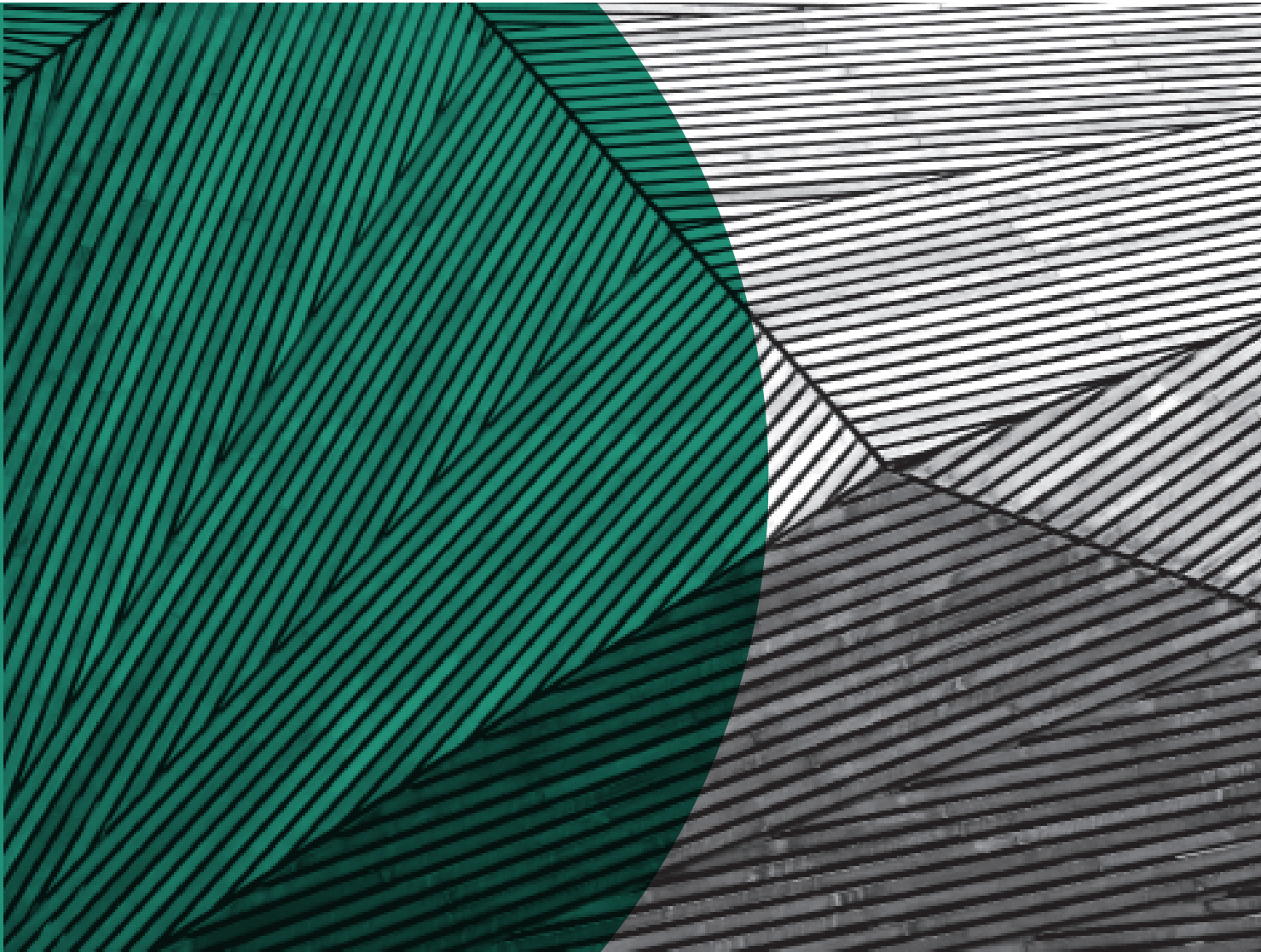


# APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS DE DIREITOS DE LIBERDADE

---

LUZIÂNIA CARLA PINHEIRO BRAGA





**FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA**  
**DOUTORAMENTO EM DIREITO - CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS**  
**DISCIPLINA: DIREITO CONSTITUCIONAL**

---

## **Aplicabilidade das Normas Constitucionais de Direitos de Liberdade**

Relatório apresentado ao **PROFESSOR  
DOUTOR JORGE MIRANDA** como parte das  
atividades da Disciplina Direito Constitucional  
do Curso de Doutoramento em Ciências Jurídico-  
Políticas da Universidade de Lisboa.

**Aluna: Luziânia Carla Pinheiro Braga**

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	03
1. REFLETINDO SOBRE <i>LIBERDADE</i> NO ESTADO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	05
1.1. Liberdades Públicas	08
1.2. Direitos, Liberdades e Garantias	10
1.3. Perspectivas do Direito de Liberdade e Dignidade da Pessoa Humana	17
2. EFICÁCIA E APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS: BREVES CONSIDERAÇÕES	26
3. APLICABILIDADE IMEDIATA DOS DIREITOS DE LIBERDADE	34
4. VINCULAÇÃO DOS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS PERANTE ENTIDADES PÚBLICAS E PRIVADAS	43
4.1. Vinculação a Entidades Públicas	43
4.2. Vinculação a Entidades Privadas	47
5. PRONUNCIAMENTOS DOS TRIBUNAIS	54
CONCLUSÃO	64
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	66

## INTRODUÇÃO

Estrela de primeira grandeza no universo das normas jurídicas, a Constituição funciona como ponto gravitacional e fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico. Testemunha-se a ocorrência de uma verdadeira “revolução copernicana” (simbolizando o deslocamento do centro do sistema jurídico), pois, no atual constitucionalismo, o ordenamento positivo se move na órbita dos direitos fundamentais, núcleo vital da ordem constitucional.

O brilho da estrela constitucional se intensifica na efetividade dos direitos fundamentais previstos no texto magno (elemento nuclear da Constituição material). Os direitos fundamentais são o âmago da constituição, são condicionantes materiais (com seus conteúdos) de toda a ordem jurídica vigente<sup>1</sup>.

O Estado Democrático de Direito deságua, portanto, em um Estado de Direitos Fundamentais.

Artífice do Estado de Direitos Fundamentais, a Constituição, na lógica da copernicana do direito constitucional, impõe a realização material dos direitos fundamentais, com a transformação das estruturas políticas, sociais e jurídicas.<sup>2</sup>

A idéia de aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais implica um *plus* normativo, no intuito de elevar o grau de concretização dos direitos fundamentais. A força normativa do texto magno, bem como sua supremacia na ordem jurídica, impõe preocupações acerca da eficácia e aplicabilidade da “constituição material”, especialmente do seu catálogo de direitos fundamentais.

---

<sup>1</sup> Hesse situa os direitos fundamentais como “a ordem fundamental da coletividade”. HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p.37.

<sup>2</sup> “Na verdade, o pensamento jurídico brasileiro não percebeu que o direito público passou por uma revolução *copernicana*, isto é, ocorreu a passagem de uma fase em que as normas constitucionais dependiam da *interpositio legislatoris* a uma fase em que se aplicam (ou são suscetíveis de se aplicar) diretamente nas situações de vida (...)” STRECK, Lenio Luiz. **A revolução copernicana do (neo) constitucionalismo e a (baixa) compreensão do fenômeno no Brasil – uma abordagem à luz da hermenêutica filosófica**. Disponível ON LINE em: <[www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis\\_atividades/lenioluizstreck.pdf](http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/lenioluizstreck.pdf)>. Acesso em: 09 de setembro de 2008.

O desafio da aplicabilidade e eficácia dos direitos fundamentais ainda é tema presente, atual, desde a sua construção dogmática até a observação de seus resultados na realidade prática.

Remanescem questionamentos sobre a justiciabilidade e as possibilidades de concretização social das normas constitucionais de liberdade, a despeito de envolverem os tão-consagrados direitos de “primeira dimensão”. A ausência de uma cultura constitucional e carência de produção legislativa apta a concretizar os direitos fundamentais incitam os dilemas da eficácia e aplicabilidade.

A visão do Estado de Direitos Fundamentais contaminou a concepção clássica de liberdade (em franca ebulição ao longo das sucessivas dimensões de direitos), o que gera uma perspectiva inovadora, afinada com o conceito de liberdades sociais. Aproximam-se, portanto, igualdade, liberdade, justiça social, sob a égide do princípio informador (superprincípio) da dignidade da pessoa humana.

Destarte, expõem-se, em linhas gerais, construções doutrinárias acerca da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, com suas classificações, alcançando-se, em seguida, o tema específico da aplicabilidade dos direitos, liberdades e garantias (direitos de liberdade).

A aplicabilidade dos direitos, liberdades e garantias é discutido, abordando a sua vinculação a entidades públicas e a entidades privadas. Aos poderes estatais, é sabido, cabe conferir às normas consagradoras dos direitos fundamentais (especialmente de direitos de liberdade), a máxima eficácia possível, incluso neste aspecto a sua aplicabilidade imediata. Os direitos fundamentais, notórios por sua vinculação ao Estado, valem no âmbito das relações jurídico-privadas, impondo-se uma interpretação das normas privadas à luz da constituição, sem que isso signifique o sacrifício da autonomia da vontade.

Por fim, uma visão panorâmica de algumas decisões judiciais, com o intento de demonstrar como a questão da aplicabilidade dos direitos

fundamentais de liberdade vem sendo trabalhada em termos de justiciabilidade<sup>3</sup> e interpretação constitucional.

## 1. REFLETINDO SOBRE *LIBERDADE* NO ESTADO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A moderna concepção de constitucionalismo se confunde com o rol de direitos fundamentais. A noção de Estado de Direito (adjetivado de Estado-Liberal e, depois, de Estado-Social) transmuda-se para a noção de Estado de Direitos Fundamentais<sup>4</sup>.

Os Direitos Fundamentais, elementos integrantes da identidade e da continuidade da Constituição, tornam-se a pedra de toque do direito constitucional contemporâneo, emergindo, no magistério de Häberle, “uma impressionante imagem de onipresença a dos direitos fundamentais no Estado constitucional”.<sup>5</sup>

O direito tem como vocação irrenunciável a compartição das liberdades, isto é, promover a liberdade de um e de vários, de forma a permitir sua

---

<sup>3</sup> Justiciabilidade significa “característica do que pode ser objeto de apreciação judicial”. CUNHA, Sérgio Sérulo da. **Dicionário compacto do direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 147. Trata-se da possibilidade de concretizar direitos recorrendo ao Poder Judiciário.

<sup>4</sup> Passa-se à margem de uma cronologia histórica dos direitos fundamentais. Ressalte-se, no entanto, a doutrina majoritária sobre as diversas gerações (ou dimensões) destes direitos. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. atualizada e ampl. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 525. Paulo Bonavides esclarece que “força é dirimir, a esta altura, um eventual equívoco de linguagem: o vocábulo ‘dimensão’ substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo ‘geração’, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade. Ao contrário, os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia; coroamento daquela globalização política para a qual, como no provérbio chinês da grande muralha, a humanidade parece caminhar a todo vapor, depois de haver dado o seu primeiro e largo passo. Os direitos da quarta geração não somente culminam a objetividade dos direitos das duas gerações antecedentes como absorvem – sem, todavia, removê-la – a subjetividade dos direitos individuais, a saber, os direitos de primeira geração”. E observa que “tais direitos sobrevivem, e não apenas sobrevivem, senão que ficam opulentados em sua dimensão principal, objetiva e axiológica, podendo, doravante, irradiar-se a todos os direitos da sociedade e do ordenamento jurídico”.

<sup>5</sup> HÄBERLE, Peter. **Efectividad de los derechos fundamentales: en particular relación contrato el ejercicio del poder legislativo**. In: PINA, Antonio Lopez. La garantía constitucional de los derechos fundamentales: Alemania, España, Francia e Itália. Madrid: Civitas, 1991. p. 261.

coexistência. Desde os embates no seio do Estado-Leviatã, a noção de liberdade aparece como o embrião de todas as lutas por direitos. Durante o desenvolvimento do processo histórico-jurídico-social, a **liberdade** (e seu véis de *liberdade pública*) passou a ser o direito fundamental por excelência, baseando-se em dois aspectos: a ausência de constrangimento e a autonomia da vontade (ou auto-governo). Estes dois aspectos envolvem as clássicas noções de *liberdade negativa* e *liberdade positiva*. Segundo Isaiah Berlin<sup>6</sup>, liberdade negativa se apresenta quando alguém é livre de modo que nenhum outro homem ou nenhum outro grupo de homens interfere nas atividades desse alguém; e o sentido positivo da palavra liberdade tem origem no desejo do indivíduo de ser seu próprio amo e senhor.

Cabe reconhecer, entretanto, que a concepção de liberdade se vivificou, ao lado das novas e desafiadoras demandas criadas para o “indivíduo dito livre”.

Sobre a concepção tradicional dos direitos fundamentais, afirma Gilmar Ferreira Mendes<sup>7</sup>: “Na sua concepção tradicional, os direitos fundamentais são *direitos de defesa (Abwehrrechte)*, destinados a proteger determinadas posições subjetivas contra a intervenção do Poder Público, seja pelo (a) não impedimento da prática de determinado ato, seja pela (b) não-intervenção em situações subjetivas ou pela não-eliminação de posições jurídicas.”

E prossegue: “Enquanto *direitos de defesa*, os direitos fundamentais asseguram a esfera de liberdade individual contra interferências ilegítimas do Poder Público, provenham elas do Executivo, do Legislativo ou, mesmo, do Judiciário. Se o Estado viola esse princípio, dispõe o indivíduo da correspondente pretensão que pode consistir, fundamentalmente, em uma:

- (1) pretensão de abstenção (*Unterlassungsanspruch*);
- (2) pretensão de revogação (*Aufhebungsanspruch*), ou, ainda, em uma
- (3) pretensão de anulação (*Beseitigungsanspruch*).

Os direitos de defesa ou de liberdade legitimam ainda duas outras pretensões adicionais:

---

<sup>6</sup> BERLIN, Isaiah. Quatro Ensaios sobre Liberdade. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

<sup>7</sup> MENDES, Gilmar. **Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional**. In: Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 09 de setembro de 2008, p.03.

(4) pretensão de consideração (*Berücksichtigungsanspruch*), que impõe ao Estado o dever de levar em conta a situação do eventual afetado, fazendo as devidas ponderações; e

(5) pretensão de defesa ou de proteção (*Schutzanspruch*), que impõe ao Estado, nos casos extremos, o dever de agir contra terceiros.”

A idéia original de que os direitos eram meros direitos de defesa do indivíduo perante o Estado não permite que o Estado alcance efetivamente a função de protetor e concretizador dos direitos fundamentais.

Em uma consideração de cronologia histórica, os direitos fundamentais assumiram uma tônica liberal (direitos de liberdade), uma conotação social (direitos prestacionais), culminando em uma consciência de solidariedade (direitos de participação), que busca harmonizar os direitos de liberdade com os direitos sociais e vice-versa (um misto de direitos de defesa e de direitos prestacionais, em estágio de ponderação dos valores liberdade e igualdade).

A sucessão do Estado-Liberal pelo Estado-Social, junto com o aumento das exigências de democracia participativa, introduz uma nova feição aos direitos fundamentais, acrescentando à liberdade individual (autonomia da vontade) a idéia de liberdade como possibilidade de participação (de inclusão social).

Várias expressões são empregadas para referir os nascentes direitos fundamentais de liberdade: liberdades públicas (consagrada pela doutrina francesa), liberdades fundamentais, direitos públicos subjetivos.

Direitos públicos subjetivos é termo usado quando da existência de direitos oponíveis (situação jurídica subjetivas), dotada de eficácia jurídica em favor do titular do direito em causa.

Liberdades fundamentais e liberdades públicas são também expressões para exprimir direitos fundamentais mais ligados a uma concepção individualista de tais preceitos jurídicos.



As liberdades partem da perspectiva humana de auto-realização do ser, capaz de eleger os meios necessários à concretização de suas potencialidades.

O conceito de liberdade, pluralizado e oxigenado, deu origem às diversas categorias de direitos (fundamentais), moldando a nova ordem constitucional de um *Estado de Direitos Fundamentais*.

### **1.1. Liberdades Públicas**

O sentido da palavra liberdade é plurívoco. Apesar das constituições não conterem conceito explícito do que sejam as liberdades, estas se espraiam por todos os textos, tendo como embrião a dignidade da pessoa humana, e como berço natural o nascimento dos direitos fundamentais, na luta indivíduo perante o Estado.

Apreende-se a existência não apenas de um conceito, mas de um sistema jurídico-interpretativo específico para as liberdades, especialmente inseridas dentro da idéia de direitos fundamentais.

A utilização da expressão “liberdades públicas”, por exemplo, tem como propósito desvincular liberdade das temáticas gerais e filosóficas a que o substantivo “desadjetivado” inevitavelmente remonta. Interessa-nos apenas a liberdade enquanto direito inserido em nosso ordenamento jurídico, o qual é estruturado dentro de um conceito maior: o de direitos fundamentais.

Os clássicos direitos do homem comportam determinado conjunto de direitos chamados de direitos políticos (direito de participação política – próprios do cidadão). Os direitos civis, depois de apartados dos direitos políticos, são chamados de liberdades (direitos de liberdade, tradicionalmente ligados ao *status negativus* – defesa da esfera de liberdade do cidadão frente ao Estado).

A doutrina publicista francesa constrói o conceito de liberdades públicas<sup>8</sup>. O constitucionalismo francês propiciou o surgimento da teoria geral das liberdades, consolidada com o advento da Constituição da V República (Constituição Francesa de 1958), que incluiu em seu corpo a Declaração dos Direitos do Homem de 1789, bem como os princípios gerais utilizados para a concepção dos direitos fundamentais.

*Liberdades públicas* é expressão empregada pela doutrina francesa, “onde não faltam esforços para dar-lhe significação ampla abrangente dos direitos fundamentais em geral, especialmente jogando com os conceitos *liberdade-autonomia* e *liberdade-participação* (também chamada *liberdades políticas*, que correspondem ao gozo livre dos direitos políticos)”.<sup>9</sup>

As liberdades do homem são prerrogativas em face do Estado, bem como em face de outros indivíduos. Israel Jean-Jacques salienta tratarem-se “de direitos que são a fonte de liberdade do homem. (...) Dar ao homem direitos é colocar o Direito a serviço de sua liberdade. As prerrogativas humanas tornam-se, portanto, direitos do homem quando elas têm um estatuto jurídico.”<sup>10</sup>

Para que haja direitos fundamentais é preciso um Estado de Direito, pois apenas neste é possível encontrar garantias de observância e respeito essenciais para a efetividade e aplicabilidade daqueles.

