_na_relacao_de_Emprego\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-033-Artigo_Carlos_Henrique_Bezerra_Leite_(Eficacia_Horizontal_dos_Direitos_Fundamentais_na_relacao_de_Emprego).pdf).

²⁴⁵ BELLO FILHO, Ney de Barros. *A eficácia horizontal do direito fundamental ao ambiente*, pg. 08. Cadernos UNDB, São Luís, v. 4, jan./dez. 2014. [consult. 10 de julho de 2024]. Disponível em: http://sou.undb.edu.br/public/publicacoes/16_-_a_eficacia_horizontal_do_direito_fundamental_ao_ambiente.pdf.

conformidade com o conteúdo das normas de direitos fundamentais, bem como preencher as cláusulas gerais do direito privado de acordo com os valores estabelecidos na norma constitucional²⁴⁶. Lemos Júnior e Virgínia Braz citam um trecho da obra de Ana Paula Nunes Mendonça, que aborda, resumidamente, as condições em que os direitos fundamentais poderiam ser aplicados na esfera privada, segundo a teoria da eficácia mediata:

*Para os defensores dessa concepção de eficácia horizontal, os direitos fundamentais constituem um sistema objetivo de valores e são oponíveis nas relações interprivadas, mas, para tanto, demandam a intermediação legislativa. Cabe precipuamente ao legislador o desenvolvimento concretizante dos direitos fundamentais e, na hipótese de não existir normas expressas, os efeitos também serão irradiados, por força da integração (conforme a Constituição) e da interpretação das cláusulas gerais (p. ex. ordem pública, bons costumes, boa-fé, moral, dentre outros) e dos conceitos jurídicos indeterminados no caso concreto.*²⁴⁷

Para exemplificar uma aplicabilidade mediata dos direitos fundamentais, no Brasil, no ano de 2016, foi editada a Lei 13.271/2016 (Lei da Revista Íntima)²⁴⁸ proibindo empresas privadas, bem como órgãos e entidades da administração pública, de realizar revista íntima em suas funcionárias ou clientes do sexo feminino²⁴⁹. Extrai-se desta norma o claro objetivo de preservar, proteger e

²⁴⁶ NAKAHIRA, Ricardo. *Eficácia horizontal dos direitos fundamentais*, pg. 124-125. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. [consult. 10 de julho de 2024]. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/7752/1/Ricardo%20Nakahira.pdf>.

²⁴⁷ MENDONÇA, Ana Paula Nunes. Direitos fundamentais nas relações entre particulares: discriminação na fase pré-contratual na relação de emprego, pg. 41. Curitiba: Juruá, 2013, *apud*, LEMOS JUNIOR, Eloy Pereira; BRAZ, Virgínia Lara Bernardes. *A eficácia horizontal dos direitos fundamentais e o princípio da igualdade: Idade como critério de reajuste contratual nos planos de saúde*, pg. 6. Revista Direito em Debate, [S. l.], v. 33, n. 61, p. e7688, 2024. DOI: 10.21527/2176-6622.2024.61.7688. [consult. 10 de julho de 2024]. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/7688>.

²⁴⁸ Lei 13.271. [consult. 10 de julho de 2024]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13271.htm.

²⁴⁹ Exemplo retirado do *Curso de Direito Constitucional* de Flávio Martins. MARTINS, Flávio. *Curso de direito constitucional*, pg. 361. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2024.

aplicar, nas relações privadas, o direito fundamental à intimidade, previsto no art. 5º, X, da Constituição Federal, sendo vedado a um empregador realizar revista íntima em uma funcionária, ou no caso de um segurança fazer o mesmo com uma cliente de uma loja. Percebe-se, portanto, a mediação legislativa na norma infraconstitucional, para garantir a eficácia de um direito fundamental na esfera privada, sem que haja necessidade, por parte do Judiciário, de uma invocação direta da norma constitucional.

Um outro exemplo que podemos apresentar, seria o caso de um indivíduo que aderiu ao estatuto de uma associação que permitisse a possibilidade de exclusão sumária do seu quadro de associados. No direito constitucional, temos o direito fundamental à ampla defesa; porém, para os defensores da teoria da eficácia mediata, essa norma constitucional não poderia ser invocada ou aplicada diretamente, mas tão somente de forma indireta. Isso ocorreria, por exemplo, se a associação adotasse uma conduta contrária à boa-fé ou aos bons costumes, como induzir o associado a acreditar que essa cláusula não seria aplicada ou que não teria mais validade. Nessa situação, a cláusula geral do direito civil à boa-fé contratual anularia a cláusula em questão, incidindo, indiretamente, a eficácia dos direitos fundamentais²⁵⁰.

Assim, nesta teoria, percebe-se que é obrigação do Estado proteger os direitos fundamentais, cabendo ao Poder Legislativo editar as leis infraconstitucionais em conformidade com o direito constitucional, possibilitando, em um segundo plano, ao Poder Judiciário, à interpretação das demais regras do direito privado²⁵¹, sobretudo das cláusulas gerais, que deverão ser preenchidas e aplicadas em consonância com a ordem de valores do direito constitucional²⁵².

²⁵⁰ FILHO, João Trindade, Cavalcante; MENDES, Gilmar. *Manual didático de direito constitucional*. (Série IDP), pg. 79. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2024.

²⁵¹ PEREIRA, Cynthia Nóbrega. *A eficácia horizontal das garantias fundamentais*, pg. 100. Themis, Fortaleza, v. 7, n. 1, p. 85-106, jan./jul. 2009. [consult. 10 de julho de 2024]. Disponível em: <https://doi.org/10.56256/themis.v7i1.149>.

²⁵² SILVEIRA, Daniel Barile da. *Paradigmas de interpretação constitucional: desafios ao entendimento das sociedades modernas*, pg. 54-55. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, vol.1., n.1., março 2006, pg. 51-63. Santa Maria: Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, 2006. [consult. 10 de julho de 2024]. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/6764>.

Há de se ressaltar, por outro lado, que a teoria da eficácia mediata tem sido objeto de diversas críticas. Segundo Daniel Sarmento²⁵³, há quem afirme que *a impregnação das normas do Direito Privado pelos valores constitucionais pode causar a erosão do princípio da legalidade, ampliando a indeterminação e a insegurança na aplicação das normas civis, comerciais e trabalhistas*²⁵⁴. Não obstante, há quem entenda que a referida teoria não proporciona *uma tutela integral dos direitos fundamentais no plano privado, que ficaria dependente das decisões adotadas pelo legislador ordinário*. Por último, o autor também afirma que há quem aponte que essa teoria acaba *se reconduzindo inteiramente à noção mais do que sedimentada da interpretação conforme a Constituição*.

Em sentido semelhante, Lemos Júnior e Virgínia Braz afirmam que, não bastando a supressão que o direito constitucional faria ao direito privado, este último seria ainda dominado pelos tribunais constitucionais, uma vez que todo e qualquer caso de jurisdição ordinária poderia se tornar matéria de direito constitucional, de forma a transformar a superinstância em uma revisora de toda jurisdição ordinária²⁵⁵.

Brito Silva e Cavalcanti Dias alertam para a insuficiência desta teoria com relação à proteção dos direitos fundamentais. Os autores acreditam que pode

²⁵³ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho, pg. 70. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 77, n. 4, out./dez. 2011. [consult. 03 de julho de 2024]. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/28342>

²⁵⁴ Neste sentido, apresentando uma crítica de conteúdo similar, Lemos Júnior e Braz dizem que há quem entenda que *a ideia de ordem de valores ameaçaria a certeza do direito, pois não impõem deveres incondicionais e inequívocos aos seus destinatários. Além disso, os valores pautam-se em preferências, e por estarem sob constante tensão, são flexíveis. Tal recurso de valores poderia significar uma indevida substituição dos juízos deonticos (“o que deve ser”), por juízos axiológicos (“o que é bom”)*. LEMOS JUNIOR, Eloy Pereira; BRAZ, Virgínia Lara Bernardes. *A eficácia horizontal dos direitos fundamentais e o princípio da igualdade: Idade como critério de reajuste contratual nos planos de saúde*, pg. 6. Revista Direito em Debate, [S. l.], v. 33, n. 61, p. e7688, 2024. DOI: 10.21527/2176-6622.2024.61.7688. [consult. 10 de julho de 2024]. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/7688>.

²⁵⁵ LEMOS JUNIOR, Eloy Pereira; BRAZ, Virgínia Lara Bernardes. *A eficácia horizontal dos direitos fundamentais e o princípio da igualdade: Idade como critério de reajuste contratual nos planos de saúde*, pg. 06. Revista Direito em Debate, [S. l.], v. 33, n. 61, p. e7688, 2024. DOI: 10.21527/2176-6622.2024.61.7688. [consult. 10 de julho de 2024]. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/7688>; SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, pg. 85-86. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. [consult. 05 de julho de 2024]. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/26424866/virgilio-afonso-da-silva-a-constitucionalizacao-do-direito>.

haver uma confusão de liberdade constitucional com a autonomia privada, possibilitando que particulares se excedam no seu direito de liberdade por acreditarem estar respaldados no princípio da autonomia da vontade. Assim, poderiam ignorar certas restrições para praticarem transgressões de modo impune, principalmente em casos em que a relação jurídica privada apresenta desigualdade entre as partes²⁵⁶.

Por fim, Afonso Silva também sustenta a insuficiência das cláusulas gerais à aplicação dos direitos fundamentais entre particulares, por entender que realizam uma proteção ineficaz desses direitos em situações que não existam uma dessas cláusulas para dar vazão aos efeitos da norma fundamental²⁵⁷.

Apesar das críticas, segundo alguns autores²⁵⁸, a teoria da eficácia mediada ainda é a mais praticada em ordenamentos jurídicos internos, como na Alemanha e Suíça. Países como Brasil, Itália, Espanha e Portugal²⁵⁹ (este último com previsão expressa sobre a possibilidade da aplicação dos direitos fundamentais diretamente contra entes públicos e privados²⁶⁰), por outro lado,

²⁵⁶ BRITO SILVA, Raquel Torres; CAVALCANTI DIAS, Clara A. Gonçalves. *A eficácia dos direitos fundamentais e suas problemáticas mais notórias no contexto hodierno jurisdicional constitucional*, pg. 244. *Revista de Direito Brasileira*, v.32., n.12, mai./ago.,2022, pg. 236-250. [consult. 10 de julho de 2024]. Disponível em: <https://doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2022.v32i12.6916>.

²⁵⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, pg. 85. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. [consult. 05 de julho de 2024]. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/26424866/virgilio-afonso-da-silva-a-constitucionalizacao-do-direito>.

²⁵⁸ Neste sentido, Gonet Branco e Gilmar Mendes, citando Konrad Hesse, afirmam que “a jurisprudência alemã vem-se orientando no sentido de considerar que os direitos fundamentais ingressam no domínio das relações entre indivíduos por meio indireto, por intermédio dos conceitos indeterminados e das cláusulas gerais do direito privado. O precedente da Corte Constitucional da Alemanha tido como pioneiro no reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, julgado em janeiro de 1958, inclina-se para a doutrina da eficácia mediata”. BRANCO, Paulo Gustavo G.; MENDES, Gilmar. *Curso de direito constitucional. (Série IDP)*, pg. 91. 19ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2024. Afonso Silva também afirma que a doutrina e jurisprudência Alemã é quase unânime nesse sentido, assim como na Suíça, onde a tese da aplicabilidade indireta também é amplamente aceita. SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, pg. 81. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. [consult. 05 de julho de 2024]. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/26424866/virgilio-afonso-da-silva-a-constitucionalizacao-do-direito>.

²⁵⁹ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, pg. 164. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

²⁶⁰ Art. 18.1, da Constituição da República Portuguesa.

possuem maior tendência de defesa aos direitos fundamentais²⁶¹, optando por uma aplicação direta da norma constitucional, por meio da teoria da eficácia imediata²⁶².

5.1.2. Teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais na esfera privada

Assim como a teoria da eficácia mediata, a tese da eficácia imediata é de origem alemã, sendo seu principal representante Hans Carl Nipperdey, na década de 1950²⁶³. Ambas as teorias defendem a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, porém, enquanto a primeira exige uma intermediação infraconstitucional para tanto, a segunda dispensa essa intervenção, possibilitando a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais em caso de conflito entre particulares, assim como acontece na relação vertical.

O caso emblemático ocorreu em 1954, quando o então presidente do Tribunal Federal do Trabalho Alemão, Hans Nipperdey, analisando uma questão

²⁶¹ Importante destacar que há quem entenda que a teoria da eficácia indireta é hipótese mais frequente no Brasil. Neste sentido MARTINS, Flávio. *Curso de direito constitucional*, pg. 361. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2024.

²⁶² Neste sentido, Jorge Reis Novais indica que quem é mais pelos direitos fundamentais, favorece a tese da aplicabilidade direta, quem é mais pela autonomia privada sustentará outras teses. Quem é pela intervenção estatal de correção das assimetrias sociais e de limitação dos poderes privados, quem tem preocupações igualitárias, sustentará a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais. NOVAIS, Jorge Reis. Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, pg. 391. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, *apud*, VARELA, Guilherme Amorim Garcia Udre. *Eficácia dos direitos fundamentais de liberdade individual nas relações jurídicas trabalhistas*, pg. 91. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2018. [consult. 11 de julho de 2024]. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/jspui/handle/123456789/26561>.

²⁶³ Daniel Sarmento afirma que, segundo Alexei Julio Estrada, a primeira manifestação de Nipperdey sobre a matéria teria ocorrido em artigo publicado em 1950, sobre a igualdade do homem e da mulher em relação ao direito ao salário, mas a sua abordagem mais profunda sobre a questão estaria no seu livro, escrito conjuntamente com Ennecerus, sobre a parte geral do Direito Civil alemão, publicado em 1958 e intitulado Allgemeiner teil des Bürgerlichen Rechts. SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho*, pg. 71. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 77, n. 4, out./dez. 2011. [consult. 03 de julho de 2024]. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/28342>, *apud*, ESTRADA, Alexei Julio. *La Eficacia de los Derechos Fundamentales entre Particulares*, pg. 103. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

sobre divergência salarial entre homem e mulher que exerciam a mesma função, reconheceu que a igualdade e a liberdade individual também deveriam ser garantidas nas relações entre sujeitos particulares, e não somente contra o poder estatal²⁶⁴, posicionando-se, portanto, a favor da eficácia imediata dos direitos fundamentais (*unmittelbare Drittwirkung*)²⁶⁵, de forma a restringir autonomia privada das partes para garantir a preservação e proteção desses direitos. Nipperdey justifica sua afirmação com base na constatação de que os perigos que ameaçam os direitos fundamentais no mundo contemporâneo não provêm apenas do Estado, mas também dos poderes sociais e de terceiros em geral, motivo este que possibilita a incidência direta de seus efeitos no âmbito privado²⁶⁶, garantindo, assim, maior eficácia e proteção²⁶⁷.

Isso significa dizer que, segundo a teoria da eficácia imediata, os direitos fundamentais se aplicam nas relações entre particulares, tal como se aplicam nas relações entre Estado e indivíduo²⁶⁸, sendo desnecessária qualquer “porta de entrada”²⁶⁹ à sua aplicação na esfera privada, como se faz na teoria da

²⁶⁴ FAUTH, Juliana de Andrade. *Autonomia privada e a eficácia dos direitos fundamentais s relações trabalhistas*, pg. 04. Revista Direito UNIFACS, n. 192. Salvador: Revista Direito UNIFACS, 2016. [consult. 23 de julho de 2024]. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/4544..>

²⁶⁵ O posicionamento adotado foi motivo de críticas, como bem destaca Gilmar Mendes: “A Lei Fundamental de Bonn previa expressa vinculação dos poderes estatais aos direitos fundamentais, não englobando particulares, motivo este que gerou críticas ao posicionamento do Tribunal Alemão”. MENDES, Gilmar. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade - Estudos de Direito Constitucional*, pg. 124. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2012.

²⁶⁶ O Tribunal do Trabalho assim justificou o seu entendimento: “Em verdade, nem todos, mas uma série de direitos fundamentais destinam-se não apenas a garantir os direitos de liberdade em face do Estado, mas também a estabelecer as bases essenciais da vida social. Isso significa que disposições relacionadas com os direitos fundamentais devem ter aplicação direta nas relações privadas entre os indivíduos. Assim, os acordos de direito privado, os negócios e atos jurídicos não podem contrariar aquilo que se convencionou chamar ordem básica ou ordem pública”. MENDES, Gilmar. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade - Estudos de Direito Constitucional*, pg. 124. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2012.

