



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UNB
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

HAMANDA RAFAELA LEITE FERREIRA

**O ESTADO COMO TITULAR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS:
(im)possibilidade e consequências da atribuição de direitos
fundamentais às pessoas jurídicas de direito público**

BRASÍLIA - DF
2014

HAMANDA RAFAELA LEITE FERREIRA

**O ESTADO COMO TITULAR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS:
(im)possibilidade e consequências da atribuição de direitos
fundamentais às pessoas jurídicas de direito público**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção de grau de Mestre do Programa de Pós-graduação em Direito, Estado e Constituição da Universidade de Brasília.

Orientador: Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes

BRASÍLIA - DF

2014

HAMANDA RAFAELA LEITE FERREIRA

**O ESTADO COMO TITULAR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS:
(im)possibilidade e consequências da atribuição de direitos
fundamentais às pessoas jurídicas de direito público**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Programa de Pós-graduação em Direito, Estado e Constituição da Universidade de Brasília, pela banca examinadora composta pelos professores:

Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes (Orientador)
Universidade de Brasília- UnB

Prof. Dr. Davi Monteiro Diniz
Universidade de Brasília- UnB

Prof. Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco
Instituto Brasiliense de Direito Público- IDP

Prof. Dr. Argemiro Cardoso Moreira Martins
Universidade de Brasília- UnB (Suplente)

**BRASÍLIA - DF
2014**

Dedico esta dissertação ao meu filho Arthur, que ainda nem nasceu, mas já me deu inspiração e força para concluir este trabalho.

AGRADECIMENTOS

Por mais que a redação de uma dissertação seja conduzida na solidão dos estudos, a companhia de pessoas especiais foi primordial para que eu chegasse ao fim desta trajetória e para que ela fosse mais proveitosa e prazerosa, pelo que não posso deixar de externar meus agradecimentos a todos aqueles que colaboraram.

Inicialmente, agradeço ao professor Gilmar Ferreira Mendes por ter aceitado ser meu orientador nesta dissertação de mestrado e por ter se mostrado sempre disponível a conduzir as trocas de informações e discussões acerca do tema escolhido.

Agradeço desde já ao professor Paulo Gustavo Gonet Branco por se dispor a participar da banca examinadora e ao professor Davi Monteiro Diniz pelos conhecimentos obtidos no cursar da disciplina do mestrado Convergências de Direito Público e Direito Privado, período em que, ainda como aluna especial, me foi despertado o interesse em escrever sobre o assunto desta dissertação.

Agradeço à Universidade de Brasília pela oportunidade de realizar este mestrado, ter acesso a um ensino público e gratuito de excelência e de conviver com professores e alunos que me proporcionaram ensinamentos imensuráveis e me despertaram para um novo olhar sob o Direito, a sociedade e a vida.

Agradeço aos “acadêmicos da PRU-1ª” (atuais e passados), que foram incentivadores desde a matrícula como aluna especial e ao longo destes anos se tornaram amigos imprescindíveis neste caminho. Devo a vocês o alento e os conselhos nos momentos de desânimo e as alegrias de conversas em companhias agradáveis. Saber que não estamos sozinhos é o primeiro passo para chegarmos longe.

Agradeço à Advocacia-Geral da União, em especial, à Procuradoria-Regional da União da 1ª Região, pelo fomento ao meu desenvolvimento profissional, me propiciando um trabalho com campo fértil de aprendizado.

Agradeço aos meus familiares e amigos, em particular os meus pais, Fátima e Ferreira, aos meus irmãos, Thiago e Swamy, que, mesmo distantes,

acompanharam todo o percorrer deste processo acadêmico e contribuíram com muito carinho e amor para a formação da pessoa que sou hoje.

Ao meu marido, Aurélio, pelo apoio demonstrado em todas as etapas, desde o momento de preparação para a prova de seleção até a redação final desta dissertação. Agradeço pela paciência nos momentos de ausência e por todo amor que me foi dedicado. Eu não conseguiria sem a seu estímulo.

Finalmente, agradeço a Deus, pelo dom da vida, pela saúde, pela disposição em escrever, mesmo durante a gravidez, por ter me colocado onde estou e por me auxiliar em cada passo de minha vida.

RESUMO

O presente trabalho objetivou verificar a possibilidade de o Estado, enquanto sujeito de direitos, ser titular de direitos fundamentais e as características desenhadas caso se aceite a viabilidade desta titularidade. A ideia inicial do presente tema surgiu da observância de alguns julgados do Supremo Tribunal, nos quais restou decidido que os direitos de caráter procedimental podem ser instituídos em favor da pessoa jurídica de direito público. Entretanto, da análise dos julgados, observou-se que na doutrina brasileira a matéria ainda não foi tratada de maneira aprofundada, tendo em vista que não se explicita de maneira satisfatória a partir de que fundamento tal conclusão torna-se aceitável, nem sobre em quais premissas ela se assenta. Buscou-se identificar alguns aspectos relevantes da teoria dos direitos fundamentais que servissem de embasamento para a resolução do problema posto e investigar o conteúdo da capacidade de direito das pessoas físicas e jurídicas, a fim de analisar a personalidade jurídica estatal de acordo com a sua natureza e a sua posição nas relações jurídicas. A partir disso, averiguou-se a viabilidade de o Estado ser titular de direitos fundamentais, considerando o entendimento da doutrina e da jurisprudência nacionais e estrangeiras e levantaram-se as circunstâncias em que o Estado pode se enquadrar como titular de direitos fundamentais, bem como se debateu sobre quais as categorias desses direitos poderiam ser titularizados pelo Estado. Realizou-se um estudo das consequências práticas desta admissibilidade, tentando formular um posicionamento próprio acerca do questionamento, considerando os posicionamentos e a lógica dos argumentos demonstrados.

Palavras-chave: Estado; Pessoa jurídica de direito público; Direitos Fundamentais; Titularidade; Possibilidade; Consequências.

ABSTRACT

This paper aimed to verify the possibility of the State, as a subject of rights, holds fundamental rights and the features designed in case this is accepted. The initial idea for this theme came from the observation of some decisions of the Supreme Court, in which was decided that the fundamental procedural rights can be instituted on behalf of the legal entity of public law. However, from the analysis of the trials, it was observed that in the Brazilian doctrine the matter has not been studied in a depth, considering that it is not satisfactorily explained the foundation from which such conclusion becomes acceptable, nor about which assumptions it rests. The paper tried to identify some relevant aspects of the theory of fundamental rights that served as basis for the resolution of the posed problem and investigate the contents of the right capacity of individuals and corporations to analyze the state legal personality according to its nature and its position in legal relations. From this, the research examined the viability of the State holds fundamental rights, considering the position of the national and foreign doctrine and jurisprudence and the circumstances in which the State can be qualified as a holder of fundamental rights. It was also discussed about which categories of these rights could be hold by the State. Finally, it was conducted a study of the practical consequences of this admissibility, trying to formulate an own position about the questionings, considering the placements and the logic of the arguments shown.

Keywords: State, Legal person of public law; Fundamental rights; Entitlement; Possibility; Consequences.

“Saber não basta... Desejar não basta. Devemos fazer.”

Johoann W. von Goethe

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS RELAÇÕES JURÍDICAS ENTRE O ESTADO E OS INDIVÍDUOS.....	18
1.1 Breve esboço histórico: surgimento dos direitos fundamentais como forma de proteção das relações de sujeição	18
1.2 Conteúdo dos direitos fundamentais: fundamentalidade material e formal e a abrangência da titularidade.....	21
1.3 As vertentes dos direitos fundamentais e sua influência na esfera da titularidade	28
1.4 Estrutura das normas de direitos fundamentais: as concepções filosóficas e o caráter transindividual	38
2 O ESTADO COMO SUJEITO DE DIREITOS.....	49
2.1 Análise do termo sujeito de direito e a moderna concepção de pessoa jurídica	49
2.2 As teorias acerca da personalidade jurídica e a natureza jurídica do Estado	54
3 O ESTADO COMO TITULAR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	63
3.1 Questões preliminares na esfera terminológica	63
3.2 O alcance da titularidade dos direitos fundamentais: pessoa jurídica em sentido amplo.....	65
3.3 Possibilidade de a pessoa jurídica de direito público ser titular de direitos fundamentais nos sistemas jurídicos estrangeiros	77
3.3.1 Estudos no sistema jurídico alemão	77
3.3.2 Estudos no sistema jurídico português	80
3.3.3 Estudos no sistema jurídico espanhol	85
3.3.4 Estudos no sistema jurídico chileno.....	88
3.3.5 Estudos nos sistemas jurídicos francês e italiano.....	90
3.4 Possibilidade de a pessoa jurídica de direito público ser titular de direitos fundamentais no sistema jurídico brasileiro	93
3.5 Espécies de direitos fundamentais que podem ser titularizados pela pessoa jurídica de direito público e os deveres fundamentais.....	108
4 CONSEQUÊNCIAS DA POSSIBILIDADE DE O ESTADO SER TITULAR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	118

4.1	Efeitos práticos: função protetiva e restrição aos direitos fundamentais	118
4.2	ADIN nº 4917-DF: repercussão da titularidade dos direitos fundamentais e a separação de poderes	124
	CONCLUSÃO	131
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	137

INTRODUÇÃO

Nos dias de hoje, afigura-se impossível pensar na existência de um Estado Democrático de Direito¹ que esteja distante da noção dos direitos fundamentais. Os Estados modernos reconhecem, objetiva e positivamente, os direitos fundamentais em suas Constituições, o que foi extremamente necessário para o reconhecimento desses direitos institucionalmente.

Acontece que, a maioria das referências aos institutos jurídicos,² em obras nacionais, limitam-se a descrever de maneira estanque a positivação dos direitos fundamentais, sem, contudo tecer maiores comentários, o que não ajuda na compreensão adequada do próprio instituto e de seus desdobramentos.

É por isso que se entende importante refletir que não basta a existência, o reconhecimento e a garantia dos direitos fundamentais, é também primordial que se estabeleça, pelo enunciado da obra constitucional e pela interpretação decorrente, a delimitação do sujeito ativo desses direitos.

Neste particular, a titularidade de direitos fundamentais por pessoas jurídicas tem sido objeto de longas controvérsias, tanto doutrinárias como jurisprudenciais. Se

¹ Acerca do o Estado Democrático de Direito, adota-se a concepção da teoria procedimentalista da democracia habermasiana. Concebe-se, portanto, uma ordem jurídica legítima mediante a adoção de um espaço privado de autonomia privada co-originária a uma autonomia cidadã dos membros da sociedade para a legitimação da ordem jurídica e da atuação do Estado. Para Habermas há que se ter um modelo capaz de dar conta da complexidade da sociedade contemporânea, bem como do papel exercido pelo Estado na efetivação dos direitos fundamentais. Para compreender o sistema do Direito de forma procedimentalista, os papéis do Estado e dos direitos fundamentais se tornam mais complexos, requerendo uma análise reconstrutiva que leve em consideração diferentes pontos de vistas disciplinares, onde o papel do “observador” não se desliga do de cidadão, entendido como “coautor das normas que o regem.” HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade*. v. 1. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 147.