Do somatório de vários conceitos (dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade, segurança jurídica, participação *etc*) que se chega à idéia de liberdades garantidas e limitadas dentro de um Estado de Direito. É neste sentido (garantista) que se utilizava principalmente o adjetivo “públicas” atrelado ao conceito de liberdade. Sobre o tema, comenta Israel Jean-Jacques: “As

---

<sup>8</sup> Duguit classifica as liberdades públicas em *positivas* (prestações fornecidas pelo Estado) e em *negativas* (as limitações impostas pelo poder do Estado). Harriou oferece a classificação das liberdades públicas em liberdades *do status libertatis* (liberdade individual, de família, das convenções, de trabalho), *liberdades espirituais* (de consciência, de culto, de ensino, de religião, de imprensa) e *liberdades de direitos individuais criadores de instituições sociais* (sociedades de comércio, sindicatos, associações, fundações, congregações). As lições são colhidas da obra de José Anselmo Cícero de Sá. SÁ, José Anselmo Cícero. **Liberdades Públicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

<sup>9</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28.ed, rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2007, p.177.

<sup>10</sup> ISRAEL, Jean-Jacques. **Direito das liberdades fundamentais**. Barueri, São Paulo: Manole, 2005, p.12.

liberdades são, de fato, públicas porque são reconhecidas e protegidas pelo Direito, e isso independentemente do objeto da liberdade. Portanto, o fato de a liberdade sindical ser exercida nas empresas públicas ou privadas não muda nem a natureza da liberdade nem sua essência, mesmo quando as condições de seu exercício possam diferir nos dois casos para dar conta da diferença de situação jurídica da empresa; mas trata-se sempre de liberdade sindical, de liberdade *pública*.”<sup>11</sup>

Celso Ribeiro Bastos esclarece que o termo *liberdades públicas* é tomado como o conjunto de prerrogativas do indivíduo em face do Estado, sendo um dos “componentes mínimos do Estado constitucional ou do Estado de Direito”.<sup>12</sup>

De acordo com José Afonso da Silva, no direito constitucional positivado, podem-se localizar as liberdades em cinco grandes grupos:

- a) liberdades de pensamento – com as liberdades de opinião, comunicação do conhecimento, de credo) *etc*;
- b) liberdades de expressão coletiva – liberdade de reunião, de associação *etc*;
- c) liberdades de ação profissional – livre escolha, livre exercício profissional *etc*;
- d) liberdade de conteúdo econômico e social – liberdade econômica, livre iniciativa, liberdade de comércio, autonomia contratual *etc*.<sup>13</sup>

## 1.2. Direitos, Liberdades e Garantias

---

<sup>11</sup> ISRAEL, Jean-Jaques. **Direito das liberdades fundamentais**. Barueri, São Paulo: Manole, 2005, p.14.

<sup>12</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1990, p.151.

<sup>13</sup> José Afonso da Silva esclarece que se trata de uma única liberdade, com variadas formas de expressão exterior. Escora-se o autor na doutrina de Pimenta Bueno que já dizia ser a liberdade “sempre uma e a mesma, mas como ela pode ser considerada em diferentes relações”. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28.ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2007, p.235, texto e nota de rodapé n.11.

A designação direitos, liberdades e garantias é adotada pela Constituição Portuguesa. A Constituição brasileira adota um esquema mais simplificado, tratando de direitos e garantias. As liberdades são formas de manifestação da pessoa, envolvem escolhas (*facere* e *non facere*). Em muitos ordenamentos jurídicos, consoante dito acima, os termos *liberdades públicas* ou *direitos de liberdade* serão preferencialmente aplicados<sup>14</sup>.

De efeito, o texto literal da Constituição da República Portuguesa (CRP) diz “Direitos, liberdades e garantias”, conforme pode se ler no art.17º, no art.18º, no Título II da parte I, entre outros dispositivos.

Por seu turno, a Constituição da República Federativa do Brasil (CF/88) empregou os termos direitos e garantias, conforme enuncia no Título II, com um catálogo de normas jurídicas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Tornou-se clássica (na doutrina brasileira) a distinção entre direitos e garantias. Os direitos são aquelas normas de cunho material, substancial; são as disposições declaratórias que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos.

As garantias são disposições instrumentais, processuais, que servem para defender os direitos. Esta distinção foi discutida por Rui Barbosa<sup>15</sup>, que considerava os direitos enunciados constitucionais de cunho declaratório que reconheciam prerrogativas fundamentais do cidadão. Para Rui Barbosa, valia a seguinte distinção: direitos traduzem-se em normas – “declarações” – que tutelam interesses e bens da pessoa, enquanto que garantias são disposições que asseguram o respeito a esses direitos.

Garantias são, portanto, instrumentos que asseguram a efetividade prática e jurídica dos direitos. As garantias fundamentais, por fim, asseguram o respeito aos direitos fundamentais.

---

<sup>14</sup> Jean Rivero aduz que as liberdades “correspondem aos direitos do homem inseridos no direito positivo através de seu reconhecimento e ordenamento pelo Estado”. RIVERO, Jean. **Les droits de l’homme**. Paris, 1974.

<sup>15</sup> Vários compêndios de direito constitucional aludem ao posicionamento de Rui Barbosa. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. atualizada e ampl. São Paulo: Malheiros, 1997; MENDES, Gilmar *et alli*. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed.,rev.e atual. São Paulo: Saraiva, 2008; MORAES, Alexandre. **Curso de Direito Constitucional**. 22.ed., São Paulo: Atlas, 2007.

Para José Afonso da Silva, "(...) o direito fundamental à liberdade de pensamento é garantido pelo chamado 'direito de resposta' (o qual, nessa classificação, não é exatamente direito, mas sim garantia); o direito fundamental à intimidade é garantido pela inviolabilidade do lar; o direito fundamental de livre locomoção é garantido pela previsão do *habeas corpus*. Percebe-se não raro ser encontrado no mesmo dispositivo o direito e a garantia".<sup>16</sup>

Paulo Bonavides<sup>17</sup>, em sua obra *Curso de Direito Constitucional*, explica que as garantias constitucionais podem ser tanto da Constituição (*latu sensu*) como serem "garantias dos direitos subjetivos expressos ou outorgados na Carta Magna, portanto, remédios jurisdicionais eficazes para a salvaguarda desses direitos (acepção estrita)."

A Constituição brasileira não dispõe de regra para distinguir as duas categorias - direitos e garantias. O capítulo I do Título II da Constituição Federal brasileira (artigo 5º) fala em direitos e deveres individuais e coletivos. Reconheça-se, no entanto, que no art.5º encontramos elencadas inúmeras garantias (os incisos XXXV e LXXVII, por exemplo).

Assevera Gomes Canotilho que "as garantias são também direitos, embora muitas vezes salientassem nelas o caráter instrumental dos direitos".<sup>18</sup>

Vieira de Andrade sustenta a função instrumental das garantias para proteção de outros direitos (em posições primárias). Os direitos protegidos pelas garantias são os direitos-direitos (objeto mediato e bem específico) e os direitos liberdades (definem espaços de decisão individual fora da ação estatal).<sup>19</sup>

Jorge Miranda, ao discutir a dicotomia "direitos *versus* garantias", explica que os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a

---

<sup>16</sup> SILVA, José Afonso da. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28.ed, rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 412

<sup>17</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª. ed. rev. atualizada e ampl., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 488.

<sup>18</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 7. ed. rev., Coimbra: Almedina, 2003, p.394.

<sup>19</sup> A despeito da tentativa de distinção conceitual, o autor Vieira de Andrade apregoa que a expressão "direitos, liberdades e garantias" deve ser entendida como uma unidade. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3.ed., Coimbra, Almedina, 2001, p.121 e seguintes.

assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias (...) <sup>20</sup>

Afinal, se o texto constitucional português trata de direitos, liberdades e garantias, há que se considerar diante de uma tricotomia?

Na prática, reconhece-se que a doutrina constitucional portuguesa aproxima drasticamente os conceitos de *direitos e liberdades*, fazendo um cotejo de ambos com as garantias.

Jorge Miranda, em seu Curso de Direito Constitucional, ao discutir a temática das garantias sustenta a “contraposição dos direitos fundamentais, pela sua estrutura, pela sua natureza e pela sua função, em *direitos propriamente ditos* ou direitos e liberdades, por um lado, e *garantias*, por outro”.<sup>21</sup> Ora, ao separar as três aparentes categorias (direitos, liberdades e garantias), o constitucionalista não hesita em agrupar conjuntamente os direitos e liberdades ou “direitos propriamente ditos”.

De efeito, a despeito de justificativas ofertadas, não parece haver uma razão cabal para o emprego do termo liberdades ao lado de direitos (em ambivalência). Tal argumento se encontra presente em várias obras, conforme se demonstrará.

O texto constitucional português não se ocupa de distinguir conceitualmente “direitos”, “liberdades” e “garantias”. A distinção entre liberdades e direitos seria de ordem histórica, voltada para a defesa da esfera jurídica perante possíveis agressões de terceiros (principalmente dos poderes públicos). As liberdades são comumente tratadas por *direitos de liberdade* (autonomia, iniciativa, expressão, identidade, inviolabilidade de domicílio) e, outra vez, seu apanágio as aproxima dos direitos, num movimento irrenunciável de avizinhar (e mesmo fundir) conceitualmente liberdades e direitos.

---

<sup>20</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo IV. 2. ed. rev. e atualizada. Coimbra: Coimbra, 2000, p.95.

<sup>21</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo IV. 2. ed. rev. e atualizada. Coimbra: Coimbra, 2000, p.95. Itálicos presentes no original.

O termo liberdade (no singular) se refere tradicionalmente a direitos de defesa, na concepção mais clássica dos direitos fundamentais de primeira dimensão (gestados no Estado-Liberal). As liberdades, por sua vez, significam posições fundamentais subjetivas<sup>22</sup> (liberdade de expressão, liberdade religiosa etc). O traço característico da liberdade é a alternativa de comportamento (direito de ter religião e direito de não ter qualquer religião, por exemplo. O *facere* ou *non facere*).

Em seus comentários à constituição, reflete Gomes Canotilho<sup>23</sup> que os direitos, liberdades e garantias são direitos de liberdade na medida em que estabelecem não ingerência do Estado na esfera de liberdades dos cidadãos, implicando direito à abstenção de proibições ou limitações. Os direitos, liberdades e garantias apresentam duas vertentes: a liberdade de fazer e a liberdade de não fazer – ambas igualmente protegidas. O Estado pode facilitar o exercício de liberdades não somente de maneira negativa (abstenção), mas de maneira comissiva, no intento de igualdade de fruição dessas liberdades.”

Observa-se, contudo, que tais traços conceituais não são suficientes para apartar a categoria *liberdades* da categoria *direitos*. Dizer-se que as *liberdades* têm um *status negativus* e os *direitos* têm um *status positivus* não parece ser coerente<sup>24</sup>. Pode-se, simplesmente, pensar em direitos de liberdade com caráter ativo e negativo

Baracho<sup>25</sup> também apresenta a pluralidade conceitual de liberdade, demonstrando que as liberdades apresentam diversos conteúdos que levam a uma compreensão monista do direito, onde são tratados os vários conteúdos necessários ao desenvolvimento da cidadania. Os direitos aparecem na história

---

<sup>22</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 7. ed. rev., Coimbra: Almedina, 2003, p.1243

<sup>23</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**, volume I. 4. ed., revista. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p.377.

<sup>24</sup> Gomes Canotilho esboça essa distinção numa tentativa de dar conteúdo à diferença conceitual. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 7. ed. rev., Coimbra: Almedina, 2003, p.393). Trata-se de uma tentativa de dar força a cada palavra empregada pelo Texto Constitucional. Contudo, na prática, não se consegue ver como efetivamente relevante a distinção conceitual de “liberdades” e “direitos”, mostrando-se o termo “direitos de liberdade” mais claro e mais eficiente.

<sup>25</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Jurisdição Constitucional da Liberdade**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.19.

moderna como prerrogativas individuais, mesmo em nossos dias, quando as liberdades são pensadas sob a perspectiva individual consagrada nos termos “direitos” e “liberdades”. Os direitos são prerrogativas exigíveis.

Sustenta Baracho que “as definições conjugadas e os ensaios de articulação dos dois temas levam à compreensão do seu reagrupamento, sob um mesmo título geral que consagra direitos e liberdades. Esta vinculação tem um valor apenas enunciativo; ela enuncia a inclinação natural dos direitos e liberdades que se conjugam. Os direitos são as liberdades estritamente pré-orientadas ou predeterminadas”.<sup>26</sup>

José de Melo Alexandrino, autor de profícua obra sobre a dogmática dos direitos, liberdades e garantias, leciona: “Positivamente, podemos enfim chegar aos seguintes requisitos básicos: os direitos, liberdades e garantias, exprimindo uma *categoria da Constituição portuguesa*, são uma *espécie de direitos fundamentais* (tanto em sentido formal como material), de distinta estrutura e consistência jurídica, positivados em normas de direitos fundamentais *vinculativas* (sobre o conceito, v. infra, n.º54) no título II da parte I da Constituição, que asseguram e garantem intencionalmente na esfera jurídica das pessoas um conteúdo efectivo (constituído por um feixe de poderes, faculdades ou outro tipo de protecção, mas também por vinculações) juridicamente *determinável* (que, sem prejuízo dos custos envolvidos na respectiva protecção se entremostra como material e financeiramente incondicionado) de um bem jusfundamental, tendo como *destinatário principal os poderes públicos*, representando deste modo as *posições jurídicas activas* asseguradas por normas de direito fundamental vinculativas onde é mais forte a protecção jurídica de bens e interesses predominantemente individuais”.<sup>27</sup>

Alexandrino demonstra que deslindes conceituais para a expressão “direitos, liberdades e garantias” são pouco comuns na doutrina portuguesa, a despeito de a citada locução ser típica do direito constitucional português,

---

<sup>26</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Jurisdição Constitucional da Liberdade**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.20.

<sup>27</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. **A Estruturação do Sistema dos Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa (Construção Dogmática)**, volume II. Coimbra, Almedina, 2006, p.48 e seguintes.



afastando-se da tradição jurídico-francesa de adotar a expressão “liberdades públicas”. O “aditamento do termo liberdades tem de ser lido como mero arranjo semântico (...)”<sup>28</sup>.

Vieira de Andrade, alude à questão, “(...) pressupondo que é possível de algum modo distinguir entre as figuras referidas, embora em nosso entender a expressão “direitos, liberdades e garantias” tenha de ser vista, na maior parte das situações, como uma unidade – até porque, em muitos casos, os “direitos fundamentais”, por causa de sua estrutura complexa, contém faculdades que os qualificariam simultaneamente como “direitos” e “liberdades”, ou “direitos” e “garantias”, ou “liberdades” e “garantias”, quaisquer que fossem os critérios utilizados na distinção.”<sup>29</sup>

A pretensa distinção não obedece a um critério claro e operacional, pelo que (salvo o eventual interesse didático) será escusada, mesmo porque, na maioria dos casos, os direitos fundamentais, por sua estrutura complexa, contém elementos que os qualificam simultaneamente de direitos, liberdades e garantias.

Não é tarefa recomendável destrinchar sem danos o que seja direito, liberdade e garantia.

Gomes Canotilho e Vital Moreira concluem que a “distinção entre cada uma das categorias que compõem a trilogia dos ‘direitos, liberdades e garantias’ é, para além de pouco precisa, verdadeiramente irrelevante, visto que, qualquer que seja a categoria a que pertençam, todos os direitos fundamentais que a integram gozam do mesmo regime jurídico”<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. **A Estruturação do Sistema dos Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa (Construção Dogmática)**, volume II. Coimbra, Almedina, 2006, p.39.

<sup>29</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3.ed. Coimbra, Almedina, 2001, p.121. Na citada obra, página 22, na Nota 27, Vieira de Andrade revela que a opinião resultou fortalecida com as alterações introduzidas pela revisão constitucional de 1982, sobretudo pela nova redação do art.17º, “ao abandonar as anteriores distinções entre direitos e liberdades, que suscitavam problemas de compreensão insolúveis”.

<sup>30</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Volume I. 4.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p.312.

### 1.3. Perspectivas do Direito de Liberdade e Dignidade da Pessoa Humana

Os direitos de liberdade (as liberdades) abrigam um rol de direitos dos mais variados conteúdos, de diferentes estruturas, mas que se agrupam em uma unidade conceitual de exercício (material) de liberdades e de limitação frente às hipertrofias do poder (entidades públicas ou privadas).

A Constituição é um sistema aberto e evolutivo que não consegue conviver com soluções estanques, sendo justificada a idéia de uma Constituição aberta (consoante Härbele<sup>31</sup>) e de uma Constituição como um processo aberto. Em todos os preceitos de direitos fundamentais se encontram conceitos indeterminados que precisam do intérprete, da concretização e da procedimentalização. Essa determinabilidade deve acontecer dentro da “alma constitucional” do ordenamento presente.

Muitos direitos classicamente consagrados nos textos constitucionais assumiram nova conformação, irradiando novos sentidos. Direitos ditos “individuais clássicos”<sup>32</sup> passaram por intensa evolução ao longo do constitucionalismo moderno.

---

<sup>31</sup> Trata-se da célebre obra de Peter Härbele: **A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997. Härbele (Ob.Cit., p.42) explica que “diversas questões referentes à constituição material não chega à Corte Constitucional, seja por falta de competência específica da própria Corte, seja pela falta de iniciativa de eventuais interessados. Assim, a Constituição material ‘subsiste’ sem interpretação constitucional por parte do juiz. (...) Os participantes do processo de interpretação constitucional em sentido amplo e os intérpretes da Constituição desenvolvem, autonomamente, direito constitucional material. Vê-se, pois, que o processo constitucional formal não é a única via de acesso ao processo de interpretação constitucional.”