²⁶⁷ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho*, pg. 71. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 77, n. 4, out./dez. 2011. [consult. 03 de julho de 2024]. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/28342>

²⁶⁸ GARATINI, Mariana Cristina. *Teoria da eficácia direta e indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas e a teoria integradora (modelo de três níveis) de Robert Alexy*, pg. 222. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, v.16., n.1., dez. 2021. ISSN 1983-4225. Pg. 211-232. Franca, 2021. [consult. 22 de julho de 2024]. Disponível em: <https://revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/532>.

²⁶⁹ Termo utilizado por Gilmar Mendes em: MENDES, Gilmar. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade - Estudos de Direito Constitucional*, pg. 127. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2012. Neste sentido, também temos SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, pg. 90. São Paulo: Malheiros

eficácia indireta ou mediata. Desta forma, nas situações de conflito em que os envolvidos sejam pessoas de direito privado, a resolução ocorreria da mesma maneira como acontece quando um agente público ofende direito fundamental de um particular, podendo este usufruir, diretamente, do seu direito subjetivo, para fazer cessar a lesão ou ameaça causada por terceiros ao seu direito fundamental.

Para os adeptos desta teoria, os direitos fundamentais, tal como previstos no texto constitucional, já trazem condições de plena aplicabilidade nas relações entre particulares, dispensando qualquer mediação infraconstitucional, assegurando, desta forma, máxima efetividade aos seus efeitos. Segundo Steinmetz, o princípio da constitucionalidade consagrado após a Segunda Guerra, tornou a Constituição fonte direta e imediata das normas constitucionais, sobretudo as regras de direitos fundamentais que, em razão da supremacia normativa, são capazes de produzir seus efeitos de forma direta nas relações entre particulares, sem necessidade de mediação infraconstitucional²⁷⁰. Clever Vasconcelos adota a mesma linha de entendimento, mas busca limitar essa incidência ao afirmar que somente *certos direitos fundamentais podem ser aplicados nas relações entre particulares*²⁷¹.

Abrangendo os dois entendimentos, Luiz Araújo e Vidal Júnior entendem que, considerando ser a dignidade humana objeto e razão de ser, a aplicação dos direitos fundamentais não pode ser limitada às relações verticais, mas devem também incidir diretamente nas relações privadas, apresentando, todavia, suas ressalvas às situações em que a própria norma indique a necessidade de uma lei mediadora. André Tavares parece adotar este mesmo posicionamento, pois afirma que alguns direitos, em razão de sua própria hipótese de incidência ou estrutura, ficam a depender, por força da forma

Editores, 2005. [consult. 05 de julho de 2024]. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/26424866/virgilio-afonso-da-silva-a-constitucionalizacao-do-direito>.

²⁷⁰ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, pg. 103-104. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. No mesmo sentido, também temos: NETO, Manoel Jorge e S. *Curso de direito constitucional*, pg. 260. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2013; TAVARES, Andre Ramos. *Curso de direito constitucional*, pg. 162. 22ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2024.

²⁷¹ VASCONCELOS, Clever. *Curso de direito constitucional*, pg. 98. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022.

constitucional com a qual foram consagrados, de integração posterior, especificamente por meio de lei, possibilitando, portanto, que a própria Constituição venha a bloquear a aplicabilidade imediata de um direito, mesmo através do Poder Judiciário, desde que haja previsão expressa para tanto²⁷². Também seguindo esta via, Sylvio Motta corrobora o entendimento de Tavares ao apresentar exemplos de direito fundamental que depende de regulamentação pela legislação ordinária para que passe a produzir seus efeitos de forma integral, destacando, no entanto, que a ausência dessa regulamentação não implica na perda de força ou validade da norma constitucional, uma vez que a mera previsão de um direito ou garantia fundamental na Carta Magna, por si só, já produz efeito de revogar legislação anterior e tornar inconstitucional a legislação posterior que com ela seja incompatível²⁷³.

No contexto brasileiro, a desigualdade social, econômica e cultural existente, acentua a necessidade de uma aplicação direta dos direitos fundamentais, como bem destacam alguns autores²⁷⁴. Inclusive, Daniel Sarmiento e Fábio Gomes²⁷⁵ são enfáticos ao afirmar que um dos principais motivos que possibilita a aplicação direta dos direitos fundamentais no Brasil é justamente a vergonhosa desigualdade social no país, principalmente quando comparados com Alemanha e Estados Unidos, que adotam as teorias da eficácia mediata e a *state action*, respectivamente. Os juristas explicam que o quadro vivenciado pela sociedade brasileira justifica a incidência imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, diferentemente dos países de

²⁷² TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*, pg. 162. 22ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2024.

²⁷³ MOTTA cita como exemplo o art. 5º, inciso VII, da CF de 1988, *que prevê o direito à prestação de assistência religiosa nas entidades civil e militares de internação coletivas, “nos termos da lei”, ou seja, na forma como será disposto na futura lei reguladora. Apenas após a elaboração desta lei, passa tal direito a gozar de eficácia plena, integral.* MOTTA, Sylvio. *Direito Constitucional*, pg. 334. 29ª ed. Rio de Janeiro: Editora Método, 2021.

²⁷⁴ Neste sentido: MOMO, Maria Vitória Galvan; BONE, Leonardo Castro de; MOMO, Airton Amilcar Machado. O direito alemão e sua influência no direito comparado: a eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada, pg. 8. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 1–31, 2023. [consult. 23 de julho de 2024]. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/912>.

²⁷⁵ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho, pg. 82-84. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 77, n. 4, out./dez. 2011. [consult. 03 de julho de 2024]. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/28342>.

primeiro mundo, que têm como principal alvo os poderes públicos. Contudo, ressaltam os autores que mesmo nestes países vislumbra-se a possibilidade e necessidade da eficácia horizontal em algumas situações, o que reforça a indispensabilidade da aplicação direta em nosso ordenamento jurídico, sob pena de desamparo das garantias fundamentais.

Tendo isso em vista, nosso posicionamento alinha-se com o de Sarmento e Gomes, em conjunto com a de Roberto Barroso²⁷⁶, que sustenta a necessidade de aplicar diretamente e imediatamente os direitos fundamentais quando necessário, sobretudo em situações em que há desigualdade clara entre as partes ou quando estão em jogo bens essenciais que não podem ser comprometidos. Contudo, essa aplicação direta não deve ignorar a autonomia privada e a possibilidade de interpretação das cláusulas gerais e do direito infraconstitucional como um todo, sempre que possível. É essencial que esses elementos sejam elaborados, analisados e aplicados de uma forma que se revele compatível com a ordem objetiva dos valores constitucionais, viabilizando a proteção dos direitos fundamentais no processo de edição e aplicação da lei, mas sem se descuidar da tutela da autonomia privada.

Ainda assim, no cenário brasileiro não se pode dispensar a aplicação direta dos direitos fundamentais, uma vez que o destaque conferido a estes direitos na Constituição de 1988 consagrou a dignidade da pessoa humana como o princípio fundamental da ordem constitucional, favorecendo a irradiação de seus efeitos em todos os demais ramos do direito, protegendo os cidadãos tanto nas relações travadas com o Estado, como também nas relações privadas²⁷⁷. O artigo 5º, §1º, da CF/88, prevê, expressamente, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. O Supremo Tribunal Federal²⁷⁸, inclusive, tem adotado esse posicionamento e já firmou entendimento que o dispositivo do referido artigo é expresso, não tendo contemplado o

²⁷⁶ BARROSO, Luís R. *Curso de direito constitucional contemporâneo*, pg. 210. 12ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2024.

²⁷⁷ FAUTH, Juliana de Andrade. *Autonomia privada e a eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas*, pg. 5-6. Revista Direito UNIFACS, n. 192. Salvador: Revista Direito UNIFACS, 2016. [consult. 23 de julho de 2024]. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/4544>.

²⁷⁸ Alguns julgados serão analisados em tópico específico.

legislador constituinte nenhuma restrição à sua eficácia imediata, possibilitando, portanto, a incidência das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais em todas as relações jurídicas²⁷⁹.

Analisando outros ordenamentos jurídicos, podemos citar a Constituição da República Portuguesa que também prescreve, expressamente, em seu artigo 18º-1, a vinculação das entidades públicas e privadas aos direitos fundamentais²⁸⁰. Contudo, o dispositivo não estabelece a forma e a intensidade de como essa vinculação deverá ocorrer, se, de fato, ocorre da mesma forma como nas situações envolvendo o poder público²⁸¹. A princípio, entendemos que essa norma confere eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, porém, há quem sustente posicionamento diverso.

Canotilho busca harmonizar as divergências entre as teorias de eficácia mediata e imediata, apresentando uma terceira via, de solução diferenciada, que leva em consideração as especificidades dos direitos fundamentais e da autonomia privada²⁸². Vieira de Andrade, em outro posicionamento, acredita que os direitos fundamentais não devem ser aplicados contra outros particulares se estes se encontrarem em situação de igualdade de poder (material, social, técnica), devendo, no entanto, haver respeito aos valores objetivos pregados pela Constituição. Por outro lado, se houver uma disparidade de poderes na

²⁷⁹ “consoante regra insculpida no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, pois não contemplara o legislador constituinte nenhuma condição ou restrição à sua eficácia imediata, e, outrossim, não havendo bloqueio constitucional quanto à irradiação de efeitos dos direitos fundamentais às relações jurídicas não verticais (Estado–particular), tem-se que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm campo de incidência em qualquer relação jurídica, seja ela pública, mista ou privada (eficácia horizontal), donde os direitos fundamentais assegurados pela Carta Política vinculam não apenas os poderes públicos, alcançando também as relações privadas”. STF - ARE: 1004745 DF - DISTRITO FEDERAL 0013592-45.2000.8.07.0001, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 26/10/2016, Data de Publicação: DJe-242 16/11/2016. [consult. 23 de julho de 2024]. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/877151924>. MORAES, Alexandre. *D. Direito Constitucional*, pg. 37. 40ª ed. Atlas, 2024.

²⁸⁰ Art. 18º. 1. *Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.* [consult. 23 de julho de 2024]. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>.

²⁸¹ MENDES, Gilmar. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade - Estudos de Direito Constitucional*. pg. 125-126. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2012.

²⁸² Canotilho diz que “Esta eficácia, para ser compreendida com rigor, deve ter em consideração a multifuncionalidade ou pluralidade de funções dos direitos fundamentais, de forma a possibilitar soluções diferenciadas e adequadas, consoante o «referente» de direito fundamental que estiver em causa no caso concreto.”. CANOTILHO. J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, pg. 595-596. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

relação, com base no princípio da igualdade, poderão ser aplicados diretamente os direitos fundamentais, visando obter maior equilíbrio na relação²⁸³.

Na Alemanha, em via diversa, apesar de ter sido o local onde se desenvolveu e se aplicou a teoria da eficácia imediata em um primeiro momento, não se adota, atualmente, o mesmo posicionamento, optando pela aplicação da teoria da eficácia mediata, pois o Tribunal Constitucional alemão entende que os direitos fundamentais não se destinam a solver diretamente os conflitos de direito privado, mas sim mediante os meios colocados à disposição pelo próprio sistema jurídico, devendo a ordem de valores formulada pelos direitos fundamentais ser fortemente considerada na interpretação do direito privado²⁸⁴.

Seguindo o entendimento do Tribunal alemão, os críticos da teoria da eficácia imediata sustentam que a aplicação direta dos direitos fundamentais poderia suprimir o princípio da autonomia privada, alterando profundamente o significado do direito privado como um todo²⁸⁵. Neste sentido, nas palavras de Konrad Hesse, “superpor o Direito Constitucional ao Direito Privado pode comportar sensível restrição da autonomia privada e, por isso, considerável limitação da liberdade responsável, modificando de forma essencial, portanto, a natureza e o significado do Direito Privado”²⁸⁶. Em alerta ao referido ensinamento, André Tavares destaca que a aplicabilidade da eficácia direta e imediata pode acabar constitucionalizando todo o Direito e todas as relações particulares, conduzindo o direito privado a segundo plano, além de transformar

²⁸³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e Garantias no âmbito das relações entre particulares, pg. 254-255. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, direitos fundamentais e direito privado, 3.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, *apud*, MOMO, Maria Vitória Galvan; BONE, Leonardo Castro de; MOMO, Airton Amilcar Machado. O direito alemão e sua influência no direito comparado: a eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada, pg. 13-14. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 1–31, 2023. [consult. 23 de julho de 2024]. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/912>. Acesso em: 23 jul. 2024.

²⁸⁴ MENDES, Gilmar. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade - Estudos de Direito Constitucional*, pg. 127. 4.^a ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2012.

²⁸⁵ Neste sentido, temos: MENDES, Gilmar. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade - Estudos de Direito Constitucional*, pg. 125. 4.^a ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2012; VASCONCELOS, Clever. *Curso de direito constitucional*, pg. 98. 8.^a ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022.

²⁸⁶ HESSE, Konrad. *Série IDP - Temas fundamentais do Direito Constitucional*, pg. 61. 1.^a ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2009.

o Tribunal Constitucional em verdadeira Corte de Revisão, uma vez que todas as relações sociais teriam natureza constitucional²⁸⁷.

Além disso, Sarmento e Gomes, defensores da teoria imediata, mencionam algumas críticas de outros doutrinadores quanto à aplicabilidade direta dos direitos fundamentais. Esses críticos argumentam que essa prática pode gerar insegurança jurídica, pois permite que conflitos privados sejam resolvidos com base em princípios constitucionais vagos e abstratos, cuja aplicação frequentemente é imprevisível²⁸⁸.

Por fim, devemos destacar que a prática da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, além de ser tema de debates doutrinários, pode ser algo muito complexo de ser realizado em um caso concreto, uma vez que os sujeitos dessas relações são igualmente titulares de direitos e postulam, em princípio, a mesma proteção, diferente do que ocorre em uma relação vertical²⁸⁹. Isso significa que, para esta teoria, apesar de desnecessária a intermediação por meio de normas infraconstitucionais, sua aplicabilidade (direta) nas relações entre privados não ocorre da mesma forma e com a mesma intensidade como se faz nas relações com o poder público, posto que os particulares igualmente desfrutam de proteção constitucional à autonomia da vontade²⁹⁰. Tal fato acaba por complexificar a situação, dificultando uma solução à questão conflitante, uma vez que há a presença de outra pessoa privada no polo contrário, que igualmente

²⁸⁷ Porém, o autor afirma que nas situações de absoluta omissão do legislador, somente os direitos constitucionalmente fundados poderiam ser suporte para solução imediata de relação privada. TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*, pg. 163. 22^a ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2024.

²⁸⁸ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho*, pg. 84. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 77, n. 4, out./dez. 2011. [consult. 03 de julho de 2024]. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/28342>

²⁸⁹ Neste sentido, temos: MENDES, Gilmar. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade - Estudos de Direito Constitucional*, pg. 125. 4^a ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2012; VASCONCELOS, Clever. *Curso de direito constitucional*, pg. 98. 8^a ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022.)

²⁹⁰ ZAMORANO, Fernanda Raso. *Um olhar sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares*, pg. 91. Observatório da Jurisdição Constitucional, [S. l.], n. 2, 2014. [consult. 22 de julho de 2024]. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/995>.

poderá invocar, a seu favor, um direito fundamental para combater direito de natureza idêntica praticado por outro particular²⁹¹.

Em outras palavras, os direitos fundamentais são garantias fortes, considerados verdadeiros trunfos, comumente utilizados pelo indivíduo contra o Estado. Este, por sua vez, deverá apresentar em sua defesa argumentos suficientemente poderosos para justificar o ato praticado, a fim de comprovar que sua realização era mais do que necessária, quase imprescindível. Ou seja, na relação vertical, o direito fundamental apenas cederá se o ente público for capaz de encontrar uma justificação de peso intrínseco e indiscutível para fundamentar a restrição causada. Porém, o mesmo não acontece quando há um outro particular como destinatário dos direitos fundamentais, pois este, ao mesmo tempo, é igualmente titular de direito fundamental, e poderá opor, a seu favor, direito da mesma natureza e com a mesma carga de valores, causando um complexo conflito entre trunfos constitucionais²⁹². Neste cenário hipotético, como resolver qual direito fundamental deverá prevalecer?

