

DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: UMA ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

Catharina Martinez Heinrich Ferrer*

Jussara Suzi Assis Nasser Borges Ferreira**

Walkiria Martinez Heinrich Ferrer***

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo abordar os Direitos Fundamentais expressos na Constituição Federal de 1988, traçando um paralelo com a constituição de Portugal e dispositivos protecionistas, por exemplo a Convenção Americana de Direitos Humanos, de modo a demonstrar o desenvolvimento desses direitos tidos como básicos, inerentes a todo cidadão, até se chegar aos dias atuais, e a forma horizontal com que se apresentam. Para alcançar o resultado almejado traça-se a distinção entre garantias e Direitos Fundamentais, bem como a delimitação de suas funções propriamente ditas. Outro aspecto relevante do artigo é a pesquisa jurisprudencial em ramos específicos do Direito, citando o Direito Penal e direitos da criança e do adolescente de conformidade com o Estatuto respectivo. Os casos práticos colacionados permitem a análise da violação dos Direitos Fundamentais e, posteriormente, do reconhecimento por parte

* Mestre pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Marília.

** Doutorado em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Docente permanente do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Marília.

*** Doutorado em Educação e Pós-doutorado em Sociologia do Trabalho pela UNESP/Marília. Docente permanente do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Marília.

do Judiciário, nos Tribunais de Justiça dos estados de São Paulo e do Rio Grande do Sul, e inclusive instâncias superiores. A pesquisa foi desenvolvida com base no método dedutivo, além de pesquisa doutrinária e julgados.

Palavras-Chave: Direitos Fundamentais. Dispositivos protecionistas. Reconhecimento.

FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE 1988 FEDERAL CONSTITUTION: A DOCTRINAL AND JURISPRUDENTIAL ANALYSIS

Abstract: This paper aims to address the Fundamental Rights expressed in the Federal Constitution of 1988, drawing a parallel with the constitution of Portugal and protectionist devices, for example the American Convention on Human Rights, in order to demonstrate the development of these rights considered as basic, inherent to every citizen, until the present day, and the horizontal form with which they present themselves. In order to achieve the desired result, the distinction between guarantees and fundamental rights is drawn, as well as the delimitation of their functions themselves. Another relevant aspect of the article is the jurisprudential research in specific branches of Law, citing Criminal Law and the rights of children and adolescents in accordance with the respective Statute. The collected practical cases allow the analysis of the violation of Fundamental Rights and, subsequently, the recognition by the Judiciary, in the Courts of Justice of the states of São Paulo and Rio Grande do Sul, and even higher levels. The research was developed based on the deductive method, in addition to doctrinal and judged research.

Keywords: Fundamental rights. Protectionist devices. Recognition.

INTRODUÇÃO



nicialmente, aborda-se os Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, fazendo uma diferenciação entre direitos e garantias, sendo que as disposições meramente declaratórias, são tidas como Direitos Fundamentais, e as disposições que defendem direitos, que limitam, inclusive, o poder, são garantias. Estas garantias traduzem o direito dos cidadãos de exigirem dos poderes públicos a proteção de seus direitos, através dos meios processuais adequados para essa finalidade.

O raciocínio a que se pode chegar é o de que os direitos individuais, portanto, tutelam e asseguram bens da vida, como a liberdade, igualdade e propriedade, algo que seria valioso em si mesmo, e as garantias cuidam de assegurar juridicamente estes bens, mas podemos dizer que, eles não possuem valor em si mesmos. O mandado de segurança é um exemplo utilizado na doutrina para justificar esta assertiva, ao passo que este instrumento, em si mesmo, não tutela bem algum. Será sempre instrumento jurídico de proteção de alguns daqueles direitos que tutelam bens da vida ou substanciais.

Em um segundo momento a discussão se volta exclusivamente à aplicação dos Direitos Fundamentais, de acordo com a teoria geral. Importante mencionar, nesse passo, que havendo qualquer abuso de poder ou violação de direitos por parte do clube, o associado poderá acionar o Poder Judiciário com o objetivo de solucionar seu problema.

Pretende-se demonstrar a eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais através da explanação sobre conceitos, teorias e, principalmente-jurisprudência relevante no que se refere ao reconhecimento dos Direitos Fundamentais em seu trajeto de violações, defesa e concretização.

1 DISTINÇÃO ENTRE DIREITOS E GARANTIAS

FUNDAMENTAIS

Inicialmente, faz-se importante traçar a distinção entre direitos e garantias, sendo que as garantias constitucionais desempenham função de proteção de bens jurídicos indispensáveis à preservação de certos valores, tidos como essenciais, e que são destinados a determinadas instituições. Tais garantias, também conhecidas como garantias institucionais, justamente em razão de seu objeto, resultam da percepção de que determinadas instituições de direito público ou institutos de direito privado desempenham papel de tão elevada importância na ordem jurídica que devem ter suas características principais preservadas da ação do legislador.

A principal diferença está ainda, no fato de que as garantias institucionais, por si, não outorgam direito subjetivo aos indivíduos, enquanto que os Direitos Fundamentais se destinam exclusivamente a esse papel. Moraes refere que as disposições meramente declaratórias, são tidas como Direitos Fundamentais, e as disposições que defendem direitos, limitando-se, inclusive, o poder, são garantias (MORAES, 2016, p. 81). Ainda, “As garantias traduzem-se quer no direito dos cidadãos de exigir dos poderes públicos a proteção de seus direitos, quer no reconhecimento dos meios processuais adequados a essa finalidade [...]” (MORAES, 2016, p. 81). Os direitos podem ser expressos como certos bens, enquanto as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens.

Bastos também aborda em sua obra a distinção entre direitos e garantias individuais. Isso porque, a Constituição Federal de 1988 assegura direitos a todos os brasileiros, inclusive para os estrangeiros residentes no país, e essas garantias seriam justamente espécies dos direitos (BASTOS, 1981, p. 224). Os direitos individuais, portanto, asseguram bens da vida, como a liberdade, igualdade e propriedade, algo que é valioso em si mesmo, e as garantias cuidam de assegurar juridicamente estes

bens, mas pode-se dizer que, eles não possuem valor em si mesmos.

O mandado de segurança é um exemplo trazido por Bastos para justificar essa assertiva, ao passo que: “[...] O mandado de segurança, em si mesmo, não tutela bem algum. Será sempre instrumento jurídico de proteção de alguns daqueles direitos que tutelam bens da vida ou substanciais. Sua natureza é meramente formal ou processual” (BASTOS, 1981, p. 224). Assim, o mandado de segurança somente existe para tutelar um direito subjetivo do indivíduo, caso contrário não teria motivo para ser instituído na norma constitucional. Esse instrumento garante (em seu estrito significado da palavra) um direito, daí a diferenciação, por mínima que seja, entre direitos e garantias constitucionais.

Miranda refere que existem duas noções de garantia institucional (MIRANDA, 2012, p. 72-73). A primeira noção seria mais ampla, no sentido de que qualquer instituição estaria garantida pelas normas constitucionais, e a segunda mais restrita, garantindo-se as instituições cujo objetivo seja a organização social. Os exemplos utilizados, da liberdade religiosa e liberdade de imprensa, vistas como garantias institucionais, e não a atividade desempenhada pela instituição.

Ainda, esta diferenciação entre Direitos Fundamentais e garantias institucionais seria após o século XIX, pois nesse período as garantias institucionais ou estavam fora das constituições ou então não importavam para o estudo dos doutrinadores, isso porque, com uma sociedade de indivíduos livres, havia a tendência de se reduzir os direitos, já que o pensamento era o de que cada pessoa poderia por si mesma garantir os meios mínimos de subsistência, não necessitando de qualquer prestação estatal neste sentido. (MIRANDA, 2012).

Miranda ainda estabelece critérios para identificar se a norma a ser interpretada é tida como um Direito Fundamental ou uma garantia institucional, devendo o sujeito indagar se esta prevê a faculdade de agir ou de exigir em favor de pessoas ou de

grupos. Caso a resposta seja positiva, tem-se, então, um Direito Fundamental, caracterizado pela situação ativa que essas pessoas ou grupos podem exercer:

Para saber então se determinada norma se reporta a um direito ou a uma garantia institucional, haverá que indagar se ela estabelece uma faculdade de agir ou de exigir em favor de pessoas ou de grupos, se coloca na respectiva esfera jurídica uma situação activa que uma pessoa ou um grupo possa exercer por si e invocar diretamente perante outras entidades – hipótese em que haverá um direito fundamental; ou independentemente de uma atribuição ou de uma actividade pessoal – caso em que haverá apenas uma garantia institucional. (MIRANDA, 2012, p. 74).

Já, não havendo essa situação ativa, em que o direito pode realmente ser exercido, fala-se de uma garantia institucional. Assim, os Direitos Fundamentais se encontram acima das garantias institucionais, uma vez que os direitos são aplicados a todos, à população em geral, enquanto que as garantias institucionais, como o próprio nome refere, são dirigidas a determinadas instituições ou institutos.

Em síntese, as garantias institucionais asseguram o que a norma constitucional estabelece, enquanto que os Direitos Fundamentais são a efetiva concretização destes direitos.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS APLICÁVEIS AOS ESTRANGEIROS E PESSOAS JURÍDICAS

Além dos Direitos Fundamentais aplicáveis à sociedade de um modo geral, e em relações entre particulares, o texto constitucional também prevê a sua aplicação com relação aos estrangeiros e pessoas jurídicas. A principal justificativa está presente no consagrado artigo 5º da Constituição Federal de 1988: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]” (BRASIL, CONSTITUIÇÃO

FEDERAL, 1988).

Moraes chama atenção ao termo “estrangeiro”, já que o entendimento predominante é o de que o estrangeiro somente poderá gozar dos Direitos Fundamentais lhe assegurados, se estiver residindo no país, dentro do território brasileiro. Essa determinação baseou-se em decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Constitucional espanhol e na Constituição Portuguesa. (MORAES, 2016, p. 82). Esta proteção também se estende às pessoas jurídicas, pois “[...] reconhece-se às associações o direito à existência, o que de nada adiantaria se fosse possível excluí-las de todos os seus demais direitos” (MORAES, 2016, p. 83). Afinal, a partir do momento em que as pessoas jurídicas adquirem personalidade jurídica para praticar atos na vida civil ou melhor, contrair deveres, ela também tem direito à segurança, propriedade, proteção tributária e aos remédios constitucionais.

Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 assegura aos estrangeiros e às pessoas jurídicas os mesmos direitos que os atribuídos aos cidadãos comuns, entretanto, pode-se dizer que seria um direito condicionado, já que para alcançá-lo é necessário preencher alguns requisitos e estar em conformidade com o que a lei determina, como no caso do estrangeiro, que somente poderá gozar das prerrogativas constitucionais se estiver residindo no país, ou então da pessoa jurídica, que deverá estar devidamente registrada no órgão competente.

2.1 DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Há uma dificuldade de conceituar os Direitos Fundamentais, devido à sua constante ampliação e transformação no cenário jurídico, da mesma forma que nomeá-lo, já que são observados diversos sinônimos, quais sejam: direitos naturais, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e Direitos

Fundamentais do homem, termo mais comumente utilizado é o adotado no presente estudo. Mesmo após a diferenciação dos Direitos Fundamentais e das garantias institucionais, trata-se de um conceito aberto, e talvez em razão da grande quantidade de artigos presentes na Constituição Federal de 1988, das mais diversas temáticas, como por exemplo, direito a vida, liberdade, religião etc..., seja tão complexa a sua delimitação. Esse também é o entendimento de Silva, e o autor explica o motivo:

[...] porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualitativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do homem, não como o macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana. Direitos fundamentais do homem significa direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos fundamentais. É com esse conteúdo que a expressão direitos fundamentais encabeça o Título II da Constituição, que se completa, como direitos fundamentais da pessoa humana, expressamente, no art. 17. (SILVA, 2006, p. 178).

O artigo 17, acima mencionado, trata dos Partidos Políticos, e prevê que: “É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana [...]” (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988). O termo “homem” utilizado em Direitos Fundamentais do Homem, ao contrário do que muitas pessoas entendem, não significa discriminação à mulher, muito pelo contrário, pois delimita estes direitos como aplicáveis à espécie humana, de forma igualitária.

