

GARANTIAS FUNDAMENTAIS E PROCEDIMENTOS PRIVADOS*

FUNDAMENTAL GUARANTEES AND PRIVATE PROCEDURES

Antonio Nilo Rayol Lobo Segundo

RESUMO

A complexidade das relações sociais na sociedade moderna mostrou que os direitos fundamentais do cidadão podem ser ofendidos não só pelos atos emanados da autoridade estatal, mas também pela manifestação de poderes privados. Diante dessa constatação, diversas teorias foram desenvolvidas com o intuito de fundamentar a possibilidade de invocação de direitos fundamentais também nas relações entre particulares. Aceita a possibilidade de invocação dos direitos fundamentais nas relações privadas, o passo seguinte foi a incidência das garantias fundamentais nas referidas relações, uma vez que a garantia, sendo instrumento para a tutela do direito, segue-lhe a sorte. Para a aplicação das garantias fundamentais nas relações privadas faz-se necessária a construção de uma teoria geral dos procedimentos privados que justifique e delimite o desenrolar de procedimentos não-estatais, indicando um devido processo legal a ser observado nas referidas relações. O Supremo Tribunal Federal já acolheu em algumas de suas manifestações a necessidade de observância de um devido processo nas relações particulares, seja como uma cláusula geral, seja como manifestação de garantias específicas nele inseridas, como o habeas corpus, o mandado de segurança, o habeas data, a ação popular e a ação civil pública. A incidência das garantias fundamentais nas relações havidas entre particulares justifica-se sempre que necessário à proteção do direito fundamental por ela assegurado. Os contornos de um devido processo legal aplicável às relações particulares, todavia, ainda carecem de uma melhor sistematização que lhe defina o conteúdo e a fundamentação. A incidência das garantias fundamentais nas relações havidas entre particulares justifica-se sempre que necessário à proteção do direito fundamental por elas assegurado, com fundamento no papel estatal de proteção efetiva dos direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. INSTRUMENTALIDADE. EFICÁCIA HORIZONTAL. PROCEDIMENTOS PRIVADOS. DEVIDO PROCESSO LEGAL.

ABSTRACT

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

The complexity of social relations in modern society has shown that fundamental rights would be offended not only by acts originated from State authority, but also by the exercise of private activities. Given this certainty, many theories were developed with purpose of substantiate the possibility of invocation of fundamental rights also in private relations. Accepted the extension of fundamental rights to private relations, the next step is recognize the incidence of fundamental guarantees to the mentioned relations, since the guarantee, as an instrument of protection of rights follows them. To apply the fundamental guarantees on private relations is necessary the development of a general theory of private procedures that justifies and appropriate defines the non-state procedures .The Brazilian Supreme Court (Supremo Tribunal Federal) already recognized in many cases the need to observe the due process of law on private relations, sometimes as a general clause or even like a demonstration of specific guarantees: habeas corpus, writ of mandamus, habeas data and class actions. The contours of a due process of law on private relations, however, still demand a better systematization able to define their content and reasons. The incidence of fundamental guarantees on private relations is justified always that necessary to protect a fundamental right founded on state mission of effective protection of fundamental rights.

KEYWORDS: FUNDAMENTAL RIGHTS AND GUARANTEES. INSTRUMENTALITY. HORIZONTAL EFFECTIVENESS OF RIGHTS. PRIVATE PROCEDURES. DUE PROCESS OF LAW.

INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais surgiram inicialmente como forma de limitação do poder estatal, de molde a manter uma certa esfera de intangibilidade da vida privada do indivíduo, essencial ao desenvolvimento de suas potencialidades.

Com efeito, os direitos de primeira geração tinham um caráter eminentemente negativo, a impor ao estado uma abstenção, razão pela qual são também chamados de liberdades públicas negativas, como são as regras da legalidade e da anterioridade da lei penal.

Também os direitos de segunda geração dirigem-se precipuamente ao estado, desta feita impondo a realização de prestações de caráter positivo, como a seguridade social e a previsão de direitos trabalhistas.

O mesmo se dá com os direitos de terceira geração, em que o estado assume o papel de promoção de tais direitos (eficácia objetiva dos direitos fundamentais), como são o meio ambiente e os direitos das minorias.

Fala-se, pois, em *eficácia vertical dos direitos fundamentais*, por serem eles oponíveis ao ou exigíveis do estado, gerando para esse um dever, seja de abstenção (no caso dos direitos de primeira geração), seja de prestação (no caso dos direitos de segunda geração), ou, ainda, de promoção (no caso dos direitos de terceira geração).

Ocorre que o incremento das relações sociais desde o advento do estado liberal e a conseqüente complexidade da própria sociedade em que se inserem tais relações

demonstraram que a esfera de liberdade individual do cidadão pode ser ameaçada não somente pela manifestação do poder do estado, mas também pela atuação de outros particulares[1].

