

A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA DECORRENTE EXIGIBILIDADE

Sheyla Barreto Braga de Queiroz*

RESUMO

Muito se fala e escreve acerca da exigibilidade de direitos fundamentais perante o Estado e seus órgãos, mas pouco se debate acerca da vinculação dos particulares a esse amplo rol de direitos, especialmente no âmbito do direito privado, ramo igualmente sujeito ao fenômeno crescente da constitucionalização.

Com efeito, pode-se afirmar que os direitos fundamentais gozam de uma eficácia irradiante que igualmente penetra as relações jurídicas entre particulares, dada sua condição de princípios informadores do ordenamento jurídico pátrio.

Assim sendo, a partir das idéias a esse respeito sistematizadas pelo professor e magistrado Ingo Wolfgang Sarlet, em artigo publicado na coletânea intitulada *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e privado*, acrescidas de informações hauridas por meio de pesquisa bibliográfica de escopo bastante direcionado à questão, pretende-se trazer à colação e reflexão uma hipótese de aplicação dos preceitos básicos da chamada teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

De origem alemã (*Drittwirkung*), fruto de elaborações da doutrina tedesca e da emblemática jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional, a também denominada eficácia em relação a terceiros consiste, *grosso modo*, na possibilidade de um particular pleitear proteção judicial e reparação de danos causados por outro particular que tenha violado direitos fundamentais não direcionados exclusivamente ao Estado (a exemplo dos direitos políticos), concretizando um novo “horizonte hermenêutico”.

Após breves considerações acerca das correntes doutrinárias que advogam tanto uma eficácia direta (imediata), quanto uma eficácia indireta (mediata) no campo da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, conclui-se pela plena exigibilidade de reparação por violação do direito à vida e à integridade física no caso de sinistro decursivo de serviço de traslado de alunos em meio inadequado e ilegal.

* Aluna do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciências Jurídicas da UFPB, área de concentração em Direitos Humanos.

Palavras-chave: DIREITOS FUNDAMENTAIS – EFICÁCIA HORIZONTAL – EXIGIBILIDADE

ABSTRACT

State's liability for violations of human rights is well-debated. On the other hand, very little or almost nothing is discussed about the effectiveness of fundamental rights within private relations, regulated mostly by civil law, a branch of law which has been subject to the growing phenomenon of constitutionalization.

As a matter of fact, fundamental rights possess a certain kind of irradiating effectiveness which equally penetrates legal, intersubjective relations, owing to their condition of founding principles of the legal system.

Basing ourselves on Ingo Wolfgang Sarlet's ideas, found in an article published in the book *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e privado*, we intend to reflect upon a particular hypothesis of application of the so-called *Drittwirkung* theory.

Originally German, the mentioned theory consists, in broad lines, of the possibility of a person filing suit to demand compensation and judicial protection against the violation of fundamental rights caused by another person, specially in the case of rights not exclusively directed at the State, realizing, thus, a new "hermeneutical horizon".

After brief considerations, we conclude that people can be held legally responsible for having violated such fundamental rights as the right to life and physical integrity in the case of an accident involving the transportation of students in an inadequate and illicit means.

Keywords: FUNDAMENTAL RIGHTS – HORIZONTAL EFFECTIVENESS – LIABILITY

1 Introdução

Um acidente envolvendo não só escolares, mas mães de estudantes literalmente "carregados" em um caminhão contratado pela Regional de Ensino em Sousa, município da

Paraíba, vitimando 13 deles, em uma rodovia estadual – a PB 391, que liga as cidades de Uiraúna a Sousa, no Alto Sertão, no final de maio deste ano, chocou não só a opinião pública e a sociedade paraibana, mas provocou os órgãos e instituições públicas e instigou a Academia a refletir sobre o assunto e expor as vísceras da problemática da falta de efetividade (ou eficácia social) dos direitos humanos.

Logo foram apontados culpados institucionais – porém, curiosamente, não incluíram os particulares, a saber: o motorista do caminhão e o condutor da carroça que pretensamente teriam ocasionado o abalroamento entre o caminhão e um ônibus - e cobrado das autoridades, dos poderes constituídos, enfim, um posicionamento concreto sobre as ações de reparação dos danos causados e repressão dos comportamentos ilícitos.