5.1.2.1. O conflito de direitos fundamentais e a técnica de ponderação

Para Robert Alexy, em sede de colisão de direitos fundamentais²⁹³, por ostentarem natureza de princípios e possuírem grande carga axiológica, deverá haver um sopesamento e ponderação dos direitos colidentes, analisando-se o caso concreto, para que prevaleça o princípio de maior peso valorativo. Isso implica dizer que deverá ser investigado a “importância” e o “peso” dos princípios

²⁹¹ HESSE, Konrad. *Série IDP - Temas fundamentais do Direito Constitucional*, pg. 61-62. 1ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2009.

²⁹² MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*, pg. 112. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.), *apud*, NOVAIS, Jorge. *Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Org.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*, pg. 371. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

²⁹³ *Ocorre colisão de direitos fundamentais, quando um exercício de um direito fundamental restringe o exercício de direito de idêntica natureza pertencente ao outro titular*. SAES, Wandimara Pereira dos Santos. *Colisão de direitos fundamentais: princípio da dignidade humana como critério material de ponderação*, pg. 115-138. *Revista de Direito Constitucional e Internacional: RDCl*, v. 19, n. 76, jul./set. 2011. *Revista dos Tribunais*, 2011. [consult. 22 de julho de 2024]. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://www.cjf.jus.br/caju/colisao.direitos.fundamentais_1.pdf&ved=2ahUKEwiTsrd27GHAXWmC7kGHUoHAhgQFnoECBEQAQ&usq=AOvVaw2n5kwHLyBdU2gob22MTHyJ.

concorrentes, com a finalidade de se descobrir qual deles terá preferência nas circunstâncias do caso concreto²⁹⁴.

Neste sentido, Pedro Lenza compartilha do mesmo entendimento ao afirmar que, em ocorrendo a colisão de direitos, indispensável torna-se a ponderação de interesses à luz da razoabilidade e da concordância prática ou harmonização. Não sendo possível a harmonização, deverá o Judiciário avaliar qual dos interesses deverá prevalecer²⁹⁵.

Daniel Sarmento²⁹⁶ perfilha a mesma linha de raciocínio e afirma que a incidência dos direitos fundamentais entre particulares envolve um problema de ponderação com a autonomia privada, devendo esta ser realizada primeiramente pelo legislador²⁹⁷, mas, em caso de ausência ou inadequação de norma em relação aos valores constitucionais colidentes, caberá ao magistrado realizar a ponderação. Esta, por sua vez, conforme ensinamentos de Ingo Sarlet²⁹⁸, deverá considerar as circunstâncias do caso concreto, as peculiaridades dos direitos envolvidos, seu âmbito de proteção (extensão e limites de cada um) e a busca

²⁹⁴ Neste sentido: SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, pg. 153-154. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. [consult. 05 de julho de 2024]. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/26424866/virgilio-afonso-da-silva-a-constitucionalizacao-do-direito>; e SAES, Wandimara Pereira dos Santos. Colisão de direitos fundamentais: princípio da dignidade humana como critério material de ponderação, pg. 115-138. *Revista de Direito Constitucional e Internacional: RDCl*, v. 19, n. 76, jul./set. 2011. *Revista dos Tribunais*, 2011. [consult. 22 de julho de 2024]. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://www.cjf.jus.br/caju/colisao.direitos.fundamentais_1.pdf&ved=2ahUKewiTsrd27GHAXWmC7kGHUoHAhgQFnoECBEQAQ&usq=AOvVaw2n5kwHlyBdU2gob22MTHyJ.

²⁹⁵ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*, pg. 1181. 24ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.

²⁹⁶ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*, pg. 260-261. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, *apud*, RUAS, Celiana Diehl. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares para ponderação de interesses*, pg. 55. *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos, [S. l.]*, v. 8, n. 2, p. 45-73, 2016. [consult. 23 de julho de 2024]. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/9991>.

²⁹⁷ Segundo Steinmetz e Cristhian M. De Marco, para Robert Alexy, essa teoria tem como primeiro destinatário o juiz. STEINMETZ, Wilson.; MARCO, Cristhian Magnus De. *A eficácia horizontal dos direitos fundamentais na teoria de Robert Alexy*, pg. 513. *Revista da AJURIS - QUALIS A2, [S. l.]*, v. 41, n. 134, 2014. [consult. 24 de julho de 2024]. Disponível em: <https://revistadaajuris.ajuris.org.br/index.php/REVAJURIS/article/view/212>.

²⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira*, pg. 28-29. In: *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 3ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

por um equilíbrio que permita a coexistência prática dos direitos em conflito (concordância prática)²⁹⁹.

Em adendo ao exposto, para que seja realizada a técnica de ponderação, George Marmelstein³⁰⁰ cita alguns parâmetros, destacados por Daniel Sarmento, a serem considerados: (i.) a desigualdade de poder entre as partes (relação assimétrica); (ii.) e a natureza da questão sobre a qual versa a controvérsia.

No primeiro ponto, o autor afirma que dentro de uma relação jurídica entre privados, em havendo paridade entre as partes envolvidas, a incidência dos direitos fundamentais acontece para impor e garantir um mínimo de respeito à dignidade da pessoa humana. No entanto, uma eventual presença de assimetria de poder entre elas tende a comprometer a autonomia de vontade da pessoa mais fraca, o que acaba por vulnerabilizar seus direitos fundamentais. Isso significa que a capacidade de tomar decisões livremente pode ser limitada devido à pressão ou à influência da parte mais forte. Conseqüentemente, quanto maior for a desigualdade na relação jurídica, maior a vinculação do mais forte aos direitos fundamentais em questão e menor a tutela da autonomia privada, ou seja, será necessário um maior compromisso da parte mais forte com os direitos fundamentais em jogo, restringindo o espaço de liberdade dos contratantes, para garantir, proteger ou equilibrar a desigualdade de poder existente³⁰¹.

²⁹⁹ Neste sentido, Ana Paula de Barcellos afirma que “A interpretação dos direitos não poderá esvaziar um direito em detrimento de outro, devendo promover a concordância prática entre eles: trata-se de uma decorrência, como já se viu, da unidade da Constituição. A metodologia mais utilizada para promover esse resultado é a chamada técnica da ponderação”. BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de Direito Constitucional*, pg. 160. 5ª ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023.

³⁰⁰ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*, pg. 349. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, *apud*, SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*, pg. 239. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

³⁰¹ Seria o caso, por exemplo, de uma relação de empregador e empregado, em que o primeiro se encontra em posição de autoridade e controle das condições de trabalho, salário, horário, e o segundo em posição contratual de maior vulnerabilidade, com a autonomia de escolha em aceitar ou não certas condições do emprego. A autonomia do empregador em definir o horário de trabalho e termos salariais é restringida por lei e convenções para garantir a dignidade do empregado, ao passo que a autonomia do empregado também pode ser restrita para própria proteção da saúde e bem-estar, como nos casos em que as normas determinam a utilização dos equipamentos de proteção para que possa executar o trabalho. Outro exemplo que podemos citar reside na relação de consumo, onde, *v.g.*, de um lado temos uma empresa mundialmente conhecida, com recursos financeiros e técnicos, e do outro um consumidor adquirindo seu produto: as leis consumeristas intervêm para equilibrar a relação, não podendo haver, por exemplo, uma compra baseada em uma propaganda enganosa ou um contrato com cláusulas abusivas.

No segundo ponto, o autor pondera a necessidade de se observar a natureza da questão controvertida, ou seja, se o conflito versa sobre matéria relacionada às questões existenciais da pessoa, do ser humano, ou se está mais voltado para assuntos de cunho econômico ou patrimonial. Para o jurista, se a controvérsia gravitar sobre questões fundamentais para a vida de uma pessoa, tende a ser preservada a autonomia privada, concedendo maior liberdade ao indivíduo para que possa exercer seu direito e tomar suas decisões; em contrapartida, nos casos em que a autonomia do sujeito de direito se relacionar à decisões baseada em motivos econômicos ou patrimoniais, há uma tendência a restringir a autonomia em prol da proteção de outros direitos fundamentais que possam estar em conflito, ressalvadas as situações em que os bens patrimoniais sejam considerados essenciais à dignidade da pessoa humana, como saúde, moradia ou educação, situação em que a liberdade de escolha será menor para que não haja supressão desses direitos.

Desta forma, diante da complexidade dos conflitos que ocorrem nas relações jurídicas entre partes privadas, a técnica de ponderação proposta por Daniel Sarmento, citada por George Marmelstein, revela-se essencial para a efetiva aplicação dos direitos fundamentais. A análise da desigualdade de poder evidencia a necessidade de um compromisso mais rigoroso da parte mais forte na proteção dos direitos da parte mais vulnerável, mitigando, assim, a assimetria que poderia comprometer a autonomia privada e, conseqüentemente, os direitos fundamentais dessa parte. Paralelamente, a consideração da natureza dos direitos em conflito permite discernir entre a preservação da autonomia em questões existenciais e a restrição justificada em decisões de natureza econômica ou patrimonial, buscando sempre conciliar a liberdade de escolha com a proteção dos direitos essenciais à dignidade humana. Nesse contexto, a técnica de ponderação emerge como um instrumento crucial para garantir a justiça e o equilíbrio nas relações jurídicas, assegurando que a aplicação dos direitos fundamentais ocorra de forma sensível e adaptada às especificidades de cada caso.

Contudo, Virgílio Afonso da Silva diverge da proposta apresentada por Sarmento, argumentando que a simples existência de desigualdades materiais

não deve ser o único critério para determinar a necessidade de proteção jurídica. Ele sustenta que a autonomia privada e a sinceridade nas escolhas individuais podem ser mais determinantes do que a desigualdade material em si. Um exemplo utilizado por Silva são os participantes de reality shows, onde a desigualdade de poder entre os indivíduos e as grandes redes de mídia é evidente, porém, a liberdade de escolha dos participantes não é necessariamente comprometida. Ele argumenta que os participantes dos reality shows escolhem voluntariamente se expor, mesmo cientes das consequências e restrições à sua privacidade. Portanto, a autenticidade das vontades expressas deve ser valorizada independentemente das disparidades externas. Segundo ele, a análise da autonomia privada e das circunstâncias concretas de cada caso deve ser prioritária, evitando-se a aplicação automática de proteções legais baseadas unicamente em critérios de desigualdade material. Essa crítica enfatiza a complexidade das relações privadas e a necessidade de um exame cuidadoso das condições específicas de cada situação conflituosa, antes de se aplicar diretamente os direitos fundamentais³⁰².

Todavia, isoladamente, entendemos que a crítica de Silva não se sustenta, pois, como bem ressalta Marmelstein³⁰³, a assimetria/desigualdade fática tem importância e influência à comprovação da sinceridade no exercício da autonomia privada, sendo este um critério revestido de um subjetivismo muito mais intenso do que o da desigualdade material, o que acaba por dificultar a comprovação e convalidação do ato³⁰⁴. Para melhor exemplificar, uma empresa detentora de recursos e posição privilegiada no mercado impõe condições contratuais que podem não ser igualmente negociáveis para o outro particular, especialmente diante da necessidade de manter ou conseguir aquilo que a parte vulnerável está almejando. Assim, mesmo que este consinta com a restrição dos

³⁰² SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos fundamentais e relações entre particulares*, pg. 176-177. Revista Direito FGV, v. 1, n. 1, maio, 2005, pgs. 173-180. [consult. 23 de julho de 2024]. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/revdireitogv/article/view/35274>.

³⁰³ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*, pg. 349. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

³⁰⁴ RUAS, Celiana Diehl. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares para ponderação de interesses*, pg. 56. Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos, [S. l.], v. 8, n. 2, p. 45-73, 2016. [consult. 23 de julho de 2024]. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/9991>.

seus direitos fundamentais, isso estaria ocorrendo em um contexto em que a sua capacidade de negociação poderia estar limitada pela disparidade de poder, podendo implicar em uma falsa ou coagida expressão de sua vontade.

Por fim, há também que se destacar a proposta apresentada por Steinmetz³⁰⁵ à solução dos conflitos entre particulares. Para o autor, é imperioso que a questão seja analisada à luz do princípio da proporcionalidade, pois entende que a tensão entre autonomia da vontade e direitos fundamentais pode ser caracterizada como colisão de princípios, em razão da evidente limitação de possibilidades que um causa ao outro quando entram em conflito. Para tanto, o método descrito por Steinmetz analisa, primeiramente, (i.) a relação entre o meio que causara a restrição de direito e a finalidade pretendida pela medida restritiva adotada; (ii.) deve-se também analisar se o objetivo pretendido é permitido ou não contraposto pela Constituição; (iii.) por fim, examina-se, ainda, se a restrição do direito fundamental é adequada³⁰⁶, necessária³⁰⁷ e proporcional³⁰⁸ em relação ao fim pretendido.

Para ilustrar e exemplificar a proposta de Steinmetz, trazemos à baila um questionamento hipotético feito por Gabriel Ricartes³⁰⁹, em sua obra *“Eficácia horizontal dos direitos fundamentais: o princípio da proporcionalidade e as relações de trabalho”*: pode uma empresa contratar uma trabalhadora para realizar serviços de informática, condicionando a manutenção do contrato de trabalho à realização de um teste de gravidez no momento de admissão e, além disso, obter uma concordância da trabalhadora com uma demissão por justa causa, caso esta venha a engravidar durante o contrato de trabalho?

³⁰⁵ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, pg. 218-219. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. Pg. 218-219, *apud*, RUAS, Celiana Diehl. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares para ponderação de interesses*, pg. 58. Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos, [S. l.], v. 8, n. 2, p. 45–73, 2016. [consult. 23 de julho de 2024]. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/9991>.

³⁰⁶ A medida restritiva é adequada para alcançar o objetivo pretendido?

³⁰⁷ A medida é realmente necessária ou poderia haver outra forma de alcançar o mesmo objetivo sem restringir tanto o direito fundamental?

³⁰⁸ A medida é proporcional em relação ao objetivo, ou seja, o benefício de alcançar o objetivo justifica a restrição do direito fundamental?

³⁰⁹ RICARTES, Gabriel Ocampos. *Eficácia horizontal dos direitos fundamentais: o princípio da proporcionalidade e as relações de trabalho*, pg. 186-187. Revista Videre, [S. l.], v. 8, n. 15, p. 162–183, 2016. [consult. 24 de julho de 2024]. Disponível em: <https://ojs.ufgd.edu.br/videre/article/view/4675>.

Ricartes inicia a análise da situação hipotética com a exigência do teste de gravidez no momento de admissão, indicando a existência de conflito entre a autonomia privada do empregador e o direito à intimidade e privacidade da empregada. Demonstra o autor que o empregador assume diversos ônus ao contratar uma pessoa grávida, como licença maternidade, intervalos para a amamentação e garantia provisória de emprego. Portanto, para ponto de vista do empregador, que visa a redução dos riscos e custos à empresa, essa medida aparenta ser a adequada à proteção da empresa (o meio escolhido foi o teste de gravidez; o fim pretendido é a proteção da empresa). Por outro lado, a medida escolhida pode ser considerada razoável para justificar a restrição do direito fundamental da funcionária? A redução dos custos e riscos da empresa justificam a violação da privacidade da empregada? Certamente não. Não há proporcionalidade entre o ganho patrimonial da empresa e o direito fundamental pessoal da funcionária, que possui maior proteção constitucional, principalmente por estar ligado à intimidade, direito diretamente conectado à dignidade da pessoa humana.

No tocante à cláusula que prevê a demissão por justa causa em caso de gravidez, o conflito versaria sobre a autonomia do empregador (em razão dos mesmos riscos acima citados) com o valor fundamental da família da empregada, prezado e garantido pela Constituição: seria o ganho patrimonial da empresa mais relevante que a formação e preservação da família do trabalhadora? Analisa-se, portanto, à luz da proporcionalidade de Steinmetz.

De uma forma ou de outra, observa-se no exemplo hipotético, que para realizar a ponderação também devemos levar em consideração a desigualdade entre os contratantes, a natureza da questão sobre a qual versa a controvérsia (patrimonial/existencial), e a influência destes quesitos na autenticidade da autonomia das partes, ou seja, ao aceitar os termos do trabalho e concordar com a restrição de direitos fundamentais, a parte mais fraca, que necessita do emprego, realmente expressou sua verdadeira vontade?