Isso porque o poder deixou de ser um fenômeno eminentemente estatal e passou a se disseminar na própria sociedade, de modo que ao lado do poder estatal – e por vezes até acima dele – identificou-se também a existência dos chamados *poderes privados*[2], titularizados por particulares que se encontram em posição de supremacia (econômica, contratual, social etc.) Em relação aos demais particulares.

Devido a isso, passou-se a sustentar a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, donde falar-se daí em *eficácia horizontal dos direitos fundamentais* (*drittwirkung der grundrecht*), em contraposição à eficácia vertical supra-referida.

Outrossim, havendo a possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, surge de logo o questionamento acerca da incidência das garantias fundamentais nas relações privadas, pois os direitos somente podem ser efetivamente aplicados se houver uma garantia que lhe dê respaldo.

Surge também a questão acerca da incidência das garantias fundamentais nos processos e procedimentos de natureza privada, de modo que se indaga se seria possível sustentar-se a incidência de um *due process* a reger os procedimentos havidos entre particulares, em contraposição ao devido processo legal de caráter estatal.

Procurar-se-á no presente artigo analisar panoramicamente a possibilidade de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, para em pós analisar com maior profundidade a eventual eficácia horizontal das garantias fundamentais nas relações entre privados, com ênfase no estudo das garantias fundamentais de natureza processual/procedimental, buscando identificar uma fundamentação teórica que satisfatoriamente a justifique, para finalmente tecermos comentários sobre algumas garantias em espécie que podem incidir sobre relações privadas, inclusive com menção de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais eventualmente existentes. identificou-se que a igualdade formal de cunho liberal não tinha o condão de suprimir as relações de sujeição que se verificam no seio sociedade, razão pela qual os direitos fundamentais haveriam de ser oponíveis também aos particulares que detivessem uma posição de supremacia social sobre outros particulares, sob pena de o direito permitir que a atuação privada de um ofendesse os direitos fundamentais de outro ou de todos.

1 DESENVOLVIMENTO

1. DIREITOS X GARANTIAS

Em uma acepção ampla, os direitos abrangem em seu conceito as garantias. Sob uma perspectiva mais técnica, contudo, é possível estabelecer a distinção entre direitos e garantias: enquanto aqueles atribuem ao seu titular uma determinada possibilidade jurídica, estas têm uma função instrumental de assegurar o exercício de um direito. Com

base nessa distinção é que se costuma dizer que os direitos são declarados, ao passo que as garantias são estabelecidas.

A Constituição Federal de 1988 inclui em seu rol de direitos fundamentais tanto direitos propriamente ditos quanto garantias assecuratórias de tais direitos. A título de ilustração podemos citar o reconhecimento constitucional do direito à liberdade de locomoção (Art. 5º, XV), que tem como garantia a previsão do *habeas corpus* (LXVIII). O direito de locomoção sem a garantia dos *habeas* ficaria absolutamente vulnerável, pois o indivíduo não teria meios eficazes de fazer valer o seu direito fundamental, que, *ipso facto*, resumir-se-ia a mera promessa retórica.

Quanto ao conteúdo, podemos classificar as garantias em dois grupos: as garantias materiais (devido processo legal substantivo, *par conditio*, dignidade, vedação ao constrangimento, proteção à privacidade, proporcionalidade etc.) E as garantias processuais (devido processo legal adjetivo, contraditório, direito de defesa, assistência por advogado, direito à prova, imparcialidade do julgador etc.).

As garantias materiais têm existência autônoma, e podem se manifestar ora como um direito, ora como uma garantia de um outro direito. Já as garantias processuais encontram campo de atuação dentro de processos ou procedimentos, de modo a tornar legítima a decisão final a ser tomada.

Segundo Francisco Gérson Marques de Lima (2002, p. 34), “as garantias constituem, destarte, fórmulas de proteção jurídico-políticas, cuja finalidade é a de assegurar ou instrumentalizar direitos. Funcionam como salvaguardas das liberdades fundamentais”.

As garantias, portanto, são marcadas pelo caráter de instrumentalidade e referibilidade a um direito, por assim dizer, *stricto sensu*, assegurando-o em caso de violação.

2. A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ante a constatação de que as ameaças aos direitos fundamentais podem ter origem não apenas na atuação do estado, mas também nas relações estabelecidas entre particulares, decorrentes do exercício dos poderes privados, a doutrina passou a sustentar e a jurisprudência terminou por admitir a incidência dos direitos fundamentais nas relações de caráter privado, como forma de lhes garantir a efetividade em face de abusos partidos de quaisquer posições de supremacia pública ou privada.