Em nenhum momento se fez alusão à existência de valores de caráter universal, imprescritível, inderrogável e indivisível: os direitos humanos, entronizados pela Constituição Federal de 1988.

Tampouco se mencionou uma gramática básica de direitos que fundamentam toda a ordem jurídica nacional, instituindo direitos e obrigações as quais permeiam não só as relações entre o Estado e o particular (eficácia vertical), mas entre os particulares em geral (eficácia horizontal), que cada vez mais necessitam de proteção, neste momento de supremacia dos poderes econômicos e sociais.

Com o objetivo de ponderar sobre os tipos de eficácia dos direitos fundamentais, pretende-se, lançando mão de pesquisa bibliográfica, após o resumo do cerne de cada uma delas, optar, ao final, pela improcedência de visões formalistas, dotadas de forte carga ideológica, que apregoam, dentre outros aspectos, a supremacia do princípio da autonomia privada e a impossibilidade de se vincular de maneira imediata os particulares que violem direitos fundamentais nas relações com outros particulares.

2 Antecedentes históricos

Se no século XIX, era das codificações, imperava no meio jurídico e social o sentimento de necessidade de proteção da pessoa humana frente a um Estado encarado como “inimigo público”, na expressão de Vieira de Andrade (2006: 275), a partir do *Welfare State* e dos influxos do constitucionalismo social – século XX, passou-se a questionar o grau da extensão da eficácia dos direitos fundamentais e assim propugnar a proteção estatal contra toda forma de abuso de poder, aí incluído o econômico, sobretudo nas relações

intersubjetivas. No campo do direito, rumou-se da abstenção ou omissão para a proteção, e as “constituições do homem privado” deram lugar às constituições “ordem de valores sociais”.

Com efeito, se ao longo de séculos perdurou uma rígida separação entre direito público e direito privado, provocando uma falsa supremacia daquele sobre este, de ordem ideológica, paulatinamente, foram-se incorporando ao direito privado – às relações regidas pela autonomia das partes e aguçado individualismo, pretensamente infensas a qualquer tipo de intervenção do Estado, noções típicas, mas não exclusivas do direito público e do direito constitucional: dignidade da pessoa humana, igualdade material, solidariedade (boa-fé objetiva), interpretação conforme a constituição, justiça contratual, função social da propriedade, dentre outras. Foi a admissão pelo direito civil e seus defensores de que as relações intersubjetivas não podem ser estudadas e compreendidas a partir de seu próprio centro umbilical, como se sociedade e Estado fossem compartimentos estanques e digladiantes.

Na Alemanha do pós-guerra, o juiz do Tribunal Federal de Trabalho, H. C. Nipperdey, cunha a expressão *Drittwirkung der Grundrechte* - eficácia frente a terceiros dos direitos fundamentais - em artigo publicado em uma coletânea por ele mesmo organizada em 1954, explicitando que o poderio econômico e social de certas entidades privadas suscitava a invocação de proteção idêntica àquela contra a atuação estatal violadora de direitos fundamentais.

Vale salientar que já aí começa a se formar a idéia da similitude de desigualdades verificadas entre o particular e o Estado e o particular e outro particular dotado de poder econômico ou social.

Logo, entidades privadas que desempenham atividades de interesse público, coletivo, podem incorrer na possibilidade de “explorar”, através de relações de subordinação, pessoas humanas, impondo-lhes pesado ônus ou encargo, sob a bandeira da liberalidade (*e.g.* exigência de certidão médica atestando a esterilidade de empregada; proibição de aquisição de mercadoria em empresa concorrente, restrição de escolha de local de residência).

Aos poucos se vai suplantando a idéia da supremacia ou prevalência da liberdade em sua expressão e sentido mais amplo e adquirindo a consciência de que a liberdade é um direito que deve valer entre os iguais, pois entre os desiguais – formal e/ou materialmente – deve ser priorizada a igualdade.

Com efeito, por muito tempo tendeu-se a restringir a existência de relações verticais, de subordinação, ao binômio particular-Estado. Com a transformação e aumento do grau de complexidade das relações produtivas, percebeu-se que uma pessoa destituída de bens materiais de relevo, possuidora tão-só de força laboral ou mão-de-obra, está sujeita ao mesmo padrão de falta de real liberdade de que tanto querem fugir os liberais, na prática.