<sup>32</sup> Os clássicos direitos à *vida, liberdade, igualdade e propriedade* sofreram redimensionamentos. Hoje, falar de direito à vida envolve a integridade física e mental, o direito a um meio-ambiente sadio e preservado; a liberdade toca aspectos como a intimidade e a livre iniciativa; a propriedade implica em pensar na propriedade intelectual e na função social da propriedade. O direito à vida (direito fundamental por excelência) significa viver com um dever de abstenção dos poderes públicos e dos demais particulares. Significará também um dever de prestação, como por exemplo, as políticas de meio-ambiente, a criação de um sistema penitenciário, implementação de medidas de segurança pública. O direito à vida é alvo de incessantes reflexões quando se trata de vida digna, de qualidade de vida ou de aborto, por exemplo. Tais reflexões (de acordo com a postura adotada nas diferentes ordens constitucionais) levam a redimensionamentos do significado do direito à vida e de sua inviolabilidade.

Fenômeno semelhante ocorre com a noção de liberdade, que não pode ficar engessada à concepção oitocentista do estado leviatânico, precisando alçar vôos no sentido de preservar e concretizar o valor de dignidade da pessoa humana.

Didaticamente, consagrou-se a noção de que os direitos fundamentais individuais são vinculados ao princípio da liberdade. Em contrapartida, os direitos fundamentais sociais seriam ligados ao princípio da igualdade.

A vinculação à liberdade e à igualdade seriam então excludentes? Certamente que não. Está diante de um *falso dilema*, na medida em que as constituições calcadas no princípio da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social impõem uma harmonização de igualdade e liberdade.

Jorge Miranda demonstra que liberdade e igualdade caminham unidas<sup>33</sup> quando afirma que “(...) o resultado almejado há-de ser uma liberdade igual para todos, construída através da correção das desigualdades e não através de uma igualdade sem liberdade (...)”

Amartya Sen, economista agraciado com o prêmio Nobel, desenvolve notório trabalho com a tese da Liberdade enquanto fator de Desenvolvimento da sociedade. A liberdade promove o desenvolvimento das sociedades (em termos políticos, econômicos e sociais) e o desenvolvimento alcançado promove mais liberdade. Assim, a liberdade é a soma das disposições sociais e econômicas com os direitos civis.<sup>34</sup>

Para Amartya Sen, “Liberdades políticas (na forma de liberdade de expressão e eleições livres) ajudam a promover a segurança econômica. Oportunidades sociais (na forma de serviços de educação e saúde) facilitam a participação econômica. Facilidades econômicas (na forma de oportunidades de

---

<sup>33</sup> MIRANDA, Jorge. **Os Direitos Fundamentais - sua dimensão individual e social**. In: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n.01 (1992), p.200.

<sup>34</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p.17. É inegável que o autor adota como “direitos civis”, os direitos historicamente reconhecidos como liberdades dos indivíduos para atuar em sociedade (sobretudo de liberdade perante o Estado). O autor valoriza o conceito real de liberdade amparado na igualdade (liberdade de todos): “(...) o valor da liberdade pessoal – a liberdade pessoal é importante e deve ser garantida para aqueles que “importam” em uma boa sociedade; e (2) a igualdade de liberdade – todos importam e a liberdade que é garantida para um deve ser garantida para todos (...)”, Ob.cit., p. 268.

participação no comércio e na produção) podem ajudar a gerar a abundância individual, além de recursos públicos para os serviços sociais. Liberdades de diferentes tipos podem fortalecer umas às outras”.<sup>35</sup>

A nova perspectiva dos direitos fundamentais, afirma Bockênforde, é capaz de superar o hiato entre a liberdade jurídica e a liberdade real, vez que a simples garantia jurídica da liberdade, tomada em abstrato, jamais se mostrou suficiente para assegurar a liberdade real de todos.<sup>36</sup>

A liberdade é fator que gera desenvolvimento das sociedades, com a conquista de liberdades sociais, de liberdades individuais e de liberdades de participação. A expansão da liberdade é o principal fim e o principal meio de desenvolvimento. A liberdade, que permite a auto-determinação e conduz ao desenvolvimento dos direitos de personalidade se transmuda em um bem-social de inerente valor à coletividade, através do exercício das liberdades de participação e da liberdade de existir dignamente em sociedade.

Ressalva Amartya Sen que a liberdade garante a preeminência dos direitos políticos e civis com:

- sua importância *direta* para a vida humana associada a capacidades básica (como capacidade de participação política e social) - *importância intrínseca*;
- seu papel *instrumental* de aumentar o grau em que as pessoas são ouvidas quando expressam e defendem suas reivindicações de atenção política (como as reivindicações de necessidades econômicas) – *contribuições instrumentais*;
- seu papel *construtivo* na conceituação de ‘necessidades’ (como a compreensão das “necessidades econômicas em um contexto social) - *papel construtivo*<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p.25.

<sup>36</sup> BOCKÊNFORDE, Ernst. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Baden-Baden: Nomos, 1993, p. 63-64.

<sup>37</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p.175. Para Amartya Sen: “O êxito de uma sociedade deve ser avaliado, nesta visão, primordialmente segundo as liberdades substantivas que os membros dessa sociedade desfrutam. (...) Ter mais liberdade para fazer as coisas que são justamente valorizadas é (1) importante por si mesmo para a liberdade global da pessoa e (2) importante porque favorece a oportunidade de a pessoa de ter resultados valiosos. Ambas as coisas são relevantes para a avaliação da liberdade dos membros da sociedade.”<sup>37</sup> Ob.cit., p.32 e seguintes.

A concepção de direitos de liberdade como um direito indissociável da dignidade e do desenvolvimento (capacidades individuais e potencialidades coletivas), opera uma nítida aproximação de tais direitos com os direitos prestacionais (direitos sociais).

Impõe-se, portanto, o reconhecimento da inexistência de hierarquia entre Liberdade e Igualdade. Ingo Sarlet corrobora tal entendimento: “Dentre os diversos critérios classificatórios encontrados na doutrina, alguns podem ser excluídos de plano. Este é o caso, por exemplo, da distinção efetuada entre os direitos de liberdade e igualdade, que – a despeito de sua relevância para outros aspectos da teoria dos direitos fundamentais –, peca pela sua incompletude.”<sup>38</sup>

Inúmeros direitos de liberdade englobam a possibilidade de exigir do poder público ações positivas (prestações), tanto para sua fruição verdadeira, como para sua proteção perante terceiros<sup>39</sup>. Existem direitos ditos sociais que são verdadeiros direitos de defesa – para exemplificar, cite-se o direito à greve<sup>40</sup>. A efetivação de determinados direitos sociais cria liberdades (v.g. o direito ao ensino fortalece e possibilita o direito de expressão, como uma manifestação cultural).

Reconhece-se, no entanto, que a realização de prestações do Estado no caso dos direitos, liberdades e garantias são mais afeitas aos históricos deveres estatais de segurança, ordem pública, soberania. Tal reconhecimento não retira, contudo, um conteúdo prestacional constante dos direitos de liberdade, conforme se procura demonstrar.

Há direitos clássicos de liberdade que encontram sua efetivação plena em conjugação com o princípio da igualdade. Tome-se como exemplo o direito de

---

<sup>38</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed., revista e ampliada, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.287.

<sup>39</sup> Vieira de Andrade exemplifica a liberdade de manifestação (mais simples dizer o direito de liberdade de manifestação). Além do dever do Estado de não interferir na ação de manifestar-se (uma abstenção, *in casu*), existe o dever de garantir a integridade dos manifestantes e o de facultar o uso de logradouros públicos. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3.ed. Coimbra, Almedina, 2001, p.180.

<sup>40</sup> Tome-se como exemplo, a relação existente entre a liberdade sindical (direito de liberdade) e o direito de greve (direito social).

liberdade religiosa (com a conseqüente liberdade de culto) - consectário da liberdade de manifestação de pensamento; uma das liberdades pela qual tanto se lutou na história da civilização. Tal liberdade somente se aperfeiçoa com a vedação à discriminação, ou seja, agregando-se o direito à igualdade, que efetivamente permite o exercício da liberdade religiosa, porque liberdade de pensamento, de religião e de culto são expressões da dignidade da pessoa humana.<sup>41</sup>

A liberdade não foi “ultrapassada” pelos direitos sociais. O liberalismo sim... foi ultrapassado. Não se aceita prevalência hierárquica entre os princípios da Liberdade e da Igualdade. As liberdades são também um direito de prestação (perante o Estado) das condições de exercício dessas liberdades.

Cada vez mais os direitos de liberdade implicam prestações positivas e necessitam de uma estrutura pública de garantia. Os direitos de defesa também implicam em custos sociais, com alocação de recursos por parte do poder público. Exigem políticas públicas, impondo ao Estado amplas tarefas de proteção. O conceito reformulado de liberdade impõe o surgimento de direitos sociais<sup>42</sup>.

Isabel Moreira<sup>43</sup> adota o magistério de Viera de Andrade no sentido de os direitos sociais (no ordenamento constitucional português) gozarem de aplicabilidade direta e imediata quando estejam em causa proteções de liberdade. Tal aconteceria, por exemplo, na relação de consumo, quando estivesse em jogo direitos à saúde (que envolvam bem jurídico “vida”).

---

<sup>41</sup> Interessante artigo de Lourdes Sima Santos trata da questão, demonstrando que a liberdade de religião é um dos berços dos direitos fundamentais, na medida em que a reforma protestante funcionou como alavanca para a liberdade de manifestação de pensamento e para uma busca por igualdade (com a vedação de discriminação religiosa). SANTOS, Lourdes Sima. **Da proteção à liberdade de religião ou crença no direito constitucional e internacional**. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, ano 13, n. 51, p. 120-170, abr./jun. 2005.

<sup>42</sup> MOREIRA, Isabel. **A Solução dos Direitos, Liberdades e Garantias e dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais na Constituição Portuguesa**. Coimbra: Almedina, 2007, p.120 e p.213 e seguintes.

<sup>43</sup> MOREIRA, Isabel. **A Solução dos Direitos, Liberdades e Garantias e dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais na Constituição Portuguesa**. Coimbra: Almedina, 2007, p.87, nota 182.

Acerca do tema, corrobora Ingo Sarlet que as “diretrizes fixadas, válidas para os direitos de defesa, alcançam igualmente boa parcela dos direitos fundamentais sociais consagrados em nossa Constituição. Neste sentido, já se constatou que as assim denominadas liberdades sociais equivalem, em virtude de sua função essencialmente defensiva e por sua estrutura normativa, aos clássicos direitos de liberdade e igualdade, reclamando uma abstenção por parte do destinatário e não dependendo em regra da alocação de recursos e de concretização legislativa”<sup>44</sup>.

No Título II, ainda na CRP, sob o enunciado de Liberdades, Direitos e Garantias encontram-se também direitos a ações ou prestações do Estado, tais como o famoso direitos de antena (art.40º) ou o direito ao livre acesso a redes informáticas (art.36º - 3). Na constituição brasileira, pode-se apontar como liberdades sociais os dispositivos do art.5º, inciso XXXII, norma que define prestação, qual seja, a proteção ao consumidor; o art. 8º, que trata de livre associação sindical; o art.7º., inciso XXX, sobre proibição de discriminação no trabalho.

Ao tratarmos das liberdades, direitos e garantias, cumpre oferecer uma noção de liberdade mais consentânea com os valores da dignidade da pessoa humana e, não somente, uma liberdade como garantia da abstenção do Estado na esfera do agir (e não agir) subjetivo.

Deve-se aproximar o conceito de liberdade do conceito de dignidade da pessoa humana, através da compreensão de que ser livre é ter a oportunidade de desenvolver suas potencialidades e anseios dentro da sociedade existente.

O Estado de Direito se funda na dignidade da pessoa humana, inviolabilidade do sujeito, desenvolvimento da personalidade, solidariedade social *etc.* Dignidade da pessoa humana encerra o somatório de valores de liberdade, de justiça social e de solidariedade, os quais apontam para o livre desenvolvimento do indivíduo.

---

<sup>44</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed., revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.291.

Para os direitos fundamentais, o princípio da dignidade da pessoa humana é uma lei geral (*lex generalis*) que deve pairar sobre todo o sistema de direitos, liberdades e garantias.

No que concerne à Constituição brasileira, encontra-se, no art. 1º, inciso III, positivado o princípio da dignidade da pessoa humana, que deve ser concebida como norma de alta abstração, cuja amplitude alcança toda ordem constitucional.<sup>45</sup> Por seu turno, a Constituição portuguesa abriga dispositivo de idêntico conteúdo em seu artigo 1º, que estabelece a dignidade da pessoa humana como a base da república.<sup>46</sup> Trata-se, em verdade, de um superprincípio. Elucida Flávia Piovesan que “(...) é no valor da dignidade humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na tarefa de interpretação normativa. Consagra-se, assim, a dignidade humana como verdadeiro superprincípio a orientar o direito internacional e interno, (...) porque seja no âmbito internacional, seja no âmbito interno (à luz do direito constitucional ocidental), a dignidade da pessoa humana é princípio que unifica e centraliza todo o sistema normativo, assumindo especial prioridade. A dignidade humana simboliza, deste modo, um verdadeiro superprincípio constitucional, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local e global, dotando-lhe especial racionalidade, unidade e sentido”<sup>47</sup>.

A dignidade da pessoa humana, intimamente ligada à idéia de fundamentalidade de direitos, é, pois, um superprincípio, porque é dela que se irradiam todos os direitos e garantias fundamentais, conforme endossa Gilmar Ferreira Mendes: “Não obstante a inevitável subjetividade envolvida nas tentativas de discernir a nota de fundamentalidade em um direito, e embora haja direitos formalmente incluídos na classe dos direitos fundamentais que não apresentam ligação aparente com o princípio da dignidade humana, é esse

---

<sup>45</sup> Art.1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito, e tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana.

<sup>46</sup> Artigo 1.º 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.

<sup>47</sup> PIOVESAN, Flávia *apud* CORRÊA, André L. Costa. Aparentamentos sobre a Dignidade Humana enquanto Princípio Constitucional Fundamental. In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva, ROSAS, Roberto, AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. (Coord.). **Princípios Constitucionais Fundamentais: Estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins**. São Paulo: Lex Editora, 2005, p.118.



princípio que inspira os típicos direitos fundamentais, atendendo à exigência do respeito à vida, à liberdade, à integridade física e íntima de cada ser humano, ao postulado da igualdade em dignidade de todos os homens e à segurança.”<sup>48</sup>

Aproximar os direitos de liberdade das liberdades sociais, inundando-os com os preceitos informadores da ordem constitucional, como é o princípio da dignidade da pessoa humana, não retira de tais direitos de liberdade seu “traço genético” de direitos de defesa. Os direitos fundamentais de liberdade nasceram de uma semente liberal e, por mais que tais direitos tenham tomado uma feição complexa e diferenciada da originariamente concebida, seu caráter *essencial* de direitos de liberdade remanesce, sem jamais perder sua matriz: a defesa da liberdade perante o arbítrio.

Por vezes, ser livre é aceitar ser desigual, é aceitar ser tratado desigualmente. A liberdade tem uma margem de espontaneidade e de riscos aceitáveis (desde que não atentem contra a dignidade da pessoa humana). A igualdade é aplicada como uma garantia contra discriminações em prol da preservação desta mesma dignidade e não para tentar vacinar o indivíduo de qualquer risco ou desequilíbrio inerente às relações negociais (não se fala de toda relação. No caso do direito do consumidor, por exemplo, pode haver restrições legislativas da liberdade negocial, com justificativas próprias da verticalidade intensa das relações de consumo).

Por seu turno, a classificação direitos, liberdades e garantias (citada no Título II da Constituição da República Portuguesa e tomada aqui como um todo conceitual) tem sua importância na medida em que estabelece um regime jurídico constitucional privilegiado para tais direitos fundamentais, servindo, inclusive, de parâmetro para os chamados direitos análogos<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. Re. e Atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p.237.

<sup>49</sup> A instigante doutrina dos direitos análogos passa à margem de nossas considerações. A doutrina portuguesa reconhece a dificuldade de definir os direitos análogos, explicando-os como os direitos fora do catálogo, que se beneficiam do regime material dos direitos, liberdades e garantias. O art.17º da CRP: “O regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga.” Gomes Canotilho e Vital Moreira lecionam: “Afigura-se porém que, havendo direitos fundamentais fora da Constituição, nada impede que aqueles que detenham natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias constitucionais possam beneficiar do respectivo regime constitucional, *naquilo que não seja incompatível com a sua qualidade*

Ademais, o regime jurídico reforçado dos direitos, liberdades e garantias traduz uma otimização da efetividade dos direitos fundamentais, chancelando a aplicabilidade imediata em vista da grande densidade normativa (mesmo se comparando a outros direitos fundamentais).

A Constituição da República Portuguesa (em seus artigos 17º e seguintes, 164º, 167º, 168º e 290º) tem a peculiaridade de prever um regime constitucional específico e reforçado, para os direitos, liberdades e garantias. Canotilho aponta algumas qualidades distintivas<sup>50</sup> desse regime constitucional reforçado, a saber:

- aplicabilidade direta das normas que os reconhecem, consagram e garantem (art.18º/1);
- vinculatividade de entidades públicas e privadas (art.18º/1);
- reserva da lei para a sua restrição (art.18º/2 e 168º/1/b);
- autorização expressa para restrição (art.18º/2);
- proporcionalidade como princípio informador das leis restritivas (art.18º/2);
- não retroatividade de leis restritivas (art.18º/2);
- salvaguarda do núcleo essencial (art.18º/3);
- limitações de suspensão, mesmo em caso de estado de sítio ou de estado de emergência (art.19º/1);
- garantia do direito de resistência (art.21º);
- responsabilidade expressa do estado e demais entidades (art.22º);
- garantia do exercício da ação penal e de medidas de polícia (art.272º/3)
- garantia contra leis de revisão restritivas do seu conteúdo (art.288º/d).

Na constituição brasileira, o regime reforçado se revela pela superconstitucionalidade conferida aos direitos e garantias individuais, que se apresentam como cláusula pétrea, nos termos do art.60, § 4º da CF/88, pois “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir” os direitos e garantias individuais (art.5º da CF/88).

---

*infraconstitucional.*” CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**, volume I, 4. ed., revista. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 376.

<sup>50</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 7. ed. rev., Coimbra: Almedina, 2003, p.398 e 436. A despeito de algumas dessas características se aplicarem a todo o sistema de direitos fundamentais (como a garantia do núcleo essencial, por exemplo), as características demonstram reconhecimentos do direito constitucional positivado na CRP em favor dos direitos, liberdades e garantias.