² Como instituto jurídico pode-se designar “a reunião de normas jurídicas afins, que rege um tipo de relação social ou interesse e que se identifica pelo fim que procura realizar. É uma parte da ordem jurídica e, como esta, deve apresentar algumas qualidades: harmonia, coerência lógica, unidade de fim. Enquanto a ordem jurídica dispõe sobre a generalidade das relações sociais, o instituto se fixa apenas em um tipo de relação ou de interesse: adoção, pátrio poder, naturalização, hipoteca etc. Considerando-os análogos aos seres vivos, pois nascem, duram e morrem, Ihering chamou-os de corpos jurídicos, para distingui-los de simples matéria jurídica. Diversos institutos afins formam um ramo, e o conjunto destes, a ordem jurídica.” NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 100. Ou ainda: “é, por assim dizer, o instrumental lógico e linguístico básico da Ciência do Direito, que exige conceitos ou “categorias” fundamentais, tais como “competência” “tipicidade”, “culpabilidade” etc. A esses conceitos gerais subordinam-se gradativamente outros, cujo conhecimento vamos adquirindo dia a dia, à medida que progredimos no conhecimento jurídico, sem jamais podermos considerar finda a nossa tarefa cognoscitiva. Como já ponderamos anteriormente a ciência é, até certo ponto, a sua linguagem. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 190-191.

ninguém pensa em contestar a titularidade de direitos fundamentais por parte dos indivíduos, existem importantes divergências sobre esta atribuição às pessoas jurídicas, principalmente às pessoas jurídicas de direito público.

Entretanto, não se pode negar a autonomia jurídica da pessoa jurídica de direito público e a importância de sua inserção na esfera das relações jurídicas. Nesse contexto, há que se observar a determinação dos titulares dos direitos fundamentais para além de uma análise taxativa e literal do Título da Constituição Federal de 1988 denominado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

Reconhece-se que as normas desse Título merecem uma interpretação sistemática e extensiva, concedendo um sentido lato ao termo pessoa e fornecendo a universalidade³ da titularidade como característica da aplicação dos direitos fundamentais, bem como princípio de suas normas. O desafio à compreensão dos direitos fundamentais é considerá-los como algo permanentemente aberto, ver a própria Constituição como um processo permanente, e, portanto, mutável.⁴

Tem-se, como ponto de partida, a reavaliação dos conceitos postos dos direitos fundamentais e de seus titulares para que se possa atribuir a eles significados próprios do tempo presente. É a evolução da sociedade, o que não significa um processo histórico linear, bem ao contrário, pois se há uma história que prova a manifestação de avanços e retrocessos, de fluxos e refluxos na criação e na interpretação de seus conteúdos, essa história é a dos direitos fundamentais.⁵

Então, pensando na releitura das normas de direitos fundamentais, mormente no que concerne à sua titularidade, a ideia inicial do tema da presente dissertação

³ Sobre esta pretensão universalizante, Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti explicam que os direitos fundamentais – afirmação de liberdade e igualdade – são hoje constitutivos da própria forma do direito, que não pode mais ser entendido como uma “casca vazia”, capaz de comportar qualquer ordem baseada apenas na legalidade, que guarda uma conexão interna com a Democracia. Democracia e Constituição, longe de serem conceitos antagônicos, se encontram e se ressignificam na concepção de democracia como parceria política de Dworkin. A forma de desinificação desses direitos depende da compreensão que se adote em determinado local do espaço e do tempo e das formas de vida específica. Mas diante da definição sempre problemática do conteúdo dos direitos que os cidadãos se atribuem reciprocamente numa comunidade, o apelo a uma perspectiva mais ampla de justificação, que remete para além de um determinado *ethos* é constitutivo do processo de luta por reconhecimento de direitos. CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 99-100.

⁴ Ibidem, p. 41.

⁵ SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Direitos fundamentais: contribuição para uma teoria geral*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 2.

surgiu da observância de alguns julgados do Supremo Tribunal Federal, nos quais restou decidido que o direito fundamental ao devido processo legal e à plenitude de defesa (direitos de caráter procedimental), podem ser instituídos em favor da pessoa jurídica de direito público, inclusive com a possibilidade de utilização de ações constitucionais por esses entes para se proteger, adotando-se, assim, o posicionamento de que o Estado pode ser titular de direitos fundamentais.

Entretanto, da análise dos mencionados acórdãos, observou-se que na doutrina pátria a matéria ainda não foi tratada de maneira aprofundada, tendo em vista que não se explicita, pelo menos não de maneira satisfatória, a partir de que fundamento tal conclusão torna-se aceitável, nem sobre em quais premissas teóricas e lógicas ela se assenta.

Diante disso, a situação-problema que se apresenta na presente dissertação, como fundamento paradigmático⁶ de seu conteúdo, é o estudo acerca da possibilidade deste sujeito de direito- o Estado⁷- poder figurar também como titular de direitos fundamentais (que tem no indivíduo a matriz a partir da qual puderam ser pensados e concedidos), e as características desenhadas caso se aceite a viabilidade desta titularidade.

Os problemas levantados por tal questão são suficientemente numerosos, principalmente quando se considera que a ideia proposta aparenta ir de encontro à edificação da teoria dos direitos fundamentais, concebida para resguardar os indivíduos do poderio estatal.

⁶ A significação do termo paradigma no âmbito das Ciências Sociais é esclarecida por Menelick de Carvalho Neto, com amparo na teoria de Thomas Kuhn, como “grandes esquemas gerais de pré-compreensões e visões de mundo, consubstanciados no pano de fundo naturalizado do silêncio assentado na gramática das práticas sociais, que a um só tempo torna possível a linguagem, a comunicação, e limita ou condiciona o nosso agir e a nossa percepção de nós mesmos e do mundo”. CARVALHO NETO, Menelick de. *A Hermenêutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito. In: Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 29.

⁷ Incumbe fazer uma advertência de linguagem, o que importa em uma melhor compreensão dos argumentos expendidos. Na presente trabalho deve ser considerada a acepção de Estado como sinônimo de pessoa jurídica de direito público, assim como na concepção de Dalmo Dallari, que o designa como ordem jurídica com uma “arrumação ou disposição organizada, de caráter permanente, de elementos diversos, disciplinada pelo direito, e que recebe a condição de pessoa jurídica, tendo, assim, direitos e deveres jurídicos e que se vale de todos os meios ao seu alcance para agir com o máximo de eficácia”. DALLARI, Dalmo. *O futuro do estado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 50.

Portanto, é inegável a existência de uma problemática envolvendo a titularidade dos direitos fundamentais. É nesse alicerce que se acha necessário e importante – para fins de justificar o presente tema – a verificação da possibilidade de titularidade dos direitos fundamentais pelo Estado, e de suas competências, já que este se encontra em constante mutação, moldando-se segundo os fins e interesses expressados pela sociedade.

Como resultado, desde o advento dos Estados Nacionais, vê-se um crescimento das funções do Estado, que, no decorrer da evolução histórica, recebe maiores ou menores meios, isto é, instrumentos jurídicos, métodos de ação e atividades destinadas a realizar o “bem da sociedade”. Estudar direitos fundamentais é, então, estudar também a posição jurídica do Estado e sua conexão com estes direitos.⁸

Dessa forma, empreender-se-á uma valoração dos direitos fundamentais sob o ângulo das pessoas jurídicas de direito público, apurando-se a necessidade ou não do fornecimento da proteção de direitos fundamentais para que esses entes consigam realizar os seus objetivos e funções. Nasce, assim, a relevância do questionamento sobre o Estado - destinatário por excelência dos direitos fundamentais -, ser também titular desses direitos.

Percebe-se que se está diante de tema complexo, que merece especial atenção, posto que as várias questões encontram-se, ainda, sem muitas respostas, considerando o reduzido número de documentos encontrados sobre o assunto, ressaltando que o estudo ultrapassa a investigação puramente acadêmica. Ao contrário, o tema traz repercussões empíricas e diretas na atuação estatal frente aos indivíduos e à sociedade, evidenciando-se, assim, as condições de oportunidade e novidade do tema apresentado.

Em termos metodológicos, para responder a formulação do questionamento acima posto, a dissertação insere-se em uma perspectiva interdisciplinar, que procura coordenar conteúdos concernentes ao campo da Filosofia do Direito, Teoria

⁸ Os direitos fundamentais, tal como entendemos hoje, são o resultado de um processo histórico tremendamente rico e complexo, de uma história, a um só tempo, universal, mas sempre individualizada, comum, mas sempre plural. CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*, p. 41.

Geral do Direito, do Direito Constitucional e do Direito Civil, no intuito de analisar o objeto de estudo em todas as suas características plurais, de maneira mais completa possível.

Propõe-se uma pesquisa teórica-instrumental, pois ao mesmo tempo em que será dedicada a reconstruir conceitos, buscando aprimorar fundamentos teóricos, também se estudará as implicações de se aplicar a hipótese do tema na prática. Como método de abordagem, será utilizado o dedutivo, partindo-se da análise geral do tema para a particular, na tentativa de fornecer um embasamento teórico sobre o assunto, e, *a posteriori*, entender melhor suas peculiaridades. E, considerando a amplitude e complexidade do tema, serão utilizados como métodos de procedimento a combinação dos métodos histórico e comparativo.

Neste aspecto, realizou-se um exame descritivo dos documentos, utilizando-se como base teórica as obras atinentes às matérias citadas, de autores nacionais e internacionais, além de pesquisas nos julgados dos Tribunais pátrios, em especial do Supremo Tribunal Federal.

Para que seja possível a análise que se propugna, dividiu-se em quatro partes a dissertação, que correspondem, respectivamente, ao Capítulo I, II, III e IV. Por uma questão didática, e, antes de se discorrer diretamente sobre o assunto, serão feitas abordagens separadas e específicas sobre o tema, a fim de propiciar uma maior compreensão dos argumentos aqui lançados, mas sem descurar do evidente entrelaçamento imanente que aqui se afirma.

No primeiro capítulo se discorrerá sobre as características dos direitos fundamentais e a suas interferências nas relações jurídicas entre o Estado e o indivíduo, através da evolução histórica das normas de direitos fundamentais (conteúdo, abrangência, vertentes e estrutura), bem como por meio do conceito de fundamentalidade material e formal e de algumas concepções filosóficas existentes acerca desses direitos. O escopo, nesse primeiro capítulo, não é elaborar uma síntese da teoria dos direitos fundamentais, mas sim tecer comentários acerca de aspectos relevantes que influenciam no âmbito de titularidade dos direitos fundamentais e que podem servir de subsídios teóricos para confirmar ou não a hipótese levantada nesta dissertação.