Os Direitos Fundamentais, em verdade, significam uma

“[...] limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem” (SILVA, 2006, p. 178), resultado da luta popular para conquista definitiva da efetividade destes direitos. Tavares também enfrenta a intitulada “questão terminológica essencial”, e entende que “[...] muitas dessas expressões apresentam significados não coincidentes [...]” (TAVARES, 2008, p. 447), uma vez que “Direitos do Homem” traz a ideia de que o homem possui direitos inerentes a sua natureza, ignorando os direitos econômico e social, que somente surgiram após as declarações de direitos humanos.

Tavares discorda da expressão “Direitos Fundamentais do Homem”, adotada por Silva, uma vez que ela nos remete ao pensamento de direitos pertencentes indistintamente a todos, quando, alguns dos direitos individuais são utilizados por uma parcela restrita de pessoas. Exemplifica seu raciocínio através da ação popular, “[...] só atribuída aos que compõem ou perfazem o elemento ‘cidadão’. Nesse sentido, seria um “direito fundamental do cidadão”, não do Homem (TAVARES, 2008, p. 453), bem como no caso dos direitos políticos, como o direito ao voto, ou então os direitos de personalidade incutidos no artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Por estas razões, entende que “Direitos Fundamentais do Homem” devem ser utilizados de forma genérica, não somente ao “homem”, mas “[...] englobando os direitos individuais, os direitos sociais e os direitos de solidariedade, expressão que tanto pode ser utilizada em nível interno como internacional”. (TAVARES, 2008, p. 454).

Diante de sua exposição, faz-se necessário traçar uma distinção entre os termos homem e cidadão, iniciando-se por homem:

Derivado do latim *homo*, em sentido lato, é o vocábulo empregado para designar todo ente humano, notadamente no plural homens, em que abrange os dois sexos.

Desse modo homem e pessoa (física) empregam-se em sentidos equivalentes, principalmente quando considerados como titulares de direitos. Significa indivíduo (SILVA, 2006, p. 658).

Enquanto cidadão:

Em regra, quer designar a pessoa que reside em território nacional, não indicando simplesmente o que se diz brasileiro, mas também o estrangeiro.

[...]

E, desse modo, tanto se diz cidadão brasileiro, como cidadão estrangeiro, para indicar o nacional ou o estrangeiro que residem em território nacional.

Sendo assim, quando se fala simplesmente cidadão, sem que expresse a qualidade de nacional ou não, se tem que entender que abrange duas espécies, pois que serve para distinguir os que residem e os que não residem no território nacional.

Mas, quando se diz cidadão brasileiro, tanto se considera o nacional, como estrangeiro naturalizado, que, sendo cidadão, adquiriu a qualidade de brasileiro pela naturalização. (SILVA, 2006, p. 288).

Assim, razão assiste à Tavares, quando menciona que o termo homem, no caso em concreto, não abrange a todos. Maior exemplo disso é o direito de voto, que não se estende aos estrangeiros e aqueles que estiverem prestando serviço militar, nos termos do artigo 14, parágrafo 2º da Constituição Federal de 1988.

Ferreira Filho, por sua vez:

[...] A Declaração contida na Constituição brasileira de 1988 é a mais abrangente e extensa de todas as anteriores.

[...]

Além de consagrar os “Direitos e deveres individuais e coletivos”, a Declaração de 1988 abre um capítulo para definir os direitos sociais, que vinham sendo, desde 1934, inseridos no capítulo da “Ordem econômica e social”, tratando nos capítulos seguintes dos direitos da nacionalidade e da cidadania. (FERREIRA FILHO, 1997, p. 288).

Não há, portanto, uma definição sobre o que seriam os direitos fundamentais, sendo o autor bastante direto com relação ao conteúdo destes direitos, classificando-os como explícitos e implícitos. Os explícitos todos conhecemos como os contidos no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, e seus intermináveis incisos, mais precisamente setenta e oito.

Já os implícitos, havia uma certa dificuldade de

identificação na legislação anterior, já que esparsos em todo o texto legal, situação já superada, segundo Ferreira Filho, pois “[...] Hoje, expressamente, a Constituição os reconhece e assegura nos termos do inc. X do art 5º [...]” (FERREIRA FILHO, 1997, p. 288), determinando que são invioláveis a vida privada, honra e imagem das pessoas, assegurando-se o direito à indenização caso haja a sua violação. Os direitos explícitos, ainda conforme o autor, podem ser classificados em três categorias: direitos cujo objeto imediato é a liberdade (locomoção, pensamento, reunião, associação, profissão, ação, liberdade sindical e direito de greve), direitos cujo objeto imediato é a segurança (direitos subjetivos em geral, em matéria penal e o domicílio) e, por fim, os direitos cujo objeto imediato é a propriedade (em geral; artística, literária e científica; e hereditária). (FERREIRA FILHO, 1997, p. 289).

Canotilho, em sua obra, registra algumas classificações sobre os Direitos Fundamentais, dentre as quais destacam-se somente às pertinentes à temática específica de Direitos Fundamentais. A primeira classificação: “Direitos do homem e direitos fundamentais”, afirma que são expressões frequentemente utilizadas como sinônimos, mas seria possível distingui-las de uma maneira:

[...] direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancaríamos da própria natureza humana e daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos subjectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta. (CANOTILHO, 2002, p. 391).

Este pensamento se assemelha ao apresentado por Tavares, onde os direitos do homem são tidos como expansivos, “válidos para todos os povos e em todos os tempos”, no sentido de que seriam assegurados a todos os indivíduos, de forma indistinta. A segunda classificação, por sua vez, nomeada “Direitos do homem e direito do cidadão”, cuja expressão teria se

originado da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, e a partir deste momento os doutrinadores buscaram distinguir os direitos do homem e os direitos do cidadão, sendo que “[...] os primeiros pertencem ao homem enquanto tal; os segundos pertencem ao homem enquanto ser social, isto é, como indivíduo vivendo em sociedade” (CANOTILHO, 2002, 391-392). Esta separação seria em razão de alguns indivíduos estarem com o “status” ativo e outros com o “status” negativo, ou seja, exercendo seus direitos e deveres perante a sociedade ou estando inapto para tanto.

A terceira classificação, “Direitos fundamentais e direitos de personalidade”, isso porque, na realidade, muitos dos Direitos Fundamentais são direitos de personalidade. Não é apenas uma ordem subjetiva de direitos, mas também objetiva que, conforme Canotilho, justificaria o reconhecimento de Direitos Fundamentais à pessoas coletivas e organizações. E “[...] Neste domínio é particularmente visível a separação entre direitos fundamentais e direitos de personalidade” (CANOTILHO, 2002, p. 394), já que os Direitos Fundamentais, conforme já mencionado, podem pertencer a pessoas físicas ou jurídicas, enquanto que os direitos de personalidade são única e exclusivamente das pessoas físicas. Importante mencionar que a personalidade aqui discutida não tem ligação com a personalidade jurídica adquirida pelas empresas.

A quarta e última classificação é a de “Direitos fundamentais e garantias institucionais”, e seria uma distinção clássica da doutrina alemã, que segundo a qual, as garantias institucionais compreendiam as garantias públicas e as garantias privadas, não vistas como direitos atribuídos diretamente a uma pessoa. (CANOTILHO, 2002, p. 395). As garantias individuais, como citado pelo autor, vivenciadas através da maternidade, família, administração autônoma, imprensa livre, autonomia acadêmica, são exclusivamente dos indivíduos, entretanto, em razão do duplo caráter dos Direitos Fundamentais, no Direito Português,

tinha-se que o direito de constituir família era diretamente ligado à proteção que o Estado deveria fornecer à instituição familiar. Assim, não garantiriam a real aplicação do regime de direitos, liberdades e garantias.

Resta clara a discordância entre os autores com relação à uma tentativa conceitual dos Direitos Fundamentais, e as diversas expressões deles derivadas, isso se deve, ao seu crescente alargamento no plano físico, onde cada vez mais as pessoas lutam por seus direitos e fazem com que os mesmos sejam reconhecidos e assegurados pelo texto constitucional.

Entretanto, pode-se dizer que os Direitos Fundamentais cuidam, em seu real sentido da palavra, das condições mínimas de vida de um indivíduo, proporcionando dignidade, igualdade e justiça. É papel do Estado tutelar e assegurar a concretização das normas constitucionais, principalmente quando estas estiverem em conflito em uma relação entre particulares, onde apesar de o Poder Público não ser uma parte integrante, uma das partes sempre será superior a outra, causando desequilíbrio e eventual abuso.

2.2 FUNÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os Direitos Fundamentais desempenham diversas funções na sociedade e na ordem jurídica, e para melhor entendimento acerca do seu conteúdo e eficácia, foram criadas algumas classificações, de acordo com o papel de cada um destes direitos.

A tentativa de classificação se baseou na “Teoria dos Quatro *Status* de Jellinek”, filósofo do Direito e juiz alemão que, no final do século XIX criou uma teoria que determinava como o indivíduo poderia se posicionar com relação ao Estado, com o *status* passivo, negativo, ativo ou positivo.

O *status* passivo, conforme Mendes, Coelho e Branco, estabelece que o indivíduo está em posição de subordinação com relação aos Poderes Públicos, sendo um verdadeiro detentor de

deveres, a serem prestados ao Estado. O *status* negativo seria quando em razão da personalidade atribuída ao homem, este possui certa liberdade para em relação às ingerências do Poder Público, sendo que a autoridade do Estado é exercida sobre homens livres. O terceiro *status*, por sua vez, diz respeito ao direito do indivíduo de exigir do Estado que realize uma prestação. Por fim, o *status* ativo, é quando o indivíduo, por exemplo, exerce seus direitos políticos, de modo a influir para a formação de vontade do Estado. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 245).

A teoria visava, como dito, prever ações do indivíduo perante o Poder Público ou Estado, a forma como ele deveria agir e os limites para tanto. Assim, surgiram as espécies de Direitos Fundamentais, sendo as mais frequentes a de defesa e prestação.

a) FUNÇÃO DE DEFESA OU DE LIBERDADE

Os direitos de defesa caracterizam-se por impor ao Estado um dever de abstenção, de não interferência ou não intromissão com relação ao indivíduo. Assim, quando se fala, por exemplo, em liberdade ou propriedade, a atuação do Poder Público fica limitada e, caso haja qualquer violação nesse sentido é assegurado ao indivíduo a reparação pelos danos eventualmente sofridos.

Os direitos de defesa podem ser encontrados, essencialmente, no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, em seus incisos II (ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei), III (ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante), IV (é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato), VI (é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias), X (são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e

a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação), XII (é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal), XIII (é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer), XV (é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens), XLVII alínea “b” (não haverá pena perpétua), dentre outros. (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

Percebe-se, aliás, o motivo pelo qual os direitos de defesa também chamados de direitos de liberdade, já que a maioria dos incisos acima citados asseguram ao indivíduo suas liberdades individuais, tais como de exercer atividade remunerada ou se locomover. Mendes, Coelho e Branco fazem uma análise nesse sentido, entendendo que seriam normas de competência negativa com relação aos Poderes Públicos, pois estes estariam impedidos de praticar atos contrários à liberdade do indivíduo, seja no plano material ou jurídico. Os direitos de defesa também protegem bens jurídicos contra ações do Estado, assim, tendo como exemplo o direito à vida, tem-se que nada que a afete, poderá ser realizado. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 246).

De acordo com Canotilho, a função de defesa é exercida perante os poderes do Estado, através de duas formas: em um primeiro momento, fala-se de seu aspecto negativo, traduzido pela proibição do Estado desrespeitar direitos individuais do cidadão, enquanto em um segundo momento, temos a liberdade positiva (exercício dos Direitos Fundamentais) e a liberdade negativa (quando o Estado se afasta para evitar agressões por parte dele). (CANOTILHO, 2002, p. 405). O autor cita o artigo 27º da CRP (Constituição da República Portuguesa) como exemplo do

acima exposto:

Artigo 37.º Liberdade de expressão e informação

1. Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações.

2. O exercício destes direitos não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura.

3. As infracções cometidas no exercício destes direitos ficam submetidas aos princípios gerais de direito criminal ou do ilícito de mera ordenação social, sendo a sua apreciação respectivamente da competência dos tribunais judiciais ou de entidade administrativa independente, nos termos da lei.

4. A todas as pessoas, singulares ou colectivas, é assegurado, em condições de igualdade e eficácia, o direito de resposta e de rectificação, bem como o direito a indemnização pelos danos sofridos. (PORTUGAL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA, 1976).

Os aspectos subjetivo e objetivo estão presentes no texto legal português, já que há a garantia de divulgação do pensamento pela palavra ou por qualquer outro meio, e liberdade de expressão e informação (subjetivo), bem como a proibição por parte dos poderes públicos de qualquer forma de censura (objetivo).