O regime dos “direitos, liberdades e garantias” caracteriza-se pelo elevado grau de determinação e concretude de tais direitos<sup>51</sup>. Trata-se de alta densidade constitucional, que não permite ao legislador (bem como aos poderes públicos em gênero) manipular o conteúdo principal (e principal) do rol do art.18º da CRP e do art.5º da CF/88.

## **2. EFICÁCIA E APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS: BREVES CONSIDERAÇÕES**

Ainda é de grande padecimento doutrinário a discussão acerca da aplicabilidade e da eficácia das normas constitucionais<sup>52</sup>. Ora, ao se debruçar sobre casos práticos, vê-se sua real dificuldade, pois a vida dos direitos fora das pautas do papel é sempre diferente do idealizado.

A efetividade jurídica acontece quando a norma tem nos liames objetivos todos os elementos necessários: hipótese descrita, disposição, sanção, gerando, desde logo, efeitos no mundo dos fatos.

Efetividade social decorre do reconhecimento normativo por parte da sociedade, observando-se os preceitos contidos na norma. Na lição de L.R.Barroso<sup>53</sup>: “(...) a efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização dos fatos (...)”

---

<sup>51</sup> A determinação não é absoluta, referindo-se ao conteúdo essencial do preceito. A determinação é dada pela constituição interpretada. A matéria prima fornecida pelo texto constitucional deve ser suficiente para a determinabilidade de tais direitos. A concretização não poderá se barrar na falta de dispositivos infraconstitucionais. As instâncias concretizadoras (possível justiciabilidade, por exemplo) devem fazer o direito valer com a máxima efetividade, limitado (e conformado) pelas demais normas e princípios constitucionais.

<sup>52</sup> Podem ser consultadas as seguintes obras doutrinárias: BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e Seus Efeitos**. São Paulo: Saraiva, 1989; SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

<sup>53</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.85.

É o eterno embate entre “ser” e “dever-ser”, palco cotidiano de todos os assuntos relacionados a temas jurídicos. Muitos autores se apropriam dos termos alemães (*sein* = ser e *sollen* = dever-ser). Existe, basta observar, um hiato entre o mundo normativo e o mundo real, o que gera uma franca “frustração constitucional”.

Considerando a doutrina brasileira, Ruy Barbosa em muito se inspirou na doutrina norte-americana, trazendo para o Brasil o conceito de “normas executáveis” e “normas não executáveis”.<sup>54</sup> As executáveis dizem respeito a direitos instituídos de meios de preservação e execução. Não executáveis são as normas que estabelecem competências, atribuições e poderes, precisando aguardar a legislatura para habilitar seu pleno exercício.

Cumprir observar que a teoria clássica americana não aponta a importância das normas programáticas, que são traços distintivos nos textos constitucionais contemporâneos, não sistematizando sua problemática e efeitos jurídicos, com os seus desafios de concretização.

As normas tidas como programáticas (são classificadas pela doutrina italiana de diretivas e ineficazes<sup>55</sup>) exercem função de relevo e têm efeitos jurídicos importantes, não se restringindo a dirigirem-se aos legisladores.

Contudo, o debate efervesceu, visto que, em época ainda recente, parte da doutrina ousou negar juridicidade às ditas normas programáticas<sup>56</sup>, coisa complicada dentro da noção de uma constituição rígida. O fato de serem

---

<sup>54</sup> As normas constitucionais *self-executing* são aplicáveis porque têm plena eficácia jurídica, enquanto as normas constitucionais *not self-executing* têm sua aplicabilidade condicionada a leis ordinárias (cf. Thomas Cooley, Juiz da Suprema Corte, em cujo pronunciamento Ruy Barbosa se inspira para cunhar a classificação – executáveis e não-executáveis). Apesar das críticas recebidas pela classificação de Ruy Barbosa, deve-se reconhecer o ponto de partida para a problemática da efetividade e aplicabilidade das normas constitucionais. *Apud* MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 4. ed., São Paulo: Atlas, 2004.

<sup>55</sup> A emblemática decisão da Corte de Cassação Penal na Itália (em 07 de fevereiro de 1948) redundou em apontar as normas, mais uma vez, como preceptivas e diretivas. O professor José Afonso da Silva narra bem o acontecido nos debates jurisdicionais, nas pp.77 a 80 do seu livro *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, em especial nas notas de rodapé de número 55 a 60.

<sup>56</sup> A efetividade das normas programáticas, questão de vasto desenvolvimento doutrinário, passa à margem das temáticas ora discutidas.

inscritas não faz duvidar de sua juridicidade, valor normativo, “supralegalidade” e aplicabilidade.

Aplicabilidade e efetividade são temas imbricados. Consoante José Afonso da Silva, “aplicabilidade significa a qualidade do que é aplicável. No sentido jurídico diz-se da norma que tem possibilidade de ser aplicada, isto é, da norma que tem capacidade de produzir efeitos jurídicos”.<sup>57</sup>

Mais adiante aproxima os conceitos de eficácia e aplicabilidade, quando afirma que “(...) eficácia e aplicabilidade são fenômenos conexos, aspectos talvez do mesmo fenômeno, encarados por prismas diferentes: aquela como potencialidade; esta como realizabilidade, praticidade. Se a norma não dispõe de todos os requisitos para a sua aplicação aos casos concretos, falta-lhe eficácia, não dispõe de aplicabilidade. Esta se revela, assim como a possibilidade de aplicação. Para que haja essa possibilidade, a norma há que ser capaz de produzir efeitos jurídicos.”<sup>58</sup>

Na mesma linha de pensamento, para Eros Roberto Grau, aplicar “o direito é torná-lo efetivo. Dizer que um direito é imediatamente aplicável é afirmar que o preceito no qual é inscrito é auto-suficiente, que tal preceito não reclama – porque dele independe – qualquer ato legislativo ou administrativo que anteceda a decisão na qual se consume a sua efetividade”.<sup>59</sup>

O estudo da aplicabilidade e da eficácia das normas constitucionais (em gênero) tornou-se conhecido no Brasil com a publicação da obra do professor José Afonso da Silva<sup>60</sup> – Aplicabilidade das Normas Constitucionais – em 1967, com sucessivas reedições.

---

<sup>57</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7.ed, São Paulo: Malheiros, 2007, p.55.

<sup>58</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7.ed, São Paulo: Malheiros, 2007, p.49.

<sup>59</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1988, p.303.

<sup>60</sup> José Afonso da Silva analisa as normas constitucionais, consagrando uma tríplice classificação (exposta adiante). As idéias de Crisafulli e de Meirelles Teixeira se popularizaram no Brasil pelos ensinamentos do citado professor. CRISAFULLI, Vezio. **La Costituzione e le sue disposizioni di principio**. Milão: Dott. A Giuffrè Editore, 1952. MEIRELLES TEIXEIRA, J.H. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Forense: 1991.

Desenvolvendo o tema da aplicabilidade, José Afonso da Silva afirma que a classificação em normas *aplicáveis* e não *auto-aplicáveis* não contempla as necessidades do cientificismo jurídico, sendo raquítica. Afinal, não existem normas constitucionais as quais se queira atribuir valor de meros conselhos e sabe-se que as (próprias) normas ditas auto-aplicáveis não produzem automaticamente todos os efeitos desejados. Tais extremos conceituais não servem ao constitucionalismo moderno, portanto.

Admitindo-se que todas as normas constitucionais têm eficácia, sendo diferenciadas unicamente por seus efeitos jurídicos, José Afonso da Silva afasta a classificação dicotômica de normas constitucionais de eficácia plena e normas constitucionais de eficácia limitada (estas desdobráveis em normas de legislação e normas programáticas). Adota-se uma tríplice denominação, com a seguinte terminologia:

- a) normas constitucionais de eficácia plena;
- b) normas constitucionais de eficácia contida;
- c) normas constitucionais de eficácia limitada (ou reduzida).

As normas de eficácia plena são de aplicabilidade direta, imediata e integral acerca dos assuntos a que se destinam. As normas de eficácia contida são de aplicabilidade direta, imediata e não integral, quer por estarem sujeitas a restrições previstas quer por serem dependentes de regulamentação que limite sua eficácia e aplicabilidade.

As normas que têm eficácia limitada (a e c, supra) apresentam características distintas.

As normas de eficácia contida (b) dependem de legislação (a lei disporá..., a lei estabelecerá... etc), incumbindo-se o legislador infraconstitucional de sua executoriedade. Exemplificando: art. 15º, n.4 e n.5 da constituição portuguesa (CRP), sobre a capacidade eleitoral dos estrangeiros; art.33 da constituição brasileira (CF/88), que enuncia a necessidade de lei para dispor sobre a organização administrativa e judiciária dos Territórios.

As normas de eficácia limitada (c) não remetem à lei, estabelecem uma finalidade, um vetor, requerendo uma política pertinente à satisfação dos

objetivos colimados. Exemplificando: art. 58º, n. 2, da CRP, que trata das políticas de promoção do direito do trabalho; art.23, inciso XII, da CF/88, que enuncia ser competência da União “estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito”.

As normas de eficácia limitada, para Meirelles Teixeira, podem ainda se dividir em dois grupos<sup>61</sup>, a saber:

- a) normas programáticas (as polêmicas normas programáticas...), constituindo-se “normas programas”, normas de ação no plano das políticas públicas;
- b) normas de legislação, sem conteúdo ético-social, próprias da parte organizativa da constituição.

José Afonso da Silva não confere crédito à divisão acima esboçada, demonstrando que existem normas programáticas que são normas de legislação, citando o art.203, inciso V, da Constituição brasileira, o qual dispõe do benefício assistencial de um salário mínimo ao portador de deficiência e ao idoso que não tenham, por si ou por sua família, como garantir seu sustento, **conforme dispuser a lei.**

Reconheçam-se, portanto, as dificuldades terminológicas (não exclusivas deste tema, mas rotineiras dentro da seara jurídica). Em arremate, no tocante à *eficácia e aplicabilidade* das normas constitucionais se esquematiza:

- (1) normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral;
- (2) normas de eficácia contida e aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral;
- (3) normas de eficácia limitada
  - (3.1) declaratórias de princípios institutivos ou organizativos;
  - (3.2) declaratórias de princípios programáticos.

---

<sup>61</sup> Meirelles Teixeira classifica as normas de eficácia limitada ou reduzida em dois outros grupos: normas programáticas e normas de legislação, as primeiras versando sobre matéria de natureza ética e social, e as segundas dependentes de legislação concretizadora para alcançarem sua eficácia plena, regulando de forma direta a matéria que constitui seu objeto, sendo, contudo, insuscetíveis de aplicação imediata, por estarem condicionadas a normas legislativas infraconstitucionais. MEIRELLES TEIXEIRA, J.H. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Forense: 1991, p.323.

No magistério de José Afonso da Silva, lê-se: “(...) servirá para limitar a expansão da eficácia normativa, pelo quê se poderá admitir, como já admitimos, a *classe das normas de eficácia contida*, isto é, normas cuja eficácia é contida em certos limites pelo legislador ordinário ou por outro sistema (poder de polícia, bons costumes, ordem pública etc.) Se a contenção, por lei restritiva, não ocorrer, a norma será de aplicabilidade imediata e expansiva.”<sup>62</sup>

L.R. Barroso, discutindo o esquema de José Afonso da Silva, ressalta que as normas constitucionais têm sempre eficácia jurídica, sendo de observância obrigatória e coativas. Barroso propõe uma sistematização referente à situação dos indivíduos perante os preceitos constitucionais<sup>63</sup>:

- 1) normas constitucionais organizatórias do poder político;
- 2) normas constitucionais definidoras de direitos;
- 3) normas constitucionais programáticas (que traçam as finalidades públicas perseguidas).

Maria Helena Diniz<sup>64</sup> identifica “um gradualismo na eficácia das normas constitucionais, por não serem idênticas quanto à produção de seus efeitos e à sua intangibilidade ou emendabilidade” e apresenta uma sistematização em quatro grupos:

- 1) normas de eficácia absoluta – insuscetíveis de alteração mesmo por emenda constitucional (cláusulas pétreas);
- 2) normas de eficácia plena – independentes da atuação do legislador para criar seus efeitos;
- 3) normas de eficácia relativa e restringível – conseguem gerar seus efeitos, mas são sujeitas à restrições por parte da legislação ordinária;
- 4) normas com eficácia relativa complementável – não são capazes de gerar, desde plano, os seus efeitos.

---

<sup>62</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p.85.

<sup>63</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 6.ed., atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.93 e seguintes. Mais adiante, Barroso sustenta que a constituição somente deveria reservar o termo “direito” para situações jurídicas consideradas direitos públicos subjetivos. A despeito da funcionalidade advogada, o presente esquema não inova em termos de compreensão de aplicabilidade e efetividade das normas constitucionais, sendo mais decisivo em tipologia das normas constitucionais.

<sup>64</sup> DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e Seus Efeitos**. São Paulo: Saraiva, 1989, p.97 e seguintes.



No direito constitucional português, Jorge Miranda<sup>65</sup>, levando em conta especialidades das normas constitucionais, classifica as normas constitucionais em:

- normas constitucionais materiais ou de fundo, orgânicas ou organizativas e normas constitucionais procedimentais ou de forma;
- normas constitucionais preceptivas e normas constitucionais programáticas;
- normas constitucionais exeqüíveis e normas constitucionais não exeqüíveis por si mesmas (esta classificação sendo relacionável com a tripartição feita pelo prof. José Afonso da Silva)
- normas constitucionais a se e normas sobre normas constitucionais.

Interessa-nos a identificação das normas preceptivas (e programáticas) que aponta para as normas constitucionais de eficácia incondicionada que não dependem de condições institucionais ou de fato.<sup>66</sup> Em termos de aplicabilidade, a classificação de Jorge Miranda se apresenta em (a) normas preceptivas exeqüíveis por si mesmas e (b) normas preceptivas não exeqüíveis por si mesmas.

As normas constitucionais adstringem os comportamentos de todos os órgãos e agentes do poder e conformam suas relações com os cidadãos sem necessidade de mediatização legislativa. As normas não exeqüíveis por si mesmas necessitam de uma complementação legislativa, de uma *interpositio legislatoris*.

Todas as normas exeqüíveis por si mesmas podem se considerar preceptivas, porém nem todas as normas preceptivas são exeqüíveis por si mesmas. As normas preceptivas são de aplicabilidade imediata. Contudo, cabe investigar se são exeqüíveis por si mesmas, ou não. O legislador ordinário regulamenta as normas auto-exeqüíveis e concretiza as normas não exeqüíveis.

---

<sup>65</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 280 a 296.

<sup>66</sup> Jorge Miranda explica que entre as normas preceptivas e as normas programáticas (assim como entre as normas exeqüíveis e as normas não exeqüíveis por si mesmas) não há uma diferença de natureza ou de valor. Existem apenas diferenças de estrutura e projeção no ordenamento. Nenhuma delas é mera exortação. Inexistem graus de validade, mas só de realização e eficácia. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p.283.

O legislador não é livre para emprestar qualquer conteúdo, pois o sentido da norma legislativa deve ser conforme a Constituição.<sup>67</sup>

Jorge Miranda<sup>68</sup> organiza sua classificação em três categorias de efetividade:

- 1) normas preceptivas exeqüíveis por si mesmas;
- 2) normas preceptivas não exeqüíveis por si mesmas;
- 3) normas programáticas

Mais adiante, Jorge Miranda confronta seu esquema classificatório com a “tricotomia” de José Afonso da Silva. “Ora, verifica-se com relativa facilidade que as normas de eficácia plena de José Afonso da Silva correspondem às normas exeqüíveis de que acabamos de falar, as normas declaratórias de princípios programáticos às normas programáticas. Só as normas de eficácia contida ficarão à margem, embora pareçam reconduzir-se ainda a normas preceptivas”.<sup>69</sup>

Classificações devem existir para ajudar a compreender. Não se justificam como um fim em si próprio, mas como um desenvolvimento com um arcabouço científico e pedagógico. Nesse aspecto, a tradicional divisão de José Afonso da Silva merece boa acolhida, por ser simples e abarcar o que muitos autores dizem de maneira mais desdobrada.

As normas constitucionais que prescindem de outro complemento qualquer (eficácia plena) podem ser imediatamente aplicadas, qual a inviolabilidade de domicílio (direito fundamental consagrado no art.5º, inciso IX, da Constituição brasileira de 1988). As normas de eficácia contida podem ser exemplificadas como a norma da liberdade profissional (norma de consagração constitucional – art. 5º, inciso XIII), mas que se condiciona às qualificações profissionais exigidas em lei.

---

<sup>67</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 311 e seguintes.

<sup>68</sup> Jorge Miranda realiza um cotejo de sua classificação e da classificação de José Afonso da Silva. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 290 e seguintes.

<sup>69</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 291.

As normas de eficácia contida podem ser exemplificadas como a norma que trata de autorizar a lei a definir o que sejam serviços essenciais, para fins de greve no setor privado (art.9º, §1º, também da Constituição Federal brasileira).

As classificações partem da premissa de que inexistem normas constitucionais sem eficácia, havendo, outrossim, graus de eficácia nas normas constitucionais. Da mesma forma, todas as classificações podem ser reduzidas em dois fechos de normas: as normas que precisam de concretização legislativa (legislação infraconstitucional) para geração de seus efeitos e as normas que geram seus efeitos sem *interpositio legislatoris*.

Ingo Sarlet explica que, por serem todas as normas constitucionais dotadas de eficácia, a percepção atual do problema da aplicabilidade deve se deslocar para uma questão de densidade normativa<sup>70</sup> das normas constitucionais,“(...) pode-se falar de normas constitucionais de alta densidade normativa, as quais geram seus efeitos essenciais e normas de baixa densidade normativa, as quais não possuem normatividade suficiente para gerar seus principais efeitos sem a construção infraconstitucional. Contudo, mesmo a normatividade mínima – presente em todas as normas constitucionais – apresenta um certo grau de eficácia jurídica”<sup>71</sup>

O debate acerca da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais torna-se especial quando discute a aplicabilidade dos direitos e garantias fundamentais (*in casu*, dos direitos de liberdade), sobretudo quando a aplicabilidade imediata é um mandamento expresso do texto constitucional. Assim, determinam o art.18.1 da constituição portuguesa (CRP) e o §1º do art.5º da constituição brasileira (CF/88), transcritos mais adiante.