Percebe-se, portanto, que o verdadeiro desafio reside em encontrar e estabelecer critérios para a realização da ponderação, uma vez que cada caso concreto apresenta peculiaridades únicas, envolvendo diferentes conflitos entre

direitos fundamentais e autonomia privada. A doutrina tem buscado desenvolver fórmulas que facilitem a resolução desses conflitos, procurando tornar procedimento mais racional e objetivo, além de garantir maior segurança jurídica, sem, contudo, desconsiderar a subjetividade inerente a cada situação. Percebemos que não há uma fórmula correta ou adequada à solução da colisão de direitos fundamentais, mas é certo que o debate doutrinário e os estudos desenvolvidos se completam e trabalham em prol um fim justo e equilibrado. Para tanto, é essencial considerar todos os detalhes de um caso concreto, analisando a natureza dos direitos em colisão, a condição de igualdade entre as partes, além de todas as questões subjetivas presentes na relação privada, para que seja determinada a intensidade de vinculação do particular com o direito fundamental envolvido.

Para melhor compreensão do estudo, após à análise das teorias que negam eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas (próximo tópico), faremos uma análise jurisprudencial da Suprema Corte Brasileira, a fim de obter uma melhor noção sobre como funciona a aplicação prática dos direitos fundamentais em casos concretos.

5.2. Teorias que negam a eficácia horizontal dos direitos fundamentais

Apesar da irradiação dos direitos fundamentais ao espaço privado ser considerada uma dimensão amplamente aceita³¹⁰, devemos ressaltar que existem posições contrárias que negam a eficácia dos direitos fundamentais nas

³¹⁰ Ana Paula Araújo de Holanda e Valter Mora do Carmo destacam que algumas Cartas Constitucionais positivaram a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares, citando como exemplo a Constituição de Portugal de 1976 (*art. 18º, 1 - os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas*), a Constituição da Suíça de 2000 (*art. 35.5. - as autoridades públicas devem cuidar para que os direitos fundamentais, na medida em que sejam aptos para tanto, tenham eficácia também nas relações entre privados*) e diz que no Brasil, o art. 5º, §1º, da CF/88, não expressa claramente quem são os destinatários finais dos direitos fundamentais (no entanto, afirma que *as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*). HOLANDA, Ana Paula Araújo de; CARMOS, Valter Mora do. *A mediação como forma de tutela extrajudicial privada dos direitos fundamentais*, pg. 412-414. In: MIRANDA, Jorge. *Direitos fundamentais: uma perspectiva de futuro*. São Paulo: Atlas, 2013.

relações entre particulares, sustentando, em síntese, que a teoria da eficácia horizontal traria riscos à liberdade contratual e à autonomia privada, causando uma possível ruína do sistema civil³¹¹, além de atribuir ao Poder Judiciário amplos e indeterminados poderes à interpretação das normas abertas consubstanciadoras dos direitos fundamentais, resultando em verdadeira insegurança jurídica e imprevisão de resultados³¹².

Isto posto, passemos à análise das duas teorias mais marcantes que negam a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares.

5.2.1. Teoria da convergência estatista

A teoria da convergência estatista, desenvolvida na Alemanha por Jürgen Schwabe, sustenta que toda lesão de direito fundamental entre particulares deve ser imputada ao Estado. Para esta teoria, o Estado é o responsável pela permissão ou não permissão do ato que gerou a ofensa³¹³, sendo seu dever fiscalizar os atos praticados particulares e, conseqüentemente, o responsável pelos atos praticados no exercício da autonomia privada, uma vez trata-se de um resultado da concessão feita pelo Estado para que os particulares pratiquem livremente as mais diversas condutas³¹⁴. Em outras palavras, Schwabe entende que eventuais violações de direitos fundamentais são sempre oriundas do Estado, já que a esse incumbe o dever precípua de proteger esses direitos.

³¹¹ HOLANDA, Ana Paula Araújo de; CARMOS, Valter Mora do. *A mediação como forma de tutela extrajudicial privada dos direitos fundamentais*. pg. 413-415. In: MIRANDA, Jorge. *Direitos fundamentais: uma perspectiva de futuro*. São Paulo: Atlas, 2013.

³¹² LIMA, Luciana Resende de Souza. *A eficácia horizontal dos direitos fundamentais*, pg. 18-19. Artigo Científico apresentado na Escola de Magistratura do Estado do rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2013. [consult. 03 de julho de 2024]. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://www.emerj.tjrj.us.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2013/trabalhos_12013/LucianaResendeSouzaLima.pdf&ved=2ahUKEwi42fn6l4yHAXVRqJUCHTBDCrAQFnoECBwQAQ&usg=AOvVaw2W2AADIf4h6lqEWITz3e9R.

³¹³ POLIPPO, Micheli. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, pg. 566-568. *Revista Eletrônica Direito e Política, [S. l.]*, v. 3, n. 3, p. 566–588, 2008. DOI: 10.14210/rdp.v3n3. [consult. 04 de julho de 2024]. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/article/view/7336>.

³¹⁴ BUDEL, Diego Gabriel Oliveira. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*, pg. 89-100. Trabalho apresentado ao curso de Mestrado em Políticas Sociais e Cidadania na matéria de Direitos Fundamentais e Efetividade dos Direitos Sociais na Universidade Católica de Salvador. Anais da 21ª SEMOC, ISSN 2448-1858. Salvador, 2018. [consult. 04 de julho de 2024]. Disponível em: <http://104.156.251.59:8080/jspui/handle/prefix/1032>.

Desta forma, em última análise, ainda que ocorra uma ofensa de direito fundamental entre particulares, seria o ente público considerado o responsável por tal ofensa, pois teria este falhado no seu dever de proteção, dispensando-se, assim, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais³¹⁵.

Portanto, percebe-se que essa doutrina entende que as violações causadas por atores privados aos direitos fundamentais devem ser atribuídas ao Poder Público, posto que se o Estado não evita que essas transgressões ocorram, então as permite, devendo por isso ser responsabilizado, uma vez que é sobre ele quem decai o dever geral de proteger tais direitos³¹⁶. Neste sentido, entende o jurista alemão que incumbe ao legislador permitir ou não permitir determinada ação, bem como cabe ao Poder Judiciário interpretar e aplicar a lei ao caso, razões estas que, segundo o autor, sustentam o viés público dos direitos fundamentais, oponíveis, conseqüentemente, apenas em face do Estado. Tendo isso em vista, torna-se inútil a diferenciação entre direito público e privado, porquanto, toda violação de direitos fundamentais será, em última vertente, de responsabilidade estatal³¹⁷.

Contudo, ressalta-se que a referida teoria, além de minoritária, é alvo de críticas. Steinmetz discorda da tese de Schwabe, pois acredita ser inviável atribuir ao Estado a participação e a responsabilidade por ofensas praticadas por privados contra direitos fundamentais, pois isso incentivaria o desrespeito e irresponsabilidade dos particulares para com esses direitos³¹⁸. No mesmo sentido, Rabelo Neto afirma que a autonomia privada não decorre de uma

³¹⁵ SARLET, Ingo W. *Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, pg. 223-225. Boletim Científico: Escola Superior Do Ministério Público da União, a. 4., n. 16., Brasília, jul./set. 2005. [consult. 04 de julho de 2024]. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoescientificas/index.php/boletim/article/view/201/181>. Acesso em 04 de julho de 2024.

³¹⁶ HOLANDA, Ana Paula Araújo de; CARMOS, Valter Mora do. *A mediação como forma de tutela extrajudicial privada dos direitos fundamentais*, pg. 415. In: MIRANDA, Jorge. *Direitos fundamentais: uma perspectiva de futuro*. São Paulo: Atlas, 2013.

³¹⁷ SANTOS, Adriana Aparecida Soares de Souza. *A Aplicabilidade dos Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares: Análise das Teorias de Eficácia do Direito Constitucional*, pg. 17-18. Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2010. [consult. 04 de julho de 2024]. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2010/trabalhos_22010/adrianasantos.pdf.

³¹⁸ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, pg. 175-177. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

autorização estatal, sendo esta pré-estatal. Além disso, o autor também entende ser um equívoco a imputação de responsabilidade ao Estado pela prática de uma conduta humana violadora de direitos fundamentais, pelo simples fato de não a ter impedido, uma vez que isso tornaria o poder público responsável por toda ação permitida (ou não proibida) pelo ordenamento jurídico³¹⁹.

De igual forma, Vieira de Andrade é outro jurista que reputa a teoria de Schwabe, pois afirma que os atos praticados pelos indivíduos é fruto do princípio da liberdade, onde a atuação dos privados não ocorre por delegação estatal, sendo, portanto, responsáveis por seus próprios atos. O Estado, por sua vez, somente poderá ser responsabilizado nos casos em que houver um descumprimento do seu dever, ou seja, a não observância de um dever específico por parte do legislador, ou de um dever específico de cumprimento da lei pelo poder administrativo ou judicial³²⁰. Por fim, Thiago Sombra é ainda mais incisivo ao criticar a referida teoria, pois afirma que nem em um estado totalitário, no qual o aparato estatal está por toda parte e a atividade pública de intervenção é incessante, poderia a teoria de Schwabe ser considerada válida. O jurista afirma que, além de ser impossível efetuar a tutela pormenorizada de todas as relações jurídicas formadas entre os indivíduos, também não se vislumbraria, via de regra, em caso de conduta omissiva do ente público, um nexo de causalidade minimamente plausível entre a ação desencadeadora da lesão e a responsabilidade civil objetiva do Estado³²¹.

Realizadas tais considerações, percebemos que embora a teoria da convergência estatista não aceite a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ela não nega a ocorrência de conflito destes direitos entre particulares, bem como não se omite da busca pela solução deles, mas tão somente imputa ao

³¹⁹ NETO, Luiz Octaviano Rabelo. *A dimensão objetiva dos direitos fundamentais como fundamento para vinculação dos particulares*. Universidade Federal de Santa Catarina, 2011. [consult. 04 de julho de 2024]. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/dimens%C3%A3o-objetiva-dos-direitos-fundamentais-como-fundamento-para-vincula%C3%A7%C3%A3o-dos-particulare>.

³²⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, pg. 258. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2006.

³²¹ SOMBRA, Thiago Luís Santos. *O Supremo Tribunal Federal e a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares*, pg. 62-63. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, v. 65/66. Pg. 29-86, jan./dez. 2007. São Paulo: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2007. Pg. 62-63. [consult. 04 de julho de 2024]. Disponível em: <https://revistas.pge.sp.gov.br/index.php/revistapegesp/issue/view/141>.

Estado a responsabilidade pela lesão causada pelo particular, posto que, para os defensores desta teoria, seria o próprio ente público quem teria permitido a ocorrência do dano³²². Ainda assim, as críticas, ao nosso ver, parecem adequadas, pois pontuam, assertivamente, a inviabilidade de fiscalização e de responsabilidade integral do Estado pelos atos praticados por terceiros.

5.2.2. State Action

Também conhecida como teoria da ineficácia horizontal dos direitos fundamentais³²³, a doutrina *state action*, desenvolvida nos Estados Unidos (e com forte aceitação no Canadá³²⁴), tem como base a concepção do Estado Liberal Clássico, que vincula somente os poderes públicos aos direitos fundamentais, rechaçando, geralmente, sua aplicação nas relações privadas³²⁵, exceto nos casos em que houver alguma violação por parte do Estado ou de um agente particular no exercício de uma atividade pública.

Trata-se de uma construção jurisprudencial desenvolvida pela Suprema Corte dos Estados Unidos, e segue o entendimento da corrente minoritária de que os direitos fundamentais não podem ser aplicados nas relações privadas,

³²² SARLET, Ingo W. *Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, pg. 226. Boletim Científico: Escola Superior Do Ministério Público da União, a. 4., n. 16., Brasília, jul./set. 2005. [consult. 04 de julho de 2024]. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoescientificas/index.php/boletim/article/view/201/181>.

³²³ Assim chamado por Rafael Lazari e Ana Carolina Pazin Costa. LAZARI, Rafael José Nadim de; COSTA, Ana Carolina Pazin. Teoria da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais e o seu reconhecimento no Brasil, pg. 58-59. Revista do Direito Público, Londrina, v. 18, n. 3, p. 54-67, dez. 2023. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2023v18n3p.54-67. ISSN: 1980-511X. [consult. 05 de julho de 2024]. Disponível em: <https://doaj.org/article/c8c3b0f68ad44ff388b1de9e9c974689>.

³²⁴ BAHIA, Saulo Casali; RIBEIRO, Filipe Xavier. *A (In)Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais: qual a Teoria mais Eficiente ao Implemento do Desenvolvimento Humano e da Igualdade Social?*, pg. 191. In: Economic Analysis of Law Review, v. 13., nº 3., pg. 186/215, out./dez. 2022. Brasília: Universidade Católica de Brasília, 2022. [consult. 05 de julho de 2024]. Disponível em <https://research-ebsco-com.sbproxy.fgv.br/linkprocessor/plink?id=2d1732d5-b13d-3e98-b16e-ca33e09a1417>.

³²⁵ Referindo-se ao pensamento liberal sobre o destinatário dos direitos fundamentais, José Carlos Vieira de Andrade afirma que “*submeter a atividade dos sujeitos privados aos mesmos vínculos que limitam a ação do Estado significaria transformar os direitos em deveres, invertendo o seu sentido.*”. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares*, pg. 276. In: SARLET, W. Ingo. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

mas tão somente perante o Estado (sujeito passivo). Neste contexto, a Constituição é um instrumento limitado e aplicável à atuação estatal, não vinculando os cidadãos perante outros particulares³²⁶, devendo as relações privadas serem regidas por leis infraconstitucionais³²⁷. Dessa maneira, a doutrina do *state action* adota uma visão quase universal de que os direitos fundamentais, estabelecidos no *Bill of Rights* da Carta Estadunidense, impõem limitações apenas para os Poderes Públicos (com exceção apenas da 13ª Emenda, que proibiu a escravidão, porquanto também ser dirigida aos particulares), justificando tal pensamento na literalidade do texto constitucional (que se refere, categoricamente, ao Poder Público), bem como no fato de que a *state action* preservaria o espaço de autonomia dos Estados (afinal de contas, nos Estados Unidos, é competência dos Estados legislar sobre direito privado, e não da União)³²⁸. Assim, as cortes federais estariam impedidas de intervir nas relações privadas, blindando os particulares dos arbítrios estatais³²⁹. Contudo, devemos destacar que a referida teoria, atualmente, é flexibilizada.

A flexibilização por parte da Suprema Corte acerca da *state action* iniciou-se com o caso *Shelley v. Kramer*, em matéria de discriminação racial em um contrato de direito privado³³⁰. Em suma, os proprietários de imóveis de um

³²⁶ Nas palavras de Jorge Reis Novais, para o entendimento da doutrina americana, “(...) das normas constitucionais sobre direitos fundamentais não decorrem quaisquer específicos deveres para os particulares”. Neste sentido: NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares: do dever de proteção à proibição do défice*, pg. 61. Coimbra: Edições Almedina, 2018.

³²⁷ Steinmetz afirma que, para os tribunais americanos, os direitos fundamentais são protegidos pela lei e cita um julgado que representa bem o entendimento norte-americano sobre assunto, onde segundo o juiz Woods “a única forma pela qual uma pessoa privada pode privar a outra a igual proteção das leis é por meio da prática de alguma ofensa contra as leis que protegem os direitos individuais”. Steinmetz apresenta exemplo do julgado “US v. Harris (106 US643)”. Neste sentido: STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, pg. 178. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

³²⁸ CARVALHO, Alexander Perazo Nunes de; LIMA, Renata Albuquerque. *A eficácia horizontal dos direitos fundamentais*, pg. 14. In: Revista Opinião Jurídica, v. 13, nº 17, p. 11-23, jan./dez. 2015. Fortaleza: R. Opin. Jur, 2015. [consult. 05 de julho de 2024]. Disponível em: <https://doi.org/10.12662/2447-6641oj.v13i17.p11-23.2015>.

³²⁹ LAZARI, Rafael José Nadim de; COSTA, Ana Carolina Pazin. Teoria da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais e o seu reconhecimento no Brasil, pg. 59. Revista do Direito Público, Londrina, v. 18, n. 3, p. 54-67, dez. 2023. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2023v18n3p.54-67. ISSN: 1980-511X. [consult. 05 de julho de 2024]. Disponível em: <https://doaj.org/article/c8c3b0f68ad44ff388b1de9e9c974689>.