Quanto à estrutura da norma, os direitos de defesa são auto executáveis, não havendo motivo para que deixem de ser cumpridos imediatamente, e quando isso ocorrer, caberá ao Poder Judiciário, analisar a situação em concreto, utilizando-se de normas de hermenêutica, para garantir ao indivíduo a concretização de seu direito constitucionalmente previsto (MENDES, 2007, p. 247).

b) FUNÇÃO DE PRESTAÇÃO SOCIAL

Em sentido estrito, o direito a prestações significa o direito do particular de obter algo do Estado, seja saúde, segurança etc..., excluindo-se desta função a hipótese do particular que

possui condições para tanto e contratou algum sistema privado, sendo que, nesse caso, ele deve valer-se deste.

E enquanto os direitos de abstenção visam assegurar a liberdade individual, os direitos a prestação exigem que o Estado atue de forma a minimizar as desigualdades, para delinear um melhor futuro para a sociedade. (MENDES, 2007, p. 248). A afirmação de que o Estado deve agir para libertar os indivíduos de suas necessidades, mostra-se adequada, já que de fato esse direito visa assegurar o alcance da justiça social, que consiste em melhores condições de vida, através da promoção dos princípios e garantidas previstos na Constituição. O Poder Público agiria como um verdadeiro garantidor, promovendo os ideais constitucionais, notadamente da igualdade e solidariedade.

De acordo com Mendes, Coelho e Branco, o direito a prestação se dividiria em duas vertentes: direito a prestação jurídica e direito a prestação material. O direito a prestação jurídica seria quando um direito fundamental somente é garantido através da atuação jurisdicional do Estado, seja na emissão de normas jurídicas penais ou de normas de organização e procedimento. Assim, reconhece no Estado uma margem de discricionariedade na conformação destes direitos, devendo ser respeitadas as exigências da razoabilidade. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 248-349). O Estado, atuando de forma discricionária, analisando a oportunidade e conveniência das normas, editará normas processuais para viabilizar o pedido de solução de conflitos, promovendo o acesso à justiça e a efetiva tutela constitucional, a fim de que as normas ultrapassem o plano material para alcançar cada caso em concreto, onde se encontra a problemática.

A Constituição Federal de 1988, inclusive, determina expressamente a obrigação do Estado de editar normas para impedir práticas que violem os Direitos Fundamentais, como no caso do artigo 5º, inciso XLI (a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais); artigo 5º,

inciso XLII (a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei) e artigo 5º, inciso XLIII (a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem). (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988). Ao editar estas normas, entretanto, o Estado não deve interpretar o direito processual de forma rigorosa, ao ponto de criar empecilhos para uma solução segura e justa do conflito, dificultando, assim, desnecessariamente, a prestação jurisdicional.

O direito a prestações materiais, por sua vez, é o direito em sentido estrito, isto é, o efetivo alcance dos Direitos Fundamentais, sendo que o seu objeto consiste numa utilidade concreta de bem ou serviço, como o direito à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade, à infância e o direito dos desamparados à assistência. (MENDES, COELHO, BRANCO, 2007, p. 249-250). São direitos que essencialmente devem ser assegurados e prestados pelo Estado, ainda que nessa esfera, os particulares estejam vinculados, como caso dos direitos dos empregados, onde fazem parte da relação jurídica o empregador e o empregado, e havendo desrespeito às normas de direito do trabalho, que possuem direta ligação com as normas de direito constitucional, o Estado deve agir de modo a garantir que os direitos sejam alcançados, bem como a ação do empregado que os desrespeite seja punida.

Canotilho cita três 3 núcleos problemáticos dos direitos sociais, econômicos e culturais nas constituições (CANOTILHO, 2002, p. 406). Segundo o autor, esses direitos contidos em textos constitucionais poderiam gerar problemas de ordem social, como, por exemplo, o direito à habitação, podendo ser confundido com o real dever do Estado de fornecer uma moradia para o particular, ou então o particular exigindo prestações que

foram criadas pelo legislador, como médicas ou hospitalares. O mesmo poderia ocorrer com bolsas de estudos ou subsídio em caso de desemprego, vinculando situações às normas. Resta clara a preocupação com relação à interpretação desta função do Estado/direito do particular de ter prestações sociais, sejam elas relativas à saúde, trabalho ou moradia, no momento em que elas podem ser confundidas como verdadeiras reservas, ou seja, que todos têm direito, então não haveria necessidade de buscá-las, de forma autônoma e individual.

Essa confusão ocorre em razão dos direitos constitucionais serem de ordem social, e possuem o caráter prestacional, aliás, a própria Constituição Federal de 1988 garante ao indivíduo o mínimo existencial, e quando qualquer prática estiver sendo conduzida em desrespeito aos direitos essenciais para uma vida digna, a atuação do Estado se faz necessária.

Na jurisprudência encontra-se vários casos em que há o flagrante desrespeito da norma constitucional e a resposta positiva do Poder Judiciário, conforme a apelação nº 9146630-91.2008.8.26.0000, julgada pela 7ª Câmara de Direito Privado do TJSP, onde condôminos idosos que não conseguem suportar o peso de seus animais de estimação e, portanto, não estão desobrigando a norma do condomínio de forma propositiva:

Civil e Constitucional — Condomínio - Regimento interno que dispõe que, nas áreas comuns, os animais de estimação sejam carregados no colo — Condôminos que são idosos e não podem suportar peso — Desobrigação pontual de observância à 'norma' - Possibilidade — Exigência de compatibilidade vertical entre expressões regulatórias privadas e o ordenamento jurídico-positivo — Eficácia horizontal dos direitos fundamentais — Método da ponderação que recomenda que, em hipóteses de colisão de valores, nenhum deles seja totalmente restrito a ponto de ter seu exercício inviabilizado - Vulneração ao princípio da isonomia — Sentença reformada - Recurso provido (TJSP, Apelação nº 9146630-91.2008.8.26.0000, DJ 28/03/2012).

É uma clara relação entre privados, tendo de um lado o condomínio e seus estatutos próprios e, de outro lado, os

condôminos idosos que, apesar de haver norma no sentido de que os animais de estimação devem ser carregados nas áreas comuns, não conseguem suportar o peso. Assim, dois idosos residentes em referido condomínio ingressaram com apelação contra a administração. O apelo foi atendido pelo desembargador, que entendeu pela aplicação da noção de eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais, uma vez que os valores constitucionais, mesmo principiológicos, devem ser aplicados nas relações privadas, independentemente de qualquer lei específica. Ainda, sugere que havendo colisão entre esses princípios, deve ser utilizado o método da ponderação, para que nenhum dos valores em conflito seja totalmente restrito, a ponto de inviabilizar o seu exercício. A sentença, ao final, foi reformada para julgar procedente a ação de obrigação de fazer movida pelos idosos condôminos contra o condomínio, assegurando-lhes os direitos constitucionalmente previstos e, reconhecendo a dignidade da pessoa humana, sem imposições absurdas e desproporcionais

A apelação nº 0201334-33.2010.8.26.0100, que tramitou perante a 7ª Câmara de Direito Privado do TJSP, analisou o caso de suspensão de um associado sem que lhe fossem garantidos a ampla defesa e contraditório. No relatório do acórdão consta que a apelação foi interposta por uma associação, contra sentença que julgou parcialmente procedente ação de anulação de pena imposta ao associado. O entendimento do juiz de 1º Grau foi que a aplicação da pena não respeitou o Direito Fundamental do associado ao devido processo. Isso porque, a associação apenas tomou o depoimento do associado e, logo após, decidiu pela sua suspensão, sem que lhe fosse dada qualquer oportunidade de defesa ou produção de prova em sentido contrário. (TJSP, Apelação nº 0201334-33.2010.8.26.0100, DJ 17/10/2012).

Assim, a autonomia privada garantida pela Constituição Federal de 1988 às associações, não as tornam imunes aos princípios constitucionais, bem como aos Direitos Fundamentais de seus associados, notadamente, nesse caso, o do contraditório e

do devido processo legal em procedimento administrativo, conforme previsão no artigo 5º, inciso LV de referido texto constitucional.

Já na apelação nº 0000212-34.2014.8.26.0615, da 1ª Câmara de Direito Privado do TJSP, tem-se o caso de um candidato à diretoria de associação que foi impugnado sem defesa prévia ou observância ao procedimento cabível (TJSP, Apelação nº 0000212-34.2014.8.26.0615, DJ 16/06/2015). A apelação, neste caso, foi interposta pela associação, definida como centro de convivência da terceira idade de determinada cidade, contra sentença que julgou procedente ação de anulação de assembleia. Referida ação tinha como escopo declarar nula a desclassificação do autor e de sua chapa, bem como a eleição para diretoria da associação ré, e determinar a realização de novo pleito, no prazo de 90 dias. A alegação da associação para a impugnação da candidatura era de que o associado desempenhava atividade comercial dentro da associação, como proprietário de bar, e por força do artigo 11 do estatuto da associação, o mesmo não poderia se candidatar. Em contrapartida, o associado argumentou que ao tomar ciência de tal situação, manifestou sua vontade de não renovar o contrato de locação do imóvel, descrito como um bar, para que pudesse se candidatar, sem qualquer impedimento.

Assim, o juiz de 1º grau entendeu que o associado, ao ter sua candidatura excluída da eleição, também foi sufragado de seus direitos constitucionalmente garantidos, assim como o caso anterior, do devido processo legal e da ampla defesa. O entendimento do desembargador foi de que além de não haver incompatibilidade entre a função desempenhada pelo associado e o cargo a que este iria se submeter, os atos praticados pela associação ofendem o texto da Constituição Federal de 1988. O desembargador traz, ainda, uma discussão sobre a aplicabilidade dos Direitos Fundamentais, no sentido de que atualmente não se fala apenas na eficácia vertical desses direitos, mas também em sua eficácia horizontal (privada, em relação a terceiros)

Na apelação nº 0010138-77.2009.8.26.0562, com decisão da 3ª Câmara de Direito Privado do TJSP, observou-se o caso de um operador portuário que foi impedido de entrar em seu terminal sem lhe oportunizar a sua defesa, além de ferir direito ao trabalho. A apelação foi interposta pelo operador contra a empresa que administra os terminais, em razão de sua ação declaratória de nulidade e indenizatória ter sido julgada improcedente em 1ª Instância. A problemática gera em torno do impedimento decreto pela empresa de que o operador entrasse na mesma, após ter supostamente se descontrolado e gritado com funcionário. (TJSP. Apelação nº 0010138-77.2009.8.26.0562, DJ 16/08/2011).

Entendeu-se que a penalidade foi aplicada sem que o operador pudesse se defender, bem como, não foi dada qualquer explicação sobre o prazo em que não poderia entrar novamente na empresa. Assim, foi dado provimento ao pleito do operador, para reformar a sentença proferida em 1ª Instância, decretando a nulidade da punição, e permitindo o seu regresso às atividades desempenhadas. Entretanto, com relação aos danos morais, não houve qualquer constatação neste sentido. O relator, em seu dispositivo, refere que os Direitos Fundamentais devem ser observados nas relações privadas, mesmo quando houver um choque entre a autonomia da vontade privada e da livre iniciativa e a dignidade da pessoa humana, sendo necessária uma ponderação de interesses, e quando não for possível, determinar aquele que se mostra mais importante.

Por fim, cita-se a apelação nº 9103708-45.2002.8.26.0000 da 7ª Câmara de Direito Privado do TJSP, onde um médico foi expulso de determinado hospital, sem observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. O apelante, médico, ingressou com ação de reparação por dano moral contra o hospital, sendo julgada improcedente em 1ª Instância. Inconformado com a decisão, interpôs o recurso acima citado, visando a desconstituição do ato jurídico

praticado e a condenação pelos eventuais danos morais sofridos. (TJSP. Apelação nº 9103708-45.2002.8.26.0000, DJ 05/05/2010).

No *decisum* consta que a controvérsia, no ponto, é saber se a exclusão do Apelante sem oportunizar-lhe participar do procedimento que levou à redução de sua esfera individual de direitos, gera dano moral. Isso porque, para a aplicação dos Direitos Fundamentais em relações privadas, por força da eficácia horizontal, não se leva em consideração existência de lei ou previsão em estatuto ou qualquer ato normatizador de entidade privada, pois os princípios constitucionais estão acima deles. Com base nos precedentes do STF, o desembargador entendeu que a expulsão arbitrária do médico, sem permitir que o mesmo participasse de reunião ou procedimento instaurado, caracteriza verdadeira ofensa aos direitos de personalidade, notadamente à sua moral e honra. Assim, não somente foi decretada a nulidade do ato praticado pelo hospital, como também houve a sua condenação ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), com o acréscimo de custas e despesas processuais e honorários advocatícios, ônus decorrentes da sucumbência.