### 3. APLICABILIDADE IMEDIATA DOS DIREITOS DE LIBERDADE

---

<sup>70</sup> Sarlet cita o magistério de Gomes Canotilho ao explicar que a densidade da norma constitucional diz com a sua proximidade da norma relativamente a seus efeitos e condições de aplicação. Quanto mais densa a norma, menor a liberdade de conformação do legislador, mesma que venha a reclamar uma concretização infraconstitucional. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed., revista e ampliada, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.264.

<sup>71</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed., revista e ampliada, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.264.

Na prática, a presença de cláusulas gerais e a utilização de conceitos indeterminados ainda emerge como um obstáculo à aplicabilidade dos direitos fundamentais sem a concretização legislativa.<sup>72</sup>

Os textos constitucionais são (e sempre deverão ser) dotados de abstração e abertura. A abertura da constituição se revela no emprego de termos indetermináveis, carentes de integração hermenêutica para alcançarem sentido e aplicabilidade. Regramentos excessivamente detalhados (como acontecem nas constituições de países como Brasil e Portugal, apenas para citar exemplos) não se coadunam com a boa técnica constitucional<sup>73</sup>.

Aliás, não raro se confere ao texto escrito (à Constituição formal) uma responsabilidade que é dos poderes constituídos: a concretização dos comandos constitucionais, a realização da constituição material. Transforma-se em um problema de efetividade normativa uma questão que é, na verdade, uma patente falta de cultura constitucional. Resta indagar, ao discutir a aplicabilidade dita imediata de normas constitucionais, qual o grau de comprometimento dos poderes públicos em relação à concretização das normas de direitos fundamentais (assim como das demais normas de direito constitucional)<sup>74</sup>.

---

<sup>72</sup> Vieira de Andrade coloca que tais paradoxos são próprios do sistema de direitos fundamentais, que fez nascer novas problemáticas tais como a efetiva aplicação da constituição pelos poderes públicos, a relação de lei com constituição, a necessidade da ponderação de direitos fundamentais. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3.ed. Coimbra, Almedina, 2001, p.205.

<sup>73</sup> Os textos das constituições do Brasil e de Portugal são prolixos e excessivamente analíticos. Pode-se dizer até que são casuísticos, com um grau de detalhes acentuado, próprio de uma legislação infraconstitucional (quicá infralegal). Seabra Fagundes ressalta que a Constituição não precisa ser obrigatoriamente breve. Porém, cumpre atender às aspirações de cada sociedade, em cada tempo, abordando situações e relações que mereçam ser disciplinadas com exatidão, diante de uma perspectiva de perdurarem ao longo do tempo. SEABRA FAGUNDES, Manuel. **Treze Anos de Prática da Constituição**. In: Revista Forense, n.187, Rio de Janeiro: Forense, 1960.

<sup>74</sup> A concretização dos direitos fundamentais é função precipuamente afeita aos poderes legislativo (com a edição de normativos) e jurisdicional (com a instrumentalização de ações constitucionais e julgamento de litígios que envolvam o tema). Porém, vislumbra-se atualmente no Brasil uma forte omissão do Parlamento em termos de edição legislativa, assim como uma resistência do Judiciário em concretizar os direitos fundamentais na prática, quando ausente a regulamentação infra-constitucional. Veja-se toda a polêmica causada pelo Mandado de Injunção (CF/88, art.5º, inciso LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à

O problema não é sentido apenas no ordenamento jurídico brasileiro ou português, sendo um desafio dos estados de direitos fundamentais contemporâneos<sup>75</sup>.

Tratando da força jurídica dos preceitos constitucionais, aduz García: “La problemática de la hipotética necesidad de ley de desarrollo para la entrada em vigor o ‘captación’ de fuerza jurídica de un precepto constitucional no es más que la exacerbación del autentico problema de fondo de la justicia constitucional, problema que el TC tuvo que acometer desde sua primera sentencia: la constante pretensión de dos poderes distintos, Tribunal Constitucional y Parlamento, de ser ellos titulares de la especificación de los preceptos constitucionales. Tanto la ley como la sentencia constitucional ‘desarrollan’ la Constitución.”<sup>76</sup>

Luís Roberto Barroso enfoca as mesmas questões<sup>77</sup>, com as conclusões seguintes:

- a experiência constitucional brasileira revela a ausência de um constitucionalismo normativo, incapaz de sintonizar a realidade social com a prescrição do texto;
- a falta de efetividade das normas constitucionais é responsável por um sentimento de frustração constitucional;
- efetividade designa a capacidade que a norma detém de prevalecer no mundo dos fatos, com a concretização do direito e o desfrute do bem jurídico em causa;
- para que as diversas situações jurídicas traçadas pelo texto constitucional venham a se realizar, são necessárias garantias jurídicas, políticas e sociais.
- o fenômeno da falta de efetividade em virtude das omissões (infraconstitucionais) não recebeu ainda uma solução satisfatória, na medida em que atualmente apenas se faz uma declaração de omissão exortativa

---

soberania e à cidadania), que não era utilizado sob argumento de que o judiciário não deve operar como legislador positivo.

<sup>75</sup> Admita-se que, desde o nascedouro, nos primórdios(!), a concretização de todas as declarações de direitos sempre se constituíram em franco desafio, tendo nascido da postura ousada de sujeitos e coletividades frente a desafios de seu tempo.

<sup>76</sup> GARCÍA, Enrique Alonso. **La Interpretación de la Constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p.23.

<sup>77</sup> Tais questões são discutidas por Luís Roberto Barroso na obra **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 6.ed., atual, Rio de Janeiro: renovar, 2002.

(exceção ao mandado de injunção, o qual recentemente assumiu contornos mais concretos);

- a efetividade das normas constitucionais é condicionada a uma conscientização e a uma atuação dos vários setores sociais.

As normas constitucionais são dotadas de força normativa. Tal conclusão, óbvia da observação atual do sistema de direitos e garantias fundamentais, tem sido objeto de pesadelos na prática cotidiana. Tanto assim é verdade que os textos constitucionais externam a necessidade de expressar literalmente a aplicabilidade direta (imediate).

Assim, a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha trata da aplicabilidade imediata em seu art.1º, item 3, a saber<sup>78</sup>. A Constituição da República Portuguesa dispõe sobre aplicabilidade em seu art.18º e a Constituição da República Federativa do Brasil trata da aplicabilidade dos direitos fundamentais em seu art.5º, §1º<sup>79</sup>.

Aplicabilidade direta não significa somente que os direitos, liberdades e garantias se aplicam sem intervenção legislativa. Significa dizer que valem diretamente contra a lei (se a lei os restringe), que as leis (anteriores e supervenientes) à constituição que contrariem os direitos, as liberdades e garantias são inconstitucionais.

A aplicabilidade direta não dispensa um grau suficiente de determinabilidade, tornando-se mais que necessária uma lei concretizadora. A necessidade de concretização legislativa não nega a eficácia e aplicabilidade dessas normas. Trata-se de uma inafastável carência de concretização.

A Constituição é um todo normativo aberto, que precisa ser fechada através de mecanismos interpretativos. Abertura da constituição quer dizer a natureza fragmentária, a incompletude própria de um texto constitucional.

---

<sup>78</sup> “Os direitos fundamentais aqui enunciados constituem preceitos jurídicos diretamente aplicáveis, que vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judicial.”

<sup>79</sup> Na CRP: “Artigo 18.º 1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.” Na CF/88: Art.5º, § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

Abertura das normas constitucionais significa o caráter aberto e indeterminado de muitas das normas, as quais requerem uma mediação legislativa concretizadora<sup>80</sup>. O texto constitucional, enquanto um “enunciado aberto”, permite manejar o catálogo de direitos sem os reduzir a um rol fechado e taxativo. É tal abertura que permite a evolução do texto constitucional, com a constante atualização do conteúdo normativo e renovação da ordem jurídica, com inegável valor para a aplicabilidade e percepção da densidade dos preceitos constitucionais.

A densidade da norma constitucional estatui os seus efeitos e condições de aplicação. A densidade da norma constitucional se impõe: a) em decisões precisas sobre determinadas controvérsias; b) na identificação dos princípios da ordem social; c) quando a concretização requeira, desde logo, normas constitucionais densas<sup>81</sup>.

Concretizar direitos e garantias de liberdade não indica ao intérprete a criação de uma nova norma no sistema, mas de concretizar o conteúdo da norma constitucional diretamente aplicável. De efeito, o Constituinte tentou evitar alguma espécie de esvaziamento de conteúdo das normas de direitos fundamentais<sup>82</sup>.

Há várias normas que reclamam mediação legislativa. E no catálogo de direitos fundamentais, aparecem normas tais que dirigem ordens ao legislador de modo a requerer concretização legislativa.

Os preceitos de aplicabilidade imediata se direcionam aos direitos fundamentais. Seria estéril afirmar que se aplicariam indistintamente a todas as normas constitucionais. Os preceitos têm sua missão axiológica diversa no tocante à efetividade de direitos fundamentais, contrapondo-se a noções tão gerais e banalizantes. A norma impõe aos poderes públicos a tarefa de maximizar os direitos fundamentais, fazendo-os realísticos, concretos, sentidos na realidade – em suma: efetivos.

---

<sup>80</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 7. ed. rev., Coimbra: Almedina, 2003, 1993, p.1164.

<sup>81</sup> *Idem, Ibidem*, p.1165.

<sup>82</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed., revista e ampliada, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.274.

De acordo com Sarlet<sup>83</sup>, o “postulado da aplicabilidade imediata não poderá resolver-se (...), de acordo com a lógica do tudo ou nada, razão pela qual seu alcance (isto é, o *quantum* em aplicabilidade e eficácia) dependerá do exame da hipótese em concreto, isto é, da norma de direito fundamental em pauta”.

A regra da aplicabilidade (art.5º,§1º, CF/88 e art.18, CRP) é um inegável reforço para os efeitos dos direitos fundamentais, transmudando a aplicabilidade imediata e eficácia plena em regras gerais, em presunção, ressalvadas excepcionalidades que aparecem em casos concretos. Esse tal “privilégio” é uma das notas de fundamentalidade dos direitos e garantias de liberdade.

A necessidade de concretização de um direito de liberdade pode existir, mas a sua ausência não deve, em termos de justiciabilidade (busca ao poder judiciário através da função jurisdicional<sup>84</sup>) impedir o magistrado qual um obstáculo intransponível para a aplicabilidade da norma.

Vieira de Andrade apregoa, textualmente: “Mais concretamente, a ideia constitucional dos direitos fundamentais afirmou-se para a protecção dos cidadãos, não só contra o Executivo monárquico (para isso bastaria a legalidade administrativa), mas contra as próprias maiorias parlamentares, que deveriam respeitar valores tão importantes como o estatuto fundamental dos indivíduos na sociedade política – só que a Constituição portuguesa, como as outras, continua a conferir ao Parlamento o poder de concretizar, regular, de harmonizar e de restringir os direitos fundamentais (e não nos referimos aos direitos sociais a prestações, em que lhe dá, e ao Governo, a própria possibilidade de conformação do conteúdo) e impõe-lhe mesmo deveres de protecção contra outros particulares, em termos de interferir restritivamente na liberdade destes (isto é, liberdade de todos)<sup>85</sup>.”

---

<sup>83</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed., revista e ampliada, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.284.

<sup>84</sup> O princípio da universalidade da jurisdição e do direito de acesso à justiça – informadores do Estado Democrático de Direito – garantem que lesões, ou ameaças a direito, não serão excluídas da apreciação do Poder Judiciário. Por este motivo, o juiz não poderá invocar a falta de regulação legal para se esquivar do dever de efetivar direitos fundamentais, pois cabe ao Poder Judiciário interpretar a norma, viabilizando sua aplicação no mundo dos fatos.

<sup>85</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra, Almedina, 2001, p. 204.



O poder público tem o dever de concretizar os direitos fundamentais de liberdade, a despeito de inexistir a lei. Impõe-se uma execução vinculada à Constituição. É necessário assegurar a força vinculante de tais direitos fundamentais. Os poderes públicos são investidos na atribuição constitucional de maximizar os efeitos de concretude desses direitos.

Para os direitos de defesa, pode-se dizer que a aplicabilidade é sua própria nota de distinção. Mas, às liberdades clássicas foram incorporadas liberdades sociais.

Em se tratando de liberdades (direito de defesa), a atuação do legislador enquanto concretizador é importante, mas não pode ser razão impeditiva para a aplicabilidade imediata, mesmo que o texto constitucional faça uma remissão à lei.<sup>86</sup> Não se escusa a falta de fruição do direito por ausência de norma infraconstitucional.

No dizer de José Afonso da Silva, “(...) não dependem de legislação, nem de providência do Poder Público para serem aplicadas. Algumas normas podem caracterizar-se como de *eficácia contida*, mas sempre de aplicabilidade direta e imediata, caso em que a precisão de lei não significa que desta dependem sua eficácia e aplicabilidade, visto que tal lei não se destina a integrar-lhe a eficácia (que já têm amplamente), mas visa restringir-lhes a plenitude desta, regulando os direitos subjetivos que delas decorrem para os indivíduos ou grupos. Enquanto o legislador neste caso não produzir a normatividade restritiva, **sua eficácia será plena.**”<sup>87</sup> (Grifou-se)

Refletindo sobre o tema da aplicabilidade, Canotilho e Vital Moreira, nos comentários ao art.18 da CRP, afastam a idéia de os direitos, garantias e liberdades serem normas incompletas, sem eficácia. Segundo os autores

---

<sup>86</sup> No Brasil, a polêmica acerca da greve no serviço público serviu de exemplo para esse caso. A CF/88, em seu art.37, inciso VII, determina que o direito de greve será exercido nos termos da lei. Durante muito tempo, sem concretização (nem por via jurisdicional), o direito de greve do servidor era letra morta. Atualmente, a situação mudou graças ao julgamento dos *mandados de injunção* MI 670/ES e MI 712/PA, relativos ao direito de greve dos servidores públicos. A decisão é no sentido de permitir aos impetrantes de Mandado de Injunção o exercício do direito referido nos termos da lei aplicável aos trabalhadores em geral (Lei 7.783/89), enquanto não houver a edição da citada lei. Houve uma concretização do direito fundamental em baila: o direito de greve dos servidores públicos.

<sup>87</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28.ed, rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 268.

mencionados, os direitos de liberdade valem constitucionalmente como norma concretamente definidora de posições jurídicas (*norma normata*) e não apenas como norma de produção de outras normas jurídicas (*norma normans*); e aplicam-se sem necessidade de interposição conformadora de outras entidades, designadamente do legislador (*interpositio legislatoris*).<sup>88</sup>

Insistir na Aplicabilidade Direta dos Direitos, Liberdades e Garantias é distinguir sua determinabilidade constitucional (não necessitando de uma determinação legislativa infraconstitucional), detendo uma exeqüibilidade autônoma<sup>89</sup>, compondo uma função e estrutura específicas.

Aplicabilidade direta significa que os poderes públicos não podem invocar falta de regulamentação legal para proibir ou recusar o exercício de direitos fundamentais. O conteúdo do direito fundamental deve ser determinável. Diz-se *determinável* e não *determinado*, afinal, os conceitos indeterminados fazem parte da técnica normativo-constitucional, sendo inafastáveis<sup>90</sup>.

O dispositivo do art.5º, §1º, da constituição brasileira não restringe a aplicabilidade direta aos direitos de liberdade<sup>91</sup>. Assim, não mais vigora a distinção clássica de que os direitos de liberdade são imediatamente aplicáveis, enquanto os direitos prestacionais (sociais) precisam de intermediação

---

<sup>88</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**, volume I, 4. ed., revista. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 382.

<sup>89</sup> Canotilho leciona que “os direitos, liberdade e garantias valem, de forma tendencial, como direitos *self executing*, independentemente da mediação concretizadora ou densificadora dos poderes públicos”. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 7. ed. rev., Coimbra: Almedina, 2003, 1993, p.399. Gomes Canotilho ressalta ainda que alguns direitos de liberdade nem precisam de justiciabilidade para se efetivar, exemplificando com o direito de asilo. Seria bizarro achar que o cidadão que pede asilo em um Estado poderia pedir socorro ao Estado-perseguidor (sem dificuldade pode-se pensar que o poder judiciário estaria na mesma crise de sistema que impulsiona o sentimento de perseguição) ou ao Estado-asilante (nesse último caso, recorrer aos tribunais seria podar a discricionariedade política do Estado que concede asilo), para fazer valer seu direito.

<sup>90</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra, Almedina, 2001, p.208.

<sup>91</sup> O mandamento da aplicabilidade imediata está no §1º do art.5º, devendo ser aplicado a todo extenso rol de direitos fundamentais constantes do referido artigo. A despeito de dissenso doutrinário, fica muito difícil afastar tal conclusão, sob pena de cometer casuísmos. Eis a lição de Ingo Sarlet: “A toda evidência, a nossa Constituição não estabeleceu distinção desta natureza entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, encontrando-se todas as categorias de direitos fundamentais sujeitas, em princípio, ao mesmo regime jurídico.” SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed., revista e ampliada, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.274.

legislativa. Tal não ocorre. Investiga-se, outrossim, para fins de aplicabilidade, a densidade normativa da disposição constitucional. Há direitos (não somente os prestacionais) que carecem de concretização legislativa, por sua baixa densidade normativa.

Não se pode esperar que o Poder Judiciário, a despeito de ter a função de justiciabilidade dos direitos fundamentais, através de seu agir, consiga concretizar **TODO** o catálogo de direitos fundamentais, em um intuito de maximização dos seus efeitos e total viabilização de sua fruição. Seria o ideal, porém existem limites tais como critérios de decisões políticas que passam pelo legislador, bem como a própria colisão de direitos fundamentais, lacunas *etc*<sup>92</sup>. Não se está a renegar o papel de concretização da ação jurisdicional. Apenas se admite inexistir uma panacéia, uma “tábua de salvação”. Denotam-se alguns limites existentes à concretização dos direitos de cunho social, apesar da intensa aproximação entre o conceito de direitos de liberdade e liberdades sociais (discutido mais à frente).<sup>93</sup>

Diante da norma de direito fundamental, cabe averiguar a sua densidade normativa, presumindo sua aplicabilidade imediata, dentro de um princípio de otimização do catálogo dos direitos fundamentais.