³³⁰ JÚNIOR, Magno de Aguiar Maranhão. *A derrocada da summa divisio e a ascensão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais no Brasil*. Monografia apresentada à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2010. [consult. 04 de julho de 2024]. Disponível

determinado loteamento haviam se comprometido contratualmente a não vender seus imóveis para indivíduos de cor negra. Desrespeitando a cláusula avençada, um dos proprietários aliena sua propriedade para um comprador de cor negra, o que acabou por motivar uma ação judicial dos outros proprietários. Em primeira instância, a Corte estadual julgou a ação procedente. Contudo, ao levarem a matéria à Suprema Corte americana, a referida cláusula foi anulada, sendo a venda considerada válida.

Cumprido destacar, no entanto, que a anulação não se baseou diretamente na ofensa aos direitos de igualdade da Emenda Constitucional XIV³³¹, mas teve como fundamento a própria *state action*, ou seja, na ação estatal do poder judiciário que convalidou cláusula discriminatória contrária à Constituição. Em outras palavras, ao julgar de forma procedente em primeira instância, o Estado teria utilizado o seu poder coercitivo em favor de uma discriminação contrária à Carta Magna americana, caracterizando, desta forma, uma participação do poder público na violação causada dentro da relação dos particulares, o que possibilitaria a intervenção do Estado.

Portanto, a conclusão que temos deste julgamento é que, nos Estados Unidos, as cláusulas contratuais, avençadas entre particulares, ofensivas aos direitos fundamentais, podem vigor normalmente desde que cumpridas voluntariamente pelas partes, sem que haja a intervenção estatal. Por outro lado, no momento em que restar caracterizado a participação do Estado – por ação ou omissão – a qualquer prática lesiva aos direitos fundamentais, o ato deixa de ser inteiramente privado, e passa a ser analisado como ato de direito público, submetendo-se às restrições dos direitos fundamentais³³².

em:

https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/biblioteca_videoteca/monografia/Monografia_pdf/2010/Magno%2520Aguiar%2520Maranhao%2520JR.pdf.

³³¹ “É vedado aos Estados fazer ou executar leis que restrinjam as prerrogativas e garantias dos cidadãos dos Estados Unidos, privar alguma pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem observância dos trâmites legais ou recusar a qualquer pessoa sob a sua jurisdição a igualdade perante a lei.” [consult. 11 de julho de 2024]. Disponível em: <https://constitutioncenter.org/the-constitution/amendments/amendment-xiv>.

³³² BELLO FILHO, Ney de Barros. A eficácia horizontal do direito fundamental ao ambiente, pg. 7. Cadernos UNDB, São Luís, v. 4, jan./dez. 2014. [consult. 11 de julho de 2024]. Disponível em: http://sou.undb.edu.br/public/publicacoes/16_-_a_eficacia_horizontal_do_direito_fundamental_ao_ambiente.pdf.

Apesar disso, em razão da referida flexibilização da teoria, criaram-se exceções à doutrina *state action*, que possibilitou sua aplicação nas relações entre particulares. A primeira exceção ficou conhecida como *public function doctrine* que, nas palavras de Steinmetz, seria uma “interpretação extensiva da exigência da *state action*”³³³. A respectiva excepcionalidade poderá ser invocada quando a conduta de um particular se equiparar à atuação estatal, tornando-se possível a aplicação dos direitos fundamentais em face do privado, como se este o Estado fosse, por exemplo: uma empresa privada de transporte coletivo que pratica discriminação contra um particular por motivo de raça, religião, origem social etc.³³⁴. Em outras palavras, se um ente privado violar direito fundamental de terceiro enquanto estiver no exercício de alguma espécie de serviço público (ou tiver sua atuação conectada ao Estado), poderá ser aplicado os direitos fundamentais na relação entre eles³³⁵. A segunda exceção é chamada de *entanglement exception* e estabelece que, se o governo delega uma de suas funções para uma entidade privada, essa entidade será considerada um agente estatal para com as ações delegadas pelo poder público³³⁶.

Deste modo, nota-se que apesar da doutrina *state action* ter força nos Estados Unidos, há uma evidente inclinação da Suprema Corte em assegurar e proteger direitos e garantias individuais dos particulares em suas relações jurídicas, pois, como vimos, passou a compreender extensivamente o conteúdo de determinadas atividades privadas que passaram a ser consideradas públicas ou de interesse público pelo simples indício da presença/interferência da autoridade estatal³³⁷. No caso *Shelley v. Kramer*, apesar da Corte estadual ter

³³³ Steinmetz apresenta exemplo do julgado “US v. Harris (106 US643)”. - STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, pg. 179. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

³³⁴ Exemplo retirado de STEINMETZ, *Op. Cit.*, pg. 180.

³³⁵ Para melhor compreensão da respectiva exceção, Jorge Reis Novais apresenta uma irretocável definição sobre a mesma: “Em geral, são pelo menos consideradas *state action* as ações privadas em que é possível reconhecer um nexo ou envolvimento estatais significativos que indiferenciam os dois planos de actuação, estadual e privado. É, por exemplo, o que sucede nos casos em que a ação privada pode ser considerada como constituindo exercício de uma função de natureza pública ou quando beneficiou ou foi objeto de um inequívoco apoio, envolvimento, aprovação ou autorização estatais.”. Neste sentido: NOVAIS, *Op. Cit.*, pg. 61-62.

³³⁶ MARTINS, Flávio. *Curso de direito constitucional*, pg. 361. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2024.

³³⁷ SOMBRA, Thiago Luís Santos. *O Supremo Tribunal Federal e a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares*, pg. 67. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo,

considerado legítima a cláusula discriminatória no contrato privado, a Alta Corte entendeu que a intervenção do Poder Judiciário para validar ou invalidar aquele contrato “publicizou” a questão, evidenciando a presença do ente público na relação.

Desta forma, a questão resume-se em verificar quais dos direitos envolvidos possuem maior relevância sob o aspecto constitucional e a quem pode ser imputada a agressão aos direitos e garantia individuais. Para tanto, em uma primeira análise, a corte irá verificar se o ato lesivo praticado pelo particular estava amparado pela lei de sua jurisdição; na segunda etapa da análise, a corte determinará se as referidas ações praticadas podem ser definidas como equivalentes às ações desempenhadas por um ente público, ou seja, se o particular exercia uma função considerada tipicamente pública; por fim, deverá ser analisado se o dano foi agravado em razão da presença da autoridade estatal³³⁸. Presentes tais elementos, aplica-se a *state action* nas relações entre particulares.

Por outro lado, a extensão do exercício interpretativo para abranger o conceito de atuação estatal gera demasiada insegurança jurídica, sendo essa uma das críticas sobre a teoria em questão. As atividades e as relações privadas ficam desprotegidas em razão do subjetivismo do Poder Judiciário americano, pois não se sabe ao certo a abrangência do que pode ser considerado atuação estatal para possibilitar a interferência do Estado na relação privada³³⁹. Portanto, nota-se certa incoerência da doutrina norte-americana, que prefere adotar o caminho mais complexo, uma vez que, além de conceder ao judiciário demasiado poder para limitar a autonomia privada em razão de direitos

v. 65/66. Pg. 29-86, jan./dez. 2007. São Paulo: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2007. [consult. 04 de julho de 2024]. Disponível em: <https://revistas.pge.sp.gov.br/index.php/revistapegesp/issue/view/141>.

³³⁸ SOMBRA, Thiago Luís Santos. *O Supremo Tribunal Federal e a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares*, pg. 66-67. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, v. 65/66. Pg. 29-86, jan./dez. 2007. São Paulo: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2007. [consult. 04 de julho de 2024]. Disponível em: <https://revistas.pge.sp.gov.br/index.php/revistapegesp/issue/view/141>.

³³⁹ JÚNIOR, Magno de Aguiar Maranhão. *A derrocada da summa divisio e a ascensão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais no Brasil*, pg. 42-43. Monografia apresentada à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2010. [consult. 04 de julho de 2024]. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/biblioteca_videoteca/monografia/Monografia_pdf/2010/Magno%2520Aguiar%2520Maranhao%2520JR.pdf.

fundamentais³⁴⁰, também amplia a conotação pública de determinadas atividades designadamente privadas, ao invés de simplesmente reconhecer a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares³⁴¹.

Ressalta-se, ainda, que expressiva parcela dos juristas norte-americanos frequentemente clama pela revisão da *state action*, pois entende que esta doutrina, independentemente da origem da violação dos direitos fundamentais, não poderia obscurecer a necessidade e a admissibilidade de um controle de constitucionalidade incidente sobre as próprias relações privadas. Isso visa garantir a primazia dos valores humanistas e democráticos contidos na Constituição, sob o risco de comprometer o princípio da dignidade da pessoa humana³⁴².

Deste modo, percebemos que apesar de haver uma insistência por parte da doutrina norte-americana em afirmar que os direitos fundamentais vinculam apenas as autoridades estatais, a prática jurisprudencial tem mostrado outra realidade, ainda que indireta, no sentido de que os direitos fundamentais submetem, de alguma forma, os indivíduos em seus relacionamentos

³⁴⁰ BELLO FILHO, Ney de Barros. A eficácia horizontal do direito fundamental ao ambiente. Cadernos UNDB, São Luís, v. 4, jan./dez. 2014. [consult. 11 de julho de 2024]. Disponível em: http://sou.undb.edu.br/public/publicacoes/16_-_a_eficacia_horizontal_do_direito_fundamental_ao_ambiente.pdf.

³⁴¹ Neste sentido, temos: HOLANDA, Ana Paula Araújo de; CARMOS, Valter Mora do. *A mediação como forma de tutela extrajudicial privada dos direitos fundamentais*, pg. 416-417. In: MIRANDA, Jorge. *Direitos fundamentais: uma perspectiva de futuro*. São Paulo: Atlas, 2013; e SOMBRA, Thiago Luís Santos. *O Supremo Tribunal Federal e a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares*, pg. 66-67. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, v. 65/66. Pg. 29-86, jan./dez. 2007. São Paulo: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2007. [consult. 04 de julho de 2024]. Disponível em: <https://revistas.pge.sp.gov.br/index.php/revistapegesp/issue/view/141>. Além disso, vale ressaltar que André Luiz Arnt Ramos, em sua obra “Eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas: o estado da questão”, faz menção a *state action* como desdobramento da eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações interprivadas. RAMOS, André Luiz Arnt. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas: o estado da questão*, pg. 291-314. RIL Brasília a. 53 n. 210 abr./jun. 2016 [consult. 11 de julho de 2024]. Disponível em https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/210/ril_v53_n210_p291.pdf&ved=2ahUKEwiK_KWflaCHAxX3qJUCHZK6A3oQFnoECBUQAQ&usg=AOvVaw0KQVuVGDyW9qjdorn4LNuY.

³⁴² VENTURI, Thaís G. Pascoaloto. *A state action doctrine norte-americana e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas no Brasil*. Revista Migalhas. [consult. 11 de julho de 2024]. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/direito-privado-no-common-law/335023/a-state-action-doctrine-norte-americana-e-a-eficacia-horizontal-dos-direitos-fundamentais-nas-relacoes-privadas-no-brasil>.

interprivados³⁴³. Tal afirmação pode ser vislumbrada através das exceções apresentadas porque, por meio delas, percebemos que mesmo dentro desta teoria, que é considerada antiquada por estar atrelada ao liberalismo, existem traços do *Drittwirkung*, o que acaba por evidenciar que ela não produz sua eficácia de forma absoluta. Aliás, podemos afirmar que a *state action* não nega aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas, mas busca definir em quais situações uma conduta privada está vinculada às disposições desses direitos³⁴⁴.

5.3. O Supremo Tribunal Federal e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais

Como vimos, o Brasil é adepto à teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Contudo, apesar de não haver dúvidas quanto à aplicação desses direitos às relações privadas, a jurisprudência da Suprema Corte brasileira não é tão clara sobre a tese adotada nos julgamentos, evitando-se explicitar qual teoria teria incidido nos casos enfrentados. Em razão disso, coube à doutrina analisar os julgados para tentar definir qual foi a teoria aplicada.

Passemos então à análise dos casos mais emblemáticos enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal.

a) Recurso Especial 158.215/RJ³⁴⁵ - hipótese em que um membro de uma cooperativa foi expulso sem a observância da garantia do contraditório e da

³⁴³ PEDRO, Fábio Nadal. *La eficacia externa o (alcance) horizontal de los derechos fundamentales. La aplicación (vinculación) de los derechos fundamentales em las relaciones privadas (laborales). Um análisis (crítico) a la luz de la realidad brasileña y argentina*, pg. 54-70. Revista de direitos fundamentais, ISSN 2675-007, v.1., n.19., jul./dez., 2019, DOI: 10.29327/213440.1.2-3. [consult. 11 de julho de 2024]. Disponível em: <https://revistas.anchieta.br/index.php/DireitosFundamentais/article/view/1517>.

³⁴⁴ Neste sentido, Virgílio Afonso da Silva afirma que a teoria da *State Action* encontrou uma forma, através da sua exceção, mesmo que de forma assistemática e casuística, de reconhecer que os direitos fundamentais consagrados na Constituição não podem permanecer sendo ignorados, face a constante violação por parte de particulares. SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, pg. 99/100. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. [consult. 05 de julho de 2024]. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/26424866/virgilio-afonso-da-silva-a-constitucionalizacao-do-direito>.

³⁴⁵ Exemplo citado por: MENDES, Gilmar. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade - Estudos de Direito Constitucional*, pg. 133. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Jur,

ampla defesa. Evidente relação entre particulares, onde a cooperativa teria adotado procedimento sumário de exclusão de um de seus membros. Importante frisar que no estatuto da cooperativa havia previsão legal acerca do direito ao contraditório e à ampla defesa, porém, tal procedimento não teria sido adotado. Apesar de tal previsão ter sido mencionada no voto, a decisão da Corte fundou-se diretamente nos direitos fundamentais, tendo o STF decidido pela reintegração do indivíduo excluído, em razão da não observância das garantias constitucionais ao contraditório e da ampla defesa. No voto do Ministro Marco Aurélio, a Suprema Corte decidiu que atos de exclusão realizados por entidades privadas não se furta à observância da garantia fundamental ao devido processo legal, a fim de se garantir a ampla defesa (art. 5º, inciso LV, da CF). Gilmar Mendes destaca que o caso tratou de situação em que o STF claramente preconizou a incidência direta dos direitos fundamentais, citando, ainda, trecho de Paulo Gustavo Gonet Branco, afirmando que a *decisão tomou como indiscutível que há normas de direitos fundamentais que incidem diretamente sobre relações entre pessoas privadas*³⁴⁶.

2012; VASCONCELOS, Clever. *Curso de direito constitucional*, pg. 98. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022; MORAES, Guilherme Peña D. *Curso de Direito Constitucional*, pg. 142. 14ª ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2024.; ZAMORANO, Fernanda Raso. *Um olhar sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares*, pg. 95-97. Observatório da Jurisdição Constitucional, [S. l.], n. 2, 2014. [consult. 22 de julho de 2024]. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/995>.

EMENTA: DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIADO - CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa. RE 158215/RS. Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Marco Aurélio. [consult. 26 de julho de 2024]. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/14702036>.

³⁴⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Associações, expulsão de sócios e direitos fundamentais*, pg. 172-173, *direito público* v. 1, no 2 (out. /dez. 2003) Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2003, MENDES, Gilmar. *Direitos fundamentais e controle de*

Cumpra aqui destacar que poderia o Supremo ter se limitado à análise do estatuto da cooperativa, que já previa o procedimento do contraditório e da ampla defesa, que não havia sido observado. Ainda assim, preferiu o Tribunal invocar diretamente, sem mediação de regulamento infraconstitucional, as normas de direitos fundamentais para resolver a problemática, concedendo, conseqüentemente, maior proteção às garantias fundamentais.

b) Recurso Extraordinário 161.243/DF³⁴⁷ - situação em que um trabalhador brasileiro era empregado da companhia aérea Air France, com sede no Brasil, porém, em razão de sua nacionalidade, não se enquadrava nas prerrogativas do Estatuto Pessoal da empresa, que era destinado apenas aos funcionários de nacionalidade francesa. O caso analisa a conduta da Air France que se recusava a aplicar o mesmo regulamento a empregados brasileiros e

constitucionalidade - Estudos de Direito Constitucional, pg. 133. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2012.