Por conterem “princípios ordenadores para a vida social”, de caráter vinculante, sustentava Nipperdey, os direitos fundamentais implicariam uma “significação imediata e absoluta” para as relações *inter privatos*, vedada a inobservância dos princípios básicos e estruturantes do ordenamento jurídico. Daí a idéia de o juiz civil ter o dever de interpretar e mesmo integrar o ordenamento, na hipótese de lacuna da lei, à luz dos direitos fundamentais. Buscava-se, então, operar a passagem do estritamente jurídico para o essencialmente social, sem se olvidar do conteúdo ético.

Nessa acepção, os direitos fundamentais adquiririam um caráter objetivo, valendo para todos os poderes constituídos e públicos, o que significa o dever de proteção não só *de e através do* Estado, mas, igualmente, pelos particulares.

Explica-se: apesar de Nipperdey defender a eficácia imediata e absoluta das normas de direitos fundamentais, hodiernamente, é irrazoável imputar toda e qualquer violação dessas normas por particulares à omissão estatal, condenando-lhe a suportar o ônus decorrente.

Por representar um avanço enorme na seara da proteção e efetividade dos direitos fundamentais, a teoria da eficácia horizontal, imediata sofreria fortes críticas e temperamentos, desembocando na chamada eficácia “mediata ou indireta” dos direitos fundamentais.

3 A eficácia “mediata” dos direitos fundamentais

Pré-falada teoria, também denominada de eficácia indireta, é de autoria do alemão Günther Dürig.

De cunho essencialmente liberal, atende aos reclamos separatistas de uma sociedade individualista e individualizante, que espera a não intromissão ou intervenção direta do Estado.

A eficácia “mediata ou indireta” dos direitos fundamentais consiste, *grosso modo*, na defesa da aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares por meio da atividade legislativa e da judicial.

Por conseguinte, a aplicabilidade (validade e eficácia, para os propósitos deste artigo) dos direitos fundamentais não decorreria da constituição enquanto razão primeira ou justificadora da vinculação, mas da existência de princípios de direito privado perfeitamente aptos a resolver pendências nas relações entre particulares.

O legislador estaria sempre jungido a tais direitos em todas as situações de regulação das relações jurídicas privadas, ao passo que o juiz, diante de um caso concreto de conflitos entre interesses de particulares, mormente nas relações contratuais, teria que sopesar e efetivamente aplicar os preceitos constitucionais que densificam os direitos fundamentais e viabilizam o equilíbrio entre as partes, mas apenas através de princípios e normas típicas do direito civil.

Wilson Steinmetz (2004: 136-137) faz útil resumo das premissas em que se lastreia a teoria da eficácia mediata:

- I. Os efeitos das normas de direitos fundamentais nas relações privadas se operam através de parâmetros típicos do direito privado (civil, comercial), e não por força da constituição (*ex constitutione*), isto é, de maneira oblíqua, enviesada;
- II. A eficácia é totalmente condicionada pela necessária mediação concretizadora do legislador de direito privado e do juiz e dos tribunais;
- III. A incidência de direitos fundamentais dá-se porque existem normas-princípio;
- IV. A mediação pelo legislador e/ou magistrado conserva a autonomia privada das partes e a identidade do direito civil, que responde melhor ao princípio da certeza jurídica.

Mutatis mutandis, poder-se-ia afirmar que a teoria da eficácia mediata não deixa de, à feição do que ocorre nas relações entre o direito internacional e o direito pátrio, implicar uma posição dualista, ou seja, não se reconhece às normas fundamentais aplicabilidade imediata porque não se vislumbra a unidade do ordenamento jurídico: far-se-ia sempre necessária a intermediação do Poder Legislativo para a incorporação de normas alienígenas. *In casu*, o constitucional seria o internacional para o direito privado, especialmente o civil.

Emblemática, e ainda hoje amplamente citada (SARLET; STEINMETZ; VIEIRA DE ANDRADE) como parâmetro de entendimento da aplicabilidade mediata dos direitos

fundamentais, é a decisão no caso Lüth, muito bem retratada por Ingo W. Sarlet, na obra *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado* (2000: 124), em sede da qual o Tribunal Constitucional alemão pela primeira vez enfrentou a questão da colisão de direitos fundamentais entre particulares.