Com a finalidade de tratar das principais considerações sobre ser o Estado titular de direitos fundamentais, construiu-se o segundo capítulo, ocasião em que se estuda a posição do Estado como sujeito de direitos. Partindo-se da noção de personalidade jurídica do Estado e da diferenciação entre a capacidade de direito da pessoa física e a capacidade de direito da pessoa jurídica, procurou-se criar o arcabouço lógico para se sustentar quais e que tipos de direitos fundamentais seriam passíveis de serem titularizados pelo Estado.

No terceiro capítulo, que não pode ser lido sem a apreensão de observações e aspectos trazidos nos dois primeiros, tecem-se exposições preliminares de ordem terminológica e verificam-se os estudos já existentes sobre as pessoas jurídicas (em sentido amplo) como sujeito ativo de direitos fundamentais.

Ainda no terceiro capítulo, o tema será abordado com mais especificidade e em sua plenitude. Passa-se a descrever a possibilidade particular de a pessoa jurídica de direito público ser titular de direitos fundamentais. Inicia-se comparando as evoluções doutrinárias e jurisprudenciais estrangeiras concernentes à matéria, examinando as dúvidas suscitadas e a atual tendência do assunto nos sistemas jurídicos internacionais para, em seguida, confrontá-las com as perspectivas desenvolvidas no ordenamento constitucional brasileiro.

Por fim, no quarto e último capítulo, serão ponderadas as consequências da aceitação da titularidade de direitos fundamentais pelo Estado, e, através da análise de casos práticos, se debruçará sobre quais seriam as repercussões e os efeitos no plano institucional, jurisprudencial e doutrinário.

Com embasamento em tais dados, constroem-se as bases da elaboração de um conjunto de argumentos que permitam o enfrentamento direto do problema, sendo que qualquer que seja a resposta a ser fornecida poder-se-ia afirmar que a solução verdadeiramente suficiente será aquela que proporcionará conciliar ao mesmo tempo os objetivos da teoria dos direitos fundamentais e os atributos peculiares da pessoa jurídica de direito público.

1 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS RELAÇÕES JURÍDICAS ENTRE O ESTADO E OS INDIVÍDUOS

1.1 Breve esboço histórico: surgimento dos direitos fundamentais como forma de proteção das relações de sujeição

A sistemática dos direitos fundamentais, da forma como hoje é conhecida, afasta-se de singulares concepções naturalistas ou positivistas do Direito, localizando-se justamente no período denominado pós-positivismo, marcado pelo império da Constituição, em detrimento do conceito tradicional de soberania, e pela normatização dos princípios.⁹ A ascensão do novo Direito Constitucional decretou o local a ser ocupado pela Constituição: o centro do sistema, voltando-se à defesa dos direitos fundamentais que dão sustento a uma sociedade inclusiva.¹⁰

Neste contexto, os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que este tem, em relação ao indivíduo, primeiro, deveres e, depois, direitos. Noberto Bobbio, que não se distancia dessa visão, ensina que os direitos do homem ganham relevo quando se desloca do Estado para os indivíduos a primazia na relação que os põe em contato, ressaltando que:

A afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado moderno, na representação da relação política, ou seja, a relação Estado\cidadão ou

⁹ Conforme afirma Luís Roberto Barroso, o marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo. O debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo (fundado na crença em princípios de justiça universalmente válidos) e o positivismo (fundado na objetividade científica, equiparando o Direito à lei, afastando-o da filosofia). Opostos, mas, por vezes, singularmente complementares. A quadra atual é assinalada pela superação – ou, talvez, sublimação – dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de ideias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo. BARROSO. Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III. Renovar: Rio de Janeiro, São Paulo, Recife, 2005, p.3.

¹⁰ A partir do constitucionalismo moderno, tornou-se possível incorporar, crescentemente, a cultura da Constituição como documento de caráter fundamental para a estruturação da vida política e jurídica dos Estados-nação. Herança clara das conquistas recentes do Direito moderno, as Constituições se tornaram elementos de caracterização da própria vida e existência do Estado. Algumas concepções chegam a ver na própria personalidade do Estado a conformação aos moldes definidos pela Constituição, quando então o que seja o jurídico e o que seja o poder se confundem numa unidade sintética. Nesta seara, “o Estado como pessoa jurídica é uma personificação dessa comunidade ou a ordem jurídica nacional que constitui essa comunidade. De um ponto de vista jurídico, o problema do Estado, portanto, surge como o problema da ordem jurídica nacional.” KELSEN. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 262.

soberano\súditos: relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos dos cidadãos não mais súditos, e não do ponto de vista dos direitos do soberano em correspondência com a visão individualista da sociedade [...] no início da Idade Moderna”.¹¹

A evolução dos direitos fundamentais confunde-se com a própria história do Estado Democrático de Direito,¹² uma vez que o desenvolvimento de direitos fundamentais – enquanto normas jurídicas de hierarquia constitucional superior destinadas à limitação jurídica do poder político – somente ocorreu por volta do século XVIII, com o surgimento do modelo político chamado Estado Democrático de Direito, resultante das revoluções liberais ou burguesas.

A noção dos direitos fundamentais como normas jurídicas limitadoras do poder estatal surge justamente como reação ao Estado absoluto, representando o oposto do pensamento maquiavélico e hobbesiano.¹³ Os direitos fundamentais pressupõem um Estado juridicamente limitado e que tenha preocupações ligadas ao bem comum.¹⁴

Assim, a caracterização desses direitos utiliza a evolução histórica enquanto elemento essencial à própria individualização, considerando-se a progressiva afirmação da respectiva juridicidade,¹⁵ pois, esta espécie de direito é obra da civilização jurídica e pressupõe a existência de uma forma política – o Estado – que ordena a sociedade e assegura as suas condições de validade e de exercício, consoante exigências dos tempos.¹⁶

¹¹ BOBBIO, Noberto. *A era dos direitos*. Rio: Campos, 1992, p. 4.

¹² Sobre a concepção de Estado Democrático de Direito ver nota 1.

¹³ Tanto na visão de Hobbes, como na de Maquiavel, a única forma de se obter a paz, seria conferindo toda força e poder ao Estado personificado no soberano, que foi comparado ao Leviatã, o mostro marinho citado na Bíblia que ninguém, a não ser próprio Deus, seria capaz de dominar. Portanto, o Estado seria a única autoridade capaz de “pôr ordem na casa”, impedindo que os homens se matem uns aos outros. O resultado dessa mistura de Hobbes e Maquiavel é um Estado forte e absoluto, sem limites e sem escrúpulos, onde o soberano poderia cometer as maiores barbaridades para se manter no poder. Para que os fins fossem atingidos, a lei não deveria ser empecilho. Em outros termos: a vontade do soberano estaria acima de qualquer concepção jurídica. Não haveria limites para o poder estatal. HOBBS, Thomas. *Leviatã ou material, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 78-102; MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe: obra completa com comentários de Napoleão Bonaparte e Rainha Cristina da Suécia*. São Paulo: Jardim dos Livros, 2007, p. 119-137.

¹⁴ MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 37.

¹⁵ A juridicidade normativa dos direitos fundamentais lhe permite a consagração e limite do poder estatal, já que está presente no mesmo texto constitucional que originou o poder estatal (Estado, no sentido *lato*). MARMELSTEIN, George. *Op.cit.*, p. 20-21.

¹⁶ SCHAFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário – uma proposta de compreensão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p 14-15.

Dentro desta ótica, na maioria de suas acepções, pelo menos nas originárias acerca do tema, os direitos fundamentais foram trabalhados, inicialmente, como instrumento de limitação de poder estatal, visando assegurar aos indivíduos um nível máximo de fruição de sua autonomia e liberdade. Ou seja, eles surgiram como barreira ou escudo de proteção dos cidadãos contra a intromissão indevida do Estado em sua vida e contra o abuso de poder.¹⁷

A noção de personalidade jurídica do Estado sempre foi importante para que as suas relações com os indivíduos pudessem ser constituídas, já que foi preciso que o Estado fosse considerado sujeito de direito, capaz de titularizar obrigações perante o cidadão para que assim lhe fossem opostos os direitos fundamentais. Enquanto o Estado se situava para além da ordem jurídica, não lhe era exigível um comportamento com base no direito. Situar o Estado como sujeito de direito, enseja o reconhecimento de uma esfera de autonomia em que os indivíduos são titulares de direitos exercitáveis contra os poderes públicos.¹⁸

A própria natureza dos fins do Estado exige dele uma ação intensa e profunda, continuamente desenvolvida, para que ele possa realizá-los, o que produz, inevitavelmente, uma permanente possibilidade de conflitos de interesses, que serão melhor resguardados e adequadamente promovidos só através do direito. Isso permite que cidadãos imponham suas pretensões jurídicas, já que por meio do reconhecimento do Estado como pessoa jurídica se estabelecem limites eficazes à ação do Estado no seu relacionamento com o indivíduo.

Entretanto, os desdobramentos históricos, originados pelas crises sociais e econômicas do século XX e o aumento da complexidade das relações sociais tornaram evidente que não se poderia mais relegar o Estado ao simples papel de opressor dos direitos individuais.

Tornou-se claro que outras forças sociais, como grupos econômicos ou políticos de peso, poderiam, da mesma forma, trazer para os atores sociais vários dos constrangimentos que antes se buscavam prevenir apenas contra o poder público, de modo que a partir desta mudança de paradigma se fez necessária uma

¹⁷ MARMELSTEIN, George. *Op.cit.*, p. 35.

¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 2ª tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p.109.

releitura do papel do Estado e da abrangência dos direitos fundamentais. Percebeu-se que aos poderes públicos se destinava também a tarefa de preservar a sociedade, como um todo, dos perigos de deterioração nela própria existentes e deu-se conta de que o Estado deveria atuar no seio dessa sociedade para nela predispor as condições de efetiva liberdade de todos.¹⁹

1.2 Conteúdo dos direitos fundamentais: fundamentalidade material e formal e a abrangência da titularidade

Inicialmente, nota-se que ora os direitos fundamentais são descritos por sua titularidade, ora por seu conteúdo, e por vezes, são relacionados a características de determinado texto constitucional. Nesta quadra, para o desenvolvimento da presente dissertação, é necessário um estudo acerca do que pode ser conceituado como direito fundamental, sem a pretensão de esgotar o tema, considerando que o que se objetiva é apenas estabelecer a ideia a respeito do conteúdo desses direitos, para, *a posteriori*, pensar na possibilidade de o Estado ser titular desses direitos.