³⁴⁷ Exemplo citado por: MARTINS, Flávio. *Curso de direito constitucional*, pg. 361. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2024.; MORAES, Guilherme Peña D. *Curso de Direito Constitucional*, pg. 142. 14ª ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2024; MARMELESTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*, pg. 352. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2019; BARCELLOS, Ana Paula D. *Curso de Direito Constitucional*, pg. 219. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2023; MENDES, Gilmar. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade - Estudos de Direito Constitucional*, pg. 314. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2012; VASCONCELOS, Clever. *Curso de direito constitucional*, pg. 99. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022; ZAMORANO, Fernanda Raso. *Um olhar sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares*, pg. 95-97. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, [S. l.], n. 2, 2014. [consult. 22 de julho de 2024]. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/995>. RICARTES, Gabriel Ocampos. *Eficácia horizontal dos direitos fundamentais: o princípio da proporcionalidade e as relações de trabalho*, pg. 186-187. *Revista Videre*, [S. l.], v. 8, n. 15, p. 162-183, 2016. [consult. 24 de julho de 2024]. Disponível em: <https://ojs.ufgd.edu.br/videre/article/view/4675>; e BARROSO, Luís R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, pg. 216. 11ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023. FILHO, João Trindade, Cavalcante; MENDES, Gilmar. *Manual didático de direito constitucional. (Série IDP)*, pg. 79. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2024. EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput. I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput). II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846 (AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. - R.E. conhecido e provido. RE 161243/DF. Supremo Tribunal Federal, Relator Carlos Velloso. [consult. 26 de julho de 2024]. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/743268>.

franceses, impedindo aqueles de terem acesso às prerrogativas destes. *In casu*, nítido o conflito entre a autonomia da empresa com o direito fundamental à igualdade. Nota-se que, em razão de possuir nacionalidade diversa da francesa, o brasileiro estava sendo discriminado à percepção de benefícios constantes no estatuto pessoal da empresa. Decidiu o STF que a autonomia não pode servir como justificativa à discriminação, não sendo válida, no Brasil, a existência de dois regimes distintos para os empregados que exerciam a mesma função, apenas em razão de sua nacionalidade, aplicando-se, diretamente, o direito constitucional à igualdade (art. 5º, *caput*, CF). Desta forma, percebe-se que, mesmo sem adentrar na discussão das teses jurídicas, houve uma clara aplicação imediata do direito fundamental à igualdade dentro de uma relação privada (trabalhista), independentemente da legislação infraconstitucional.

Aliás, devemos aqui mencionar a ocorrência da técnica de ponderação à aplicação direta da norma constitucional. A empresa, sendo de grande porte e, portanto, em uma posição superior ao empregado, optou não por conceder aos seus funcionários brasileiros os mesmos benefícios que eram oferecidos aos empregados de nacionalidade francesa (ato de discriminação). Tal escolha, certamente, tinha o cunho patrimonial e impactava diretamente os lucros da empresa, uma vez que, ao conceder os mesmos benefícios oferecidos aos franceses, passaria a companhia aérea suportar maiores custos e encargos. Considerando essas questões, percebemos que não seria razoável manter a autonomia do contrato de trabalho em detrimento dos direitos fundamentais da parte mais vulnerável da relação. Por isso, entendemos que a decisão da Suprema Corte foi correta.

c) Recurso Extraordinário 201.819/RJ³⁴⁸ – nova situação de exclusão de sócio de associação privada sem a observância do devido processo legal.

³⁴⁸ Exemplo citado por: BARROSO, Luís R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, pg. 216. 11ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023; TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*, pg. 163. 22ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2024; MENDES, Gilmar. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade - Estudos de Direito Constitucional*, pg. 134-138. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2012; BRANCO, Paulo Gustavo G.; MENDES, Gilmar. *Curso de direito constitucional. (Série IDP)*, pg. 92. 19ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2024; FILHO, João Trindade, Cavalcante; MENDES, Gilmar. *Manual didático de direito constitucional. (Série IDP)*, pg. 79. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2024;

VASCONCELOS, Clever. *Curso de direito constitucional*, pg. 99. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022; VIEGAS, Claudia Mara de Almeida Rabelo; NASCIMENTO, Uelton David. *A eficácia horizontal dos direitos fundamentais às relações privadas*, pg. 25-26. [consult. 26 de julho de 2024]. Disponível em:

https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://uniesp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20170728105436.pdf&ved=2ahUKEwi44Ni5qMaHAXVJJrkGHWUfCtEQFnoĒCBYQAw&usg=AOvVaw3hO_ROeiGAYGP2vWeoc7yD; ZAMORANO, Fernanda Raso. *Um olhar sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares*, pg. 95-97. Observatório da Jurisdição Constitucional, [S. l.], n. 2, 2014. [consult. 22 de julho de 2024]. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/995>.

; GARATINI, Mariana Cristina. *Teoria da eficácia direta e indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas e a teoria integradora (modelo de três níveis) de Robert Alexy*, pg. 211-232. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, v.16., n.1., dez. 2021. ISSN 1983-4225. Pg. 211-232. Franca, 2021. Pg. 225-226. [consult. 22 de julho de 2024]. Disponível em: <https://revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/532>; FAUTH, Juliana de Andrade. *Autonomia privada e a eficácia dos direitos fundamentais s relações trabalhistas*, pg. 15-17. Revista Direito UNIFACS, n. 192. Salvador: Revista Direito UNIFACS, 2016. [consult. 23 de julho de 2024]. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/4544>.

EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.(RE 201819/RJ.

Diferentemente da primeira situação, neste caso, o estatuto da associação não possuía qualquer previsão acerca do direito de defesa. Além disso, alguns outros pontos que envolviam a questão ajudaram a tornar este julgamento mais interessante, no sentido jurídico, o que motivou profundas análises por parte da doutrina. Na ocasião, a Ministra Ellen Gracie proferiu seu voto (vencido) argumentando que a associação deve respeitar o estatuto jurídico da sociedade nas relações com os associados, uma vez que este é resultado do princípio da autonomia privada, segundo o qual tudo o que não é proibido por lei é permitido. Portanto, na ausência de previsão legal específica sobre o assunto e havendo previsão estatutária para a expulsão, tal ato seria considerado válido.

O Ministro Gilmar Mendes, em posicionamento divergente, afirmou que os direitos fundamentais previstos na Constituição devem ser aplicados tanto nas relações entre particulares, como também nas relações entre pessoas jurídicas de direito privado e pessoas físicas. Em um dos trechos mais significativos de seu voto, destacou que não pretendia “discutir agora a forma geral de aplicabilidade dos direitos fundamentais que a jurisprudência desta Corte adota para regular as relações entre particulares”. Em vez disso, enfatizou que o “Supremo Tribunal Federal já possui histórico identificável de uma jurisdição constitucional voltada para a aplicação desses direitos às relações privadas”. Por maioria, seguindo o voto do Ilustre Ministro, concluiu-se que a expulsão do associado configurou uma violação ao princípio da ampla defesa e, portanto, teria sido um ato ilegal.

Contudo, um importante detalhe a ser mencionado sobre esse julgado, foi um outro trecho do Ministro que destaca o fato de que a associação em questão é integrante de uma instituição privada cuja finalidade é arrecadação e distribuição dos direitos autorais. Tendo isso em vista, assinala o Ministro que, apesar de não ser um ente estatal, a associação estaria integrando um espaço público e prestando um serviço de natureza pública por delegação legislativa³⁴⁹.

Supremo Tribunal Federal, Relator Ellen Gracie. [consult. 26 de julho de 2024]. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur7704/false>.

³⁴⁹ Lei 5.988/75, posteriormente revogada pela Lei Federal 9.610/98. [consult. 26 de julho de 2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5988.htm e https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm#art115.

Tal menção merece destaque porque remete-se aos conceitos da *state action* previamente estudada. O Ministro, para fundamentar seu voto de aplicação direta dos direitos fundamentais, fez questão de ressaltar que a associação prestava um serviço de natureza pública, comparando sua atuação como se do Poder Público fosse, sendo este um dos motivos pelo qual não poderia a instituição privada deixar de observar os princípios do contraditório e da ampla defesa previstos na Constituição. Essa menção feita pelo Ministro tem demasiada importância porque, apesar de se mostrar adepto à incidência imediata dos direitos fundamentais através dos outros argumentos expostos no voto, também pareceu inclinar-se a não admiti-la de forma tão ampla e irrestritamente, caso contrário, não precisaria fazer alusão ao tipo de serviço prestado pela entidade³⁵⁰.

d) Recurso Especial 878.694/MG³⁵¹ - o Código Civil de 2002 instituiu um tratamento diferenciado às famílias formadas mediante união estável, estabelecendo direitos sucessórios inferiores quando comparado aos direitos das famílias formadas por cônjuges. A Corte, ao analisar o caso, afirmou que a

³⁵⁰ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*, pg. 163. 22ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2024; MENDES, Gilmar. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade - Estudos de Direito Constitucional*, pg. 134-138. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2012.

³⁵¹ Exemplo citado por BARROSO, Luís R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, pg. 216. 11ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023. Pg. 216. EMENTA: Direito constitucional e civil. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros. 1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável. 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. 3. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e da vedação do retrocesso. 4. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. 5. Provisamento do recurso extraordinário. Afirmção, em repercussão geral, da seguinte tese: "No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002". RE 878694/MG. Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Luís Roberto Barroso. [consult. 26 de julho de 2024]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4744004>.

referida norma civil (art. 1.790, CC) era incompatível com a Constituição de 1988, e tratou da inconstitucionalidade sobre a distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros, a fim de promover a proteção igualitária às diversas formas de família reconhecidas pela Constituição. Assim, a decisão, fundamentada nos princípios da igualdade, dignidade humana, proporcionalidade e vedação do retrocesso, estabeleceu que cônjuges e companheiros devem ser tratados igualmente para fins sucessórios, aplicando-se, a ambos os casos, o regime do artigo 1.829, do Código Civil.

Observa-se, portanto, que houve uma aplicação indireta (teoria da eficácia mediata) dos direitos fundamentais. A decisão demonstra como os direitos fundamentais podem moldar a aplicação das leis civis para proteger os indivíduos em relações privadas. Ao garantir a igualdade de tratamento sucessório entre cônjuges e companheiros, o STF reforçou que as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas de modo a promover a isonomia e a justiça social, em conformidade com os princípios constitucionais. Essa aplicação mediata dos direitos fundamentais nas relações familiares e patrimoniais evidencia como a Constituição pode e deve orientar a interpretação do direito privado para assegurar a proteção igualitária e a dignidade humana em todas as formas de família. Ao eliminar a disparidade entre os direitos sucessórios de cônjuges e companheiros, a Corte não apenas ajustou a legislação vigente às diretrizes constitucionais, mas também enviou uma mensagem clara sobre a evolução das normas jurídicas em resposta às mudanças sociais. Em última análise, a decisão fortalece a integridade do sistema jurídico ao assegurar que as leis civis respeitem e reflitam os princípios constitucionais de equidade e respeito à dignidade de todos os cidadãos.

Portanto, a análise dos casos enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal revela a complexidade, a importância e a nítida aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, independentemente da teoria aplicada. Foi possível verificar a presença das duas teorias de eficácia horizontal dos direitos fundamentais (direta e indireta), além da menção à exceção da teoria da *state action*, a chamada *public function doctrine*, onde o Ministro Gilmar Mendes levou em consideração, em um de seus argumentos, o serviço de natureza pública

exercida pela associação privada, para fundamentar a aplicação dos direitos fundamentais na relação entre particulares. Em todos os casos mencionados, independentemente da teoria utilizada, analisou-se e ponderou-se as questões subjetivas que envolviam a colisão de direitos fundamentais, em busca de uma solução ao conflito que assegurasse a dignidade, justiça e equidade. Essas decisões reforçam a importância de uma abordagem constitucional na regulamentação das relações privadas, assegurando que as leis e práticas respeitem os princípios fundamentais da Carta Maior.

CONCLUSÃO

Vimos que o desenvolvimento dos direitos fundamentais vem de um processo histórico extenso, desde a criação do ser humano e, por certo, continuarão sendo estudados e desenvolvidos até a extinção do homem. Eles sempre existiram, mesmo antes de termos ciência do que realmente eram em sua essência, quais eram e como eram ou se aplicavam esses direitos. O processo evolutivo se remonta à pré-história, e foram (e continuam sendo) estudados por diversas sociedades, culturas e tradições, tanto filosóficas como religiosas, desde Confúcio a Buda, que promoveram os primeiros códigos de conduta baseados em princípios como amor e respeito, que marcam os primórdios dos direitos fundamentais. Portanto, para atingirem o *status* que os direitos fundamentais alcançaram hoje, em escala global, exigiu-se da humanidade muito esforço, estudo, reflexão e acontecimentos históricos que provocaram uma mudança de pensamento e postura por partes dos seres humanos, de forma a revalorizar, proteger e promover esses direitos.

A análise do percurso histórico foi o que possibilitou, nos dias de hoje, um entendimento mais abrangente e flexível sobre a natureza e aplicação dos direitos fundamentais, pois demonstra que a sociedade está em constante transformação e que, por via de consequência, esses direitos também precisam se adaptar aos novos desafios e necessidades. O estudo da teoria geracional dos direitos fundamentais, desenvolvido por Karel Vasak, demonstra, cronologicamente, a conquista do reconhecimento formal desses direitos, divididos, inicialmente, em três gerações. O constante desenvolvimento da sociedade viabilizou a continuidade deste estudo por parte de renomados juristas que, atualmente, defendem a existência novas gerações de direitos. De igual forma, a análise da natureza, características e titularidade dos direitos fundamentais se mostra crucial para compreendermos os fundamentos e finalidades desses direitos, nos permitindo antecipar soluções para eventuais ameaças, lesões ou conflitos que os envolvam.

Toda essa análise inicial demonstra o árduo trabalho da sociedade que batalhou pela promoção e manutenção dos direitos fundamentais, seja para garantir a proteção de uma esfera individual, exigir o cumprimento de um dever social ou promover um direito difuso e fraternal. Observa-se, contudo, que esses esforços focavam principalmente na dimensão subjetiva dos direitos, para que pudessem ser invocados e exercidos em favor do indivíduo contra as ingerências/interferências do poder público. Porém, o desenvolvimento e a manutenção desses direitos permitiram a evolução do próprio Estado e a sustentação de um Estado Democrático de Direito. Notou-se que os direitos fundamentais são a base da democracia e da dignidade da pessoa humana.

À medida que se percebeu que esses direitos não são apenas garantias individuais invocáveis contra o ente público, mas também pilares de um Estado organizado, democrático, protetor e promovedor dessas garantias, passamos a compreender a existência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Essa concepção, por sua vez, é a que garante o exercício dos direitos subjetivos e exerce um impacto significativo sob todos os atos praticados pelo poder público, seja na criação, interpretação ou execução das leis. Desta forma, busca-se assegurar que os valores intrínsecos carregados por essas normas constitucionais possam projetar sua influência sobre todo o ordenamento jurídico, na esfera pública ou privada, garantindo sua compatibilidade com os princípios fundamentais da Constituição.

Portanto, a compreensão dos direitos fundamentais vai muito além daquela impressão *prima facie* de que são garantias ou fortes direitos subjetivos para serem invocados somente em casos de ameaças ou violações de bens constitucionalmente protegidos. O entendimento do alcance, dos limites e da eficácia desses direitos é imprescindível para a própria estrutura e funcionamento de um Estado Democrático de Direito. Eles não apenas protegem o indivíduo contra abusos estatais, mas garantem o desenvolvimento de uma sociedade justa e equilibrada, oferecendo alicerces para todas as legislações que regulamentam as relações sociais, econômicas e políticas. Portanto, a compreensão e interação entre essas dimensões é essencial para assegurar a plena eficácia dos direitos fundamentais, visto que fortalece a democracia e o

Estado de Direito ao garantir que as normas jurídicas sejam aplicadas de forma harmônica com os valores constitucionais.

Não obstante, vimos ao final do trabalho que há uma majoritária concordância e tendência na doutrina e jurisprudência quanto a expansão da eficácia dos direitos fundamentais. Com o estudo da dimensão objetiva, percebemos que, atualmente, estes direitos são considerados normas constitucionais também oponíveis contra terceiros. Isto porque, se os direitos fundamentais são princípios norteadores de toda a ordem jurídica, então é natural que orientem não apenas as ações do Estado, mas também as ações entre particulares. A aplicação desses direitos nas relações privadas reforça a função organizadora e orientadora dos direitos fundamentais, garantindo que os valores que sustentam a ordem jurídica, como igualdade, dignidade e liberdade, sejam observados em todos os níveis da sociedade.