Em resumo, o caso Lüth diz respeito a um pedido de boicote público a um filme (Amada imortal) dirigido por um cineasta que havia produzido película de teor claramente anti-semita anos antes, em plena época do nazismo.

Ao diretor (Veit Harlan), o Tribunal de Justiça de Hamburgo sentenciou no sentido de que o Sr. Erich Lüth se abstinhasse de pedir e conchamar as pessoas, através de seu Clube de Imprensa, a boicotar o filme, com fulcro em disposição do Código Civil alemão.

Lüth recorreu ao Tribunal Federal Constitucional alegando violação do direito fundamental à liberdade de expressão, que envolveria a possibilidade de influir sobre as pessoas por meio do uso da palavra.

O Tribunal Constitucional deu provimento ao recurso interposto, entendendo que o juízo “a quo” havia desconsiderado o significado do direito à liberdade de expressão e de informação de Erich Lüth no âmbito das relações privadas, nas quais se contrapunham interesses de outros particulares.

Mesmo sendo um conflito eminentemente privado, o Tribunal decidiu que ao Judiciário cabe sempre examinar se os dispositivos legais a serem aplicados guardam compatibilidade material com os direitos fundamentais.

Ao final, prevaleceu a visão de que o juiz civil está vinculado aos direitos fundamentais, há um efeito irradiante desses direitos sobre o direito privado e são eles a medida de todos os atos oriundos do poder público.

Interessante frisar que, enquanto na Alemanha, o Tribunal Federal Constitucional não esposou a tese da eficácia imediata, defendida por Nipperdey, a qual encontrou no direito laboral, precisamente por conta das desigualdades gritantes entre empregadores e empregados, campo prático fértil para seu desenvolvimento, nos demais países europeus (Itália, Espanha e Portugal), ganhou espaço e revisão, alargando-se a proteção *erga omnes* dos direitos fundamentais.

4 A Constituição Cidadã e o dever de proteção do Estado

A Constituição de Outubro não contém norma explícita estabelecendo a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

Lembre-se, porém, que a Constituição Federal de 1988 não se nos apresenta como uma Carta liberal. Antes, goza de um forte conteúdo social-democrata, propondo a dignidade da pessoa humana e a solidariedade como vias de consecução de uma sociedade livre e justa.

Assim sendo, não pode ser interpretada a partir do cânone da autonomia privada *inter partes*, nem ser afastada da solução de conflitos por princípios setoriais ou usada de forma exclusivamente mediata, residual.

A autonomia dos ramos de direito em relação ao direito constitucional não quer significar independência total ou ignorância dos desígnios forjados pela *norma normarum*.

Ao contrário, impende fundamentar constitucionalmente casos de colisão de direitos, embora não haja texto expresso de norma, por uma questão de supremacia das normas constitucionais, ratificando a natureza de fonte direta e imediata dos direitos fundamentais, vinculando os Poderes constituídos e os particulares também.

Na abalizada opinião de Wilson Steinmetz (2004: 97), a falta de previsão expressa no ordenamento jurídico pátrio, diferentemente do que ocorre na Constituição portuguesa de 1976 (Art. 18.1), a qual expressamente remete à vinculação das entidades privadas e públicas aos direitos fundamentais, leva à aceitação de elementos de “pré-compreensão” de natureza filosófica, jurídica, ética, política, ideológica e de senso comum na tarefa de interpretação dos direitos fundamentais.

Independentemente do rumo do debate doutrinário, tem-se que, na atualidade, a tendência maior é a da prevalência da teoria dos deveres de proteção do Estado, seja em relação a ele mesmo, seja em relação aos particulares.

Além de ter de respeitar os direitos fundamentais, o Estado, através de seus agentes e poderes, tem de fazer respeitá-los.

Malgrado sua origem (teoria da eficácia mediata), sua grande vantagem é possibilitar o alargamento do escopo da responsabilidade e vinculação, embora, em princípio, não ataque a questão da eficácia de *per se*.

5 O caso concreto

Retorne-se ao caso concreto inicialmente posto.

Imagine-se que o contrato de prestação de serviços de transporte não tenha sido efetuado pelo estado ou município, através da Secretaria da Educação, fruto de uma licitação, mas tenha sido resultado de uma negociação entre os pais dos alunos e os proprietários dos veículos de transporte.