A incidência dos direitos fundamentais nas relações *inter privatos*, entretanto, por implicar uma restrição na liberdade de atuação privada do indivíduo, exige uma fundamentação teórica que a justifique, uma vez que a oponibilidade de um direito fundamental a um particular pode esconder uma violação ao princípio da isonomia ou ao princípio da autonomia privada, já que a invocação de um direito fundamental por um particular em face de outro gera para este um dever jurídico que outrora somente seria exigível do estado.

Ora, para que se prestigie a liberdade de atuação do cidadão - a intromissão estatal na esfera do indivíduo deve-se limitar ao mínimo essencial à convivência social pacífica, sem suprimir-lhe a esfera do agir privado, sob pena de o estado imiscuir-se em assuntos

que devem ficar ao alvedrio dos particulares e, assim, trilhar o caminho de um regime autoritário.

Da mesma maneira o direito não pode tolerar a interferência exacerbada de um particular na esfera jurídica de outro, salvo se houver justificativa razoável para tanto, o que nem sempre é de fácil fundamentação.

Para justificar a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, a doutrina identifica quatro correntes principais[3]: as teorias da imputação ao estado (incluindo a teoria da *state action*), a teoria da eficácia indireta e mediata, a teoria dos deveres de proteção e a teoria da eficácia direta e imediata. Sobre o tema, merece destaque também a proposta conciliatória de Alexy.

A teoria da imputação ao estado foi formulada por Jürgen Schwabe, que entende que toda lesão a direito fundamental entre particulares pode ser imputada ao estado, de modo que, em última instância, tratar-se-ia sempre de eficácia vertical dos direitos fundamentais. A teoria da *state action*, por sua vez, tem origem no direito norte-americano. Defendem seus seguidores que os direitos fundamentais direcionam-se especificamente para a atuação estatal, de sorte que nas relações privadas os direitos fundamentais são protegidos pela atuação do legislador ordinário.

A teoria da eficácia indireta e mediata fundamenta-se nas idéias de Günter Dürig, que sustenta que a aplicação dos direitos fundamentais nas relações particulares pressupõe a atuação do legislador ordinário, de sorte que os direitos fundamentais somente se aplicariam se e na medida em que forem disciplinados pela lei. Far-se-ia necessária, pois, a *interpositio legislatoris*, como condição da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

A teoria dos deveres de proteção defende a incidência apenas subsidiária dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, desde que a disciplina traçada pelo legislador não seja suficiente à proteção efetiva do direito fundamental. Assim, em princípio os direitos fundamentais não teriam eficácia perante terceiros, pois teriam como destinatário primeiro somente o estado. Entretanto, caso a disciplina dada pelo legislador não seja eficaz para a proteção do direito fundamental, e tendo em conta a obrigação estatal de garantir o exercício dos direitos fundamentais (*eficácia objetiva*), as relações entre privados estariam vinculadas à observância dos postulados jusfundamental, embora em caráter excepcional[4].

A teoria da eficácia direta e imediata, por sua vez, tem origem nas lições de Nipperdey, que sustenta que a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares prescinde da *interpositio legislatoris*. Assim, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais independe da existência de regulamentação legislativa, sendo bastante que se verifique a existência de uma situação fática ensejadora da aplicação de um direito fundamental.

Finalmente, Alexy sugere uma teoria conciliadora[5], propondo “um modelo de três níveis de efeitos sobre terceiros”, que integra as teorias da eficácia mediata, da eficácia imediata e teoria da imputação de Schwabe. Para o professor alemão, em algumas situações os direitos fundamentais incidem diretamente nas relações entre os particulares; em outras, a sua incidência é apenas subsidiária, caso a proteção prevista

pelo legislador não seja suficiente para evitar a lesão; finalmente, existem casos em que os direitos fundamentais necessitariam da *interpositio legislatoris* para incidirem nas relações privadas.

3. A EFICÁCIA HORIZONTAL DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS: FUNDAMENTOS

Muito embora exista farta literatura acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a doutrina sobre a incidência específica das *garantias* fundamentais nas relações privadas ainda carece de um maior desenvolvimento teórico[6].

A falta de literatura específica, todavia, não exime o estudioso do dever de perquirir acerca do tema, munindo-se para tanto de referenciais teóricos que se referem aos direitos fundamentais e procurando adaptá-los à temática específica das garantias fundamentais.

com efeito, se é possível sustentar a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, dúvidas não podem existir acerca da incidência das garantias fundamentais nas referidas relações, pois o direito desacompanhado de sua garantia tornar-se-ia mera promessa destituída de meios eficazes de implementação. Nesse sentido é a ponderação de Wilson Steinmetz (2004, p. 62):

“De fato, a questão processual é relevante. Afinal, reconhecer, no plano material, a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares sem o ulterior reconhecimento de instrumentos processuais hábeis de efetivação é uma espécie de vitória de Pirro. Isso, por si só, justificaria a tematização da questão processual no âmbito da vigência do ordenamento jurídico brasileiro.”