Em todos os casos citados, observa-se que há uma relação entre particulares, sendo que um deles é juridicamente superior ao outro, como o hospital e o médico ou o condomínio e seus moradores, e justamente em razão disso há o abuso, desrespeito aos princípios da norma constitucional, como o da ampla defesa e do contraditório. Assim, certamente não havendo outra solução, procuraram o Poder Judiciário para obter uma tutela jurisdicional justa e satisfatória, fazendo com que o Estado exerça sua função de prestação de direitos, promovendo, inclusive, a igualdade entre as partes que, inicialmente, eram desiguais.

c) FUNÇÃO DE PROTEÇÃO PERANTE TERCEIROS

Nesse ponto, tem-se a garantia constitucional do Estado ao cidadão, para que este tenha seus direitos assegurados e efetivamente vivenciados. Como exemplos, o texto constitucional traz a inviolabilidade de domicílio, o direito de proteção de dados informáticos e o direito de associação, onde o Poder Público, através de suas figuras representativas, possui o dever legal de destinar medidas para proteger o exercício destes direitos.

Canotilho entende que “Muitos direitos impõem um dever ao Estado (poderes públicos) no sentido de este proteger perante terceiros os titulares de direitos fundamentais” (CANOTILHO, 2002, p. 407). Assim, os Direitos Fundamentais são um direito do indivíduo e um dever do Estado, funcionando não apenas como legislador e constituinte, mas também como parte garantidora da relação entre os particulares, protegendo seus interesses e proporcionando a realização do negócio jurídico havido em conformidade com a lei e os preceitos constitucionais.

O Estado ganha um novo papel perante a sociedade. (CANOTILHO, 2002, p. 407). Isso porque, conforme visto, na função de prestação, o Estado é a figura principal da relação jurídica, já que presta serviços sociais aos indivíduos, e na função de proteção perante terceiros, conforme o próprio nome refere, o Estado é um garantidor, e os particulares são as figuras principais, sendo que havendo qualquer indício de prejuízo à um deles, a sua atuação se faz necessária. Podemos dizer que desta função decorre outra, que seria a obrigação do Estado de concretizar as normas reguladoras das relações, a fim de que elas sejam realmente colocadas em prática.

Para melhor entendimento acerca do direito de proteção perante terceiros, passa-se a exposição de algumas jurisprudências, sendo a primeira a apelação nº 0007383-50.2010.8.26.0011, que tramitou perante a 5ª Câmara de Direito Privado do TJSP, em que um treinador de cavalos foi suspenso de Jockey. O treinador de cavalos ingressou com ação declaratória contra Jockey Clube que lhe aplicou pena de suspensão,

prevista pela Comissão de Corridas, suspendendo-o por 15 dias de suas atividades. A ação foi julgada procedente em 1ª Instância e o Jockey Clube ressurgiu interpondo o recurso acima, alegando que a sanção foi aplicada pelo fato do treinador ter insultado outro profissional verbalmente, por telefone. (TJSP. Apelação nº 0007383-50.2010.8.26.0011, DJ 08/07/2015).

Em contrapartida, o treinador refere que não houve abertura de sindicância ou qualquer outro procedimento administrativo para apurar o acontecimento, sendo surpreendido com a impossibilidade de ingressar no Jockey pelo prazo de 15 dias, e também não sem qualquer explicação. Atualmente pode-se dizer que as desigualdades e abusos de poder não estão presentes somente na relação entre o particular e Estado, mas também entre dois ou mais particulares, já que um sempre vai exercer maior poder ou influência sobre o outro. Havendo, portanto, esta desigualdade, é necessário que haja a sua proteção, impedindo a prática de qualquer ato que contrarie o que a ~~nossa~~ Constituição Federal de 1988 estabelece, tanto com relação às garantias constitucionais quanto aos princípios.

Tanto que, no caso em questão, houve violação dos princípios do contraditório e do devido processo legal, já que o treinador não foi submetido a qualquer processo investigatório, a fim de se apurar os fatos, recebendo a sanção de impedimento de adentrar às dependências do clube.

A função de proteção perante terceiros de fato se mostra complementar à função de prestação, já que quando o Estado atua na defesa dos direitos do indivíduo, é consequência que se posiciona contra a parte contrária, vista neste aspecto como o terceiro. Assim, havendo também qualquer desrespeito aos Direitos Fundamentais, como no caso do treinador de cavalos que foi expulso do jôquei sem o devido processo administrativo ou legal, bem como de produzir provas em sentido contrário ao que estava sendo demonstrado, o Poder Judiciário deve ser acionado para prestar uma tutela jurisdicional consistente na anulação de

tal determinação, protegendo-o, em sentido estrito, dos desmandos praticados pela administração do local.

d) FUNÇÃO DE NÃO DISCRIMINAÇÃO

Essa função visa assegurar que o Estado trate os seus cidadãos como cidadãos fundamentalmente iguais e é baseado no princípio constitucional da igualdade, para não discriminação entre os particulares, seja em qual direito for. Aliás, é justamente através da promoção da igualdade que se consegue alcançar o objetivo principal dos Direitos Fundamentais, que seria a justiça social.

Trata-se de um termo amplo, uma vez que a justiça de um pode não ser igual para outro, entretanto, analisando-se cada caso em concreto, o constituinte possui aptidão para aplicar o melhor remédio, a melhor solução, aproximando-se do que seria a justiça para a sociedade. Canotilho entende que a função de não discriminação se aplica a todos os preceitos constantes da Constituição Federal de 1988, na medida que:

Tanto se aplica aos direitos, liberdades e garantias pessoais (ex: não discriminação em virtude de religião), como aos direitos de participação política (ex: direito de acesso aos cargos públicos) como ainda aos direitos dos trabalhadores (ex: direito ao emprego e formação profissional) [...]. (CANOTILHO, 2002, p. 408).

Além das citadas garantias pessoais, tem-se também os direitos à prestações, através do chamado “problema das cotas que, na realidade, é mesmo vivenciado no país, onde há discriminação entre homens e mulheres; e das chamadas ações afirmativas”, que tende a compensar desigualdade de oportunidades, exemplo disso é a cota de deficientes. Indo além, tem-se garantido, inclusive, os direitos dos homossexuais e das pessoas portadoras do vírus da AIDS. (CANOTILHO, 2002, p. 408). Portanto, essa função determina que não haja qualquer tipo de discriminação entre os indivíduos, seja com relação a seu

gênero, cor, sexualidade ou eventualmente doenças pré-existentes ou adquiridas por uma causalidade.

Para Mendes, Coelho e Branco haveria ainda outra função do Estado, qual seja, a de participação, que poderia ser entendida como sendo aquela que garante a participação dos cidadãos na formação da vontade do país, correspondente aos direitos políticos. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 255). Entretanto, as funções dos Direitos Fundamentais reconhecidas pela doutrina são as de defesa, prestação social, proteção perante terceiros e não discriminação, sendo que não somente as funções de prestação social e de proteção perante terceiros podem ser tidas como complementares, mas sim todas, à medida que ao atuar, o Estado defende os interesses da coletividade ou no caso específico, do indivíduo que tiver seus direitos violados, bem como presta uma tutela jurisdicional, protegendo as normas constitucionais e promovendo a igualdade.

O objetivo em comum de todas as funções é proporcionar ao indivíduo o alcance dos direitos previstos constitucionalmente, inclusive quando for necessário buscar o Poder Judiciário para tanto.

3 PRINCIPAIS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os Direitos Fundamentais, como já mencionado, estão esparsos em nossa Constituição Federal de 1988, em normas implícitas e explícitas, e abordam questões essenciais para garantia de uma vida digna do indivíduo, por isso, diz-se que os Direitos Fundamentais sofreram grande influência dos direitos humanos, justamente por tratar de direitos inerentes a todo homem, independentemente de sua classe social, cor, raça ou qualquer outro aspecto subjetivo.

Na Constituição Federal de 1988, os Direitos Fundamentais estão em um tópico juntamente com as garantias fundamentais (também chamadas de garantias institucionais), e englobam

os direitos e deveres individuais e coletivos, os direitos sociais, direito de nacionalidade, direitos políticos e o direito de exercício em partidos políticos. Os direitos e deveres individuais e coletivos são o de maior interesse à população, já que fazem parte do cotidiano brasileiro, e por muitas vezes acabam sendo violados, seja pelo próprio Poder Público, através de seus órgãos, ou então por outro particular, em uma relação jurídica privada. Estão previstos no “caput” do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, sendo os direitos à vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade, invioláveis em seus termos.

3.1 DIREITO À VIDA

O direito à vida é tido como o mais importante, pois é pressuposto para que todos os demais direitos existam e possam ser exercidos, afinal, não há o que se falar em liberdade ou igualdade de uma pessoa que não está no plano físico, seria então um pré-requisito a ser preenchido para que produza efeitos.

Nesse passo, importante salientar que quando o texto constitucional menciona vida, deve-se compreender que a acepção da palavra engloba desde o direito ao nascimento do feto que ainda se encontra dentro da barriga da mãe, até o seu desenvolvimento e alcance da vida adulta, onde estará submetido, de fato, à diversas situações que podem causar a violação de seus direitos. É a partir desse momento que a norma de inviolabilidade, bem como todas as outras que fazem menção à vida deverão ser aplicadas.

Ainda, fala-se em uma vida digna, de modo que o indivíduo tenha acesso ao mínimo existencial, para que a partir do seu trabalho possa obter melhores condições para si próprio e sua família (MORAES, 2016, p. 87). De fato, analisando-se sob essa perspectiva, temos que o direito à vida é um direito populacionador, já que, sem que este seja garantido, não há como exercer os demais. Esse direito deve ser assegurado de modo a

permitir que o indivíduo continue vivo, e que possa ter uma vida digna, com condições de subsistir.

Essa dupla obrigação é abordada por Moraes. Assim, temos que o Estado deve cuidar de toda pessoa humana tida como hipossuficiente, ou seja, aquela que não dispõe de recursos financeiros ou esteja incapacitada de obtê-los através de seus próprios meios; bem como através de prestações de serviços públicos que pretendam prevenir, diminuir ou extinguir as deficiências existentes para um nível mínimo de vida digna da pessoa humana. (MORAES, 2016, p. 87).

Aprofundando o tema, é pacífico o entendimento de que essa garantia deva acontecer desde a gravidez, ou seja, com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, isso porque ninguém pode ser privado arbitrariamente de sua vida. Esse direito, que é o primeiro da pessoa humana, tem em sua concepção atual conflitos com a pena de morte, as práticas abortivas e a eutanásia.

A afirmação possui direta ligação com o polêmico tema do aborto, pois o texto legal é claro no sentido de que a vida não pode ser ceifada, em contrapartida, este direito do nascituro encontra resistência quando se fala sobre o direito da mulher em poder decidir livremente sobre o seu corpo. Pode-se dizer que é um direito sobre outro direito, o que causa tanta discórdia e discussão entre os juristas brasileiros.

Há outras particularidades que envolvem o direito à vida, como a relatividade do direito à vida, em razão de decisão do Supremo Tribunal Federal, onde seria admitida a pena de morte em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, inciso XIX da Constituição Federal de 1988. O aborto ético ou humanitário também poderia ser citado como uma excludente de ilicitude ou antijuridicidade do Código Penal, hipóteses em que o aborto seria permitido, assegurando-se os direitos da mulher em detrimento dos direitos do feto, conforme mencionado acima.

Tal seria porque o direito à vida comportaria diferentes gradações, consoante o que estabelecido na ADI 3510/DF. O

texto garante que sejam utilizadas células-tronco embrionárias em pesquisas científicas, sem que o ato caracterize aborto, isso porque se trata de um experimento *in vitro*, em tubo de ensaio, situação que não coincide com a concepção e nascituro, pelo menos enquanto o óvulo não for fecundado, introduzido no colo do útero feminino. (BRASIL, ADI 3510/DF).