Cumpra atestar no art.5º, §1º, da CF/88 e no art.18º da CRP imperativos de concretização constitucional, que alertam todos os agentes do sistema no sentido da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Para a doutrina de Vieira de Andrade, “(...) o alcance normativo da aplicabilidade directa dos direitos não reside na exequibilidade, está na *deverosidade estrita* da intervenção legislativa, que há-de assegurar, nas condições de normalidade de um Estado de Direito, a existência da legislação e a produção das demais actuações necessárias ao exercício”<sup>94</sup>.

---

<sup>92</sup> Ressalte-se ainda, no tocante a normas prestacionais, a reserva do possível e a falta de legitimidade de optar por determinadas políticas públicas (um sério risco de afronta à “separação dos poderes”), por exemplo

<sup>93</sup> Existem os limites da “reserva do possível”, além do impedimento de o poder judiciário fazer eleições em termos de políticas públicas (opções de governo).

<sup>94</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra, Almedina, 2001, p.210.

No que concerne a direitos de liberdade (direitos, liberdade e garantias), a ausência de norma concretizadora não despe o direito de sua potencial justiciabilidade (exigência e concretização por via judicial) . A aplicabilidade imediata, neste caso, vale como um comando de concretização pela via interpretativa, com a determinação dos conceitos *indeterminados*, através da hermenêutica constitucional.

O princípio da interpretação conforme a constituição deve ser entendido sob o enfoque de uma prevalência hierárquico-normativa dos direitos fundamentais (interpretação em conformidade com os direitos fundamentais). A interpretação constitucional sempre encontrará uma chave para a determinabilidade de um direito fundamental – trata-se de atividade hermenêutica obrigatória, cujo fracasso deixaria inútil todo o texto constitucional. A efetividade brotará, então, como o resultado de processos de interpretação. Há instâncias suficientes no Estado para executar tais misteres. De outra feita, existe todo um sistema jurídico a par do ordenamento constitucional, de forma a fornecer os outros elementos faltantes, visto que a maior parte das matérias dos direitos, garantias e liberdades sempre existiu disciplinada nos ordenamentos jurídicos estatais. A diferença está na feição que tais matérias legais irão assumir dentro de estado de direitos fundamentais.

A existência de legislação infraconstitucional, a despeito de ser útil para a fruição dos direitos de liberdade, não pode condicionar o exercício de tais direitos fundamentais. A concretização será da norma constitucional (direito fundamental) e não da norma legislativa. Tal situação poderá criar maiores desafios hermenêuticos, contudo, não significará impossibilidade. Para tanto, todos os recursos de interpretação estão disponíveis para que a função jurisdicional sane eventuais indeterminações conceituais dos direitos de liberdade, dentro de um imperativo de maximização da efetividade, assegurando-se a plena justiciabilidade desses direitos.

#### 4. VINCULAÇÃO DOS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS PERANTE ENTIDADES PÚBLICAS E PRIVADAS

A vinculação das entidades públicas e privadas à observância dos direitos de liberdade (direitos, garantias e liberdades) relaciona-se visceralmente com a questão da aplicabilidade e da eficácia dos referidos direitos fundamentais.

Ao contrário da Constituição da República Portuguesa, a Constituição brasileira nada diz expressamente acerca da vinculação a entidades privadas.<sup>95</sup>

Não pairam dúvidas acerca da vinculação das entidades públicas aos direitos fundamentais, os quais historicamente nasceram para valer perante os poderes públicos. No entanto, o tema dos direitos fundamentais evocado no seio das relações entre entes particulares ainda desperta intensos debates.

##### 4.1. Vinculação a Entidades Públicas

O art.18º da CRP usa a expressão *entidades públicas* que, por sua abrangência, deve englobar os poderes públicos em sua completude, desde a tripartição clássica (executivo-administração, judiciário e legislativo), bem como outras pessoas que exerçam atividades próprias do poder público (como sói acontecer atualmente)<sup>96</sup>. Assim, a vinculação abrange as pessoas de direito público, sejam da administração direta e indireta, sejam particulares no exercício de funções públicas. A referida vinculação atinge também o poder público quando ele atua com “atos privados”.<sup>97</sup>

---

<sup>95</sup> Da mesma forma, são omissas (quanto à vinculação dos entes privados) as constituições alemã e espanhola – dois países que influenciam sobremaneira a teoria dos direitos fundamentais na Europa continental.

<sup>96</sup> As entidades de classe, por exemplo, que aplicam sanções; concessionárias de funções públicas *etc.*

<sup>97</sup> Ressalte-se que, em virtude da indisponibilidade do interesse público e do princípio da legalidade, a atuação da Administração mesmo nos ditos “atos de direito privado” não é “puramente privatística”. Por exemplo, o particular pode deixar de comprar um bem porque não gosta dos trajes do vendedor ou pode fazer um negócio, admitindo o fato de levar prejuízo. No caso da Administração, os dois exemplos meramente ilustrativos não seriam possíveis de acontecer, tanto pela vinculação aos direitos e garantias fundamentais, como em virtude de princípios gerais da administração pública.

Quando a produção legislativa infraconstitucional acontecer, deverá observar os preceitos dos direitos, liberdades e garantias, concretizando-os, se necessário, dentro dos ditames constitucionais e do espírito emergente do rol de direitos fundamentais.

Em termos de justiciabilidade, o poder judiciário deve se portar de modo a conferir aplicabilidade e máxima eficácia possível aos direitos e garantias fundamentais, considerados como um vetor interpretativo da constituição. Normas concretizadoras (e atos) que afrontem os direitos, liberdades e garantias devem ser rechaçadas.

“Os direitos fundamentais não são somente um limite negativo às atuações dos entes públicos; são também elemento integrador de tais atuações.”<sup>98</sup> O Estado-Administração tem o dever de conformação de seus atos administrativos e normativos às normas constitucionais. São nulos e não anuláveis (portanto, não são convalidáveis) os atos administrativos ofensivos ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais (*in casu*, direitos, liberdades e garantias).

Questão que muito se discute é a da possibilidade de a Administração recusar a aplicação a uma lei que seja ofensiva aos direitos e garantias individuais. Em meio a muitas polémicas, perante a legalidade a qual a Administração está jungida, Canotilho<sup>99</sup> oferece uma solução, orientando que os órgãos administrativos deixem de aplicar uma lei que agrida direitos fundamentais quando: a) a aplicação da lei resultar em prática de crime, com ofensa aos direitos à vida e à integridade pessoal – direitos que nem mesmo em estado de sítio seriam suspensos; b) houver violação do núcleo essencial, levando ao aniquilamento da vida e integridade social – hipóteses na qual a lei pode ser considerada inexistente.

A possibilidade de órgãos da administração afastarem normas consideradas ofensivas aos direitos fundamentais, em vista do princípio da

---

<sup>98</sup> CAUPERS, João. **Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição**. Coimbra: Almedina, 1985, p. 154.

<sup>99</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 7. ed. rev., Coimbra: Almedina, 2003, p. 440 e seguintes.

presunção de constitucionalidade e de presunção de legalidade, é temerária. Corre-se o risco de transformar os órgãos da administração pública em órgãos de controle de constitucionalidade.

Aos agentes administrativos, não é dado fazer o controle de constitucionalidade, pois pela legalidade estrita, permanecem vinculados à lei e ordens concretas dos órgãos de hierarquia superior.

Ademais, os agentes públicos podem representar contra ordens manifestamente ilegais e/ou provocar a decisão por parte das instâncias hierarquicamente superiores<sup>100</sup>. Ao agir assim, não precisam responder civilmente por eventuais lesões dos direitos fundamentais em pauta. Na Constituição brasileira e na portuguesa, a responsabilidade será do Estado (cf. art.37, §6º, da CF/88 e art.22.º e art. 271º, n. 02, ambos da CRP).

O tema levanta dissenso. Para Gomes Canotilho, o “(...) funcionário ou agente administrativo deverá, porém, *desobedecer* a ordens concretas de aplicação de *leis inexistentes*, violadoras dos direitos fundamentais, quando elas implicarem a prática de um crime (cfr.art.271º/3). Isto parece impor-se, designadamente, quando a aplicação da lei conduza à afectação do direito à vida ou integridade pessoal, direitos que nem em situação de estado-de-sítio podem ser suspensos (art.19º/6). As leis violadoras do núcleo essencial dos direitos fundamentais, e, inquestionavelmente, as leis aniquiladoras do direito à vida e da integridade pessoal, são leis *inexistentes*, pelo que os agentes administrativos poderão deparar com o direito de resistência dos particulares (art.21º)”.<sup>101</sup>

Jorge Miranda<sup>102</sup>, manifestando-se avesso ao controle de constitucionalidade por parte dos órgãos administrativos, aceita que, em casos extremos, a Administração se recuse a aplicar normas que agridam os direitos, liberdades e garantias. Por exemplo: quando estiverem em causa direitos insuscetíveis de suspensão mesmo em estados de exceção (estado de

---

<sup>100</sup> Canotilho fala ainda do poder de substituição legal. *Idem*, p.442.

<sup>101</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 7. ed. rev. Coimbra: Almedina, 2003p.442.

<sup>102</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p.319.

emergência, estado de sítio, estado de defesa *etc.*), tais como os do art.19º, 6, da CRP ou quando se tratar de norma declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional, sendo a despeito disso promulgada<sup>103</sup>.

Bachof<sup>104</sup>, citado por Vieira de Andrade, aceita que a Administração, à vista de sinais patentes de inconstitucionalidade (de lei), comunique suas dúvidas à instância superior. A aplicação poderia ser suspensa se convencidos (não bastaria a dúvida) os agentes da existência de inconstitucionalidade e se os efeitos negativos advindos da não aplicação não superassem os prejuízos estimados da aplicação.

Vieira de Andrade<sup>105</sup> alerta para o risco de uma anarquia administrativa, no exercício de um controle de constitucionalidade por parte da Administração Pública. Apregoa a ponderação de princípios, pois reconhece que a Administração não pode ficar totalmente imobilizada diante de uma inconstitucionalidade. Ocorrendo uma evidência de inconstitucionalidade, haveria a *nullidade-inexistência*, isto é, a norma não existe, não podendo produzir efeitos (os artigos 133º e 140º, n.2, da CRP, por exemplo, tratam de vícios evidentes). São suas próprias palavras: “De qualquer modo, deve sempre procurar-se a proporção que corresponda a um equilíbrio ponderado dos valores em jogo: assim só deve admitir-se a desaplicação com fundamento em inconstitucionalidade material (e não formal ou orgânica), deve-se reservar-se sempre aos órgãos superiores da Administração (estadual ou autónoma); e for possível, sem prejuízo grave para o interesse público ou para interesses particulares relevantes, suspender a aplicação da lei no caso concreto, deve escolher-se essa alternativa; se o órgão administrativo tiver apenas dúvidas, ou, pela falta de conhecimentos específicos, só puder ter dúvidas, deve funcionar

---

<sup>103</sup> Jorge Miranda cita ainda como hipótese: a reprodução de norma declarada inconstitucional com força obrigatória geral, sem que uma revisão constitucional tenha acontecido; e quando a Administração for chamada a proferir decisões essencialmente baseadas em critérios de justiça material. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p.319.

<sup>104</sup> *Apud* ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra, Almedina, 2001, p.213 e seguintes. Para Otto Bachof, a Administração poderia e deveria comprovar a constitucionalidade das normas a aplicar, embora deve partir de uma presunção de constitucionalidade – bastaria uma apreciação suficiente para perceber patentes sinais de inconstitucionalidade. Haveria dever de não aplicação fosse a inconstitucionalidade evidente.

<sup>105</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra, Almedina, 2001, p.217.



uma presunção prática (uma probabilidade forte) de justeza ou de constitucionalidade da lei (que provém provavelmente de um órgão mais capaz e mais representativo que o órgão aplicador); quando haja convicção justificada do órgão administrativo, este deve pensar os 'prós' e os 'contras' da aplicação e não aplicação e decidir-se pela que considere menos onerosa.<sup>106</sup>

De efeito, a posição da Administração em controle de constitucionalidade deve ser vista com a mais absoluta parcimônia. A solução “restritiva”<sup>107</sup> se apresenta condizente com a natureza do agir administrativo. As posições de Bachof, Canotilho e Vieira de Andrade refletem estados “próximos do ideal”. Em tais situações ideais, afrontas aos direitos, liberdades e garantias por parte dos poderes públicos sequer aconteceriam. Todavia, para fazer qualquer tipo de “ponderação” a Administração já estará realizando uma interpretação de constitucionalidade e, por conseguinte, um controle (temerário) de constitucionalidade. Assim, fora das hipóteses de flagrante (inequívoca) inconstitucionalidade (teoria da evidência<sup>108</sup>), é mais que temerário conferir à administração a faculdade de não-aplicar a lei por reconhecê-la ofensiva aos direitos fundamentais. Em termos de normas administrativas, tal problema se esvazia em razão das competências próprias da administração pública (o que permite o controle efetivo de tais atos).

## 4.2. Vinculação a Entidades Privadas

A consagração constitucional dos direitos fundamentais de liberdade não representa apenas o indivíduo resguardado perante o Estado, outrossim,

---

<sup>106</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2001, p.217.

<sup>107</sup> Impossibilidade de a Administração efetuar controle de constitucionalidade.

<sup>108</sup> Oriunda da doutrina e jurisprudências germânicas, a teoria da evidência aponta para manifesto e inequívoco vício de constitucionalidade. A questão, porém, não se resolve em si. Seria evidente para quem? Para um jurista? Para um agente público? Remete-se à leitura do artigo A Tutela dos Direitos Evidentes, de Luiz Fux, disponível em: <[http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/894/1/A\\_Tutela\\_Dos\\_Direitos\\_Evidentes.pdf](http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/894/1/A_Tutela_Dos_Direitos_Evidentes.pdf)>. A despeito de abordar o processo civil, o artigo traz luzes para o tema da evidência jurídica.

significa a defesa de um determinado modelo de sociedade, na qual os direitos fundamentais sejam respeitados.

Na origem remota da positivação dos direitos de liberdade, idolatrava-se a liberdade econômica auto-reguladora (mão invisível do mercado), evitando-se a todo custo qualquer ingerência do “Estado-leviatânico”. Era preocupação garantir a autonomia privada dos indivíduos, fornecendo segurança e zelando pelo direito de propriedade.

Os direitos de terceiros precisavam ser protegidos. O Estado assegurava tal defesa. Contudo, as normas invocadas eram as normas classificadas como regras de “direito privado”.

Coloca-se o problema da validade dos direitos, liberdades e garantias nas relações entre sujeitos privados, refletindo-se sobre sua aplicabilidade, abrangência e fatores de ponderação. Vencida alguma resistência inicial, não se nega mais tal aplicabilidade (os direitos fundamentais não existem apenas para proteger os indivíduos da ação do Estado). “En resumen, en el origen histórico de los derechos humanos no existe base alguna que justifique la exclusión del ámbito de las relaciones privadas, de los derechos fundamentales. Más bien se justifica lo contrario, que los derechos naturales, convertidos en individuales y civiles lo son frente a los terceros particulares”.<sup>109</sup>

Posições que sustentam “que o destinatário dos direitos fundamentais é apenas o Estado (já que a este incumbe um dever de proteção nesta seara)<sup>110</sup>” não podem ser aceitas, sob pena que encolher o significado dos direitos fundamentais dentro da ordem constitucional.

---

<sup>109</sup> MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Curso de derechos fundamentales: teoría general**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1999. p. 619. Percebe-se, portanto, que, desde o nascedouro, os direitos fundamentais jamais se limitaram a defesa dos indivíduos perante o Estado.

<sup>110</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. As influências dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.240.

No bojo das relações privadas, situações concretas se observam fazendo emergir questionamentos acerca da real compreensão dos direitos, liberdades e garantias.

As liberdades (religiosas, de residência, de associação, por exemplo) ou bens pessoais (integridade física e moral, intimidade, imagem) podem ser limitados por contrato, com o acordo ou o consentimento do titular? É juridicamente possível que um clube social recuse o ingresso de novo sócio sem declinar a motivação, ou que proíba o acesso de pessoas de certa raça ou sexo às suas dependências? Os trabalhadores, no âmbito do contrato de trabalho podem renunciar à liberdade sindical ou partidária? É permitido a uma escola privada recusar matrícula a alunos de determinada religião ou raça? Pode uma empresa celebrar contrato de trabalho em que conste cláusula de celibato do empregado, ou ainda, que o obrigue a não ter filhos durante a vigência do contrato ou por certo prazo, sob pena de demissão por justa causa? É lícita a cláusula testamentária que estabelece que o direito de herança não poderá ser exercido se o herdeiro casar com pessoa de uma determinada crença ou etnia? É permitido um contrato de compra e venda, de cláusula proibindo venda futura a pessoas de determinada raça ou religião? Até que ponto é admissível a liberdade de expressão (e de outras liberdades) dos jogadores de um clube desportivo, dos membros de um partido político ou de uma ordem religiosa? Os hotéis, táxis ou restaurantes, bem como escolas e clubes privados, podem recusar a permanência, o transporte, o serviço ou a freqüência de certas categorias de pessoas? É possível restringir a participação de mulheres em festa folclórica (ou reuniões) organizada por pessoas privadas?<sup>111</sup>

Os questionamentos acima refletem quão instigante é a aplicabilidade dos direitos, liberdades e garantias fundamentais, demonstrando que manejar direitos fundamentais no cotidiano traz consigo dilemas.

---

<sup>111</sup> Outros questionamentos ainda podem ser encontrados em ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

Tal como o Estado, também todas as entidades privadas estão sujeitas a um dever de não perturbar ou impedir os direitos fundamentais<sup>112</sup>(eficácia horizontal dos direitos, liberdades e garantias).

Como isso se processa na realidade?

A exigência lógica da coerência interna do ordenamento jurídico impõe que os direitos fundamentais sejam aplicados nas relações entre particulares, sob pena de admitir-se uma “dupla ética” no seio de uma imensa sociedade: uma ética válida para relações entre o Estado e os particulares; e outra válida para os particulares entre si. Segundo o magistério de Perez-Luño, “(...) obedece a un acuciante imperativo político del presente, en una época en la que al poder público, secular amenaza potencial contra las libertades, le ha surgido la competencia de poderes económico-sociales fácticos, en muchas ocasiones, más implacables que el propio Estado en la violación de los derechos fundamentales”.<sup>113</sup>

Testemunha-se uma constitucionalização do direito privado, no embalo da chamada revolução copernicana, que conduz a constituição (e nela o rol de direitos, liberdades e garantias) como o epicentro a partir do qual os direitos privados devem ser interpretados. Igualmente, o Estado vem se apresentando ao cidadão com trajes diversos, mitigando-se a noção exclusivamente publicista do *regime jurídico administrativo*.