Se esses pais não detiverem poder aquisitivo suficiente para estabelecer condições razoáveis para ambas as partes contratantes, de plano já se configura uma relação de subordinação, verticalizada, semelhante àquela havida entre Estado e particular.

Indo mais além: na maioria maciça dos municípios paraibanos, o transporte de alunos residentes na zona rural é feito em transportes totalmente inadequados, como ônibus velhos, caminhonetes e caminhões pretensamente adaptados e adequados, sob o ponto de vista da segurança dos passageiros, popularmente conhecidos como “paus-de-arara”. Aqui, também, vislumbra-se mais um ponto de flagrante desnível ou desigualdade material.

Por sua vez, para a maioria dos pais de alunos paraibanos da rede pública de ensino, a Prefeitura ou o Estado estão fazendo uma espécie de favor de conduzir aqueles estudantes destituídos de condições de optar por algo realmente adequado.

Assim sendo, eles ignoram por completo a existência de normas constitucionais, normas de direito público (de trânsito) e de direito privado (contrato de transporte) determinando a proteção à vida, à integridade física e à segurança no transporte.

O Estado – *lato sensu* – por sua vez ignora seu dever-mor de proteção e tutela dos hipossuficientes.

Os proprietários dos transportes aludem ao princípio da autonomia das partes e ao livre desenvolvimento da personalidade e mais, arguem que os vínculos privados, se abertos ao tratamento constitucional, terminam por transformar-se em camisas de força, em que os direitos transformam-se em deveres.

Havendo sinistro, independentemente de norma expressa ou não, é inarredável concluir que caberá sempre ao particular velar pelo direito à vida e à integridade física daqueles outros particulares que transporta. Para tanto, não importa o fato de, a propósito do princípio da autonomia contratual das partes, ter sido firmado contrato em que as pessoas declinavam expressamente do direito a ocuparem assento próprio, singularizado, adequado e seguro.

A norma constitucional aplica-se imediatamente, bastando ao juiz nominá-la, sem prejuízo de considerações de natureza moral, ética, filosófica e de senso comum envolvidas.

Não há falar, portanto, em regras de direito privado que derroguem verdadeiros valores enfeixados ao longo de todo o texto constitucional, pois a liberdade dos particulares pode e deve ser restringida em todos os casos e hipóteses de necessidade de prevenção e repressão de injustiças.

6 Considerações finais

O problema da eficácia dos direitos fundamentais perante os particulares remete à evolução do fenômeno da constitucionalização do direito privado e à noção de que as fronteiras entre o direito público e o direito privado estão cada vez mais convergindo para a proteção absoluta da dignidade da pessoa humana.

Os poderes públicos, seja à luz da teoria da eficácia imediata, de Nipperdey, seja sob os auspícios da teoria da eficácia mediata, de Dürig, estão inexoravelmente atrelados ao respeito aos direitos fundamentais e ao dever de fazê-los respeitar.

Na prática, a exigência da mediação pelo legislador ou pelo magistrado e tribunais não neutraliza a possibilidade de proteção de direitos em rota de colisão com outros direitos: ao contrário, apenas reforça a idéia segundo a qual o sistema de garantias e de proteção dos direitos fundamentais pode assumir várias formas, desde que estes se operacionalizem na conformidade de padrões normativos e/ou valores reputados dignos e conformes às aspirações da sociedade atual.

À luz de todo o exposto, é de concluir que caberá ao Poder Judiciário, em última instância, proteger toda e qualquer violação de direitos fundamentais, seja em face do Estado, nas relações tipicamente verticais, seja em face de particulares, economicamente poderosos ou não.

Isto não quer implicar o temido “governo dos juízes” ou o protagonismo da magistratura, em detrimento dos princípios da separação harmônica e interdependente dos poderes ou de mecanismos de autolimitação do poder, mas, antes, significar a imperiosidade de confiar à Constituição e seus intérpretes a tarefa de estruturar o Poder Judiciário de maneira a capacitá-lo a resolver conflitos e colisões entre direitos fundamentais satisfatoriamente.

Independentemente das diferenças teóricas entre as correntes da eficácia horizontal imediata e mediata dos direitos fundamentais, o que vale é, no cotidiano da resolução de conflitos, sopesar qual direito está em situação de necessidade de maior tutela, em virtude das conseqüências de ordem prática, e sobre ele estender o manto da proteção do ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 273-300.

SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo W.. (Org.). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

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