A concepção de que os direitos fundamentais têm um conteúdo a ser delimitado é algo que vem sendo sustentado pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras com frequência cada vez maior. Com este entendimento, Virgílio Afonso da Silva, cita um dos casos mais polêmicos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o chamado “caso Ellwanger”, decidido em 2003, em que o Ministro Celso de Mello fez menção a essa ideia de busca de um conteúdo a ser definido:

Entendo que a superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais há de resultar da utilização, pelo STF, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, *hic et nunc*, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerando a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto, a utilização do método de ponderação de bens e interesses **não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, tal como adverte o magistério da doutrina** (grifo nosso).²⁰

Entretanto, como se sabe, nos dias de hoje, inúmeras expressões são utilizadas para se referir aos direitos fundamentais, o que prejudica ainda mais a tarefa de se estabelecer o seu objeto de forma precisa. O catálogo dos direitos fundamentais vem-se avolumando, conforme as exigências específicas de cada

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, p. 170.

²⁰ CELSO DE MELLO *apud* SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais-conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 21.

momento histórico. A classe dos direitos que são considerados fundamentais não tende à homogeneidade, o que dificulta uma conceituação material ampla e vantajosa que alcance todos eles. A própria estrutura normativa dos direitos fundamentais não é coincidente em todos os casos.²¹

Observe-se que o interesse em caracterizar um determinado direito como fundamental não é meramente teórico ou terminológico. Existe, em realidade, grande relevância prática, já que esses direitos são dotados de características que lhe dão peculiaridades de efetivação e proteção.

Em primeiro lugar, é preciso dizer que os direitos fundamentais possuem um inegável conteúdo material que representam o seu conteúdo ético,²² intimamente ligado à dignidade da pessoa humana e à limitação de poder.²³ A dignidade humana seria, portanto, a base desses direitos e, corresponderia a um valor moral que, absorvido pela política, tornou-se um valor fundamental dos Estados democráticos em geral. Na sequência histórica, tal valor foi progressivamente absorvido pelo Direito, até passar a ser reconhecido como um princípio jurídico.²⁴

Nessa linha de raciocínio, a definição do conceito material dos direitos fundamentais estaria, em um primeiro momento, sempre arraigada à noção de dignidade da pessoa humana. A respeito, vejam-se as afirmações de Ingo Sarlet e José Afonso da Silva, respectivamente:

Onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver uma limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade em direitos e dignidades e os direitos

²¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, p. 115.

²² Neste caso, o conceito ético dos direitos fundamentais estaria relacionado à existência de direitos morais na concepção da ética Kantiana que tem por objeto a vontade do homem, e prescreve leis destinadas a reger condutas. Nas palavras literais do autor: “O imperativo categórico é, portanto só um único, que é este: *‘Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal*”. A imagem aqui relevante é a de todo indivíduo como um legislador universal, isto é, com capacidade de estabelecer, pelo uso da razão prática, a regra de conduta ética extensível a todas as pessoas. KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 13; 59.

²³ MARMELSTEIN, George. *Op. cit.*, p. 18.

²⁴ BARROSO. Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 59-68.

fundamentais não forem reconhecidos e assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana.²⁵

No qualitativo fundamentais acha-se a indicação de que 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.²⁶

Na tentativa de fornecer o caráter fundamental dos direitos fundamentais Carlos Bernal Pulido afirma que a pergunta relevante seria quais propriedades materiais atribuem a certos direitos morais um caráter fundamental, de tal maneira que devam ser reconhecidos como direitos fundamentais no âmbito da moral e do Direito. E, como resposta a esta pergunta informa que se deve ter em mente os interesses fundamentais do indivíduo frente à sociedade e ao Estado por meio da satisfação de certas necessidades básicas, quais sejam, a liberdade, a autonomia e a igualdade.²⁷

Entretanto, para além desse conteúdo material, os direitos fundamentais também possuem um conteúdo normativo, ou seja, um aspecto formal. Do ponto de vista jurídico, não é qualquer direito que pode ser enquadrado nesta categoria, pois somente aqueles formalmente reconhecidos como merecedores de uma proteção normativa especial, ainda que implicitamente, podem ser considerados direitos fundamentais. O grande questionamento é: de que forma estes direitos necessitariam estar formalmente positivados para serem considerados fundamentais?

Respondendo a questão, Carlos Bernal Pulido informa que as propriedades formais se referem ao fato de que os direitos fundamentais serem estabelecidos por certas fontes do Direito, e explica que o caráter fundamental em sentido formal existe quando se observam uma das seguintes condições: ser estabelecido por uma disposição que pertença ao capítulo de direitos fundamentais da Constituição ou pertença, em geral, ao texto constitucional ou ao bloco de constitucionalidade ou quando a norma ou posição jurídica relativa ao direito constitucional foi reconhecida

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1998*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 59.

²⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p.182.

²⁷ BERNAL PULIDO, Carlos. O caráter fundamental dos direitos fundamentais. *In: Revista do Direito do Estado-RDE*. Ano 5, nºs 19 e 20. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 30.

como uma norma ou posição jurídica de direito fundamental por parte da jurisprudência.²⁸

A concepção formal tem a sua importância porque acaba por preservar os direitos fundamentais do fenômeno da trivialização, isto é, evita que todo e qualquer direito possa vir a ser considerado fundamental por se relacionar, por exemplo, ao valor da dignidade humana, fenômeno esse que pode produzir efeito inverso e perverso representado pelo excesso de fundamentalização, e, conseqüentemente, acarretar a perda do *status* privilegiado dos direitos fundamentais, em função do enfraquecimento da característica de serem diferentes, ou, na linguagem inglesa, um *preferred rights*, com qualidade próprias e especialíssimas.²⁹

Entretanto, identificar a fundamentalidade de um direito apenas em seu aspecto formal, e ainda que, de fato e de direito, a sua base esteja positivada formalmente na norma do artigo 5º, §2º, da Constituição, não parece ser a interpretação mais adequada, e isso porque a sociedade moderna atual é complexa e contingente, vale dizer, não dá conta de demonstrar, no presente, todas as relações possíveis de serem feitas por seus elementos. De modo que o aspecto material de um direito fundamental consegue com mais força de significado fazer frente a esse processo de complexificação social, no qual não se tem a menor ideia do que possa ser considerado direito fundamental num curto período de tempo.³⁰

Não é demais lembrar que a Constituição de 1998, na esteira da evolução constitucional desde a proclamação da República (1889), seguida da primeira Constituição Federal e Republicana de 1891 e amparada no espírito da IX emenda da Constituição norte-americana, consagrou a ideia da abertura material do catálogo constitucional dos direitos e garantias fundamentais.

Sabe-se que o Título II da Constituição de 88 (art. 5º a 17), que é intitulado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, foi o local escolhido pelo constituinte para acolher esses direitos. Se não bastasse a existência de um elenco tão extenso, o constituinte brasileiro adotou um rol não exaustivo (ou seja, aberto) de direitos fundamentais. De fato, por força do art. 1º, inc. III, somado com o art. 5º, § 2º, da

²⁸ BERNAL PULIDO, Carlos. *Op. cit.*, p. 28.

²⁹ SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Op.cit.*, p. 35.

³⁰ *Ibidem*, p. 35.

Constituição de 88, podem-se encontrar direitos fundamentais fora do Título II e até mesmo fora da Constituição, de modo que “os direitos fundamentais não se esgotam naqueles direitos reconhecidos no momento constituinte originário, mas estão submetidos a um permanente processo de expansão”.³¹

É perceptível que a abertura a direitos não previstos expressamente no texto originário da Constituição guarda relação, embora sem que se possa falar em integral superposição, com a noção de um constitucionalismo cumulativo³² em matéria de direitos e garantias, notadamente no que diz respeito ao fato de que aos primeiros direitos civis e políticos, somaram-se os direitos socioambientais e culturais.

Então, um dos maiores desafios para quem se ocupa do estudo acerca da abertura material do catálogo de direitos e garantias é justamente o de identificar quais os critérios que poderão servir de fundamento para a localização daquelas posições jurídico-fundamentais, como tais não expressamente designadas pelo Constituinte, mas que ainda assim integram o catálogo constitucional de direitos fundamentais.

A tarefa de identificar e justificar posições fundamentais em outras partes da Constituição, bem como a possibilidade de reconhecer a existência de direitos fundamentais implícitos ou autonomamente desenvolvidos a partir do regime e dos princípios da Constituição, passa necessariamente pela construção de um conceito material de direitos fundamentais. O problema, como explicita Canotilho, é saber como distinguir, dentre os direitos sem assento constitucional, aqueles com dignidade suficiente para serem considerados fundamentais. No caso, a orientação tendencial de princípio é a de considerar como direitos extraconstitucionais materialmente fundamentais os direitos equiparáveis pelo seu objeto e importância aos diversos tipos de direitos fundamentais.³³

³¹ PARDO, David Wilson de Abreu. *Direitos fundamentais não- enumerados: justificação e aplicação*. Tese de Doutorado (UFSC), 2005, p. 12.

³² Constitucionalismo cumulativo é a expressão utilizada para designar um constitucionalismo crescentemente superavitário, a ponto de autorizar a ilação de que, graças a ele, o Estado de Direito termina por desembocar num Estado de direitos.

³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 404.

Portanto, numa primeira aproximação, com relação às normas de direitos fundamentais integrantes do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), se admite a existência de uma presunção de que sejam normas constitucionais (em sentido material).

No que diz respeito à identificação e fundamentação de direitos implícitos ou positivados em outras partes da Constituição ou mesmo fora dela, não se poderá dispensar um exame acurado no sentido de que sejam guindadas à condição de direitos fundamentais (compartilhando, de tal sorte, do regime reforçado de tais direitos na ordem constitucional) apenas posições jurídicas implícitas ou expressamente consagradas, e que efetivamente sejam de tal sorte relevantes no que diz com o seu conteúdo e significado, a ponto de merecerem o *status* de direitos fundamentais, em sentido material e formal, ou mesmo apenas material, quando for este o caso.

Ajudando a construir estes critérios e sintetizando bem os elementos dos direitos fundamentais já apontados, Sarlet acrescenta outros para formar o que entende ser o significado desses direitos. Para o referido autor, os direitos fundamentais são:

Todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material da Constituição).³⁴

Acredita-se, então, que mais importante do que classificar os direitos fundamentais formalmente, é saber que o fato de existirem categorias desses direitos positivados não exclui a possibilidade de existirem outros não-positivados, desde que eles possam ser considerados normas dotadas de juridicidade potencializada.³⁵ O imprescindível é que, a partir da Constituição (formal ou

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 82.