Ora, no momento em que se admite a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, é de se reconhecer tal eficácia também às suas garantias, pois estas, possuindo caráter instrumental em relação àqueles, seguem-lhe a sorte e acompanham-no enquanto verdadeiro instrumento a garantir-lhe a efetividade, seja na esfera pública, seja na esfera particular.

O fundamento que justifica a aplicação das garantias constitucionais à esfera privada pode ser encontrado no ensinamento de Francisco Gérson marques de lima (2002, p. 65):

“A cláusula do devido processo legal é imposição constitucional, que assegura um direito subjetivo público irrenunciável. Como garantia fundamental, não se dirige apenas contra o setor público, pois se encontra, intimamente e em primeiro lugar, liga ao sujeito acusado em geral, e não exclusivamente ao órgão acusador. O próprio estado não pode negá-lo, por qualquer de seus poderes e funções, seja na aplicação prática das regras, seja na elaboração destas. Nesta dimensão, inserida no patrimônio jurídico do cidadão, a cláusula o acompanha onde quer que vá, amparando-o em qualquer situação acusatória.”

E mais adiante afirma (2002, p. 65):

“Podemos ilustrar, alegoricamente, que estas garantias constitucionais não se encontram guardadas numa gaveta da autoridade estatal, que delas fará uso sempre que alguém se apresentar perante o poder público pedindo a tutela jurisdicional ou administrativa. Na verdade, elas se encontram em uma bolsa entregue pelo estado a cada cidadão, que a leva consigo, indissociável de sua pessoa e apresentável em qualquer circunstância em que esteja sendo processado, seja perante agente ou autoridade pública, seja perante outro indivíduo ou entidade privada. Algumas garantias, guardadas na bolsa, podem ser retiradas e utilizadas nos processos e nos procedimentos; outras, somente nos processos; algumas terão dimensão maior; outras, menor.”

Acolhendo a lição supra transcrita, verifica-se que os direitos fundamentais e, conseqüentemente, as garantias fundamentais possuem um *caráter antropocêntrico*, no sentido de que gravitam em torno do cidadão e em função dele são estabelecidas, não como uma concessão do estado (“guardadas numa gaveta da autoridade”), mas como uma prerrogativa do cidadão (“bolsa”) invocável quando se fizer necessário.

Assim, por se referirem ao indivíduo em última instância, as garantias fundamentais irradiam-se a todas as relações jurídicas encetadas pelos cidadãos, nas esferas pública ou privada, desde que esteja em risco um seu direito fundamental constitucionalmente garantido.

O antropocentrismo traduz a idéia de que o homem, por ser o destinatário dos direitos fundamentais, é destinatário também das garantias fundamentais.

As garantias fundamentais podem ser sintetizadas em uma garantia mais ampla, consistente na existência de um devido processo legal de cunho adjetivo ou substantivo, conforme se refira às garantias processuais ou materiais, respectivamente. O conceito do devido processo legal, conquanto bastante desenvolvido no que toca às relações de poder entre o estado e os cidadãos, ainda não tem os seus contornos devidamente definidos nas relações entre particulares, razão pela qual se defende a construção de uma teoria geral dos procedimentos. Sobre o tema, vejamos mais uma vez a lição de Francisco Gérson Marques de Lima (2002, p. 64):

“Os direitos e garantias inerentes à cláusula do *due process of law* não devem se projetar apenas no *processo* estritamente público (judicial ou administrativo). Urge que se fomente de maneira mais ampla a teoria geral dos procedimentos, aproximando-a da teoria geral do processo e lhe alargando os domínios para fazê-la alcançar, também, os *procedimentos* em geral e os *processos de âmbito privado*. Como espécies de procedimentos e processos privados citam-se, a título exemplificativo: as sindicâncias internas feitas pelo empregador na apuração da falta disciplinar de seus empregados; o processamento para excluir o cooperado da cooperativa; o processamento realizado nas sociedades comerciais para exclusão de sócio minoritário ou não; o processamento levado a cabo por empresas privadas para averiguar o fluxo de mercadorias e de aplicações financeiras ou investimentos; o procedimento referente a controle de dados do cidadão, a que se reportam os primeiros dispositivos da lei do *Habeas data* (lei 9.507, de 1997) etc.”

Uma teoria geral dos procedimentos também poderia ser útil ao disciplinamento e à resolução de conflitos relativos a eleições de diretorias de associações privadas, exclusão de sócios de empresas ou de associações, inquérito para apuração de falta

grave de trabalhador estável, processos de seleção de empregados em empresas privadas, anúncios de emprego discriminatórios, procedimentos de revistas de trabalhadores etc.