A segunda peculiaridade seria da proteção ao direito à vida e questão do aborto do feto anencéfalo como preceitos fundamentais (MORAES, 2016, p. 88). A decisão se baseou na violação dos princípios da dignidade da pessoa humana, da legalidade, liberdade e autonomia da vontade, bem como pelo direito à saúde, já que é sabido que nesse caso, em que os nascituros são bebês anencéfalos, a estimativa de vida é pequena, o que somente causaria grande sofrimento às suas mães, além do fato de que o parto pode significar risco à vida da gestante.

A terceira peculiaridade que envolve o direito à vida e que se pode mencionar é com relação ao Poder Judiciário e a efetividade da proteção ao direito à vida e à saúde, em um caso onde a paciente possuía esquizofrenia paranoide e doença maníaco-depressiva crônica, com episódios de tentativa de suicídio, sem condições financeiras para tratamento. Assim, com base no dever constitucional do Estado de oferecer medicamentos às pessoas que necessitem e que não consigam comprá-los, ficou estabelecida essa obrigação de dar (MORAES, 2016, p. 90).

Baseou-se, portanto, na proteção ao direito à saúde e à vida, mas também a um dever implícito de solidariedade social, onde qualquer esfera do Poder Público, ao ser procurada pela população carente, deve se solidarizar e proporcionar o que estiver ao seu alcance para acalentar o problema. No caso acima, e que se mostra comum no ordenamento jurídico, ficou demonstrado que a paciente necessitava destes medicamentos para que pudesse se manter lúcida e ter uma vida digna. Sem condições financeiras de comprá-los, voltou-se ao Poder Judiciário, através de seus irmãos, obtendo uma tutela jurisdicional para efetivar os

Direitos Fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

A quarta peculiaridade seria com relação ao adolescente e o direito à vida e saúde, cujos direitos estão previstos no ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), mais especificamente em seu artigo 7º, quando há a determinação de que “[...] toda criança e adolescente têm a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência” (BRASIL, ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, 1990). A criança e o adolescente, em razão de sua fragilidade perante a sociedade, merecem especial proteção do Estado, daí a criação de um estatuto próprio que abordassem seus direitos. Assim, ficou estabelecido que o Poder Público possui o dever de criar políticas sociais públicas para direcioná-las à uma vida sadia, assim como as pessoas maiores de idade.

Destacam-se, em definitivo, os casos do aborto, da eutanásia e do suicídio, pois seriam “exceções” ao direito à vida. Primeiramente, o caso do aborto, sendo necessário mencionar que a Constituição Federal de 1988:

[...] protege a vida de forma geral, inclusive a uterina, pois a gestação gera um *tertium* com existência distinta da mãe, apesar de alojado em seu ventre. Esse *tertium* possui vida humana que iniciou-se com a gestação, no curso da qual as sucessivas transformações e evoluções biológicas vão configurando a forma final do ser humano. (MORAES, 2016, p. 92).

Essa temática é definitivamente delicada, e envolve vários conceitos e fundamentos, sejam eles médicos, jurídicos ou religiosos. Por esse motivo o autor inicia a sua exposição referindo que o texto legal protege a vida em sua essência, ainda que esteja dentro do ventre de uma mãe, sendo gerada. É um “terceiro” dentro de um corpo principal, mas analisando-se de forma sensível, resta claro que aquele ser em desenvolvimento passa por diversas evoluções biológicas, transformando-se

visivelmente em um ser humano, com mãos, pernas, olhos, boca, batimento cardíaco.

Analisando juridicamente a questão, tem-se que aborto constitui crime, nos termos do artigo 124 do Código Penal. Outro texto que defende a vida é a Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto San José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969, estabelecendo em seu artigo 4º, que toda pessoa tem direito a vida, desde o momento da concepção, e que ninguém pode ser privado desse direito de forma arbitrária. (COSTA RICA, CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969).

Entretanto, o Código Penal também permite, em seu artigo 128 que haja o aborto terapêutico, sentimental ou humanitário, nas seguintes hipóteses: “Não se pune o aborto praticado por médico: I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante, ou quando incapaz, de seu representante legal.” (BRASIL, CÓDIGO PENAL BRASILEIRO, 1940).

O inacreditável é que a legislação é omissa com relação à casos de extremo impacto para a vida das mulheres, como o caso de bebês anencéfalos, sendo necessário que houvesse a interposição de ações aos tribunais superiores para alcançar decisões favoráveis. Nestes casos, o entendimento é de que não haveria penalização, pois “[...] o direito penal não estaria a serviço da finalidade constitucional de proteção à vida, mas sim estaria ferindo direitos fundamentais da mulher, igualmente protegidos: liberdade e dignidade humanas”. (MORAES, 2016, p. 93).

O Código Penal cuida essencialmente da aplicação da lei penal, assim, não pode simplesmente aplicar uma sanção sem analisar a situação como um todo, ainda mais que o direito à vida, como visto, é um Direito Fundamental, constitucionalmente garantido. Não há como penalizar uma gestante que, sabendo das condições em que o filho nascerá, aliás, se chegar a

nascer, opte por realizar um aborto. Essa decisão cabe única e exclusivamente a ela, que acompanhada dos profissionais competentes, médicos e psicólogos, conseguirá guiar o infortúnio de forma a não deixar sequelas.

A eutanásia e o suicídio, por sua vez, serão analisados sob outra perspectiva, já que:

O direito à vida tem um conteúdo de proteção positiva que impede configurá-lo como um direito de liberdade que inclua o direito à própria morte. O Estado, principalmente por situações fáticas, não pode prever e impedir que alguém disponha de seu direito à vida, suicidando-se ou praticando eutanásia. Isso, porém, não coloca a vida como direito disponível, nem a morte como direito subjetivo do indivíduo. O direito à vida não engloba, portanto, o direito subjetivo de exigir-se a própria morte, no sentido de mobilizar-se o Poder Público para garanti-la, por meio, por exemplo, de legislação que permita a eutanásia ou ainda que forneça meios instrumentais para a prática de suicídios. (MORAES, 2016, p. 95).

O direito à vida tem um conteúdo de proteção positiva, no sentido de que não se pode mover o Judiciário para o fim de conseguir autorização para suicidar-se ou tirar a própria vida através de eutanásia. O ordenamento jurídico não autoriza nenhuma das espécies de eutanásia, sendo passível de punição criminal, tanto da pessoa que tentar utilizá-la quanto da que fornecer os meios.

Com relação ao suicídio, o Código Penal prevê em seu artigo 122, que aquele que induzir ou instigar alguém a cometer suicídio ou prestar qualquer auxílio responderá por crime, desde que a tentativa não se consume ou dela resultar lesão corporal. O artigo 121 do mesmo ditame legal estabelece a pena para a eutanásia, que é correspondente à de homicídio. Portanto, ainda que o direito à vida seja inviolável, há algumas situações específicas em que se permite uma interpretação distinta, como no caso dos bebês anencefálicos, onde há decisões no sentido de que, se constatado que o feto não irá falecer logo após o nascimento ou então que não será gerado normalmente pelo útero,

permite-se a interrupção da gravidez.

3.2 DIREITO À PRIVACIDADE

O texto constitucional declara que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, e por serem direitos diretamente ligados à pessoa humana, são considerados conexos ao direito à vida. Esse direito se desdobra em outros três direitos, quais sejam, o direito à intimidade, da vida privada e da honra e imagem das pessoas, todos no sentido de que o foro íntimo do indivíduo deve ser respeitado, sem que o seu exercício seja prejudicial ao direito das outras pessoas.

O direito à intimidade, de acordo com Silva, possui origem latina e comumente é confundido com o direito à privacidade. A intimidade, portanto, é o modo de ser da pessoa, que a distância das demais, como se fosse uma “esfera secreta” da vida do indivíduo, abrangendo a inviolabilidade do domicílio, o sigilo da correspondência e o segredo profissional. (SILVA, 2006, p. 206). A inviolabilidade de domicílio possui um sentido amplo, podendo se desdobrar na interpretação da casa como asilo inviolável do indivíduo, que será protegida jurídica e intimamente; bem como a liberdade de domicílio, no sentido de que a pessoa tem o direito de mudar seu asilo individual e o familiar segundo sua escolha e conveniência, o que, aliás, é manifestação também da liberdade de locomoção.

O sigilo de correspondência, assim como ocorre na inviolabilidade de domicílio, se desdobra em direito de expressão e direito de comunicação, como uma forma de libertar o pensamento, sendo vedada a violação, justamente para proteger esse caráter de incentivo às pessoas realizarem confissões, ou se sentirem à vontade para escrever sem que haja qualquer vigilância ou interferência.

Por fim, temos o segredo profissional, que obriga determinada pessoa que exerce profissão regulamentada, a guardar o

segredo de outra pessoa com fidelidade, é o exemplo do advogado, ou padre-confessor, que não podem “[...] liberar o segredo, devassando a esfera íntima, de que teve conhecimento, sob pena de violar aquele direito e incidir em sanções civis e penais” (SILVA, 2006, p. 208). Vale lembrar que o advogado possui um estatuto próprio que garante o sigilo profissional entre advogado e cliente, sendo permitida quebra desse sigilo apenas em algumas situações específicas e de extrema gravidade, sob pena das medidas cabíveis. Assim, pode-se dizer que o direito à privacidade atinge todos os atos praticados quando a pessoa está reclusa, reservada, seja em sua residência ou em seu endereço profissional, como é o caso do segredo profissional e do sigilo de correspondência. É um momento que não pode ser invadido, sob pena do agressor responder juridicamente pelos seus atos, indenizando a vítima, material e moralmente.

Já com relação à vida privada, também nos termos do artigo 5º, inciso X da Constituição Federal de 1988, esta é inviolável. Silva denota uma certa dificuldade de diferenciar a vida privada da intimidade, pois a intimidade:

[...] em uma certa análise, integra a esfera íntima da pessoa, porque é repositório de segredos e particularidades do foro moral e íntimo do indivíduo. Mas a Constituição não considerou assim. Deu destaque ao conceito, para que seja mais abrangente, como conjunto de modo de ser e viver, como direito de o indivíduo viver sua própria vida. Parte da constatação de que a vida das pessoas compreende dois aspectos: um voltado para o exterior e outro para o interior. A vida exterior, que envolve a pessoa nas relações sociais e nas atividades públicas, pode ser objeto das pesquisas e das divulgações de terceiros, porque é pública. A vida interior, que se debruça sobre a mesma pessoa, sobre os membros de sua família, sobre seus amigos, é a que integra o conceito de vida privada, inviolável nos termos da Constituição (SILVA, 2006, p. 208).

Interessante a afirmação já que, de fato, todas as pessoas possuem “duas vidas”, uma pública e outra privada, uma que mostra o indivíduo vivendo em sociedade, interagindo, firmando laços; e outra conhecida apenas pelas pessoas mais próximas,

como os familiares e amigos, e essa última é a vida privada. Essa tutela constitucional protege o indivíduo, assegurando-lhe o segredo da vida privada e a liberdade desta. O autor justifica essa preocupação do legislador, quando menciona que o segredo da vida privada é condição de expansão da personalidade. Para tanto, é indispensável que a pessoa tenha ampla liberdade de realizar sua vida privada, sem perturbação de terceiros, e o atentado a esse direito pode ocorrer através da divulgação de eventos relevantes da vida pessoal e familiar do indivíduo, a investigação, ou a conservação de documentos relativos ao mesmo.

Exemplo dessa violação seriam as investigações ou divulgações ilegítimas, praticadas por pessoas que não sejam habilitadas para tanto, veiculando a imagem ou documentos do indivíduo através de aparelhos eletrônicos.

O direito à honra e à imagem das pessoas, por sua vez, não se confundem com os direitos à privacidade e intimidade (SILVA, 2006, p. 209). Podemos dizer que a honra diz respeito às qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa, o respeito dos cidadãos, o bom nome, a reputação. É assegurado ao indivíduo a preservação de sua própria dignidade, assim, qualquer fato contrário à sua honra, deve ser mantido em segredo. Já a inviolabilidade da imagem da pessoa diz respeito a seu aspecto físico, como se fosse uma reserva pessoal, em que lhe é garantido o isolamento.

Por fim, o autor menciona o direito à privacidade no mundo informatizado e a dificuldade de conservá-lo em razão do “[...] intenso desenvolvimento da complexa rede de fichários eletrônicos, especialmente sobre dados pessoais [...]” (SILVA, 2006, p. 209), uma vez que a partir do momento que uma informação é transmitida na rede de computadores é uma tarefa árdua retirá-la, já que se espalha com uma agilidade espantosa. Havendo qualquer violação da privacidade da pessoa humana, esta pode valer-se dos remédios constitucionais previstos constitucionalmente, além de lhe gerar eventual direito a indenização por

dano material ou moral decorrente da violação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, em suma, do direito de privacidade

Portanto, a Constituição Federal de 1988 nos assegura a inviolabilidade à diversos direitos, como a intimidade, vida privada, honra e imagem, e havendo qualquer atentado neste sentido, é pacífico o entendimento de que os danos sofridos, sejam eles materiais ou morais, serão indenizados pela parte agressora.