³⁵ Aqui se entende que a fundamentalidade dos direitos fundamentais está justamente no fato de serem considerados como normas que são princípios jurídicos, onde em qualquer ângulo em que se ponha o jurista ou operador do direito, caracterizam-se por possuírem um grau máximo de juridicidade.

material), seja possível verificar a fundamentalidade de um direito, ainda que de forma implícita.³⁶

Não se trata, portanto, de negar valor de direito positivo ou juridicidade a esse tipo de norma, trata-se apenas de refletir seriamente acerca da impossibilidade de se conceituar, de forma cabal um direito fundamental.³⁷

Relacionando a questão com o tema desta dissertação, observe-se que a maioria dos conceitos acima definidos colocam a pessoa humana como elemento essencial para a caracterização dos direitos fundamentais, de modo que seria incompatível com seu conteúdo a atribuição destes direitos às pessoas jurídicas de direito público. Entretanto, sabe-se que existem certos direitos fundamentais que, em princípio, seriam titularizados por pessoas físicas, mas que, eventualmente, podem favorecer pessoas jurídicas. E, então, como compatibilizar tal possibilidade com a fundamentalidade acima descrita (ligada ao fundamento da dignidade humana)?

Sobre a caracterização dos direitos fundamentais apenas como direitos da pessoa humana, Bobbio lembra que a expressão “direitos do homem” é muito vaga e acaba conduzindo a definições tautológicas inúteis, como a de que “os direitos humanos são os que cabem ao homem enquanto homem”. Ou ainda, leva a conceitos que, de tão abertos, pouco dizem por si mesmos, como a definição de direitos do homem como sendo aqueles “cujo reconhecimento é condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana” - o que não presta muita ajuda, pois, como dito, não há univocidade ao que se entende por aperfeiçoamento da pessoa humana.³⁸

Isso acontece porque, como já foi dito, o conteúdo material dos direitos fundamentais tem como elemento básico, além da dignidade da pessoa humana, a limitação do poder, de modo que se determinada norma jurídica tiver relação com o princípio da dignidade humana ou com a limitação do poder e for reconhecida pela Constituição formal ou material como merecedora de especial proteção, é bem provável que se esteja diante de um direito fundamental.

³⁶ MARMELSTEIN, George. *Op. cit.*, p. 25.

³⁷ SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Op.cit.*, p.37.

³⁸ BOBBIO, Noberto. *Op.cit.*, p. 17-24.

E tal conteúdo passa a ser vislumbrado principalmente quando se baseia em um suporte fático amplo³⁹ dos direitos fundamentais, que parte da constatação de que o que é protegido pelos direitos fundamentais (ao contrário do que ocorre com as teorias que se baseiam num suporte restrito), é toda ação, estado ou posição jurídica que tenha alguma característica que, isoladamente considerada, faça parte do âmbito temático de um determinado direito fundamental, independente da consideração de outras variáveis.

A definição é propositalmente aberta, já que é justamente nesta abertura que se caracteriza a amplitude da proteção, onde a definição do âmbito de proteção é apenas a definição *prima facie*, ou seja, de algo que poderá a vir sofrer restrições posteriores.⁴⁰

Tem-se como consequência não somente a ampliação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, mas também uma maior extensão do conceito de intervenção, significando que neste conceito está incluída toda potencial restrição ao âmbito de proteção de um direito fundamental, independentemente de quem esteja sendo alvo desta “interferência” indevida.⁴¹

Deste modo, assumindo estes pressupostos (abertura material dos direitos fundamentais e ampliação do âmbito de proteção), parece ser possível compatibilizar o conteúdo dos direitos fundamentais e a sua titularidade pelas pessoas jurídicas de direito público, em determinadas hipóteses específicas, que serão analisadas de forma detalhada no terceiro capítulo da presente dissertação.

1.3 As vertentes dos direitos fundamentais e sua influência na esfera da titularidade

A doutrina constitucional tem reconhecido que os direitos fundamentais possuem dupla dimensão: a subjetiva e a objetiva. A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais é a que mais se afeiçoa às suas origens históricas e às suas

³⁹ Para Virgílio da Silva, suporte fático “é formado, em linhas gerais, por aqueles fatos ou atos do mundo que são descritos por determinada norma e para cuja realização ou ocorrência se prevê determinada consequência: preenchido o suporte fático, ativa-se a consequência jurídica”. SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 67.

⁴⁰ *Ibidem*, p.109-112.

⁴¹ *Ibidem*, p. 109-112.

finalidades mais próximas. Neste sentido, corresponde à característica desses direitos de, em maior ou menor escala, ensejarem uma pretensão a que se adote um dado comportamento ou um poder da vontade de produzir efeitos sobre certas relações jurídicas.

Por esta vertente, os direitos fundamentais equivalem à exigência de uma ação negativa (em especial, de respeito ao espaço de liberdade do indivíduo) ou positiva de outrem, e, ainda, correspondem a competências – em que não se cogita de existir comportamento ativo ou omissivo de outrem, mas do poder de modificá-lhe as posições jurídicas.⁴²

E por direito subjetivo, pode-se entender o poder de ação, assente do direito objetivo, destinado à satisfação de um interesse com as seguintes características: corresponde a um dever jurídico por parte de outrem; é violável, ou seja, pode ocorrer que a parte que tem o dever jurídico, que deveria entregar uma determinada prestação, não o faça; e, violado o dever jurídico, nasce para o seu titular uma pretensão, podendo ele servir-se dos mecanismos coercitivos e sancionatórios, notadamente por via de uma ação judicial. Assim:

Em desenvolvimento do raciocínio, as normas constitucionais definidoras de direitos - isto é, de direitos subjetivos constitucionais – investem os seus beneficiários em situações jurídicas imediatamente desfrutáveis, a serem efetivadas por prestações positivas ou negativas, exigíveis do Estado ou de outro eventual destinatário da norma. Não cumprido espontaneamente o dever jurídico, o titular do direito lesado tem reconhecido constitucionalmente o direito de exigir do Estado que intervenha para assegurar o cumprimento da norma, com a entrega da prestação. Trata-se do direito de ação, previsto no art. 5º, XXXV da Constituição, em dispositivo assim redigido: “a lei não excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça de direito.”⁴³

Um direito subjetivo é um todo, integrado por três tipos de entidade: uma disposição jurídica, uma norma jurídica ou várias normas jurídicas. Como uma espécie dos direitos subjetivos, os direitos fundamentais também ostentam essa estrutura. Um direito fundamental é um todo, ou seja, um conjunto de normas e

⁴² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais* p.152.

⁴³ BARROSO. Luis Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. *Temas de Direito Constitucional*, p. 74.

posições jurídicas de direito fundamental que se circunscrevem interpretativamente a uma disposição de direito fundamental.⁴⁴

Como direitos subjetivos, fundamentadores de *status*, os direitos fundamentais são direitos básicos jurídico-constitucionais do particular. Estes ganham seu peso material especial por eles estarem na tradição dos direitos do homem e do cidadão, na qual seus conteúdos, nos Estados constitucionais ocidentais, converteram-se em princípios de direito suprapositivo e elementos fundamentais da consciência jurídica; diante desse fato, nenhuma ordem pode pretender legitimidade, que não incorpore em si as liberdades e direitos de igualdade garantidos pelos direitos do homem e do cidadão.⁴⁵

Com base nesta dimensão subjetiva, os direitos fundamentais funcionariam como fonte de direitos subjetivos, gerando para os seus titulares uma pretensão individual de buscar a sua realização através do Poder Judiciário. Entretanto, insta ressaltar que os direitos fundamentais possuem características específicas, que os distinguem de outros tipos de direitos subjetivos, ou seja, possuem as propriedades (matérias e formais) que os tornam fundamentais, conforme descrito no tópico anterior.

Hodiernamente, além da citada dimensão subjetiva, ganhou relevo, simultaneamente, a percepção de que os direitos fundamentais possuem também uma feição objetiva, que não somente obriga o Estado a respeitar os direitos fundamentais, mas que também o força a fazê-los respeitados pelos próprios indivíduos. Na verdade, consagrariam objetivos básicos da ordem jurídica e da sociedade.⁴⁶

Como consequência da dimensão objetiva, qualquer interpretação jurídica deverá ser feita à luz dos direitos fundamentais, que se transformam no fundamento de todo o sistema normativo.

⁴⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5. ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 181.

⁴⁵ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998, p. 232-233.

⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, p.152.

É como se a Constituição criasse um campo magnético ao redor das leis de modo que toda interpretação acaba sendo afetada por essa força. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais liga-se ao reconhecimento de que tais direitos, além de imporem certas prestações aos poderes estatais, consagram também os valores mais importantes em uma comunidade política, constituindo, como afirmou Honrad Hesse, “as bases da ordem jurídica da coletividade”.^{47 48}

Nota-se que, por causa desse caráter duplo, os direitos fundamentais produzem efeito fundamentador de *status*: como direitos subjetivos, eles determinam e asseguram a situação jurídica do particular em seus fundamentos; como elementos fundamentais (objetivos) da ordem democrática e estatal-jurídica, eles o inserem nessa ordem.⁴⁹ Como elementos da ordem objetiva, determinante de *status*, limitadora de *status* e asseguradora de *status*, que inserem o particular na coletividade, os direitos fundamentais constituem bases da ordem jurídica da coletividade. Nisso existe, para as camadas de significados individuais dos direitos

⁴⁷ Sobre a consagração dos direitos fundamentais por meio de uma ordem de valores serão feitas algumas ponderações no próximo tópico da presente dissertação.

⁴⁸ SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 251-354.