As possibilidades de aplicação de uma teoria geral dos procedimentos são múltiplas, como múltiplas são as situações em que os direitos fundamentais são ameaçados por posições de supremacia ou sujeição de um particular em relação a outro, decorrente de manifestações dos poderes privados. A necessidade de construção de uma tal teoria é ressaltada por Francisco Gérson Marques de Lima (2002, p. 63-64):

“é preciso construir uma teoria geral dos procedimentos investigatórios, aproximando-os entre si, de forma a assegurar um mínimo de resguardo dos direitos e garantias constitucionais fundamentais. Que se crie uma teoria geral, partindo de um ponto comum (os direitos e garantias fundamentais) e se especializando em cada setor, onde os princípios comuns e gerais sofram adaptações para se amoldarem e se adequarem à natureza da espécie procedimental *in concreto*, embora sem se divorciar das orientações do tronco comum. Uma teoria deste teor tornará mais segura a aplicação dos preceitos e normas que regem toda e qualquer espécie de investigação, além de fornecer elementos mais científicos ao estudo do assunto, numa base única.”

É interessante ressaltar que o Supremo Tribunal Federal já reconheceu em algumas oportunidades[7] a existência de um devido processo legal a ser observado nas relações travadas entre os particulares, tal qual ocorre nas relações que envolvam a autoridade estatal. O acórdão proferido no julgamento recurso extraordinário n. 201.819/rj pode ser tomado como paradigma, pois a suprema corte reconheceu a um membro de uma associação privada o direito de dela não ser excluído sem a observância de um devido processo legal, onde se lhe facultasse o exercício do contraditório e a ampla defesa. Eis o teor da ementa:

Ementa: sociedade civil sem fins lucrativos. União brasileira de compositores. Exclusão de sócio sem garantia da ampla defesa e do contraditório. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Recurso desprovido. I. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. Os princípios constitucionais como limites à autonomia privada das associações. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da constituição da república, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos

particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. Sociedade civil sem fins lucrativos. Entidade que integra espaço público, ainda que não-estatal. Atividade de caráter público. Exclusão de sócio sem garantia do devido processo legal. Aplicação direta dos direitos fundamentais à ampla defesa e ao contraditório. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A união brasileira de compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. Recurso extraordinário desprovido.

Em que pese o reconhecimento expresso, por parte da suprema corte, da necessidade de um devido processo legal nas relações de cunho privado, o seu conteúdo e os seus limites ainda merecem uma maior desenvolvimento, mediante estabelecimentos de linhas gerais de um *devido processo legal privado*, já que a corte, nos precedentes referidos, conquanto admitindo um devido processo legal nas relações entre os particulares, não deixou claros os seus contornos.

Inobstante essa ausência de fixação de parâmetros por parte do Supremo Tribunal Federal, podemos de pronto aduzir que um *due process* aplicável às relações entre particulares deve ter como conteúdo mínimo as garantias do contraditório, da ampla defesa, da possibilidade de assistência por advogado, da imparcialidade do aplicador da sanção, da possibilidade de produção probatória, da vedação às provas ilícitas, da preservação da dignidade da pessoa humana, da igualdade de oportunidades e da proporcionalidade.

4. GARANTIAS FUNDAMENTAIS: ESPÉCIES E ALGUMAS HIPÓTESES DE APLICAÇÃO

O devido processo legal pode ser entendido como uma garantia ampla, que concentra em si um conjunto de outras garantias específicas.

Dentre essas garantias constitucionais específicas, podemos citar o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data*, a ação popular, a ação civil pública, o mandado de injunção e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

A incidência de tais garantias processuais nas relações particulares, todavia, não é matéria pacífica, exigindo do aplicador da lei justificação teórica que, ao tempo em que garanta efetividade aos direitos fundamentais, não implique supressão da esfera de autonomia privada do indivíduo.

Passemos, pois, à análise da possibilidade de invocação de tais garantias nas relações privadas.

Relativamente ao *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII), é possível vislumbrar hipóteses de sua aplicação nas relações entre particulares, desde que um deles possua uma posição de supremacia (fática, econômica, jurídica etc.) Sobre o outro, como sói acontecer em casos de internações compulsórias em hospitais, asilos e clínicas psiquiátricas privadas. Em tais casos, o poder privado aproxima-se bastante do poder estatal, de modo que não seria razoável deixar o direito despido de proteção efetiva.