Vieira de Andrade discute o fenómeno com propriedade: “Além de o Estado-Administração aparecer na vida social metamorfoseado em diversas figuras jurídicas e, cada vez mais, na veste de sujeito privado, as entidades privadas passam a exercer tarefas de interesse colectivo ou determinam em termos fundamentais os comportamentos de indivíduos em diversas áreas sociais – esbate-se a distinção entre entidades públicas e privadas e, em

---

<sup>112</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**, volume I. 4. ed., revista. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p.385.

<sup>113</sup> PEREZ-LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de derecho y constitución**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 320.

conseqüência, a diferença entre o direito público e o direito privado como critério de relevância dos direitos fundamentais.”<sup>114</sup>

Surgiram várias teorias para explicar a aplicação dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre particulares<sup>115</sup>. De forma esquemática, a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas compreende pelo menos três grandes teorias, *en passant*<sup>116</sup>:

- a) a eficácia é imediata, sem que se faça necessária qualquer intermediação estatal, pois decorre diretamente do texto constitucional<sup>117</sup>;
- b) a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares se opera indiretamente, através das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados próprios da legislação e da sua interpretação pelo poder judiciário<sup>118</sup>;
- c) os três níveis propostos por Alexy<sup>119</sup> (composição das várias teorias).

A escola dualista do direito alemão (com Dürig), preconizava a *aplicação mediata* (ou *relevância indireta*) dos direitos fundamentais em relações com particulares, sustentando que serviriam de princípios de interpretação das normas e conceitos de direito privado, elucidando seu conteúdo, sem fugir de um princípio privatístico. A proteção deveria acontecer através do manejo de preceitos de direito privado.

---

<sup>114</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra, Almedina, 2001, p. 249.

<sup>115</sup> Sobre o tema: UBILLOS, J.M.Bilbao. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997; SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

<sup>116</sup> Na prática, as diversas correntes conduzem aos mesmos resultados, razão pela qual o detalhamento de suas teorias não será explorado. É o entendimento de Bilbao Ubillos e de Ingo Sarlet. J.M.Bilbao. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

<sup>117</sup> Corrente dos juristas Nipperdey e Leisner. *Apud* SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed., revista e ampliada, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.404.

<sup>118</sup> Teoria *Mittelbare Drittwirkung* preconizada por Günter Dürig. *Apud* ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra, Almedina, 2001, pp. 276 e seguintes.

<sup>119</sup> A teoria de Alexy trata de três níveis: o dos deveres do Estado, o dos direitos frente ao Estado e o das relações jurídicas entre sujeitos de direito privado. A relação entre eles não se dá por graus, mas por “implicação recíproca”. ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Civitas, 2001.

Autores defenderam outro extremo, apregoando a aplicação *erga omnes* dos direitos fundamentais. Canotilho, Jorge Miranda e Vieira de Andrade<sup>120</sup>, por exemplo, defendem a vinculação imediata dos particulares aos direitos fundamentais, em prol da unidade da ordem jurídica e da força jurídica da Constituição.

Em síntese doutrinária, estabelece-se que a proteção perante os poderes sociais (relações privadas) faz-se necessária, sem negar a autonomia da liberdade negocial. Em suma: mais uma vez, há necessidade da ponderação de valores. A aplicabilidade das normas de direitos fundamentais ultrapassa o preenchimento de cláusulas gerais de direito privado, impondo o dever de zelar para que inexistam ofensas aos direitos fundamentais por parte de particulares (pessoas individuais ou coletivas).

Os direitos fundamentais não são inconciliáveis com liberdade negocial e autonomia privada. Harmonizam-se. A validade dos direitos fundamentais na esfera privada não significa cercear liberdades (aliás, nem poderia significar). Admitir que os direitos fundamentais regem relações jurídico-privadas não tenciona limitação inadmissível à esfera da liberdade individual (autonomia privada).

Vieira de Andrade dedica atenção ao tema. Válida é sua citação: “A liberdade que os direitos fundamentais pretendem garantir não é apenas um abstrato valor social, mas sobretudo o poder de disposição ou a auto-determinação dos indivíduos concretos, e é, por sua vez, em nome da liberdade geral ou da liberdade negocial que podem defender-se certas compreensões à aplicabilidade dos preceitos constitucionais nas relações entre particulares.”<sup>121</sup>

Jorge Miranda, ao considerar três tipos de relação entre particulares, propõe seu entendimento.

a) relações dentro de Grupos, Associações, Pessoas Coletivas;

---

<sup>120</sup> No Brasil, Ingo Sarlet e Daniel Sarmento se destacam sobre o tema. SARLET, Ingo (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

<sup>121</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.284.

- b) relações entre Membros das Associações e Poderes Instituídos;
- c) relações entre Particulares em Igualdade.

Aplicação das normas de direitos, liberdades e garantias, por identidade de razão, nas duas primeiras hipóteses (a) e (b). Aplicação das normas de direitos, liberdades e garantias, por analogia, no terceiro caso (c)<sup>122</sup>.

A vinculação de tais entidades se justifica pela natureza da pessoa jurídica (via de regra uma pessoa coletiva) no âmbito de uma relação de poder social de carácter privado desempenhada sobre outro indivíduo. Não raro, em tais relações, acontecerá uma ponderação dos direitos em conflito.

O fenómeno do poder privado é real. A noção de autonomia privada não se encontra imune à evolução conceitual. Os direitos fundamentais devem proteger perante o poder (público ou privado), de maneira eficaz e coerente. O papel do direito fundamental não muda em virtude da origem da agressão – seja do poder público seja do “poder privado”.

O que era tradicionalmente público assume freqüentemente conotação privada...e vice-versa. A classificação dicotômica de direito público e de direito privado não erige limites fixos, intransponíveis, criando dois mundos com lógicas radicalmente diversas. Tal classificação é somente útil recurso didático.

É certo que os direitos fundamentais, enquanto cerne do ordenamento constitucional, acarretam a invalidade de normas de direito privado que os contrariem. Contudo, há nisso um efeito transversal do catálogo de direito sobre as relações privadas entre “iguais”.

O conflito na esfera cidadão-cidadão surge entre titulares de direitos fundamentais que entram em colisão. Se bem observadas, vê-se que as diversas construções teóricas (expostas acima), na prática, conduzem ao mesmo resultado (a necessidade de ponderação de valores).

---

<sup>122</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomos IV. 2. ed. rev. e atualizada. Coimbra: Coimbra, 2000, p.326.

A liberdade individual, em sua vertente negocial ou associativa, inclui necessariamente uma margem de arbítrio (de risco, de aleatoriedade, de causalidade). Devem-se evitar “fundamentalismos”. A aplicação dos direitos fundamentais não significará esvaziar de sentido a autonomia privada.

Para Bilbao Ubillos, “eficácia frente terceros de los derechos fundamentales encuentra, naturalmente, límites. Límites específicos, derivados de los principios estructurales y los valores propios del Derecho privado.”<sup>123</sup>

Quais critérios adotar? Observar a presença de relações assimétricas; não descuidar do princípio dignidade da pessoa humana.

As normas de direito privado não podem contrariar os direitos fundamentais, partindo a interpretação da lógica dos direitos fundamentais (ressalte-se que a dignidade da pessoa humana, enquanto um “super-princípio” é uma auto-limitação aos direitos de liberdade)<sup>124</sup> e não do sistema do direito civil, sobretudo quando se estiver manejando cláusulas gerais e conceitos indeterminados.

A aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares recorre a situações diferenciadas, dirimidas a partir do caso concreto<sup>125</sup>, com inafastável ponderação de valores, sem ferir de morte (atingir o núcleo essencial) os direitos fundamentais envolvidos. Em tais hipóteses, o aparente conflito entre autonomia da vontade privada e direitos fundamentais receberá uma solução conforme a constituição (prestigiando a aplicabilidade).

---

<sup>123</sup> UBILLOS, Juan Maria Bilbao. **¿Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?** In: SARLET, Ingo (Org.). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.334.

<sup>124</sup> Giorgio Lombardi ensina que os direitos fundamentais funcionam como diretrizes hermenêuticas para as normas de direito privado (como todas as normas do ordenamento jurídico, que se reduzem à condição de meras “normas de referência” cujo teor deve ser moldado em razão do conteúdo específico do direito fundamental em análise). LOMBARDI, Giorgio. **Potere privato e diritti fondamentali**. Turim: G. Giappichelli, 1970. p. 73

<sup>125</sup> O fato de a aplicação dos direitos fundamentais às relações entre entes privados não ser uniforme (ser avaliável *in concreto*) não desqualifica a compulsoriedade de tal aplicação. Apenas requer – e isso é uma constante dentro da lógica dos atuais estados constitucionais – uma valoração, com ponderação de princípios.



## 5. PRONUNCIAMENTOS DOS TRIBUNAIS

Interessante se debruçar sobre julgados que demonstram a concretização dos direitos de liberdade na vida cotidiana. As decisões citadas buscam tão somente ilustrar casos emblemáticos, os quais tratam dos temas ora discutidos doutrinariamente. Por questão de método, são consideradas decisões de tribunais superiores, que detêm a competência da interpretação dos textos constitucionais vigentes.

Em 1994, o *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal-TCF, na Alemanha) apreciou reclamação constitucional contra decisão judicial que negara a cidadão turco o direito de instalar uma antena parabólica no imóvel que alugava.<sup>126</sup> A locadora denegou o pedido alegando que o equipamento prejudicaria a fachada do imóvel. A argumentação do reclamante evocava o direito fundamental à liberdade de informação. O Tribunal julgou procedente a reclamação, sob o argumento da “eficácia horizontal” do direito fundamental à liberdade de informação.

Por seu turno, a Corte Constitucional espanhola precisou se pronunciar em caso que envolveu uma manifestação de trabalhadores, indignados com demissão de uma funcionária (colega de trabalho). Os trabalhadores se reuniram em frente ao estabelecimento, incitando os passantes (eventuais consumidores) a não ingressarem no estabelecimento para fins de realizar suas compras. No episódio, a firma experimentou considerável queda nas vendas e conseqüente prejuízo. A Corte Constitucional espanhola entendeu que, nem a liberdade de pensamento, nem o direito de reunião e manifestação, compreendem a

---

<sup>126</sup> MARTINS, Leonardo. **50 Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideu: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p.428. As decisões do Tribunal Constitucional alemão estão disponíveis em: <<http://www.bundesverfassungsgericht.de>>. Acesso em: 26 de setembro de 2007.

possibilidade de intimidar terceiros, por afronta à integridade moral e à dignidade da pessoa humana (STC 2/1982)<sup>127</sup>.

Em outro caso, o Tribunal Constitucional manteve decisão (STC 73/1985) na qual um estabelecimento comercial (um cassino) não permitia a entrada de um indivíduo em suas dependências. Com fundamento no direito de igualdade, o requerente sustentava o direito de entrar no citado estabelecimento. O tribunal considerou que a vedação de entrada é uma decisão de particulares com base na autonomia de vontade, não se podendo nela vislumbrar uma violação ao princípio da igualdade, porque era tentativa de preservar os interesses da empresa privada (cassino), prevenindo eventuais desordens ou irregularidades no funcionamento negocial.

A decisão, examinada por Ubillos<sup>128</sup>, causou intensas polêmicas e controvérsias na doutrina, pois a liberdade de eleição do público freqüentador pode (supostamente) servir para camuflar propósitos discriminatórios.

Em Portugal, cite-se o Acórdão n.º 136/2005<sup>129</sup> do Tribunal Constitucional que coteja o direito à informação em matéria ambiental com o direito de propriedade intelectual e industrial. Submeteram-se ao crivo da constitucionalidade o art. 10.º, n.º 1, da Lei n.º 65/93 (“A Administração pode recusar o acesso a documentos cuja comunicação ponha em causa segredos comerciais, industriais ou sobre a vida interna das empresas”) e o art. 13.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 321/95, de 28 de Novembro (“informações relacionadas com operações de investimento estrangeiro não podem ser divulgadas sem autorização escrita dos seus intervenientes, excepto quando susceptíveis de conhecimento público”), quando contrapostos ao direito de informação previsto no art. 268º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, especificamente em matéria ambiental. O Tribunal declarou a constitucionalidade das normas citadas,

---

<sup>127</sup> UBILLOS, Juan María Bilbao. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares**: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 386.

<sup>128</sup> “E se a pessoa afetada fosse da raça negra ou cigana? A questão pode parecer irrelevante à primeira vista, mas tem uma significação que vai além do meramente anedótico, à vista sobretudo do ressurgimento do racismo e da xenofobia nas sociedades européias”. UBILLOS, Juan Maria Bilbao. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares**: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 431.

<sup>129</sup> As decisões do Tribunal Constitucional de Portugal estão disponíveis em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>>. Acesso em 27 de setembro de 2008.

mantendo o direito à reserva e ao segredo, protegendo os direitos de propriedade privada e livre iniciativa económica<sup>130</sup>. Eis um trecho do acórdão:

“Mas se não se pode dizer, a meu ver, que é constitucionalmente ilegítima toda e qualquer restrição ao acesso a documentação detida pela Administração estranha às matérias referidas expressamente no n.º 2 do artigo 268.º da CRP, também tenho por seguro que, quer quando estejam em causa essas matérias quer outras relativas a direitos ou interesses constitucionalmente tutelados, sempre a restrição ao direito à informação há-de respeitar os princípios da proporcionalidade, da adequação e da proporcionalidade e reclamará uma ponderação em concreto dos direitos em conflito a efectuar pelo tribunal.

Foi essa a orientação que o Tribunal Constitucional traçou quando por diversas vezes se pronunciou sobre o direito de acesso a documentos inseridos em processos de autorização da introdução de medicamentos no mercado (cfr. Acórdãos n.ºs 254/99, 335/99, 384/99, 385/99 e 386/99), orientação que, aliás, já havia sido a adoptada nos acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo então recorridos e que, em cada caso concreto, especificaram, dentre as diversas espécies de documentos que integravam aqueles processos de autorização, quais podiam e quais não podiam ser facultados aos requerentes de acesso.”<sup>131</sup>

Em outra decisão – Acórdão 0199/2005 – ao discutir a possibilidade de imposição de limites à liberdade de iniciativa económica, a Corte Constitucional lusitana reforça a jurisprudência anterior sobre iniciativa privada. Citamos um trecho explicativo do teor da decisão:

«(...) A garantia constitucional da liberdade económica privada há-de, pois, exercer-se sempre "nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral".

De entre os primeiros, avulta a definição possível (obrigatória anteriormente a 1997) de sectores básicos nos quais seja vedada a actividade a empresas privadas (artigo 86º, n.º 3), precisada também por várias vezes na

---

<sup>130</sup> Na época da decisão ainda não existia a lei nº 19/2006 que detalha as hipóteses em que a Administração pode recusar divulgar informações solicitadas, se vierem a prejudicar a confidencialidade de segredos industriais.

<sup>131</sup> Acórdão nº 136/2005, do Tribunal Constitucional de Portugal. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20050136.html>>. Acesso em 29 de setembro de 2008.

jurisprudência constitucional (v. o Parecer n.º 8/80 da Comissão Constitucional, in *Pareceres da Comissão Constitucional*, 11º vol., 1981, pp. 191 e ss., e os Acórdãos n.ºs 25/85 e 186/88, in *ATC*, respectivamente vol. 5º, pp. 95 e ss., e vol. 12º, pp. 19 e ss.).

Sobre os quadros definidos pela lei, disse-se no citado Acórdão n.º 328/94 que

"(...) o direito de liberdade de iniciativa económica privada, como facilmente deflui do aludido preceito constitucional, não é um direito absoluto (ele exerce-se, nas palavras do Diploma Básico, nos quadros da Constituição e da lei, devendo ter em conta o interesse geral). Não o sendo – e nem sequer tendo limites expressamente garantidos pela Constituição (muito embora lhe tenha, necessariamente, de ser reconhecido um conteúdo mínimo, sob pena de ficar esvaziada a sua consagração constitucional) – fácil é concluir que a liberdade de conformação do legislador, neste campo, não deixa de ter uma ampla margem de manobra."

A norma constitucional remete, pois, para a lei a definição dos quadros nos quais se exerce a liberdade de iniciativa económica privada. Trata-se, aqui, da previsão constitucional de uma delimitação pelo legislador do próprio âmbito do direito fundamental – da previsão de uma "reserva legal de conformação" (a Constituição recebe um quadro legal de caracterização do conteúdo do direito fundamental, que reconhece). A lei definidora daqueles quadros deve ser considerada, não como lei *restritiva* verdadeira e própria, mas sim como lei *conformadora do conteúdo* do direito.

Ora, a liberdade de conformação do legislador nestes casos, em que existe uma remissão constitucional para a delimitação legal do direito, há-de considerar-se mais ampla do que nos casos de verdadeiras leis restritivas do direito, desde logo, porque o direito não tem, nos primeiros, limites fixos constitucionalmente garantidos, remetendo-se antes para uma caracterização legal que apenas não poderá aniquilar um mínimo de conteúdo útil, constitucionalmente relevante.

A estas condicionantes constitucionais e legais (v. também o Acórdão n.º 257/92, *ATC*, vol. 22º, pp. 741 e ss.) acresce ainda, nos termos da parte final do n.º 1 do artigo 61º, na versão supervenientemente introduzida na revisão constitucional de 1989, a consideração do *interesse geral* – onde antes se estatuiu que a "iniciativa económica privada pode exercer-se livremente enquanto *instrumento do progresso colectivo*, nos quadros definidos pela Constituição e pela lei.»<sup>132</sup>

<sup>132</sup> Item 10.2 do Acórdão n.º 199/2005, do Tribunal Constitucional de Portugal. Disponível em: <<http://w3.tribunalconstitucional.pt/acordaos/acordaos05/101-200/19905.htm>>. Acesso em 23 de setembro de 2008.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal analisou a situação de um preso em relação à sua comunicação epistolar e ao direito fundamental à inviolabilidade desta. O STF<sup>133</sup> proferiu o seguinte entendimento:

Carta de presidiário interceptada pela administração penitenciária – Possibilidade excepcional e desde que respeitada a norma do art.41, parágrafo único da Lei 7.210/84 – Inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.