⁴⁹ Para Hesse, o status jurídico-constitucional do particular, fundamentado e garantido pelos direitos fundamentais da Lei Fundamental, é um status jurídico material, isto é, um status de conteúdo concretamente determinado que, nem para o particular, nem para os poderes estatais, está limitadamente disponível. Esse status também compreende direitos e deveres concretos, determinados e limitados materialmente, cuja atualização e cumprimento a ordem jurídica ganha realidade. Ele não se deixa, por causa disso, reduzir às categorias formais e abstratas de uma relação, enformada por submissão ao poder parcialmente ilimitado, entre dois sujeitos de vontade – do sujeito reinante do Estado e do sujeito submetido “indivíduo” – que formou a base da denominada “relação de poder geral”, pela qual, segundo a concepção tradicional, a posição geral do particular era caracterizada no Estado. Hesse explicita, ainda, que o status jurídico-constitucional, fundamentado e garantido pelos direitos fundamentais, distingue-se, fundamentalmente, do status jurídico-fundamental da, hoje, ainda perseguida, doutrina do status de G. Jellineck. Pois o “*status negativus*”, ao qual Jellineck atribui, no essencial, os direitos fundamentais, é meramente formal, secundário diante da forma do “*status subjectionis*”: a “pessoa”, à qual cabe o “*status negativus*”, não é homem ou o cidadão em sua realidade da vida, senão o indivíduo abstrato na redução à sua capacidade de ser titular de direitos e deveres- motivo pelo qual para G. Jellineck também não pode haver personalidade natural, senão somente jurídica, e a personalidade é criada pelo Estado. A liberdade quanto o “*status negativus*” garante não está relacionada com condições de vida concretas determinadas, senão com um estar livre geral e abstrato de coação não-legal. E o destinatário das pretensões do “*status negativus*”, o poder estatal, não está limitado de antemão justamente por aquela liberdade, senão é, em princípio, poder ilimitado, que simplesmente obrigou-se mesmo por concessão de determinadas liberdades, nem pode ser juridicamente impedido de eliminar novamente essa autovinculação, a não ser que o Estado deva perder seu caráter como sujeito onipotente e, com isso, como Estado, ser abolido. Até onde o – potencialmente ilimitado – “*status subjectionis*” se estende, ele exclui autodeterminação e, por conseguinte, a personalidade. Quanto a esta questão, Hesse afirma que prescindindo de todas as objeções contra suas bases e sua transferência ao Estado constitucional democrático, uma tal compreensão hoje é incompatível com o Direito Constitucional positivo. HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 230-231.

fundamentais como direitos subjetivos, uma relação de complemento e fortalecimento recíproco; esta exclui e separa o significado dos direitos fundamentais como princípios objetivos, do seu significado primitivo e fundamental.⁵⁰

Clarificando a noção da dupla dimensão dos direitos fundamentais, anote-se citação do famoso caso Luth (Tribunal Constitucional Federal Alemão, 1958) feita pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130-DF:

Em Luth o TCF alemão reconhece a dupla dimensão, subjetiva (individual) e objetiva (institucional), dos direitos fundamentais. Em primeira linha, considerou o Tribunal o seguinte:

‘Sem dúvida, os direitos fundamentais existem, em primeira linha, para assegurar a esfera de liberdade privada de cada um contra intervenções do poder público; eles são direitos de resistência do cidadão contra o Estado. Isto é o que se deduz da evolução histórica da idéia de direito fundamental, assim como de acontecimentos históricos que levaram os direitos fundamentais às constituições dos vários Estados. Os direitos fundamentais da Grundgesetz também têm sentido, pois ela quis sublinhar, com a colocação do capítulo dos direitos fundamentais à frente (dos demais capítulos que tratam da organização do Estado e constituição e de seus órgãos propriamente ditos), a prevalência do homem e sua dignidade em face do poder estatal. A isso corresponde o fato de o legislador ter garantido o remédio jurídico especial para proteção destes direitos, a Reclamação Constitucional, somente contra atos do poder público’.

Em seguida, não obstante, conclui o Tribunal que: ‘Da mesma forma é correto, entretanto, que a Constituição, que não pretende ser um ordenamento neutro do ponto de vista axiológico, estabeleceu, também, em seu capítulo dos direitos fundamentais, um ordenamento axiológico objetivo, e que, justamente em função deste, ocorre um aumento da força jurídica dos direitos fundamentais [...]. Esse sistema de valores, que tem como ponto central a personalidade humana e sua dignidade, que se desenvolve livremente dentro da comunidade social, precisa valer enquanto decisão constitucional fundamental para todas as áreas do direito: Legislativo, Administração Pública e Judiciário recebem dele diretrizes e impulsos

Essa concepção formada pela Corte Alemã evidencia que os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados (HESSE, Konrad. Grundzüge des Verfassungsrechts, der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg: C. F. Muller, 1995, p. 112; KREBS, Walter. Freiheitsschutz durch Grundrechte, in JURA, p. 617 (619), 1998). Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não assegurem, primariamente, um direito subjetivo quanto aqueles outros, concebidos como garantias individuais – formam a base do

⁵⁰ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 239.

ordenamento jurídico de um Estado de Direito Democrático (grifo nosso).⁵¹

Observa-se que essa citada dimensão objetiva acarreta consequências importantes, pois é ultrapassada a ideia inicial de que o particular é apenas titular e nunca sujeito passivo dos direitos fundamentais (eficácia vertical, simbolizando uma relação assimétrica de poder em que o Estado se coloca em uma posição superior em relação ao indivíduo) e faz com que os direitos fundamentais não sejam considerados exclusivamente sob a perspectiva individualista, mas, igualmente, que o bem por ele tutelado seja preservado e fomentado por todos.

Outrossim, os direitos passam a ser observados, também, nas relações dos indivíduos entre si, que devem respeitar sua força vinculante e eficácia imediata – trata-se do que restou conhecido como efeito externo ou eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Stuart Mill, já há muito tempo alertava que a sociedade também é capaz de tyrannizar tanto quanto um governo opressivo. Afinal:

A sociedade pode e realmente executa suas próprias determinações; e se emite determinações erradas ao invés de certas, ou determinações sobre as coisas nas quais absolutamente não deveria intervir, ela estará praticando uma tirania social mais terrível do que muitos tipos de opressão política, uma vez que, embora não usualmente apoiada por necessidades extremas, ela deixará poucos meios de escape, penetrando muito mais profundamente nos pormenores da vida, e escravizando a própria alma.⁵²

A teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais, inclusive, entre os particulares, foi defendida inicialmente na Alemanha por Hans Carl Nipperdey, a partir do início da década de 50. Segundo ele, embora alguns direitos fundamentais previstos na Constituição alemã vinculem apenas o Estado, outros, pela sua natureza, podem ser invocados diretamente também nas relações privadas, independentemente de qualquer mediação por parte do legislador, revestindo-se de oponibilidade *erga omnes*. Nipperdey justifica a sua afirmação com base na constatação de que os perigos que ameaçam os direitos fundamentais no mundo

⁵¹ BRASIL. STF, *ADPF nº 130*. Rel. Min. Ayres Britto. Tribunal do Pleno, julgamento em 30/04/2009, publicação em 06/11/2009, p. 218-219.

⁵² MILL, Stuart. *Sobre a liberdade*. São Paulo: Escala, 2006, p. 21.

contemporâneo não provêm apenas do Estado, mas também dos poderes sociais e de terceiros em geral.⁵³

A teoria de Nipperdey foi retomada e desenvolvida na doutrina germânica por Walter Leisner e, embora, minoritária no cenário germânico, e, muitas vezes criticada pela doutrina da *state action*⁵⁴ e pela teoria da eficácia indireta e mediata,⁵⁵ a tese da eficácia horizontal imediata tem ampla penetração na doutrina de outros países europeus e na América Latina, também ganhando muitos adeptos na doutrina brasileira, sendo sustentada por autores como Ingo Sarlet, Luis Roberto Barroso, Gustavo Tepedino, Wilson Steinmetz e Jane Reis Gonçalves Pereira.⁵⁶

Em decorrência desta constatação, o Estado passa a não ser destinatário único dos direitos fundamentais e isso significa dizer que esses direitos possuem um segundo aspecto que não simplesmente aquele primordialmente imaginado (de proteger o indivíduo contra as eventuais interferências indevidas do Estado), até

⁵³ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF. In: *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 297-300.

⁵⁴ Como explicita Daniel Sarmento, no cenário norte-americano, tem prevalecido a visão de que, em regra geral, os direitos fundamentais positivados na Constituição não se estendem às relações privadas. É praticamente um axioma do Direito Constitucional norte-americano, quase universalmente aceito, tanto pela doutrina como pela jurisprudência, a ideia de que os direitos fundamentais, previstos no *Bill of Rights* da Constituição daquele país, impõem limitações apenas para os Poderes Públicos e não atribuem aos particulares direitos frente a outros particulares. Trata-se da chamada *state action* (cita-se como exemplo, Laurence Tribe. *American Constitutional Law*. 2nd. Ed., Mineola: *The Fundatin Press*, 1998, p. 1688-1720; e *Refocusing the 'State Action' Inquiry: Separating State Acts from State Actors*. In: *Constitutional Choices*. Cambridge: Havard University Press, 1985, p. 246-266; John E. Nowark. & Ronald D. Rotunda. *Constitutional Law*. 5th. Ed., St Paul: West Publishing Co., 1995, p. 470-509). Para justificar essa posição, a doutrina apoia-se na literalidade do texto constitucional norte-americano, que se refere apenas aos Poderes Públicos na maioria das suas cláusulas consagradoras de direitos fundamentais. Mas também são invocados outros argumentos teóricos, sendo o principal deles a preocupação com a autonomia privada. *Ibidem*, p. 288.

⁵⁵ A teoria da eficácia mediata ou indireta dos direitos fundamentais foi desenvolvida originariamente na doutrina alemã por Gunther Durig, em obra publicada em 1956, e tornou-se a concepção dominante no direito germânico, sendo hoje adotada pela maioria dos juristas daquele país e pela Corte Constitucional. Trata-se de construção intermediária entre a que simplesmente nega a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, e aquela que sustenta a incidência direta destes direitos na esfera privada. Para a teoria da eficácia mediata, os direitos fundamentais não ingressam no cenário privado como direitos subjetivos, que possam ser invocados a partir da Constituição. Reconhece-se a irradiação dos direitos fundamentais por todos os campos do ordenamento jurídico, entretanto, no âmbito privado, esses direitos não são protegidos pelo Direito Constitucional, mas sim por meio da atuação do legislador, por isso se estendem aos particulares apenas de maneira mediata. *Ibidem*, p. 292-294.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 297-300.

porque os agentes privados são potencialmente capazes de causar danos efetivos aos princípios constitucionais e podem oprimir tanto ou até mais do que o Estado.⁵⁷

A esse respeito, Daniel Sarmento, que desenvolveu sua tese de doutorado sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, assinala que:

No contexto da economia capitalista, o poder crescente de instâncias não estatais como as grandes empresas e associações, tornara-se uma ameaça para os direitos do homem, que não poderia ser negligenciada, exigindo que a artilharia destes direitos de voltasse também para os atores privados. Estes, que até então eram titulares de direitos humanos oponíveis em face do Estado, assumem, agora, em determinados contextos, a condição de sujeitos passivos de tais direitos. Se a opressão e a injustiça não provêm apenas dos poderes públicos, surgindo também nas relações privadas travadas no mercado, nas relações laborais, na sociedade civil, na família, e em tantos outros espaços, nada mais lógico do que estender a estes domínios o raio de incidência dos direitos fundamentais, sob pena de frustração dos ideais morais e humanitários em que eles se lastreiam.⁵⁸

Importante ressaltar que a teoria da eficácia imediata não nega a existência de especificidades nesta incidência, nem a necessidade de se ponderar o direito fundamental em jogo. Não se trata, portanto, de uma doutrina radical, que possa conduzir a resultados liberticidas, pois ela não prega a desconsideração da liberdade individual no tráfico jurídico-privado, mas antes impõem que ela seja devidamente sobrepesada na análise de cada situação concreta.⁵⁹

Sobre esta questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e seu efeito direto e imediato nas relações jurídicas é preciso frisar que um dos parâmetros importantes nesta questão liga-se ao grau de desigualdade fática entre as partes da relação, pois a assimetria de poder tende a comprometer o exercício de direitos pela parte mais fraca e, em consequência, quanto mais a relação for assimétrica, maior será a vinculação da parte mais forte ao direito fundamental em jogo.⁶⁰

Todavia, como salienta Virgílio Afonso da Silva, o conceito de desigualdade material é estanque, já que tende a pressupor que sempre que houver desigualdade material entre as partes envolvidas deverá haver maior proteção dos direitos da parte materialmente mais fraca. Para ele, isso ignora o jogo de forças no interior da

⁵⁷ MARMELSTEIN, George. *Op. cit.*, p. 370.