Portanto, a recente teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais está intimamente relacionada à dupla natureza dimensional desses direitos, uma vez que se faz presente e ativa em ambas as dimensões. Primeiramente, na dimensão objetiva, porque ao verificar que os princípios basilares desses direitos devem ser respeitados em todo o ordenamento e sistema jurídico-normativo, a incidência da eficácia horizontal surge para garantir que o valor ético-moral dos direitos fundamentais oriente todo o comportamento social, contribuindo para a construção de uma ordem que reflita os fundamentos axiológicos dessas normas em todas as esferas, e não apenas na relação vertical. Em segundo plano, mas decorrente da concepção objetiva, usufruímos da dimensão subjetiva, posto que, ao validarmos a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre privados, permitimos que os indivíduos exercitem e demandem a proteção constitucional de seus direitos fundamentais contra outros particulares, assegurando que a esfera privada não seja um espaço imune à proteção e incidência desses direitos.

Logo, essa conexão demonstra que a aplicação horizontal dos direitos fundamentais não é apenas uma extensão técnica, mas uma evolução necessária para garantir que a proteção e promoção desses direitos sejam

abrangentes e eficazes em todas as áreas da vida social, independentemente da época em que nos encontremos.

Ante o exposto, os direitos fundamentais, tanto em seus aspectos históricos como nas aplicações práticas e teóricas discutidas, se configuram como a espinha dorsal do Estado Democrático de Direito. Ao garantir a proteção e promoção desses direitos, estamos pavimentando o caminho para uma sociedade mais justa, onde os valores constitucionais são respeitados e implementados tanto nas esferas pública quanto privada. Assim, reforçamos nosso compromisso em continuar refletindo e lutando pela efetivação desses direitos, essencial para a justiça social e a dignidade humana no presente e no futuro.

REFERÊNCIAS

ACO 3113 AC 0066807-83.2018.1.00.0000. Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Marco Aurélio. [consult. 30 de maio de 2024]. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1153347621>;

ACO 3121 RR 0069076-95.2018.1.00.0000. Supremo Tribunal Federal, Relatora Ministra Rosa Weber. [consult. 21 de maio de 2024]. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1211715864>.

AgInt no REsp1837212 RJ 2019/0128710-2. Superior Tribunal de Justiça, Relatora Ministra Nancy Andrighi. [consult. 30 de maio de 2024]. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1101091176>.

AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

AI 07147901020228070000. Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 7ª Turma Cível, Relatora Gislene Pinheiro. [consult. 30 de maio de 2024]. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-df/1671504947/inteiro-teor-1671504948>.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Versión Castellana de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da 5ª ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2006.

AMORIM, Maria Luísa. *Análise do Art. 15.º da CRP*. 2019. [consult. 30 de maio de 2024]. Disponível em: https://www.academia.edu/44542314/An%C3%A1lise_do_Art_15_da_CRP.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *O princípio fundamental da dignidade humana e sua concretização judicial*. Fórum Administrativo: Direito Público, Belo Horizonte, v. 4, n. 43, set. 2004. Rio de Janeiro: Revista EMERJ, v. 6, n. 23, p. 316-335, 2003. [consult. 24 de maio de 2024]. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/34652>.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e Garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.).

Constituição, direitos fundamentais e direito privado, 3.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 6.^a ed. Coimbra: Almedina, 2021.

ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. Choque entre direitos fundamentais: consenso ou controvérsia? In: *Revista de Informação Legislativa*: v. 48, n. 189 (jan./mar. 2011). [consult. 07 de maio de 2024]. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242874>.

ARAKAKI, Rafael Pleutin. *O ativismo judicial e a efetivação de direitos fundamentais no estado democrático de direito*. Dissertação apresentada no curso de Mestre em Ciências Políticas na Universidade de Lisboa. Lisboa, 2020.

ARAÚJO, António de. *As duas liberdades de Benjamin Constant*. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XL – nº 1 e 2, Coimbra Editora, 1999.

ARE: 1004745. Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Luiz Fux. [consult. 23 de julho de 2024]. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/877151924>.

BAHIA, Saulo Casali; RIBEIRO, Filipe Xavier. *A (In)Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais: qual a Teoria mais Eficiente ao Implemento do Desenvolvimento Humano e da Igualdade Social?* In: *Economic Analysis of Law Review*, v. 13., nº 3., pg. 186/215, out./dez. 2022. Brasília: Universidade Católica de Brasília, 2022. [consult. 5 de julho de 2024]. Disponível em <https://research-ebSCO-com.sbproxy.fgv.br/linkprocessor/plink?id=2d1732d5-b13d-3e98-b16e-ca33e09a1417>.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de Direito Constitucional*. 5.^a ed. Rio de Janeiro: GEN, 2023.

BARROSO, Luís R. *Curso de direito constitucional contemporâneo*, 12.^a ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2024.

BARROSO, Luís R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 11.^a ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

BATISTA, Vanessa Oliveira. *As Declarações de Direitos*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, n. 36, 1999. [consult. 04 de junho de 2024]. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/1132>.

BELLO FILHO, Ney de Barros. *A eficácia horizontal do direito fundamental ao ambiente*. Cadernos UNDB, São Luís, v. 4, jan./dez. 2014. [consult. 11 de julho de 2024]. Disponível em: http://sou.undb.edu.br/public/publicacoes/16_-_a_eficacia_horizontal_do_direito_fundamental_ao_ambiente.pdf.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. *Locke e o Direito Natural*. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *A quinta geração dos direitos fundamentais*. In: Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, v.2, n.3, abr-jun. 2008. [consult. 10 de junho de 2024]. Disponível em: <https://doi.org/10.30899/dfj.v2i3.534> .

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed., São Paulo: Helvética Editorial, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Associações, expulsão de sócios e direitos fundamentais, direito público* v. 1, no 2 (out. /dez. 2003) Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2003.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional (série IDP)*, 19ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2024.

BRITO SILVA, Raquel Torres; CAVALCANTI DIAS, Clara A. Gonçalves. *A eficácia dos direitos fundamentais e suas problemáticas mais notórias no contexto hodierno jurisdicional constitucional*. In: Revista de Direito Brasileira,

v.32., n.12, mai./ago.,2022. [consult. 10 de julho de 2024]. Disponível em: <https://doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2022.v32i12.6916>.

BUDEL, Diego Gabriel Oliveira. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Trabalho apresentado ao curso de Mestrado em Políticas Sociais e Cidadania na matéria de Direitos Fundamentais e Efetividade dos Direitos Sociais na Universidade Católica de Salvador. Anais da 21ª SEMOC, ISSN 2448-1858. Salvador, 2018. [consult. 04 de julho de 2024]. Disponível em: <http://104.156.251.59:8080/jspui/handle/prefix/1032>.

BULOS, Uadi L. *Curso de direito constitucional*. 16ª ed. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2023.

CANOTILHO. J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO. José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2ª ed. Coimbra: Livraria Almeida, 1998.

Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos de 1981. [consult. 10 de abril de 2024]. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/africa/banjul.htm>.

CARVALHO, Alexander Perazo Nunes de; LIMA, Renata Albuquerque. *A eficácia horizontal dos direitos fundamentais*. In: Revista Opinião Jurídica, v. 13, nº 17, p. 11-23, jan./dez. 2015. Fortaleza: R. Opin. Jur, 2015. [consult. 05 de julho de 2024]. Disponível em: <https://doi.org/10.12662/2447-6641oj.v13i17.p11-23.2015>.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional Positivo*. 17ª ed. ver. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

CASTILHO, Ricardo dos S. *Direitos humanos*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023.

COMPARATO. Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. [consult. 10 de abril de 2024]. Disponível em:

https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf.

DIAS, Norton Maldonado. *A crise da teoria das gerações dos direitos nos tratados e convenções internacionais*, v. 17, nº 34. In: Revista da Faculdade Mineira de Direito – PUC Minas. [consult. 31 de agosto de 2022]. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/P.2318-7999.2014v17n34p1>.

DIMOULIS, Dimitri. *Dogmática dos Direitos Fundamentais: Conceitos Básicos*. Caderno de Comunicações: Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba, ano 5, n. 2, jan. 2001.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição Norte-Americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino. *Direito fundamental de acesso à água potável: uma proposta de constitucionalização*. [consult. 16 de abril de 2024]. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br>.

FAUTH, Juliana de Andrade. *Autonomia privada e a eficácia dos direitos fundamentais s relações trabalhistas*. In: Revista Direito UNIFACS, n. 192. Salvador: Revista Direito UNIFACS, 2016. [consult. 23 de julho de 2024]. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/4544>.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 23ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

FILHO, João Trindade, Cavalcante; MENDES, Gilmar. *Manual didático de direito constitucional. (Série IDP)*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2024.

FILHO, Manoel Gonçalves F. *Princípios fundamentais do direito constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2015.

GARATINI, Mariana Cristina. *Teoria da eficácia direta e indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas e a teoria integradora (modelo de três níveis) de Robert Alexy*. In: Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, v.16., n.1., dez. 2021. ISSN 1983-4225. Franca, 2021. [consult. 22 de

julho de 2024]. Disponível em:
<https://revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/532>.

GARRIDO, Rui André Lima Gonçalves da Silva. *Direitos Humanos das minorias LGBTI em África: uma proposta de análise entre o Universalismo e o Relativismo Cultural*. Scientia Iuridica – Tomo LXVI, nº 345, 2017. [consult 05 de junho de 2024]. Disponível em:
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3556003.

HC 83.113 QO. Supremo Tribunal Federal, Relator Min. Carlos Velloso. [consult. 07 de maio de 2024]. Disponível em:
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur14342/false>.

HC 83.996-RJ. Supremo Tribunal Federal, Relator Min. Gilmar Mendes. [consult. 08 de agosto de 2024]. Disponível em
<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/14741321>.

HC 88.914/SP. Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Cezar Peluso. [consult. 14 de agosto de 2024]. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=489888>.

HC 94.016/SP. Supremo Tribunal Federal, Relator Min. Celso de Mello. [consult. 08 de agosto de 2024]. Disponível em:
<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/14718206>.

HC 94.477/PR. Supremo Tribunal Federal, Relator Min. Gilmar Mendes. [consult. 14 de maio de 2024]. Disponível em:
<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/21273555>.

HESSE, Konrad. *Série IDP - Temas fundamentais do Direito Constitucional*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2009.

HOLANDA, Ana Paula Araújo de; CARMOS, Valter Mora do. *A mediação como forma de tutela extrajudicial privada dos direitos fundamentais*. In: MIRANDA, Jorge. *Direitos fundamentais: uma perspectiva de futuro*. São Paulo: Atlas, 2013.

JÚNIOR, Hécio de Abreu Dallari. *Direitos fundamentais e suas garantias*. In: *Direito Constitucional*, coord. TANAKA, Sônia Yuriko Kanashiro. São Paulo: Atlas, 2015.

JÚNIOR, José Eliaci Nogueira Diógenes. *Aspectos gerais das características dos direitos fundamentais*, 2012. [consult. 04 de maio de 2024]. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/aspectos-gerais-das-caracteristicas-dos-direitos-fundamentais/#_ftn7.

JÚNIOR, José Eliaci Nogueira Diógenes. *Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais?* [consult. 25 de abril de 2024]. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/geracoes-ou-dimensoes-dos-direitos-fundamentais/#_ftn5.

JÚNIOR, Magno de Aguiar Maranhão. *A derrocada da summa divisio e a ascensão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais no Brasil*. Monografia apresentada à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2010. [consult. 04 de julho de 2024]. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/biblioteca_videoteca/monografia/Monografia_pdf/2010/Magno%2520Aguiar%2520Maranhao%2520JR.pdf.

JÚNIOR, Sérgio Assunção Rodrigues. *Direito ao respeito: um breve ensaio sobre o surgimento da 7ª geração ou dimensão dos direitos fundamentais*. In: Revista Direito Diário, 5ª ed., vol. 1, n. 1., jul-set. 2019. [consult. 10 de junho de 2024]. Disponível em: <https://direitodiario.com.br/wp-content/uploads/2019/09/R5-A8-Direito-ao-Respeito.pdf>.

JÚNIOR, Sérgio Assunção Rodrigues. *O direito à liberdade de expressão e o reconhecimento da sua tripla dimensão no âmbito internacional dos direitos humanos*. Dissertação de Mestrado em Ciência Jurídica Forense na Universidade Portucalense. Porto, 2020. [consult. 03 de junho de 2024]. Disponível em: https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2045&context=faculty_publications.

LAZARI, Rafael José Nadim de; COSTA, Ana Carolina Pazin. *Teoria da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais e o seu reconhecimento no Brasil*. In: Revista do Direito Público, Londrina, v. 18, n. 3, dez. 2023. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2023v18n3p.54-67. ISSN: 1980-511X. [consult. 05 de

julho de 2024]. Disponível em:
<https://doaj.org/article/c8c3b0f68ad44ff388b1de9e9c974689>.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Eficácia horizontal dos direitos fundamentais na relação de emprego*. In: Revista Brasileira de Direito Constitucional, São Paulo, n. 17, p. 33-45, jan./jun. 2011. [consult. 10 de junho de 2024]. Disponível em: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-033Artigo_Carlos_Henrique_Bezerra_Leite_\(Eficacia_Horizontal_dos_Direitos_Fundamentais_na_relacao_de_Emprego\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-033Artigo_Carlos_Henrique_Bezerra_Leite_(Eficacia_Horizontal_dos_Direitos_Fundamentais_na_relacao_de_Emprego).pdf).

LEMOS JUNIOR, Eloy Pereira; BRAZ, Virgínia Lara Bernardes. *A eficácia horizontal dos direitos fundamentais e o princípio da igualdade: Idade como critério de reajuste contratual nos planos de saúde*. In: Revista Direito em Debate, [S. l.], v. 33, n. 61, p. e7688, 2024. DOI: 10.21527/2176-6622.2024.61.7688. [consult. 10 de julho de 2024]. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/7688>.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional (Coleção Esquematizado)*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023.

LIMA, Luciana Resende de Souza. *A eficácia horizontal dos direitos fundamentais*. Artigo Científico apresentado na Escola de Magistratura do Estado do rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2013. [consult. 03 de julho de 2024]. Disponível em:
https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2013/trabalhos_12013/LucianaResendeSouzaLima.pdf&ved=2ahUKEwi42fn6l4yHAXVRqJUCHTBDCrAQFnoECBwQAQ&usg=AOvVaw2W2AADIf4h6lqEWITz3e9R.

LOPES. Ana Maria D'Ávila. *A era dos direitos de Bobbio: entre historicidade e a atemporalidade*. In: *Política e Direito em Norberto Bobbio: luzes para a liberdade, igualdade, a democracia e a república*. Florianópolis: Conceito, 2014

LUÑO, Antonio E. Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 8ª ed., Madrid: Tecnos, 2003.

MARKS, Stephen P. *Human Rights: A Brief Introduction*. Working Paper Harvard School of Public Health, 2014. [consult. 03 de junho de 2024]. Disponível em: <http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:23586712>. junho de 2024.

MARMELSTEN, George. *Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais*. [consult. 21 de agosto de 2022]. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4666/criticas-a-teoria-das-geracoes-ou-mesmo-dimensoes-dos-direitos-fundamentais>.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*, 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2019.

MARTINS, Flávio. *Curso de direito constitucional*. 8ª. São Paulo: Saraiva Jur, 2024.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2024.

MELLO, Cleyson de Moraes. *Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2023.

MELO, Álisson José Maia. *Revisitando as gerações dos direitos fundamentais: uma abordagem epistemológica do direito constitucional*. In: Democracia e Direito Fundamentais: uma homenagem aos 90 anos do Professor Paulo Bonavides. Atlas: São Paulo, 2016.

MENDES, Gilmar. *Curso de direito constitucional. (Série IDP)*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2024.

MENDES, Gilmar. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade - Estudos de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2012.

MENDONÇA, Ana Paula Nunes. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares: discriminação na fase pré-contratual na relação de emprego*. Curitiba: Juruá, 2013.

MENEZES, Priscila Cunha Lima de. *Direitos fundamentais na relação de emprego*. In: Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia,

Salvador, v. 1, n. 1, dez. 2012. [consult. 07 de junho de 2024]. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/148036>.