3.3 DIREITO DE IGUALDADE

É icônico o trecho da Constituição Federal de 1988 que determina que todos são iguais perante a lei, incluindo aliás, os estrangeiros e as pessoas jurídicas. Neste sentido, tem-se que o direito à igualdade diz respeito justamente à iguais condições de vida, para que todo indivíduo tenha condições de se desenvolver, trabalhar, ter acesso à saúde, conseguir estabelecer uma moradia, alcançar, enfim, uma vida digna.

Em razão da desigualdade entre as partes, notadamente em relações jurídicas, que se faz necessária a presença do Poder Público, a fim de equilibrar esta relação. A igualdade não interessa à classe burguesa (SILVA, 2006, p. 209), expressão pouco utilizada nos dias de hoje, mas cuja reflexão se mostra atual. Isso porque, caso esteja em situação de igualdade com as demais classes, esta certamente terá prejuízos de ordem social e financeira, pois deixará de estar em situação de superioridade.

Este direito, além do “caput” do artigo 5º do texto constitucional, como mencionado acima, é reforçado através do também artigo 5º, inciso I (homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações); do artigo 7º, incisos XXX e XXXI, através de regras que proíbem distinções baseadas em certos fatores; do artigo 3º, inciso III (redução das desigualdades sociais e regionais), do artigo 3º, inciso VI (repulsa à qualquer forma de discriminação); artigos 170, 193, 196 e 205, que constituem reais

promessas de busca da igualdade material.

Moraes, em uma outra abordagem, tem o direito de igualdade como princípio da igualdade. Assim, a igualdade deve existir tanto com relação ao legislador ou executivo, na criação ou aplicação das leis, impedindo que haja qualquer discriminação entre pessoas que se encontram nas mesmas situações, em razão de fatores como o sexo, religião, raça, classe social, dentre outras. (MORAES, 2016, p. 96). O legislador ou aplicador da lei somente pode diferenciar uma pessoa da outra quando houver um motivo plausível para tanto, objetivo e fundamentado. Podemos citar como exemplo a limitação em razão da idade em concursos públicos, onde há uma exceção ao princípio da igualdade, com base na Súmula 683 do STF, que determina que a limitação de idade se justifica pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido.

Moraes também demonstra a chamada tríplice finalidade limitadora do princípio da igualdade, que consiste em: “[...] limitação ao legislador, ao intérprete/autoridade pública e ao particular”. (MORAES, 2016, p. 96). A primeira limitação, destinada ao legislador, ocorre no exercício de sua função constitucional de edição das normas, e qualquer norma que crie diferenciação sem finalidade lícita, será tida como incompatível com a Constituição Federal de 1988.

A segunda, limitação ao intérprete ou autoridade pública, estabelece que estas figuras não poderão aplicar as leis ou atos normativos que contrariem o princípio da igualdade, devendo utilizar uma interpretação única e igualitária a serem aplicadas nos casos em concreto. A terceira e última diz respeito ao particular, sendo que este não pode se pautar em condutas discriminatórias, sob pena de ser responsabilizado nas esferas do direito.

À fim de verificar situações de desigualdade, passa-se a analisar alguns julgados, sendo o primeiro, a Apelação Cível Nº 70068327774, da Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS, que trata de um caso de recusa de atendimento médico à

paciente transgênero.

Consta como apelante determinado hospital do estado do Rio Grande do Sul, e apelado um paciente transgênero, sendo que o recurso de apelação pretendia reformar a decisão proferida em 1º Grau, que julgou ação indenizatória por danos morais procedente. Na sentença consta que o paciente, juntamente com seu companheiro, teria se dirigido ao hospital em razão de um mal-estar que ambos estavam sentindo, sendo que o companheiro foi atendido e passou pela triagem, e o paciente transgênero, apelado, não recebeu atendimento, sob a alegação de que estava vestido de forma feminina, ultrajando as pessoas que estavam no local. (TJRS. Apelação Cível Nº 70068327774, DJ 26/10/2017).

Na parte decisória do acórdão o desembargador entendeu que realmente o apelado faz jus ao pleito indenizatório, salientando que, de acordo com a Constituição Federal de 1988, todos são iguais perante a lei, sendo-lhes garantido a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem, além do fato de que o caso deve ser analisado sob “[...] a ótica da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Essa perspectiva concede a aplicação de direitos de elevada importância nas relações entre particulares, não apenas perante o Estado” (TJRS. Apelação Cível Nº 70068327774, DJ 26/10/2017). Isso porque, ainda conforme o desembargador, a sexualidade do indivíduo não deve ser vista como uma opção, e sim condição de vida, presente desde a nascença, e com base no princípio e garantia constitucional da dignidade da pessoa humana, o seu interesse deve ser defendido, ainda que esteja em uma aparente igualdade com o interesse do hospital. Aparente, já que como visto em outros casos semelhantes, a dignidade da pessoa humana se sobrepõe à autonomia privada de qualquer órgão ou associação.

Já Apelação Cível Nº 70068358837, DJ 31/03/2016), que tramitou perante a Décima Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS, cuidou de um caso de exclusão de sócio de clube de campo por falta de pagamento, sem que lhe fosse

oferecida qualquer possibilidade de defesa ou purgação da mora. O apelante, sócio de um clube de campo, promoveu ação ordinária contra o apelado, pois segundo o mesmo teria sido excluído do quadro de sócios sem qualquer notificação dos motivos da decisão, impedindo-o de efetuar o pagamento de seu débito. O juiz de 1º Grau julgou improcedente a demanda, condenando-o ao pagamento dos diversos ônus decorrentes da sucumbência.

Inconformado interpôs o recurso de apelação, narrado a situação ocorrida, sendo que o desembargador, ao final, deu provimento ao seu apelo, para determinar que fosse reingressado na condição de sócio do clube, depois de pagas as mensalidades em aberto. O acórdão também se baseou na eficácia horizontal dos direitos constitucionais, expressão usada pelo Relator, Liege Puricelli Pires, de forma que os meios de defesa do associado devem ser garantidos, inclusive no âmbito da relação entre particulares que, no caso, seria o clube de campo e o sócio (TJRS, Apelação Cível Nº 70068358837, DJ 31/03/2016). A tomada das medidas judiciais cabíveis somente foi necessária pelo fato do clube de campo não ter oportunizado ao sócio o exercício de seu direito constitucional de defesa e, mais absurdo ainda, que realizasse o pagamento de eventual débito existente, purgando a mora.

A Apelação Cível Nº 70059309872 da Décima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS, julgou o caso de não disponibilização do caderno de questões em concurso público, cerceando, assim, ao candidato, os direitos de defesa e de acesso à informação. O candidato interpôs a ação principal pois, segundo a sua narrativa, teria prestado concurso público e não pode levar o caderno de questões consigo para posterior análise, impossibilitando-o de fazer a correção e eventualmente, recorrer de alguma questão. Assim, pleiteou que o caderno de questões fosse disponibilizado nos autos, bem como reaberto o prazo para interposição de recurso (acerca das questões da prova). Em 1º grau a ação foi julgada procedente, entretanto, não reconheceu a

impossibilidade do candidato de realizar o recurso, mesmo sem estar com o caderno de questões.

O órgão responsável pela prova interpôs recurso de apelação para que a sentença proferida em 1º Grau seja reformada, julgando-a improcedente, enquanto o candidato ingressou com a apelação para majorar os honorários advocatícios fixados em sentença. (TJRS, Apelação Cível Nº 70059309872, DJ 09/09/2015). No acórdão o desembargador reconheceu o direito do candidato, majorando, inclusive os honorários advocatícios, e não deu provimento ao apelo da parte contrária, sob a justificativa de que a negativa em disponibilizar ao candidato o caderno de questões violou seu direito de defesa e de acesso à informação, impossibilitando que o mesmo realizasse qualquer discussão acerca do resultado.

A Apelação Cível Nº 70047908090 da Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS, analisou um caso de suspensão unilateral de fornecimento de serviços, sem qualquer aviso prévio, ofendendo, assim, os princípios do contraditório e da ampla defesa, constitucionalmente previstos, e que devem ser assegurados aos cidadãos. Uma usuária dos serviços de telefonia móvel e internet ingressou com ação de obrigação de fazer contra determinadas empresas que oferecem e prestam tal serviço, com o pedido de indenização por danos morais, em razão do fornecimento ter sido suspenso, sem qualquer justificativa ou aviso prévio. Após todos os procedimentos necessários, a ação foi julgada procedente em 1º Grau, originando os recursos de apelação, interpostos pelas duas empresas.

Além do desembargador entender que há claramente desrespeito aos direitos do contraditório e da ampla defesa, também traz à baila a ausência de informação por parte das empresas, sendo necessária, ao caso, a aplicação da eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais. Importante mencionar, nesse ponto que, além da relação havida entre as partes ser privada, também pode ser considerada como matéria de Direito do Consumidor,

hipótese em que a eficácia age da mesma forma (TJRS, Apelação Cível Nº 70047908090, DJ 18/07/2012).

O último caso, Agravo de Instrumento Nº 70028538460 da Décima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS, decidiu sobre a impossibilidade de um associado frequentar as dependências de entidade, sem qualquer justificativa plausível para tanto, e caracterizando infringência ao direito de defesa. Neste caso, o associado recebeu uma suspensão punitiva de 360 dias da associação, impedindo-o de frequentar as dependências da mesma, em razão de haver boatos de que estaria armado e de que teria dito que outros associados seriam expulsos da associação. Conforme se denota da narrativa do acórdão, não há qualquer prova de que o associado realmente estivesse armado e que teria propagado tais afirmativas, assim a medida adotada pela associação foi absurda e desproporcional.

Tanto porque não lhe foi dada oportunidade de se manifestar sobre o ocorrido, tampouco de demonstrar o contrário. Assim, o desembargador adotou a teoria da eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, e negou provimento ao recurso interposto pela associação, mantendo-se a decisão proferida em 1º Grau, qual seja, suspender a punição aplicada ao associado (TJRS, Agravo de Instrumento Nº 70028538460, DJ 02/04/2009).

Diante da exposição e dos casos acima citados, tem-se que o direito à igualdade, apesar de haver previsão expressa no sentido de sua inviolabilidade, é desrespeitado com uma certa frequência, principalmente quando as relações jurídicas são entre particulares, pois há uma falsa impressão de que as partes estão na mesma situação jurídica ou econômica, entretanto, não é o que se observa. Tanto que neste último caso, o associado recebeu uma suspensão punitiva que determinava a sua proibição de frequentar a associação por 360 dias, sem que lhe fosse assegurado o devido processo legal e contraditório. É uma medida arbitrária, visando à impunidade, e que somente será

coibida se a parte interessada buscar uma tutela jurisdicional do Estado.

Obviamente que, com base na lei, esses direitos deveriam ser auto executáveis e respeitados por todos, tanto pelo Poder Público quanto pelos indivíduos que estiverem negociando ou participando de qualquer outro tipo de relação, mas enquanto essa premissa não for vivenciada, os direitos constitucionalmente previstos devem ser assegurados através de medidas judiciais ou extrajudiciais, caso sejam eficazes.

3.4 DIREITO DE LIBERDADE

O direito à liberdade está além do direito de ir e vir, trata-se também de um aspecto íntimo, de pensamento. Importante mencionar que pode ser exercido de forma individual ou através de determinado grupo, como é o caso do extensivo direito de reunião.

Silva nos remete à uma afirmação intrigante, consistente em “O problema da liberdade” (2006, p. 230-231). Mesmo não tendo o intuito de adentrar no campo filosófico, o autor se aproxima bastante quando refere que o debate gira em torno da liberdade e necessidade, afinal, logo nos faz pensar: liberdade é autoafirmação? Uma necessidade humana? Ou algo que deve ser inerente às pessoas livres de pensamento e de alma?