⁵⁸ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 25.

⁵⁹ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF. *In: Direitos, Deveres e Garantias Fundamentais*, p. 299.

⁶⁰ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 326.

relação, que pode ser muito mais importante do que a condição material dos envolvidos e não estar a ela necessariamente vinculado. Com isso, salienta que o recurso às desigualdades (fática e material), ainda que possa ser usado como elemento da argumentação jurídica nesse âmbito, deve ser encarado com extrema reserva.⁶¹

Depreende-se, assim, que, a depender do contexto, a proteção ao direito fundamental nem sempre abarca somente o lado aprioristicamente mais fraco da relação, devendo-se analisar onde se encontra a sujeição ao poder e a limitação da liberdade.

E com base nisso, forma-se outro pressuposto para o desenvolvimento do presente trabalho: a dimensão objetiva e o aumento da eficácia dos direitos fundamentais denota que eles possuem tamanha força de significado para a configuração estatal e da sociedade que acabam por ser espraiar por todo o ordenamento jurídico, indo muito além de uma mera concepção subjetiva individual de titularidade de direitos fundamentais.⁶²

Abre-se espaço para que o Estado não seja o único a estar no polo passivo nas relações de direito fundamental, e, por conseguinte, passa-se a verificar as pessoas jurídicas de direito públicos em outras posições jurídicas, a depender da situação concreta e de onde se encontrar a necessidade de proteção.

Com essas considerações, pode-se entender também que as normas que consagram direitos fundamentais não são apenas constitutivas de direitos subjetivos (em sentido amplo). Isso leva a crer que os direitos fundamentais não podem ser entendidos apenas do ponto de vista de certas concepções individualistas, pelo que acabariam sendo resumidos a um emaranhado de posições jurídico subjetivas em face do Estado.

Apresentam-se, na normativa constitucional, como marco de proteção de situações jurídicas subjetivas e, ao mesmo tempo, como um conjunto objetivo.⁶³ Para Vieira de Andrade, falar de uma dupla dimensão tem o sentido de mostrar que:

⁶¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op.cit.*, p. 173-180.

⁶² SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Op.cit.*, p. 108.

⁶³ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1998, p. 20-21.

Os preceitos relativos aos direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto posições jurídicas de que estes são titulares perante o Estado, designadamente para dele se defenderem; antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como fins que esta se propõe prosseguir, em grande medida através da ação estadual.⁶⁴

É bem verdade que o aspecto subjetivo é, em certa medida e à primeira vista, proeminente em relação ao aspecto objetivo, pois os direitos fundamentais são, em primeira linha, direitos subjetivos ou garantias de um *status* jurídico individual, como se pode observar na do art. 5º da Constituição brasileira de 1988. Não obstante, como salienta Díez-Picazo, a dimensão objetiva, apesar de ser menos aparente do que a dimensão subjetiva, refere-se a uma característica evidente dos direitos fundamentais.⁶⁵

De qualquer forma, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais não pode ser considerada como uma mera justaposição, como um simples complemento ou suplemento da dimensão subjetiva, que seria primordial.⁶⁶ De acordo com Hesse, trata-se de uma “relação de remissão e complemento recíprocos”⁶⁷ ou, no entendimento de Häberle, de “uma relação recíproca ou de paridade hierárquica”.⁶⁸

Assim, parece certo que os direitos fundamentais não podem ser concebidos unicamente como direitos subjetivos, destinados à proteção de situações individuais, ou como liberdades, poderes, competências, cujo significado maior encontra-se na delimitação de uma esfera de imunidade individual face ao Estado. O direito subjetivo fundamental, como posição primordial, não explica todas as consequências que resultam da expressão jurídica de direitos fundamentais, ou seja, não abarca toda a relevância jurídica das normas que os contemplam. As normas de direitos fundamentais, para serem entendidas por completo, devem ser consideradas em

⁶⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 111

⁶⁵ Díez-PICAZO, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid: Civitas; 2003, p. 57.

⁶⁶ Esse é o entendimento de Vieira de Andrade, segundo o qual a dimensão subjetiva é principal. A dimensão objetiva, por outro lado, atua apenas como “complemento e suplemento da dimensão subjetiva”, em que “só tem lugar os conteúdos normativos (as garantias ou os deveres) a que não possam corresponder direitos individuais”. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op.cit.*, p. 111.

⁶⁷ HESSE, Konrad. Significado de los derechos fundamentales. In: BENDA, Ernst (*et al.*). *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons; 1996, p. 91.

⁶⁸ HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson; 2003, p. 74.

sua dupla dimensão: como constitutivas de direitos subjetivos e, ao mesmo tempo, como expressão objetiva da ordem constitucional.⁶⁹

Isso equivale a dizer que no Direito Constitucional, e, especialmente nos direitos fundamentais, sob a égide de uma configuração estatal democrática, o direito individual se relaciona com o social e se refere à sociedade como um todo, não podendo mais serem vistos como corpos separados.⁷⁰ E aumenta-se, o campo de irradiação da titularidade dos direitos fundamentais para outras vertentes de relações verticais e horizontais: Indivíduos *versus* Estado; Indivíduos *versus* indivíduos; Estado *versus* indivíduos; Estado *versus* Estado.

1.4 Estrutura das normas de direitos fundamentais: as concepções filosóficas e o caráter transindividual

Uma das características marcantes dos chamados Estados constitucionais traduz-se na presença de princípios constitucionais que jurisdicizam, em um determinado momento histórico, as exigências morais e éticas mais importantes da comunidade. As Constituições contemporâneas, como normas supremas dos ordenamentos jurídicos constitucionalizados, assumem peculiar estrutura em razão da incorporação de princípios e valores que têm a pretensão de fundamentar e legitimar a ordem jurídica, política e social.⁷¹

Por isso, questões filosófico-jurídicas levantadas em torno de problemas fundamentais do Direito Constitucional atual – como, por exemplo, a racionalidade da ponderação de direitos fundamentais e a legitimidade democrática da jurisdição constitucional, objetos de instigante debate entre Alexy e Habermas⁷² encontram sua origem precisamente na relação entre princípio e valor. Definir os contornos dessa relação e os efeitos dela decorrentes para a interpretação constitucional e para a

⁶⁹ Assim, para Canotilho, por possuírem uma dupla dimensão, as normas de direitos fundamentais estão sujeitas a uma fundamentação subjetiva e, por outro lado, a uma fundamentação objetiva. A fundamentação subjetiva procura realçar o significado ou relevância da norma de direito fundamental para o indivíduo, para seus interesses, para sua situação da vida, para sua liberdade, enfim, para sua personalidade. A fundamentação objetiva, por outro lado, tem em vista salientar a função objetiva do direito fundamental, como valor, apresentando sua importância para a coletividade, para o interesse público, para a vida comunitária. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.*, p. 1242.

⁷⁰ SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Op.cit.*, p.107.

⁷¹ VALE, André Rufino do. *A estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. 286 f. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

⁷² *Ibidem*, p. 151.

sistematização do ordenamento jurídico revela-se como pressuposto indispensável para dilucidar problemas relacionados à configuração normativa dos direitos fundamentais – como mandatos a serem otimizados, princípios, diretrizes políticas, valores – e, portanto, para entender melhor a titularidade desses direitos.

No conceito de Constituição adotado por Alexy, os princípios constitucionais são compreendidos essencialmente como valores: ambos expressariam um sentido normativo que exige critérios de aplicação.⁷³ Estruturalmente, princípio e valor seriam idênticos, na medida em que ambos expressam critérios *prima facie* aplicáveis na avaliação de uma situação concreta.

Além disso, Alexy aponta que os princípios e valores estão intimamente vinculados, pois ambos admitem a possibilidade de colisão e ponderação, em virtude de haver princípios e valores que não podem ser realizados integralmente a um só tempo. As duas categorias admitiriam o cumprimento gradual, ou seja, a realização de um valor ou princípio pode ser realizada de forma parcial. Assim, uma decisão concreta pode, *a priori*, realizar os princípios/valores ao mesmo tempo, devendo um princípio/valor ceder proporcionalmente ao outro. Em virtude dessas semelhanças estruturais, Alexy afirma que os enunciados do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha sobre valores podem ser reformulados em termos principiológicos, e vice-versa.⁷⁴

A diferença entre princípios e valores é reduzida, assim, a um ponto. Aquilo que, no modelo de valores, é *prima facie* o melhor é, no modelo de princípios, *prima facie* devido; e aquilo que é, no modelo dos valores, definitivamente melhor é, no modelo de princípios, definitivamente devido. Princípios e valores diferenciam-se, portanto, somente em virtude de seu caráter deontológico, no primeiro caso, e axiológico, no segundo.⁷⁵

De qualquer maneira, tanto os conceitos deontológicos quanto os axiológicos, para Alexy, estabelecem normas⁷⁶ de acordo com o teórico alemão, norma é gênero subdividido em duas espécies: norma deontológica (que abrange regras e princípios)

⁷³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 139.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 139.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 153.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 145.

e norma axiológica (que se subdivide, por seu turno, em regras de valoração e valores, entendidos como critérios de valoração). A função das regras no contexto das normas deontológicas é análoga à das “regras de valoração” das normas axiológicas, e os princípios assumem no contexto deontológico o mesmo papel dos valores no contexto axiológico.