Quanto ao mandado de segurança, entretanto, há maior controvérsia, em função de o art. 5º, LXIX referir-se expressamente a ato de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público. A literalidade do dispositivo, porém, não demove a doutrina da defesa de sua incidência às relações privadas. Nesse rumo é a lição de Daniel Sarmiento (2006, p. 280):

“Pretendemos, sim, mostrar como é possível, através de uma exegese mais ousada, ampliar o objeto do mandado de segurança para atos de entidades privadas que não se correlacionem com o desempenho de qualquer função pública, desde que se evidencie no caso concreto algum interesse público relevante, evidentemente presente no campo da educação, mas também materializado em diversas outras atividades privadas, como as ligadas à saúde, previdência privada etc. Nisto não haverá qualquer ofensa à constituição, pois esta estabeleceu o objeto mínimo do mandado de segurança, insuscetível de restrição pelo legislador ou pela jurisprudência. Mas nada obsta, muito pelo contrário, que se empregue uma interpretação extensiva e construtiva para ampliar a incidência das garantias constitucionais, como o mandado de segurança. A mesma problemática, aliás, pode ser suscitada em relação ao mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX, CF), que se sujeita aos mesmos regramentos do mandado de segurança individual no que tange à legitimação passiva.”

Acolhendo a lição do professor da universidade estadual do rio de janeiro, pode-se sustentar o cabimento do *mandamus* contra atos praticados por diretores de estabelecimentos privados de ensino (matrícula, jubramento etc.) Ou hospitalares (exigência de caução, *verbi gratia*).

O cabimento do *habeas data* (art. 5º, LXXII) contra atos dos particulares encontra expressa previsão na lei regulamentadora da garantia (lei n. 9.507/97), cujo art. 1º prevê que “considera-se de caráter público todo registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações”. Assim, o próprio legislador estendeu o uso do *habeas data* para a defesa do direito à informação contra atos praticados por particulares, como se dá nos casos dos arquivos privados de consumo (cadastros de proteção ao crédito).

Também a ação popular prevista no inciso LXXIII do art. 5º da constituição da república encontra campo de incidência nas relações privadas, *ex vi legis*, uma vez que a previsão expressa contida no art. 6º da lei n. 4.717/65 abrange não apenas as entidades privadas que recebam recursos públicos, mas também os beneficiários particulares do ato lesivo ao patrimônio público.

A legitimação passiva do particular para a ação civil pública (art. 129, III e § 1º da CF), a seu turno, decorre da própria natureza do direito por ela tutelado. Com efeito, a proteção dos interesses difusos e coletivos não é função exclusiva do poder público, mas de toda a coletividade, de modo que a prática de ato lesivo a direito fundamental dessa natureza sujeita o seu autor à sujeição passiva na *actio*, independentemente de se tratar do poder público ou de um particular. É o que se dá, por exemplo, com a degradação da qualidade ambiental, comumente causada por particular e pelo próprio estado.

A aplicação do mandado de injunção (art. 5º, LXXI) às relações privadas encontra controvérsia: enquanto o Supremo Tribunal Federal não aceita a aplicação da garantia na esfera privada, por entender que a mesma possui caráter mandamental e se dirige exclusivamente à autoridade pública omissa na regulamentação de dispositivo constitucional, a doutrina defende a possibilidade de invocação do mandado de injunção contra atos de particulares. No ponto, são esclarecedoras as palavras de Flávia Piovesan, citada por Daniel Sarmiento (2006, p. 281-282):

“O mandado de injunção”, reitera-se, objetiva tornar viável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à cidadania e à soberania, quer a obrigação de prestar o direito seja do poder judiciário, quer incumba a particulares.

“Vale dizer, cabe mandado de injunção tanto nas relações de natureza pública, como nas relações privadas, como, por exemplo, nas relações de emprego privado, hipótese que envolve os direitos previstos no art. 7º do texto constitucional.”

Finalmente, o manejo da argüição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º da CF) em face de um particular encontra óbice de natureza legal, uma vez que a lei n. 9.882/99, que regulamentou o instituto, restringiu em seu art. 1º o cabimento da argüição ao caso de lesão resultante de ato do poder público.

Embora *de lege lata* não seja possível extrair eficácia horizontal da referida garantia, a doutrina, lamentando a omissão do legislador, defende uma interpretação construtiva da argüição. Sarmiento (2006, p. 285) assim se manifesta:

“Isto não obsta que, satisfeitos outros requisitos, em especial o princípio da subsidiariedade (art. 4º, § 1º, da lei n. 9.882/99), possa a argüição voltar-se contra decisões judiciais que tenham dirimido, de forma incompatível com os direitos fundamentais, certos litígios jurídico-privados. Esta, aliás, foi precisamente a construção que possibilitou, na Espanha, que o *recurso de amparo*, pudesse ser utilizado como um instrumento de afirmação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, apesar de seu cabimento ser também restrito à impugnação dos atos dos poderes públicos.

“Ademais, parece possível postular, à semelhança do que já ocorre no mandado de segurança, a possibilidade de o uso da ADPF contra atos de particular, desde que praticados no exercício de funções de caráter público, satisfeitos os demais requisitos constitucionais e legais desta ação constitucional.”