Note-se que nesta decisão estavam presentes o direito fundamental à inviolabilidade epistolar e o também direito fundamental à segurança (*in casu*, de toda a sociedade). O Supremo Tribunal Federal, em uma decisão monocrática, realizou um juízo de ponderação, com o fim de obter a concordância prática destes direitos dentro do caso concreto.

Guilherme de Souza Nucci<sup>134</sup> expõe seu ponto de vista: “não há possibilidade de se considerar absoluto qualquer direito ou garantia individual, sob pena de haver o perecimento de outro ou outros. O direito à segurança também é previsto no art. 5º, da Constituição, motivo pelo qual é altamente improvável que se consiga manter a inviolabilidade de correspondência e, ao mesmo tempo, a segurança do presídio e da sociedade. Constitui decorrência natural da perda da liberdade a restrição à intimidade. Por isso, como já defendemos anteriormente (...), cremos possível a violação de correspondência do preso.”

Emblemática a decisão proferida no caso “farra do boi” - manifestação cultural da população do Estado de Santa Catarina que, apesar de tradicional, representa grave afronta aos direitos dos animais. Analisando ação interposta

---

<sup>133</sup> 1ª Turma, HC nº 70.814-5/SP, rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 24 jun. 1994, p.16.650 – RT – 709/418.

<sup>134</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo e Execução Penal**. In: Revista dos Tribunais: São Paulo, 2007, p.923.

por associação de defesa dos animais, o Ministro Marco Aurélio (do STF) se manifestou<sup>135</sup>:

“(…)

Senhor Presidente, é justamente a crueldade o que constatamos ano a ano, ao acontecer o que se aponta como folguedo sazonal. A manifestação cultural deve ser estimulada, mas não a prática cruel. Ainda a chamada ‘farra do boi’, em que uma turba ensandecida vai atrás do animal para procedimentos que estarrecem, como vimos, não há poder de polícia que consiga coibir esse procedimento. Não vejo como chegar-se à posição intermediária. (...)

O STF decidiu por condenar a prática da “farra do boi”, a qual, mesmo para os defensores da liberdade de expressão da cultura, exorbita qualquer interpretação proporcional da citada liberdade.

Noutro caso, o Supremo Tribunal Federal emitiu julgado, em sede de *habeas corpus*, sobre obrigar a realização de teste de DNA em ação investigatória de paternidade. Mesmo levando em conta o direito à personalidade (a busca do interessado por determinar seu genitor), prevaleceu a tese de que o exame realizado contra a vontade da parte demandada ofenderia a “preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer”.<sup>136</sup>

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA. CONDUÇÃO DO RÉU ‘DEBAIXO DE VARA’. Discrepa, a mais não poder, das garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica da obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser

---

<sup>135</sup> RE 153.531, *Lex* – STF, 239/192 (208).

<sup>136</sup> José Carlos Barbosa Moreira trata dos aspectos probatórios da negativa do exame de DNA: “se bem compreendemos o texto do art. 231, caso o juiz ordene a extração de material orgânico para pesquisa do DNA, e a parte não aquiesça, impossível será compeli-la pela força a sujeitar-se à diligência; em compensação, não lhe adiantará argumentar com a falta do elemento probatório cuja obtenção sua resistência impediu. (...) Particularizando o discurso: poderá o juiz considerar o panorama probatório idêntico ao que seria caso a pesquisa do DNA se realizasse e concluísse pela afirmação da paternidade”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo Código Civil e o direito processual**. In: Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, nº 19, p. 111, set-out. 2002.

conduzido ao laboratório, 'debaixo de vara', para coleta do material indispensável à feitura do exame de DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos.<sup>137</sup>

Envolvendo relações privadas, tem-se ainda decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 319-4, de 1993, teve sobre a validade da lei nº 8.039/90, que versava sobre os reajustes do valor das mensalidades escolares. Em foco estava, pois, o conflito entre a liberdade econômica de empreendimento e a liberdade de transmissão e recepção de conhecimento.

Na ação, o postulante defendia o direito à livre iniciativa e concorrência, que estariam desrespeitados pela ação intervencionista do Estado de controle de preços<sup>138</sup>. Contra estes argumentos, o Ministro Moreira Alves<sup>139</sup> assim se manifestou:

“Portanto, embora um dos fundamentos da ordem econômica seja a livre iniciativa, visa aquela a assegurar a todos a existência digna, em conformidade com os ditames da justiça social (...).

Ora, sendo a justiça social a justiça distributiva (...) e havendo a possibilidade de incompatibilidade entre alguns dos princípios constantes dos incisos desse art.170, se tomados em sentido absoluto, mister se faz, evidentemente, que se lhes dê sentido relativo, para que se possibilite a sua conciliação a fim de que, em conformidade com os ditames da justiça distributiva, se assegure a todos (...) existência digna (...).”

Vê-se, pois, que nem mesmo o fato da problemática situar-se na esfera das relações privadas, afasta a compreensão dos direitos de liberdade e sua devida aplicação. Ensina Israel Jean-Jacques<sup>140</sup> que, quanto maior a desigualdade entre as partes relacionadas, maior será a incidência dos postulados que garantem ou restringem os direitos e liberdades fundamentais. “É por isso também que em certos domínios normativos, como o Direito do Trabalho

---

<sup>137</sup> HC 71.373/RS - Rel. p. Ac. Min. Marco Aurélio - DJ 10.11.1994.

<sup>138</sup> ISRAEL, Jean-Jacques. **Direito das liberdades fundamentais**. Barueri, São Paulo: Manole, 2005, p.220.

<sup>139</sup> RTJ nº 149, p.666-692.

<sup>140</sup> ISRAEL, Jean-Jacques. **Direito das liberdades fundamentais**. Barueri, São Paulo: Manole, 2005.

e o Direito do Consumidor, que têm como premissa a desigualdade fática entre as partes, a vinculação aos direitos fundamentais deve mostrar-se especialmente enérgica, enquanto a argumentação ligada à autonomia da vontade dos contratantes assume um peso inferior.”

Já é assente no Supremo Tribunal Federal a garantia do contraditório e da ampla defesa aos participantes de associação civil no momento de sua exclusão<sup>141</sup>. O Tribunal, mostrando-se mais uma vez favorável à aplicação dos direitos e liberdades fundamentais nas relações privadas, realizou uma ponderação de valores entre a liberdade de associação e a liberdade de exercício profissional do sócio. No caso em tela, a associação tinha como função arrecadar e distribuir os valores referentes aos direitos autorais decorrentes da execução pública de músicas nacionais e estrangeiras. A exclusão de um sócio repercutiria não só em deixar de participar das atividades internas agremiação, visto que tal fato geraria, por via oblíqua, a impossibilidade de cobrança de direitos autorais.

Eis porque foi necessária a manifestação do STF no sentido de limitar a liberdade de associação em prol da liberdade de exercício profissional, realizando uma ponderação necessária aos valores em jogo. Segundo Flávia Ayres de Moraes e Silva<sup>142</sup>, a “autonomia interna das associações civis não é absoluta. Encontra limitações na ordem jurídica, não podendo ser exercida em detrimento dos princípios constitucionais, ignorando a própria Constituição ‘cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais’ ”.

Seguindo este mesmo raciocínio, apenas a título de conhecimento, podemos ainda citar outra decisão do STF, que também em recurso extraordinário, reconheceu a aplicação de direitos e liberdades fundamentais dentro das relações privadas<sup>143</sup>:

---

<sup>141</sup> RE nº 201.819/RJ. Disponível em: <http://jus2.uol.com.Br/doutrina/texto.asp?id=11381>. Acesso em 21 de setembro de 2008.

<sup>142</sup> SILVA, Flávia Ayres de Moraes e. **Estudo do RE 201819/RJ: aplicação de direitos fundamentais no âmbito das relações privadas**. In: Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n.1810, 15 jun. 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.Br/doutrina/texto.asp?id=11381>. Acesso em 21 de setembro de 2008.

<sup>143</sup> RE nº 158215/RS, relator Min. Marco Aurélio, DJ 7/6/1997.



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 do devido processo legal, viabilizando o exercício da ampla defesa.

Torna-se evidente a necessária interpretação e ponderação dos direitos de liberdade quando manejados nas relações práticas, com o fim, inclusive, de manter a coexistência entre os diversos direitos envolvidos e tornar real, válido e aplicável o rol de direitos fundamentais no ordenamento jurídico constitucional.

Muitas críticas têm sido dirigidas ao poder judiciário na execução de seu *munus* constitucional, sobretudo porque os textos constitucionais modernos imprimiram colossais desafios ao Judiciário, na medida em que os direitos fundamentais consagrados exigem o salto da sua aplicabilidade no pragmatismo da vida social.<sup>144</sup>

## CONCLUSÕES

Ao fim do presente trabalho, elencam-se de forma sintética as seguintes conclusões:

- a) O constitucionalismo moderno se confunde com o rol de direitos fundamentais consagrado na ordem constitucional, transmudando-se a noção de Estado de Direito para a noção de Estado de Direitos Fundamentais;
- b) Na sua concepção tradicional (primeira dimensão de direitos), os direitos fundamentais são direitos de liberdade (direitos de defesa), de proteção dos indivíduos perante o Estado. A concepção dos direitos de liberdade se vivificou, libertando-se de tônica do liberalismo oitocentista;

---

<sup>144</sup> José de Albuquerque Rocha aborda tal temática com excelente desenvoltura e opinião crítica. Destaque-se acerca do tema, sobretudo, os capítulos: 3. Judiciário e garantias dos direitos fundamentais. O tribunal constitucional e 5. A Constituição de 1988: um novo papel do Judiciário? ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

- c) No direito português, encontra-se a expressão “direitos, liberdades e garantias” para designar os direitos fundamentais de liberdade. No ordenamento constitucional brasileiro, a classificação é dicotômica: direitos e garantias. Os textos constitucionais não se ocupam em distinguir conceitualmente o que sejam liberdade, direitos ou garantias. Não raro, encontra-se presente no mesmo dispositivo direitos e garantias. Na prática, não se vislumbra relevância em um aparte conceitual de *liberdades, direitos e garantias*, mostrando-se mais eficiente de tais termos como unidade conceitual (direitos de liberdade);
- d) Os clássicos direitos de liberdade não são engessados à concepção liberal do estado, aproximando-se os conceitos de liberdade e igualdade, em consonância com o princípio da dignidade da pessoa – princípio basilar do Estado. Não existe hierarquia entre liberdade e igualdade. A dignidade da pessoa humana na ordem constitucional (portuguesa e brasileira) tem a feição de um superprincípio constitucional;
- e) Inúmeros direitos de liberdade permitem exigir dos poderes públicos ações positivas para a sua fruição verdadeira. Surge a noção de liberdade social. A liberdade é encarada como fator de desenvolvimento das sociedades;
- f) Os direitos de liberdade (direitos, liberdades e garantias) experimentam um regime constitucional reforçado, com a imediata aplicabilidade, otimização da efetividade e alto grau de densidade normativa. As constituições portuguesa e brasileira trazem dispositivos que impedem a exclusão de direitos do rol dos direitos fundamentais de liberdade;
- g) Reconhece-se um sentimento constante de frustração constitucional, com a necessidade de concretização. O debate acerca da aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais é relevante quando se discute a aplicabilidade **imediate – mandamento exposto do texto constitucional**, conforme o art.18, da CRP e o art.5º, §1º, da CF/88;

- h) As normas constitucionais, no tocante à eficácia e aplicabilidade, podem ser classificadas em (a) normas constitucionais de eficácia plena, (b) normas constitucionais de eficácia contida, (c) normas constitucionais de eficácia limitada. Outra classificação opta pela dicotomia das normas preceptivas, considerando (a) normas preceptivas exeqüíveis por si mesmas e (b) normas preceptivas não exeqüíveis por si mesmas;
- i) A aplicabilidade imediata das normas constitucionais de liberdade desloca o problema da efetividade para uma questão de densidade normativa. O preceito da aplicabilidade imediata (art.5º, §1º, CF/88 e art.18, CRP) é um inegável reforço para os efeitos dos direitos fundamentais, constituindo a aplicabilidade imediata e eficácia plena em regras gerais, em presunção, ressalvadas excepcionalidades que aparecem em casos concretos. Esse tal “privilégio” é uma das notas de fundamentalidade dos direitos e garantias de liberdade.
- j) Os direitos de liberdade não prescindem de concretização infraconstitucional, mas a eventual ausência de legislação não pode constituir óbice para a fruição do direito, não exclui a sua potencial justiciabilidade. Os poderes públicos não podem invocar falta de regulamentação para restringir o exercício de direitos fundamentais. A aplicabilidade imediata vale como imperativo de concretização pela via hermenêutica, com a determinação dos conceitos indeterminados próprios da técnica constitucional. Há poderes constituídos com competências suficientes para a execução do mister de interpretar e encontrar a chave de determinabilidade para a fruição de um direito;
- k) Não pairam dúvidas acerca da vinculação das entidades públicas aos direitos fundamentais, os quais historicamente nasceram para valer perante os poderes públicos. A vinculação abrange as pessoas de direito público, sejam da administração direta e indireta, sejam particulares no exercício de funções públicas. A referida vinculação atinge também o poder público quando ele atua com “atos privados”. O tema dos direitos fundamentais evocado no seio das relações entre entes particulares ainda desperta intensos debates;

- l) O fenômeno do poder privado é real. Os direitos de liberdade devem proteger perante o poder público e privado, de maneira eficaz. A aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações jurídico-privadas não significa limitar a esfera da autonomia privada. A solução do aparente conflito entre autonomia de vontade e direitos fundamentais há de ser solucionado com ponderação de valores, a partir dos casos concretos;
- m) Mesmo que timidamente, os tribunais vêm se manifestando sobre questões de aplicação prática dos direitos fundamentais, dirimindo eventuais conflitos com a ponderação. Os textos constitucionais modernos imprimiram colossais desafios ao Judiciário, na medida em que os direitos fundamentais consagrados exigem o salto da sua aplicabilidade no pragmatismo da vida social.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, José de Melo. **A Estruturação do Sistema dos Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa (Construção Dogmática)**, volume II. Coimbra, Almedina, 2006.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3.ed. Coimbra, Almedina, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares**. In: SARLET, Ingo (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2<sup>a</sup>. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Jurisdição Constitucional da Liberdade**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 6.ed., atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Saraiva, 1990.

BERLIN, Isaiah. **Quatro Ensaios sobre Liberdade**. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

BOCKËNFORDE, Ernst. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Baden-Baden: Nomos, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. atualizada e ampl. São Paulo: Malheiros, 1997.

\_\_\_\_\_. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **As influências dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha**. In: SARLET, Ingo (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**, volume I, 4. ed., revista. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 7. ed. rev., Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J.J.Gomes. **Dogmática de direitos fundamentais e direito privado**. In: SARLET, Ingo (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

CAUPERS, João. **Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição**. Coimbra: Almedina, 1985.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA

COURTIS, Christian. **La eficacia de los derechos humanos em las relaciones entre particulares**. In: SARLET, Ingo (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Dicionário compacto do direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e Seus Efeitos**. São Paulo: Saraiva, 1989.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1977.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito entre Poderes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1985.

\_\_\_\_\_. **A Cultura dos Direitos Fundamentais.** In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GARCÍA, Enrique Alonso. **La Interpretación de la Constitución.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1988.

HÄBERLE, Peter. **A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição.** Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997.

\_\_\_\_\_. **Efectividad de los derechos fundamentales: en particular relación contrato el ejercicio del poder legislativo.** In: PINA, Antonio Lopez. La garantía constitucional de los derechos fundamentales: Alemania, España, Francia e Itália. Madrid: Civitas, 1991.

HESSE, Konrad . **A Força Normativa da Constituição.** Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris, 1991.

\_\_\_\_\_. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

ISRAEL, Jean-Jaques. **Direito das liberdades fundamentais.** Barueri, São Paulo: Manole, 2005.

LUÑO. Antonio E. Perez. **Los Derechos Fundamentales.** Madri, Tecnos, 1998.

MEIRELLES TEIXEIRA, J.H. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Forense: 1991.

MENDES, Gilmar *et al.* **Curso de Direito Constitucional.** 2.ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar. **Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional.** In: Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 05 de dezembro de 2007.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional,** Tomos II e IV. 2.ed. rev. e atualizada. Coimbra: Coimbra, 2000.

MIRANDA, Jorge. **Os Direitos Fundamentais - sua dimensão individual e social.** In: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n.01 (1992), p.198 e ss.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.** 4.ed., São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Alexandre. **Curso de Direito Constitucional.** 22.ed., São Paulo: Atlas, 2007.

MORAIS, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOREIRA, Isabel. **A Solução dos Direitos, Liberdades e Garantias e dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais na Constituição Portuguesa**. Coimbra: Almedina, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo Código Civil e o direito processual**. In: Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, nº 19, p. 111, set-out. 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo e Execução Penal**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2007.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

ROYO, Javier Perez. **Curso de Derecho Constitucional**. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., 1995.

SÁ, José Alseldo Cícero. **Liberdades Públicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SANTOS, Lourdes Sima. **Da proteção à liberdade de religião ou crença no direito constitucional e internacional**. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, ano 13, n. 51, p. 120-170, abr./jun. 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed., revista e ampliada, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SEABRA FAGUNDES, Manuel. **Treze Anos de Prática da Constituição**. In: Revista Forense, n.187, Rio de Janeiro: Forense, 1960.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Flávia Ayres de Moraes e. **Estudo do RE 201819/RJ: aplicação de direitos fundamentais no âmbito das relações privadas**. In: Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n.1810, 15 jun. 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11381>>. Acesso em 21 de setembro de 2008.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7.ed, São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28.ed, rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Marco Antônio Marques da. **Da dignidade da pessoa e a declaração universal dos direitos humanos**. In: Revista Dignidade, Ano I, nº 1, São Paulo: Método, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **A revolução copernicana do (neo) constitucionalismo e a (baixa) compreensão do fenômeno no Brasil – uma abordagem à luz da hermenêutica filosófica**. Disponível *ON LINE* em: [www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis\\_atividades/lenioluizstreck.pdf](http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/lenioluizstreck.pdf)>. Acesso em: 09 de setembro de 2008.

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. **¿Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?** In: SARLET, Ingo (Org.). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. 2<sup>a</sup>. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares:** análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.