Antes que pudesse gerar qualquer dúvida nesse sentido, tem-se o raciocínio de que o homem faz parte da natureza, e é um ser social:

Assim, o homem se torna cada vez mais livre na medida em que amplia seu domínio sobre a natureza e sobre as relações sociais. O homem domina a necessidade na medida em que amplia seus conhecimentos sobre a natureza e suas leis objetivas. Então, não tem cabimento a discussão sobre a existência e não existência da liberdade humana com base no problema da necessidade, do determinismo ou da metafísica do livre-arbítrio, porque o homem se liberta no correr da história pelo conhecimento e consequente domínio das leis da natureza, na medida

em que, conhecimento as leis da necessidade, atua sobre a natureza real e social para transformá-la no interesse da expansão de sua personalidade. (SILVA, 2006, p. 231).

Em verdade, foi essa busca incessante do homem que fez com que as constituições surgissem pelo mundo, verdadeiro instituto dessas lutas. Essa necessidade citada pode ser, inclusive, vista como uma necessidade de se libertar, uma liberdade de ser livre, de ser dono de seu próprio destino, o que somente foi possível com o conhecimento das leis da natureza que, mais tarde se tornou em conhecimento das leis do homem.

A liberdade pode também ser interpretada levando-se em consideração dois aspectos: interno e externo. A liberdade interna seria o livre arbítrio, uma manifestação da vontade no mundo interior do homem, enquanto a liberdade externa é a viabilidade da liberdade interna se exteriorizar, concretizar, no sentido de ser possível atuar diante da escolha feita. Liberdade, portanto, deve ser vista como um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade ou então uma liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal. Fala-se em coordenação consciente, pois se os meios necessários ou disponíveis forem utilizados em demasia, poderão atingir a liberdade individual de outra pessoa, por essa razão que deve haver uma certa cautela.

Dentre as liberdades contidas no texto constitucional, destacam-se a liberdade de pensamento e a liberdade religiosa (MORAES, 2016, p. 132). A liberdade de pensamento pode ser traduzida também como liberdade de expressão, em que há a materialização das ideias no plano físico, ultrapassando barreiras, verdadeiros pré-conceitos e possibilitando, em um círculo pacífico de pessoas, uma discussão saudável e concreta.

Esta proteção constitucional “[...] engloba não só o direito de expressar-se, oralmente, ou por escrito, mas também o direito de ouvir, assistir ou ler” (MORAES, 2016, p. 132). E qualquer ato em sentido contrário, tal como proibir a aquisição

ou o recebimento de jornais, livros, periódicos, ou a transmissão de notícias e informações pela imprensa falada ou televisiva, será tido como inconstitucional e verdadeira violação à um dos princípios mais comezinhos do Direito Constitucional.

Ainda, segundo Moraes: “Proibir a livre manifestação do pensamento é pretender alcançar a proibição ao pensamento e, conseqüentemente, obter a unanimidade autoritária, arbitrária e real” (MORAES, 2016, p. 132). Já vivemos tempos assim, em que as pessoas que manifestavam suas opiniões eram punidas muitas vezes com a perda da sua própria vida, totalmente retrógrado e fora da realidade.

Outra forma de ferir a liberdade ao pensamento é através do anonimato, proibida amplamente pelo ordenamento jurídico e abrangendo todos os meios de comunicação, seja através de cartas, matérias jornalísticas, informes publicitários, mensagens na Internet, notícias radiofônicas ou televisivas, por exemplo. O que se pretende com esta norma é impedir que haja a propagação de mensagens injuriosas, difamatórias ou caluniosas, afinal, o direito à liberdade não pode ser utilizado como subterfúgio para atingir outros direitos ou liberdades individuais.

Há um polêmico exemplo para delinear o direito à liberdade, qual seja, livre manifestação de pensamento e “marcha da maconha”, e através de decisão proferida pelo STF, na ADPF 187/DF, rel. Min. Celso de Mello, decisão: 15-6-2011, com base nos direitos de reunião e de livre manifestação do pensamento, determinou que são permitidas manifestações públicas e eventos públicos com a temática “Marcha da Maconha”, entretanto, não pode haver incitação, incentivo ou estímulo ao consumo de entorpecentes durante a sua realização, bem como a proibição de menores no local (BRASIL, ADPF 187/DF).

Já com relação à liberdade religiosa (Estado laico ou leigo), tem-se que essa liberdade configura uma conquista constitucional, e consagração da maturidade de um povo, que passou a respeitar uma religião diferente da sua. (MORAES, 2016, p.

143). Importante lembrar que a liberdade religiosa inclui o direito de não acreditar ou não manifestar nenhuma fé, devendo o Estado e os particulares respeitarem o ateísmo.

3.5 DIREITO DE PROPRIEDADE

O direito de propriedade era visto antigamente como um direito havido entre uma pessoa e uma coisa, entretanto, com o decorrer dos anos e a evolução do Direito Constitucional, percebeu-se o absurdo dessa afirmação. Afinal, para que uma relação jurídica seja formada é necessária a presença de dois sujeitos, e a propriedade é imaterial, não havendo como transferir a propriedade de determinado bem para uma coisa, mas tão somente de um indivíduo para outro (SILVA, 2006, p. 271).

Este caráter absoluto do direito de propriedade, contido na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 foi sendo superado com o passar dos anos, através da aplicação da teoria do abuso do direito, limitações negativas e positivas, deveres e ônus, até chegar ao ponto de que a propriedade começou a ser vista como função social. O regime jurídico da propriedade privada estaria subordinado às regras de Direito Civil, excetuando-se os casos em que seria necessário utilizar as regras de Direito Público, ou até mesmo Direito Constitucional, como se fala dessa função social exercida pela propriedade.

Encerrada a análise dos direitos individuais e coletivos, passa-se a abordagem dos novos direitos de solidariedade, uma vez que o reconhecimento dos direitos sociais na Constituição Federal de 1988 ocasionou a ampliação dos Direitos Fundamentais. Ferreira Filho explica que a consciência de novos desafios, notadamente à qualidade de vida e solidariedade entre todos os seres humanos, fez com que surgisse uma nova geração, tida como terceira, dos Direitos Fundamentais. Essa terceira geração seria chamada de Direitos de Solidariedade ou Direitos de Fraternidade.

A primeira geração seria a dos direitos de liberdade, e a segunda, dos direitos de igualdade, o que completaria o lema “liberdade, igualdade e fraternidade”, conhecido pela Revolução Francesa. (FERREIRA FILHO, 2016, p. 73). O próprio autor menciona que a doutrina ainda não é pacífica a respeito do reconhecimento destes novos Direitos Fundamentais, entretanto, a título de conhecimento e demonstração de como a discussão sobre os Direitos Fundamentais se mostra importante na atualidade, passa-se à exposição de alguns desses direitos:

Quatro são os principais desses direitos: o direito à paz, o direito ao desenvolvimento, o direito ao meio ambiente e o direito ao patrimônio comum da humanidade. A eles alguns acrescentam o direito dos povos a dispor deles próprios (direito de autodeterminação dos povos) e o direito à comunicação. (FERREIRA FILHO, 2016, p. 74).

Á fim de delimitar a abordagem, tratar-se-á tão somente dos novos Direitos Fundamentais principais, reconhecidos pela maioria da doutrina. O direito à paz encontra respaldo no artigo 20 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos; no artigo 23, alínea 1 da Declaração Africana, sendo que a alínea 2 seria uma garantia desse direito; e no artigo 46 da Constituição da Nicarágua de 1987, e na nossa Constituição Federal de 1988, o artigo 4º e incisos faz menção aos princípios que devem reger as relações internacionais, com “a defesa da paz” e “solução pacífica dos conflitos”.

O direito ao desenvolvimento estava presente desde a Comissão dos Direitos do Homem de 1977 (ONU), até a UNESCO de 1978, passando pela Declaração africana de 1981 e a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986 (FERREIRA FILHO, 2016, p. 76), até chegar na Constituição Federal Brasileira, especificamente em seu artigo 4º, inciso IX, quando o texto legal se refere a “[...] cooperação dos povos para o progresso da humanidade”. (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

Por sua vez, o direito ao patrimônio comum da

humanidade, possui resquícios na Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados de 1974 (ONU), analisando o fundo do mar e seu subsolo e a sua exploração comum. Não há referência à artigos similares em nossa constituição, e em uma consulta textual também não se logrou êxito em localizar.

O último dos novos Direitos Fundamentais seria o direito ao meio ambiente, que tem como marcos legislativos a Declaração de Estocolmo de 1972, a Declaração do Rio de Janeiro de 1992, a Constituição Iugoslava de 1974, a Constituição Grega de 1975, a Constituição Portuguesa de 1976 e a Constituição Espanhola de 1978. Na Constituição Brasileira, o direito ao meio ambiente está presente no artigo 225, que determina que “Todos têm o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988). Faz sentido o direito ao meio ambiente ser visto como um Direito Fundamental do ser humano, já que ele literalmente nos sustenta e equilibra, proporcionando melhores condições de vida, mais sadias.

4 DISCUSSÃO SOBRE A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Há uma certa discussão com relação à efetividade dos Direitos Fundamentais, ou seja, se eles seriam capazes de produzir os efeitos previstos e desejados pelo legislador, quando editou as normas da Constituição Federal de 1988. De fato, e levando como base toda a fundamentação teoria trazida até o presente momento, o direito à vida é um direito fundamental, e constitucionalmente assegurado, e caso o Estado não forneça as medidas para que o indivíduo possa exercê-lo, basta acionar o Poder Judiciário, seja em primeira ou última instância. Esse pensamento será superado, pois é justamente com o pessimismo que

as ideias não se propagam e não fazem por merecer, não são colocadas em prática e não alcançam o seu objetivo.

No caso específico das relações jurídicas entre privados, para então verificar a ocorrência da eficácia horizontal, pois apesar da relação ser entre particulares, sem a presença do Estado como parte integrante, verifica-se uma desigualdade jurídica, ao passo que uma parte é superior social ou economicamente com relação à outra, é o que acontece no caso de um associado a um clube, já que o clube será hierarquicamente superior ao associado, aplicando-lhe advertências e sanções, se necessário.

A jurisprudência traz vários casos em que os direitos fundamentais foram alcançados, inclusive em instâncias superiores, como no AgInt no AREsp 330494/SP AGRADO INTERNO NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL 2013/0115011-7, da T4 – QUARTA TURMA do STJ. O acórdão, ao contrário dos proferidos pelo TJSP, não descreve a situação fática que envolveu as partes, mas da leitura do relatório e voto da Ministra Maria Isabel Gallotti é possível aduzir que se trata de alguma discriminação arbitrária em associação profissional.

Tanto que o voto determina que as associações devem observar a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, uma vez que o relacionamento vertical entre as normas - normas constitucionais e normas infraconstitucionais, por exemplo - deve ser apresentado, de tal forma, que o conteúdo de sentido da norma inferior deve ser aquele que mais intensamente corresponder ao conteúdo de sentido da norma superior. (STJ, AgInt no AREsp 330494 / SP). Ainda, que a interpretação dos artigos 54 e 55 do Código Civil Brasileiro (tratam do estatuto das associações) deve ser feita à luz dos princípios constitucionais. O artigo 54, estabelece, por exemplo, que o estatuto deverá conter a denominação, os fins e a sede da associação; os requisitos para admissão, demissão e exclusão dos associados; os direitos e deveres dos associados, dentre outros; e o artigo 55 determina que os associados devem ter direitos iguais,

ressalvando-se situações especiais. (BRASIL, CÓDIGO CIVIL, 2002). Dessa forma, a autonomia privada das associações, inclusive no tocante à aplicação do que o estatuto determina, apesar de ser garantida pela Constituição Federal, não pode desrespeitar direitos fundamentais dos associados.

O segundo caso é o REsp 1365279/SP do STJ. Determinado condomínio ajuizou ação de cobrança de cota condominial e multa contra uma pessoa física, alegando que este teria alugado o imóvel e permitido que o locatário estabelecesse uma banda de jogo do bicho. Realizadas diligências pelo condomínio constatou-se tal fato, e após deliberação da assembleia geral extraordinária, o dono do imóvel foi condenado ao pagamento de R\$ 9.540,00 (nove mil quinhentos e quarenta reais), por comportamento antissocial.

O juiz de 1º grau entendeu que essa cobrança era indevida, por não reconhecer conduta nociva praticada pelo dono do imóvel. Insatisfeito com a decisão, o condomínio interpôs recurso de apelação, tendo sido negado provimento pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Em uma última tentativa, o ora recorrente se socorreu do recurso especial que, de acordo com o Relator, Ministro Luis Felipe Salomão, versa tão somente com relação à sanção prevista, e concluir se esta pode ser aplicada sem que antes seja conferido o direito de defesa (STJ, REsp 1365279 / SP).