Em nosso sentir, a incidência das garantias constitucionais - em especial as de cunho processual - nas relações jurídicas entre particulares deve ser analisada conforme as

necessidades do direito material fundamental, de modo a lhe assegurar a tutela efetiva prometida pelo estado, enquanto promotor dos direitos fundamentais (eficácia objetiva dos direitos fundamentais).

Assim, caso se faça necessário o reconhecimento de eficácia horizontal a um determinado direito fundamental, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, é de se reconhecer concomitantemente a incidência da garantia jusfundamental *in casu*, sob pena de, privando o direito de sua garantia, esvaziar-se-lhe o conteúdo e frustrar a promessa estatal de proteção e promoção dos direitos fundamentais do cidadão.

CONCLUSÕES:

O incremento das relações sociais e a complexidade das posições sociais na atualidade ensejaram o surgimento de diversas teorias que buscam justificar a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares.

Podem-se citar as teorias da eficácia imediata, da eficácia mediata, dos deveres de proteção e da imputação ao estado (incluindo a teoria da *state action*).

A aceitação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais implica o reconhecimento da extensão da referida eficácia à garantia fundamental respectiva, uma vez que esta, sendo instrumento de tutela daquele, é dele indissociável.

É necessária a construção de uma teoria geral dos procedimentos privados, com o intuito de traçar as linhas básicas a serem observadas nas relações jurídicas travadas entre particulares, quando um deles ocupar uma posição de supremacia (fática, econômica, contratual etc.) Em relação ao outro.

O Supremo Tribunal Federal já reconheceu em algumas oportunidades a necessidade de observância de um devido processo legal em relações havidas *inter privatos*.

O conteúdo e os limites do devido processo legal a ser observado nas relações entre particulares ainda carece de delimitação precisa, muito embora seja possível sustentar que o *due process* privado deve contemplar minimamente as garantias do contraditório, da ampla defesa, da possibilidade de assistência por advogado, da imparcialidade do aplicador da sanção, da possibilidade de produção probatória, da vedação às provas ilícitas, da preservação da dignidade da pessoa humana, da igualdade de oportunidades e da proporcionalidade.

É possível sustentar em sede doutrinária a legitimação passiva de particulares em diversas ações constitucionais, destacando-se o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data*, a ação popular, a ação civil pública, o mandado de injunção e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

O Supremo Tribunal Federal, contudo, apresenta resistências variadas à eficácia horizontal do mandado de segurança, do mandado de injunção e da arguição de descumprimento de preceito fundamental, sob o entendimento de que tais garantias direcionam-se especificamente aos atos lesivos emanados do poder público.

A rejeição da eficácia horizontal às garantias fundamentais retira do direito fundamental a sua exigibilidade, tornando-o uma mera exortação a que os particulares observem os direitos fundamentais em suas relações jurídico-privadas.

A invocação das garantias constitucionais nas relações entre particulares deve atender às exigências do direito fundamental material ameaçado, de maneira que, sempre que for necessário para evitar a lesão a um postulado jusfundamental, deve ser admitida a aplicação da respectiva garantia, ainda que se trate de relação entre indivíduos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, ROBERT. *TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES*. MADRID: CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES, 2002.

LIMA, FRANCISCO GÉRSO MARQUES DE. *FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO (SOB A PERSPECTIVA DA EFICÁCIA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS)*. SÃO PAULO: MALHEIROS, 2002.

MENDES, GILMAR FERREIRA. *DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE*. 3ª ED. SÃO PAULO: SARAIVA, 2007.

NETO, CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA; SARMENTO, DANIEL (COORDENADORES). *A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO*. RIO DE JANEIRO: LUMEN JURIS, 2007.

PEREIRA, JANE REIS GONÇALVES. *INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS*. RIO DE JANEIRO: RENOVAR, 2006.

SARLET, INGO WOLFGANG. *A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS*. 7ª ED. PORTO ALEGRE: LIVRARIA DO ADVOGADO, 2007.

SARMENTO, DANIEL. *DIREITOS FUNDAMENTAIS E RELAÇÕES PRIVADAS*. 2ª ED. RIO DE JANEIRO: LUMEN JURIS, 2006.

_____; GALDINO, FLÁVIO (ORGANIZADORES). *DIREITOS FUNDAMENTAIS: ESTUDOS EM HOMENAGEM AO PROFESSOR RICARDO LOBO TORRES*. RIO DE JANEIRO: RENOVAR, 2006.

SILVA, VIRGÍLIO AFONSO DA. *A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES*. SÃO PAULO: MALHEIROS, 2008.

STEINMETZ, WILSON. *A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES A DIREITOS FUNDAMENTAIS*. SÃO PAULO: MALHEIROS, 2004.

[1] SOBRE A EVOLUÇÃO HISTÓRICA QUANTO À APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES *INTER PRIVATOS*, CF. PEREIRA, JANE REIS GONÇALVES. *INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS*. RIO DE JANEIRO: RENOVAR, 2006, P. 434-441.