MILL, John Stuart. *On Liberty*. Kitchener: Batoche Book, 2001. [consult. 03 de julho de 2024]. Disponível em: <https://socialsciences.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/mill/liberty.pdf>.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo I. 6ª ed. Coimbra: Coimbra, 1997.

MOMO, Maria Vitória Galvan; BONE, Leonardo Castro de; MOMO, Airton Amilcar Machado. *O direito alemão e sua influência no direito comparado: a eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada*. Civilistica.com, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 1–31, 2023. [consult. 24 de julho de 2024]. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/912>.

MONCADA, Cabral de. *Filosofia do Direito e do Estado*. 2ª ed. vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1955.

MORAES, Alexandre. *D. Direito Constitucional*. 39ª ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023.

MORAES, Alexandre. *D. Direito Constitucional*. 40ª ed. Atlas, 2024.

MORAES, Alexandre D. *Direitos Humanos Fundamentais*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2021.

MORAES, Guilherme Peña D. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2024.

MORAES, Ricardo Quartim de. *A Revolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e a sua relação com o constitucionalismo dirigente*. In: Revista de Informação Legislativa, vol. 51, nº 204, out/dez. Brasília: Senado Federal, 2014. [consult. 22 de setembro de 2022]. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/509938>.

MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. Coimbra: Centelha, 1976.

MOTTA, Sylvio. *Direito Constitucional*. 29ª ed. Rio de Janeiro: Editora Método, 2021.

MS 23.452/RJ. Supremo Tribunal Federal, Relator Min. Celso de Mello. [consult. 07 de maio de 2024]. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur20720/false>.

NAKAHIRA, Ricardo. *Eficácia horizontal dos direitos fundamentais*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. [consult. 10 de julho de 2024]. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/7752/1/Ricardo%20Nakahira.pdf>.

NASCIMENTO, Filipe Augusto dos Santos. *A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: é possível reconhecer os direitos fundamentais como uma ordem objetiva de valores?* Direito e Liberdade, Natal, v. 13, n.1 (7), 2011. [consult. 16 de agosto de 2022]. Disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/43548>.

NETO, Luiz Octaviano Rabelo. *A dimensão objetiva dos direitos fundamentais como fundamento para vinculação dos particulares*. Universidade Federal de Santa Catarina, 2011. [consult. 04 de julho de 2024]. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/dimens%C3%A3o-objetiva-dos-direitos-fundamentais-como-fundamento-para-vincula%C3%A7%C3%A3o-dos-particulare>.

NETO, Manoel Jorge e S. *Curso de direito constitucional*, 8ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2013.

NETO. Silvio Betramelli. *Curso de Direitos Humanos*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2021.

NOBLET, Albert. *A democracia inglesa*. Coimbra: Coimbra Ed., trad. de Fernando de Miranda, 1963.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editores, 2003.

NOVAIS. Jorge Reis. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares: do dever de proteção à proibição do défice*. Coimbra: Edições Almedina, 2018.

NOVAIS, Jorge Reis. Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel.

A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Editora JusPodevm, 2023.

OLIVEIRA, Leonardo Alves. *A sétima geração dos direitos fundamentais*. In: Data Venia Revista Jurídica Digital, ano 4, nº 6., nov. 2016. [consult. 10 de junho de 2024]. Disponível em: <https://www.datavenia.pt/edicoes/85-edicao06>.

OLIVEIRA, Marcos Vinícius Amorim de. *Por uma Teoria dos Direitos Fundamentais e sua aplicação no Tribunal do Júri*. [consult. 03 de maio de 2024]. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1072>.

OLIVEIRA, Samuel Antonio Merbach de. *A teoria geracional dos direitos do homem*. Theoria – Revista Eletrônica de Filosofia. 3ª ed. 2010. [consult. 20 de junho de 2024]. Disponível em: https://www.theoria.com.br/?s=A+teoria+geracional+dos+direitos+do+homem&etmonthchoice=nochoice&etcat=0&et_searchform_submit=et_search_process

OLIVEIRA, Tamires de Lima de. *Hugo Grotius e a laicização do direito natural: um resgate das contribuições teóricas do autor para a afirmação do direito internacional dos direitos humanos*. Dissertação de Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ), 2017.

OLIVEIRA, Tiago Rege de. *Análise da teoria dos quatro status de Georg Jellinek no âmbito da doutrina dos direitos fundamentais*. vol. 15, nº 1. ISSN 984-431X. In: Revista Eletrônica Interdisciplinar Barra do Garças. Mato Grosso, 2023. [consult. 28 de junho de 2024]. Disponível em: <http://revista.univar.edu.br/rei/article/view/342>.

Organização Internacional do Trabalho. [consult. 05 de junho de 2024]. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/agencia/oit/>.

OTERO, Paulo. *A democracia totalitária – do Estado Totalitário à sociedade totalitária. A influência do totalitarismo na democracia do século XXI*, 1ª ed. Cascais: Principia, 2001.

OTERO, Paulo. *Lições de introdução ao estudo do direito*. vol 1, tomo 1. Lisboa: Pedro Ferreira, 1998.

Pacto sobre a Diversidade Biológica de 1992. [consult. 10 de abril de 2024]. Disponível em: <https://www.cbd.int/convention/text>.

PADILHA, Rodrigo. *Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Editora Forense, 2020.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 14ª ed. São Paulo: Método, 2015.

PEDRO, Fábio Nadal. *La eficacia externa o (alcance) horizontal de los derechos fundamentales. La aplicación (vinculación) de los derechos fundamentales em las relaciones privadas (laborales). Um análisis (crítico) a la luz de la realidade brasilenã y argentina*. In: Revista de direitos fundamentais, ISSN 2675-007, v.1., n.19., jul./dez., 2019. DOI: 10.29327/213440.1.2-3. [consult. 11 de julho de 2024]. Disponível em: <https://revistas.anchieta.br/index.php/DireitosFundamentais/article/view/1517>.

PEREIRA, Cynthia Nóbrega. *A eficácia horizontal das garantias fundamentais*. Themis, Fortaleza, v. 7, n. 1, p. 85-106, jan./jul. 2009. [consult. 10 de julho de 2024]. Disponível em: <https://doi.org/10.56256/themis.v7i1.149>.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2017.

PEREIRA, Jeferson Botelho. *A impunidade dos sociocidas como direito de sétima geração*. In: Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 3025, 13 out. 2011. [consult. 19 de junho de 2024]. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/20204/a-impunidade-dos-sociocidas-como-direito-de-setima-geracao>.

PEREIRA, Jeferson Botelho. *As Dimensões do Direito e a Segurança Pública*. In: Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 3949, 24 abr. 2014. [consult. 19 de junho de 2024]. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/27710/as-dimensoes-do-direito-e-a-segurancapublica>.

PETRY, Maira Carolina. *A efetivação do direito fundamental à água potável através do programa protetor de águas*. In: XVIII Seminário Internacional: demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea. Universidade de Santa Catarina, 2022. [consult. 25 de abril de 2024]. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidssp/article/view/22205>.

PINHO, Rodrigo César R. *Direito constitucional: teoria geral da constituição e direitos fundamentais. (Sinopses jurídicas)*, 19ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2024.

PINHO, Rodrigo César R. *Sinopses Jurídicas v 17 - direito constitucional - teoria geral da constituição e direitos fundamentais*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019.

PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. *Direitos fundamentais – Legítimas prerrogativas de liberdade, igualdade e dignidade*. In: Revista de Direito, n. 79, 2009. [consult. 14 de maio de 2024]. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file%3Fuuid%3Dae67daf5-7ca9-408c-93b6b58186a81197&ved=2ahUKEwjFy_Dvho6GAxUbqJUCHX50AhIQFnoECBAAQAw&usg=AOvVaw2qeIPKckcabH0H379Cvpjm.

PINTO, Silvia Regina Becker. *A eficácia horizontal dos direitos fundamentais: uma perspectiva sobre as relações jurídicas privadas*. Relatório de doutoramento no curso de Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, 2006-2007.

POLIPPO, Micheli. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. In: Revista Eletrônica Direito e Política, [S. l.], v. 3, n. 3, 2008. DOI: 10.14210/rdp.v3n3. pg. 566-588. [consult. 04 de julho de 2024]. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/article/view/7336>.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023.

RAMOS, André Luiz Arnt. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas: o estado da questão*. RIL Brasília a. 53 n. 210 abr./jun. 2016 p. 291-314. [consult. 11 de julho de 2024]. Disponível em https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/210/ril_v53_n210_p291.pdf&ved=2ahUKEwiK_KWflaCHAxX3qJUCHZK6A3oQFnoECBUQAQ&usg=AOvVaw0KQVuVGDyW9qjdorn4LNuY.

RAMOS, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2024.

RE 158215/RS. Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Marco Aurélio. [consult. 26 de julho de 2024]. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/14702036>.

RE 161243/DF. Supremo Tribunal Federal, Relator Carlos Velloso. [consult. 26 de julho de 2024]. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/743268>.

RE 201819/RJ. Supremo Tribunal Federal, Relator Ellen Gracie. [consult. 26 de julho de 2024]. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur7704/false>.

RE 878694/MG. Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Luís Roberto Barroso. [consult. 26 de julho de 2024]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4744004>.

REIS TRINDADE, André Fernando D. *Manual de direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2015.

RICARTES, Gabriel Ocampos. *Eficácia horizontal dos direitos fundamentais: o princípio da proporcionalidade e as relações de trabalho*. In: Revista Videre, [S. l.], v. 8, n. 15, p. 162–183, 2016. [consult. 24 de julho de 2024]. Disponível em: <https://ojs.ufgd.edu.br/videre/article/view/4675>.

RODRIGUES, Leandro Nascimento; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas à luz da jurisprudência do STF: análise crítica do RE 201.819-8 e ADI 4815*. In: Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, [S. l.], v. 19, n. 2, 2018. DOI: 10.18759/rdgf.v19i2.1085. [consult. 10 de julho de 2024]. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1085>.

RUAS, Celiana Diehl. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares para ponderação de interesses*. In: Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos, [S. l.], v. 8, n. 2, 2016. [consult. 23 de julho de 2024]. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/9991>.

SAES, Wandimara Pereira dos Santos. *Colisão de direitos fundamentais: princípio da dignidade humana como critério material de ponderação*. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional: RDCI, v. 19, n. 76, jul./set. 2011.

Revista dos Tribunais, 2011. [consult. 22 de julho de 2024]. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://www.cjf.jus.br/caju/colisao.direitos.fundamentais_1.pdf&ved=2ahUKEwiTsrnd27GHAXWmC7kGHUoHAhgQFnoECBEQAQ&usg=AOvVaw2n5kwHLyBdU2gob22MTHyJ.

SALEME, Edson R. *Curso constitucional*. 5ª ed. Santana de Parnaíba: Editora Malone, 2022.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANTOS, Adriana Aparecida Soares de Souza. *A Aplicabilidade dos Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares: Análise das Teorias de Eficácia do Direito Constitucional*. Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2010. [consult. 04 de julho de 2024]. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2010/trabalhos_22010/adrianasantos.pdf.

SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo W. *Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. Boletim Científico: Escola Superior Do Ministério Público da União, a. 4., n. 16., Brasília, jul./set. 2005. [consult. 04 de julho de 2024]. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoescientificas/index.php/boletim/article/view/201/181>.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira*. In: *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 3ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel: *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho*. In: Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 77, n. 4, out./dez. 2011. [consult. 03 de julho de 2024]. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/28342>.

SHELTON, Dinah L. *An Introduction to the History of International Human Rights*. Gw Law Faculty Publications & Other Works, 2007. [consult. 03 de junho de 2024]. Disponível em: https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2045&context=faculty_publications.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19ª ed., São Paulo: Malheiro, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37ª ed. São Paulo, Malheiros, 2014.

SILVA, José Afonso da. *O Estado Democrático de Direito*. In: Revista de Direito Administrativo, v. 173. Rio de Janeiro: Editora Fórum e Editora FGV, jul./set., 1988. [consult. 03 de abril de 2024], Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/45920/44126>.

SILVA, Vasco Pereira da. *Para um contencioso administrativo dos particulares: esboço de uma teoria subjectivista do recurso directo de anulação*. Coimbra: Livraria Almedina, 1989.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. [consult. 05 de julho de 2024]. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/26424866/virgilio-afonso-da-silva-a-constitucionalizacao-do-direito>.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A evolução dos direitos fundamentais*. In: Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte: Del Rey, A. 5, nº 6 (julho-dezembro, 2005).

SILVA, Virgílio Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Edusp, 2021.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos fundamentais e relações entre particulares*. In: Revista Direito FGV, v. 1, n. 1, maio, 2005, p. 173-180. [consult. 23 de julho de 2024]. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/revdireitogv/article/view/35274>.

SILVEIRA, Daniel Barile da. *Paradigmas de interpretação constitucional: desafios ao entendimento das sociedades modernas*. In: Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, vol.1., n.1., março 2006, pg. 51-63. Santa Maria: Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, 2006. [consult. 10 de julho de 2024]. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/6764>.

SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. *Direito público e sociedade técnica*. Coimbra: Atlântida, 1969.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. *O Supremo Tribunal Federal e a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares*. In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, v. 65/66. Pg. 29-86, jan./dez. 2007. São Paulo: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2007. [consult. 04 de julho de 2024]. Disponível em: <https://revistas.pge.sp.gov.br/index.php/revistapegesp/issue/view/141>.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Org.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

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

STEINMETZ, Wilson.; MARCO, Cristhian Magnus De. *A eficácia horizontal dos direitos fundamentais na teoria de Robert Alexy*. In: Revista da AJURIS - QUALIS A2, [S. l.], v. 41, n. 134, 2014. [consult. 24 de julho de 2024].

Disponível em: <https://revistadaajuris.ajuris.org.br/index.php/REVAJURIS/article/view/212>.

STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. Vol III/1, München: C. H. Beck, 1988.

TÁCITO, Caio. *Os direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. In: *Revista de Direito Administrativo*, v. 178. Rio de Janeiro: Editora Fórum e Editora FGV, out./dez., 1989. [consult. 05 de abril de 2024]. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/46132/44291>.

TAVARES, André R. *Curso de direito constitucional*. 21ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2023.

TAVARES, André R. *Curso de direito constitucional*. 22ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2024.

TORRANO, Marco Antônio Valencio. *Quantas dimensões (ou gerações) dos direitos humanos existem?* Jusbrasil, 2016. [consult. 20 de junho de 2024]. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/quantas-dimensoes-ou-geracoes-dos-direitos-humanos-existem/302278354>.

VARELA, Guilherme Amorim Garcia Udre. *Eficácia dos direitos fundamentais de liberdade individual nas relações jurídicas trabalhistas*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2018. [consult. 11 de julho de 2024]. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/jspui/handle/123456789/26561>.

VASCONCELOS, Cléver. *Curso de direito constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022.

VAZ, Manuel Afonso. *Teoria da Constituição: o que é a Constituição, hoje?* 1ª ed. Coimbra: Coimbra, 2012.

VENTURI, Thaís G. Pascoaloto. *A state action doctrine norte-americana e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas no Brasil*. In: *Revista Migalhas*. [consult. 11 de julho de 2024]. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/direito-privado-no-common-law/335023/a-state-action-doctrine-norte-americana-e-a-eficacia-horizontal-dos-direitos-fundamentais-nas-relacoes-privadas-no-brasil>.

VIEGAS, Claudia Mara de Almeida Rabelo; NASCIMENTO, Uelton David. *A eficácia horizontal dos direitos fundamentais às relações privadas*. [consult. 26 de julho de 2024]. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://uniesp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20170728105436.pdf&ved=2ahUKEwi44Ni5qMaHAXVJJrkGHWUfCtEQFnoECBYQAw&usg=AOvVaw3hO_ROeiGAYGP2vWeoc7yD.

VIEIRA JUNIOR, Dicesar Beches. *Teoria dos Direitos Fundamentais: Evolução Histórico-Positiva, Regras e Princípios*. In: Revista da Faculdade de Direito da UERJ - RFD, [S. l.], n. 28, p. 73–96, 2015. DOI: 10.12957/rfd.2015.20298. [consult. 31 de agosto de 2022]. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/rfduerj/article/view/20298>.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos*, pg. 133/135. In: Revista Jurídica Unicuitiba, v. 2, nº 31, 2013. [consult. 16 de abril de 2024]. Disponível em: <http://revista.unicuitiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/593/454>.

ZAMORANO, Fernanda Raso. *Um olhar sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Observatório da Jurisdição Constitucional, [S. l.], n. 2, 2014. [consult. 22 de julho de 2024]. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/995>.