O TJSP entendeu que era inviável a aplicação da multa sem a prévia notificação do autor da conduta nociva. Por sua vez, o STJ trouxe à baila que nessa ordem de ideias, surge a discussão se, para fins de incidência da referida sanção, atinente ao condômino nocivo e contumaz, há necessidade de prévia notificação ao infrator, possibilitando, assim, o exercício do seu direito de defesa. Assim, a ausência de notificação do dono do imóvel consistiu em verdadeira ofensa aos princípios constitucionais, e impossibilitando-o de exercer seu direito de defesa, já que tomou conhecimento da sanção tão somente quando foi

cobrado judicialmente para pagamento da multa, diga-se, exorbitante. Negou-se provimento ao recurso especial.

Dessa forma, tem-se que os princípios que protegem a pessoa humana nas relações entre particulares devem ter aplicação imediata, de forma a assegurar o contraditório e a ampla defesa, pois somente dessa forma seria possível consagrar a dignidade da pessoa humana, norte dos direitos fundamentais.

O acórdão que melhor transpôs o cerne da questão foi o RE 201819 / RJ - RIO DE JANEIRO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO do STF. A recorrente é uma sociedade civil sem fins lucrativos, voltada para a atividade de compositores, e acabou por excluir de seu quadro de sócios o recorrido de forma indevida, tanto que, por decisão majoritária dos ministros, o recurso foi conhecido e não provido, assistindo razão ao recorrido, pois no procedimento realizado não foram observadas a garantia do contraditório e a plenitude da defesa. (STF, RE 201819 / RJ).

Assim, a dúvida com relação à efetividade dos direitos fundamentais não deve prosperar, pois na atual sociedade, apesar dos indivíduos terem pleno conhecimento sobre os direitos e o seu dever legal de cumpri-los, tem-se que por diversas vezes, e principalmente em relações negociais, uma das partes acaba por se beneficiar, o que não significa dizer que essas pessoas ficarão impunes, e tampouco que o direito não poderá ser assegurado em outra esfera.

É justamente o que se demonstrou através das diversas decisões colacionadas, pois mesmo que o indivíduo que tenha seu direito violado, buscando uma tutela jurisdicional para alcançá-lo, a norma será eficaz, com efeitos produzidos após a decisão favorável.

CONCLUSÃO

A evolução dos Direitos Fundamentais pode ser observada através das constituições de direitos, notadamente das

brasileiras, sendo que o ápice foi na Constituição Federal de 1988.

Esta ampliação é notada através do artigo 5º do texto constitucional, com todos seus incisos, garantido direitos individuais e coletivos aos cidadãos, notadamente o da dignidade e liberdade. Já com relação aos aspectos econômicos, o artigo 170 traça as principais funções da ordem econômica, que devem ser fundadas na valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, tendo como objetivo principal assegurar a todos uma existência digna, observando-se os princípios da soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte.

Tanto no artigo 5º quanto no 170 da Constituição Federal de 1988 há a menção de uma vida digna, baseando-se no princípio da dignidade da pessoa humana, que deverá ser assegurada através de condições mínimas de existência, garantindo o direito à propriedade, ao trabalho, bem como a defesa ao meio ambiente (não necessariamente o meio ambiente externo, mas o meio que que os indivíduos habitam). Tudo no sentido de que as pessoas possam se desenvolver e alcançar melhores condições de vida, sem depender do auxílio direto do Estado para tanto.

O princípio da dignidade da pessoa humana, aliás, é tido como o fundamento de toda a ordem constitucional, e deve ser aplicado à realidade vivenciada pela população, transformando as necessidades em normas constitucionais, repletas de princípios, direitos, garantias e fundamentos, a serem observados e efetivamente cumpridos.

Assim, a problemática no tocante à efetividade dos Direitos Fundamentais, levantada por alguns doutrinadores, não deve prosperar, pois na atual sociedade, apesar dos indivíduos terem pleno conhecimento sobre os direitos e o seu dever legal de cumpri-los, tem-se que por diversas vezes, e principalmente

em relações negociais, uma das partes acaba por se beneficiar, o que não significa dizer que essas pessoas ficarão impunes, e tampouco que o direito não poderá ser assegurado em outra esfera.

É justamente o que se demonstrou através das diversas decisões colacionadas, mesmo que o indivíduo que teve seu direito violado tenha que se valer de uma tutela jurisdicional para alcançá-lo, ainda se fala em eficácia da norma, que será produzida após uma decisão favorável.

Como analisado durante o trabalho, a Teoria da Eficácia Horizontal dos Direitos se faz presente quando os sujeitos das relações jurídicas estão na mesma condição como, por exemplo, de serem particulares, não há hierarquia entre eles. Assim, incontroverso o fato de que as violações de Direitos Fundamentais dos indivíduos não são apenas perpetradas pelo Estado, mas também por entidades privadas.

Não há como diferenciar, nesse ponto, o público e o privado, pois a aplicação dos Direitos Fundamentais somente na esfera pública permitiria que a dignidade da pessoa humana fosse violada por entes da esfera privada. Dessa forma, permite-se que as normas de Direitos Fundamentais sejam aplicadas às pessoas privadas, tanto com relação à sua dignidade quanto aos demais direitos que emanam de tratados ou convenções, independentes do tipo de relação jurídica que o indivíduo esteja vinculado, seja privada ou pública.

Essa é uma grande transformação no direito constitucional, pois há a mudança de papéis entre o Estado e o particular, onde o Estado passou a ser um garantidor dos Direitos Fundamentais, e o particular receptor desses direitos, se fez necessário, pois somente desta forma se pode alcançar os princípios norteadores da Constituição Federal de 1988, a igualdade e justiça social.

A igualdade se mostra quando os particulares que estão em situações jurídicas distintas, onde um é superior ao outro, são submetidos aos mesmos deveres e direitos; enquanto que a

justiça social é a busca da efetividade da norma, a sua produção de efeitos.

Por fim, através da análise de casos práticos e interpretação da norma, é pacífico o entendimento de que a eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais está sendo aplicada em seus termos, assegurando aos particulares, inicialmente, o direito de pactuarem entre si, realizarem negócios jurídicos, terem relações jurídicas; e como consequência de tais atos, a garantia de que havendo qualquer prática ilícita por uma das partes, a outra poderá valer-se do Judiciário para ter seu direito alcançado, notadamente quando este for tido como fundamental.

É o que ocorre na relação jurídica entre particulares, tendo de um lado o hospital e do outro um médico, ou então uma sociedade empresarial e o sócio empresário, são situações em que as partes estão em condições distintas, tanto social, econômica ou juridicamente, e por esta razão a parte hierarquicamente inferior pode sofrer alguma violação ou abuso de poder. Nesse momento se mostra de extrema importância a tutela jurisdicional, para assegurar aos indivíduos o alcance efetivo de seus direitos.



REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Edição Saraiva, 1981.

BRASIL. *ADI 3510/DF*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%20351>>. Acesso em: 23 dez. 2017.

BRASIL. *CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002*. Disponível

- em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 03 jan. 2018.
- BRASIL. CÓDIGO PENAL BRASILEIRO DE 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 03 jan. 2018.
- BRASIL. *CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 jan. 2018.
- BRASIL. *ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE DE 1990*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 03 jan. 2018.
- BRASIL. STF. *ADPF 187/DF*, rel. Min. Celso de Mello, decisão: 15-6-2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195>. Acesso em: 03 jan. 2018.
- BRASIL. STF. *RE 201819 / RJ – RIO DE JANEIRO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1641534>. Acesso em: 13 jan. 2018.
- BRASIL. *STJ. AgInt no AREsp 330494 / SP AGRADO INTERNO NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL 2013/0115011-7*. T4 – QUARTA TURMA do STJ. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Julgamento: 29/09/2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1542910&num_registro=201301150117&data=20161005&formato=PDF. Acesso em: 13 jan. 2018.
- BRASIL. STJ. *Resp 1365279 / SP RECURSO ESPECIAL 2011/0246264-8*. T4 – QUARTA TURMA. Relator:

Ministro Luis Felipe Salomão. Julgamento em: 25/082015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1434493&num_registro=201102462648&data=20150929&formato=PDF. Acesso em: 13 jan. 2018.

BRASIL. TJRS. *Aggravado de Instrumento Nº 70028538460*, Décima Segunda Câmara Cível, Relator: Judith dos Santos Mottecy, Julgado em 02/04/2009. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fone-tica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70028538460&num_processo=70028538460&codEmenta=2856463&temInt-Teor=true. Acesso em: 13 jan. 2018.

BRASIL. TJRS. *Apelação Cível Nº 70047908090*, Nona Câmara Cível, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em 18/07/2012. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fone-tica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70047908090&num_processo=70047908090&codEmenta=4807487&temInt-Teor=true. Acesso em: 13 jan. 2018.

BRASIL. TJRS. *Apelação Cível Nº 70059309872*, Décima Primeira Câmara Cível, Relator: Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil, Julgado em 09/09/2015. Disponível em:

http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fone-tica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_pro-cesso_mask=70059309872&num_pro-cesso=70059309872&codEmenta=6466595&temInt-Teor=true. Acesso em: 13 jan. 2018.

BRASIL. TJRS. *Apelação Cível Nº 70068327774*, Décima Câmara Cível, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 26/10/2017. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fone-tica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_pro-cesso_mask=70068327774&num_pro-cesso=70068327774&codEmenta=7525097&temInt-Teor=true. Acesso em: 13 jan. 2018.

BRASIL. TJRS. *Apelação Cível Nº 70068358837*, Décima Sétima Câmara Cível, Relator: Liege Puricelli Pires, Julgado em 31/03/2016. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fone-tica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_pro-cesso_mask=70068358837&num_pro-cesso=70068358837&codEmenta=6709906&temInt-Teor=true. Acesso em: 13 jan. 2018.

BRASIL. TJSP. 1ª Câmara de Direito Privado. *Apelação nº 0000212-34.2014.8.26.0615*. Relator: Desembargador Francisco Loureiro. Julgamento em: 16/06/2015. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8553149&cdForo=0>. Acesso em: 13 jan. 2018.

BRASIL. TJSP. 3ª Câmara de Direito Privado. *Apelação nº*

- 0010138-77.2009.8.26.0562. Relator: Desembargador Jesus Lofrano. Julgamento em: 16/08/2011. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcor dao=5331249&cdForo=0>. Acesso em: 13 jan. 2018.
- BRASIL. TJSP. 5ª Câmara de Direito Privado. *Apelação nº 0007383-50.2010.8.26.0011*. Relator: Desembargador Erickson Gavazza Marques. Julgamento em: 08/07/2015. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcor dao=8622046&cdForo=0>. Acesso em: 13 jan. 2018.
- BRASIL. TJSP. 7ª Câmara de Direito Privado. *Apelação nº 0201334-33.2010.8.26.0100*. Relator: Desembargador Luiz Antonio Costa. Julgamento em: 17/10/2012. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getAr quivo.do?conversationId=&cdAcor dao=6278403&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcap tcha_60c26e658578476388e11841b0b0d526&v1Cap tcha=arpd&novoVICaptcha=. Acesso em: 13 jan. 2018.
- BRASIL. TJSP. 7ª Câmara de Direito Privado. *Apelação nº 9103708-45.2002.8.26.0000*. Relator: Desembargador Luiz Antonio Costa. Julgamento em: 05/05/2010. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getAr quivo.do?cdAcordao=4468736&cdForo=0>. Acesso em: 13 jan. 2018.
- BRASIL. TJSP. 7ª Câmara de Direito Privado. *Apelação nº 9146630-91.2008.8.26.0000*. Relator: Luiz Antonio Costa. Julgamento em: 28/03/2012. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcor dao=5802795&cdForo=0>. Acesso em: 13 jan. 2018.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2002.
- COSTA RICA. CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS DE 1969. Disponível em:

- https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm. Acesso em: 03 jan. 2018.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 1997.
- GALASSI, Almir. Direitos Fundamentais, realidade ou utopia. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; AMARAL, Sérgio Tibiriça (org). *Sistema Constitucional de Garantias e seus mecanismos de proteção*. Birigui: Boreal Editora, 2018.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Incêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais*. Tomo IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral – Comentários aos arts 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil – Doutrina e Jurisprudência*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- PORTUGAL. *CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA DE 1976*. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublica-Portuguesa.aspx>. Acesso m: 03 jan. 2018.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.