[2] SOBRE O FENÔMENO DOS PODERES PRIVADOS, CF. PEREIRA, JANE REIS GONÇALVES. *INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS*. RIO DE JANEIRO: RENOVAR, 2006, P. 453-457.

[3] PARA UMA VISÃO MAIS APROFUNDADA SOBRE AS TEORIAS ACERCA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, CF. SARMENTO, DANIEL. *DIREITOS FUNDAMENTAIS E RELAÇÕES PRIVADAS*. 2ª ED. RIO DE JANEIRO: LUMEN JURIS, 2006, P. 185-233, E, AINDA, STEINMETZ, WILSON. *A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES A DIREITOS FUNDAMENTAIS*. SÃO PAULO: MALHEIROS, 2004, P. 135-185. TAMBÉM SARLET, INGO WOLFGANG. *A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS*. 7ª ED. PORTO ALEGRE: LIVRARIA DO ADVOGADO, 2007, P. 398-407; PEREIRA, JANE REIS GONÇALVES. *INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS*. RIO DE JANEIRO: RENOVAR, 2006, P. 463-470; E SILVA, VIRGÍLIO AFONSO DA. *A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES*. SÃO PAULO: MALHEIROS, 2008, P. 66-105. PARA UMA ANÁLISE DO TEMA SOB A PERSPECTIVA DA JURISPRUDÊNCIA DO *BUNDESVERFASSUNGSGERICHT*, CF. MENDES, GILMAR. *DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE*. 3ª ED. SÃO PAULO: SARAIVA, 2007, P. 114-130 E PEREIRA, JANE REIS GONÇALVES. *INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS*. RIO DE JANEIRO: RENOVAR, 2006, P. 471-484, ESTA ÚLTIMA ACRESCENDO POSICIONAMENTOS DA SUPREMA CORTE AMERICANA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

[4] PARA UMA CRÍTICA ACERCA DAS TEORIAS DA EFICÁCIA MEDIATA E DA EFICÁCIA IMEDIATA, E PARA UMA VISÃO MAIS APROFUNDADA DA TEORIA DOS DEVERES DE PROTEÇÃO, CF. NOVAIS, JORGE REIS. *OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES JURÍDICAS ENTRE PARTICULARES*. IN NETO, CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA; SARMENTO, DANIEL (COORDENADORES). *A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO*. RIO DE JANEIRO: LUMEN JURIS, 2007, P. 355-389.

[5] ESPECIFICAMENTE ACERCA DA TEORIA CONCILIADORA, CF. ALEXY, ROBERT. *TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES*. MADRID: CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES: 2002, P. 503-524. NA LITERATURA BRASILEIRA, COM ÊNFASE NO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, CF. SARLET, INGO WOLFGANG. *DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS, “MÍNIMO EXISTENCIAL” E DIREITO PRIVADO: BREVES NOTAS SOBRE ALGUNS ASPECTOS DA POSSÍVEL EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES*. IN SARMENTO, DANIEL; GALDINO, FLÁVIO (ORGANIZADORES). *DIREITOS FUNDAMENTAIS: ESTUDOS EM HOMENAGEM AO PROFESSOR RICARDO LOBO TORRES*. RIO DE JANEIRO: RENOVAR, 2006, P. 551-602. TAMBÉM SILVA, VIRGÍLIO AFONSO

DA. *A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES*. SÃO PAULO: MALHEIROS, 2008.

[6] A FRAGILIDADE DO DESENVOLVIMENTO TEÓRICO ACERCA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS É PERCEBIDA POR FRANCISCO GÉRSO MARQUES DE LIMA (2002, P. 63): “SE A EXTENSÃO DOS *DIREITOS* FUNDAMENTAIS À ÓRBITA PRIVADA SE ENCONTRA DEFINIDA, O TEMA DAS *GARANTIAS* CONSTITUCIONAIS AINDA APRESENTA MUITAS INCERTEZAS. E O PROBLEMA MAIOR REPOUSA NA DIFICULDADE EM SE ACEITAR A OPOSIÇÃO DE GARANTIAS *PROCESSUAIS* CONTRA ATOS DO SETOR PRIVADO”. PARA APROFUNDAMENTO NO TEMA ESPECÍFICO DA EFICÁCIA HORIZONTAL DAS *GARANTIAS* FUNDAMENTAIS, CONVENIENTE A LEITURA DA REFERIDA OBRA, EM ESPECIAL O SEU CAPÍTULO 3.

[7] RE 158.215/RS; RE N. 161.243-6/DF; RE N. 251.445/GO; RE N. 201.819/RJ, ESTE ÚLTIMO TRANSCRITO NO CORPO DO TEXTO.