Alexy sustenta que os princípios são mandatos de otimização, sendo suscetíveis de ponderação, assim como os valores. Ao afirmar isso, se vale da aplicação da ponderação ou otimização como critério capaz de resolver o problema do conflito entre princípios e valores. Assim, a função do princípio da proporcionalidade na proposta de Robert Alexy é de um metaprincípio para regular o conflito entre os princípios constitucionais é a adoção de uma escala objetiva de valores, capaz de resolver as colisões de direitos fundamentais.⁷⁷

De qualquer forma, permanece a “ampla coincidência estrutural entre princípios e valores”⁷⁸, de forma que um enunciado possa ser expressado como valor ou como princípio sem qualquer alteração no processo de argumentação jurídica. A distinção formulada por Alexy possui o efeito (inverso) de realçar a semelhança estrutural entre princípios e valores. Sua utilidade principal está em esclarecer as duas dimensões (deontológica e axiológica) de uma mesma norma. Deixa aberta, não obstante, a possibilidade de que na interpretação da norma se passe facilmente da dimensão deontológica para a dimensão axiológica. Segundo Alexy, “na argumentação jurídica é perfeitamente possível partir do modelo de valores em vez do modelo de princípios”.⁷⁹ A vantagem do modelo de princípios está em que ele expressa de forma clara o caráter de *dever ser*, dando lugar a menos “falsas interpretações” do que o modelo de valores.

Entretanto, a mencionada teoria dos direitos fundamentais como valores é criticada por ser incapaz de lidar democraticamente com o fato do pluralismo, isto é, com a circunstância de que as sociedades contemporâneas diversificadas não se estruturam em torno de valores éticos compartilhados intersubjetivamente por todos os cidadãos, de modo que tratar os princípios constitucionais a partir de uma teoria

⁷⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 145.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 145.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 145.

axiológica exigiria um compromisso ético dos cidadãos com determinados valores que, contudo, podem não ser adotados por todos.⁸⁰

Ou seja, escolher um valor ou um critério de decisão apto a hierarquizar quais são os valores mais importantes numa determinada sociedade, seria uma atitude arbitrária. Qualquer valor, ou conjunto de valores, escolhido pode ser incompatível com os valores de um ou mais indivíduos, excluindo-os da oportunidade de uma convivência livre e igual com os outros membros da sociedade. Neste sentido, citem-se John Rawls, Ronald Dworkin e Jürgen Habermas, para quem os princípios constitucionais são distintos logicamente dos valores em virtude da “prioridade do justo sobre o bem.”⁸¹

Para esta outra vertente, existem diferenças no tocante ao sistema de princípios (ou sistema de normas) e o sistema de valores. Os princípios não podem contradizer-se se pretendem validade para o mesmo círculo de destinatários; devem relacionar-se de forma coerente, ou seja, formar um sistema. Os valores, ao contrário, concorrem pela primazia em relação a outros valores.

Na medida em que obtêm reconhecimento intersubjetivo em uma determinada cultura ou forma de vida, os valores “constituem configurações ao mesmo tempo tensas e flexíveis.”⁸² Com a divisão forte entre princípios (normas) e valores, Habermas tenta separar o modo de interpretação/aplicação de normas do modo de interpretação/aplicação de valores, de forma que apenas o primeiro pode corresponder à aplicação das normas jurídicas e, portanto, das normas de direitos fundamentais. Sua intenção é preservar o “muro divisório” introduzido no discurso jurídico com a compreensão deontológica das normas jurídicas.⁸³ A assimilação dos princípios jurídicos aos valores estabelecidos pela distinção fraca de Alexy introduz

⁸⁰ A esse subjetivismo demasiado tem-se associado a ideia de que a teoria axiológica pode conceber aos direitos fundamentais conteúdos definidos por arbitrariedades. Essa é a condenação filosófica de Habermas ao se opor à adaptação dos princípios jurídicos a valores e à consequente substituição dos juízos normativos deontológicos (de dever ser) por juízos axiológicos, guiados simplesmente por aquilo que é bom. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade*, p. 316.

⁸¹ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. Brasília: Ática, 2000, p. 221-261; DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 371-408; HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethhe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004, p. 310-318.

⁸² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade*, p. 328-329.

⁸³ *Ibidem*, p. 329.

no discurso jurídico formas próprias da aplicação de valores e, nesse sentido, subverte o caráter deontológico das normas jurídicas.

Como se vê, Habermas estabelece uma rígida separação entre princípios e valores, baseado numa concepção forte do caráter deontológico das normas jurídicas, em especial, das normas de direitos fundamentais.

Neste ponto, também merece também destaque o comentário de Konrad Hesse quanto ao assunto, afirmando que:

O significado de muitas camadas dos direitos fundamentais como elementos da ordem objetiva é reduzido quando esse significado é entendido como estabelecimento de uma “ordem de valores objetiva” ou de um “sistema de valores” que “encontra o seu ponto central na personalidade, que se desenvolve livremente no interior da comunidade social, e na sua dignidade. A uma compreensão restringida ao aspecto da “ordem de valores” deve a multiplicidade das funções e conexões, aqui expostas em traços fundamentais, ficar oculta, nas quais os direitos fundamentais obtêm contornos mais firmes.

Além disso, é a questão, até que ponto à ideia da “ordem de valores” pode caber significado jurídico constitucional. **A crítica ampla a jurisprudência encontrou nisso, objetiva, nomeadamente, que o recurso à valores – discutidos na sociedade pluralista- não possibilita uma interpretação dos direitos fundamentais segundo regras claras e visíveis, conduz a uma confluência de valorações subjetivas do juiz, não necessariamente cobertas pelo conteúdo normativo dos direitos fundamentais e, com isso, também a perdas para a certeza jurídica. Nisso, todavia, passa desatendido que o conceito “valores” muitas vezes, é empregado só para a caracterização do conteúdo normativo dos direitos fundamentais.** A jurisprudência aqui, sob a impressão viva das experiências históricas, nomeadamente as época do regime nacional-socialista, expressou somente aquilo que teve de ser e ficar o sentido histórico e núcleo irrenunciável da nova ordem constituída pela Lei Fundamental: a relação desses direitos com os direitos do homem, a idéia da “ordem de valores” foi um início e um auxílio em vista de uma situação, na qual ainda faltava, em grande parte, uma elaboração de conteúdo normativo concreto e do alcance dos direitos fundamentais individuais, da sua relação um para com o outro e dos pressupostos de sua limitação. **Essa elaboração é a obra da jurisprudência desde então, em conjunto, contínua; com ela está disponível uma existência firme de pontos de vista e regras, qual possibilita responder algumas questões de direitos fundamentais metodicamente mais seguro e evitar, em grande parte, o recurso repentino a “valores”** (grifo nosso).⁸⁴

Como se observa, é constante a busca de encontrar em sistemas de pensamentos diversos uma justificação para os direitos fundamentais, uma justificação filosófica que os tornem necessários e os reforcem. O problema é que há uma variedade considerável de vertentes filosófico-jurídicas disputando a justificativa

⁸⁴ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 144-145.

dos direitos fundamentais, muitas vezes excludentes entre si, como demonstram as digressões acima expostas.

Portanto, comunga-se aqui com o entendimento afirmado por Norberto Bobbio, no sentido de afirmar ser ilusório buscar um fundamento absoluto para os direitos fundamentais, já que são frutos de momentos históricos diferentes.⁸⁵ Ao invés, seria mais produtora buscar para a consagração de um direito como fundamental, sempre tendo presentes as condições, os meios e as situações nas quais este direito poderá atuar. Não bastaria, assim, que um direito encontre bons fundamentos filosóficos (como valor ou princípio, de maneira excludente), aceitos no momento, para ser positivado; é indispensável o concurso de condições sociais e históricas para que tal venha a ocorrer.⁸⁶

Nessa perspectiva, pode-se dizer que as normas de direitos fundamentais possuem uma dupla face, ou seja, são ao mesmo tempo fenômenos deontológicos e axiológicos. Na dimensão estritamente normativa ou deontológica, as normas de direitos fundamentais caracterizam-se pelo uso de enunciados deônticos (de mandado, proibição e permissão) para definir pretensões (direitos subjetivos em sentido estrito), liberdades, poderes e imunidades.⁸⁷ Um direito fundamental em termos deontológicos, portanto, está estruturado por um conjunto de posições (pretensões, liberdades, poderes e imunidades) conferidas por normas (que incorporam diferentes modalidades deônticas) reunidas em uma disposição de direito fundamental.

Todavia, os direitos fundamentais não devem ser entendidos apenas em termos estritamente deontológicos. Eles não constituem apenas pretensões, liberdades, poderes e imunidades com base em enunciados deônticos. Compreendê-los dessa forma seria reduzi-los à linguagem normativa desses enunciados. Os direitos fundamentais também constituem objetivos da ordem constitucional.

⁸⁵ BOBBIO, Norberto. *Op.cit.*, p.17.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 24.

⁸⁷ Adota-se aqui a divisão de conceitos jurídicos de Hohfeld: a) direito subjetivo (em sentido estrito); b) liberdades ou privilégios; c) poderes ou competências; d) imunidades. Nas análises seguintes, o conjunto desses conceitos poderá ser substituído por direito subjetivo (em sentido amplo) para representar o conjunto de posições jurídicas jusfundamentais. Sobre os conceitos jurídicos fundamentais: HOHFELD, Wesley Newcomb. *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*. New Haven: Yale University Press, 2000.

Essa compreensão auxilia na justificativa da ampliação dos sujeitos de direitos fundamentais, pois ao se entender que os direitos fundamentais visam não apenas preservar pretensões, liberdades, poderes e imunidades dos indivíduos com base em enunciados deônticos, amplia-se o seu conteúdo para concebê-los em outras funções, mas sem correr o risco valorativo puro dos comunitaristas, pois aqui não está a se propugnar que qualquer valor seja almejado à categoria de direito fundamental.

Os teóricos ditos comunitaristas buscam defender a tese de que a defesa do sujeito como único portador de direitos fundamentais mina qualquer possibilidade de defender uma sociedade pluralista. É que, para eles, manter a titularidade dos direitos no nível individual implica condenar uma série de comunidades e grupos ao extermínio. Comunidades que rejeitam o compromisso ético com a tolerância ou com a diversidade religiosa, por exemplo, não poderiam florescer numa sociedade liberal, a não ser que incorporassem os valores liberais. E, nesse caso, a sociedade liberal assimilaria as diferenças das várias culturas em uma meta-cultura liberal. Assim, os comunitaristas entendem o liberalismo como uma perspectiva monocultural. Uma Constituição que realmente valoriza a pluralidade e a diversidade precisa reconhecer a diferença de cada cultura na esfera pública, ressaltando as particularidades de cada uma.⁸⁸

Todavia, realmente parece que a chave para atenuar a neutralidade do sistema de direitos perante as particularidades de cada cultura, não está só na negação do liberalismo, mas sim, como afirma Habermas, está na concatenação interna entre os direitos fundamentais e a democracia:

A acromatopia do enfoque seletivo de leitura desaparece desde que atribuamos aos portadores dos direitos subjetivos uma identidade concebida de maneira intersubjetiva. Pessoas, incluindo pessoas do direito, só são individualizadas por meio da coletivização em sociedade. Sob esse prisma, uma teoria dos direitos entendida de maneira correta vem a exigir exatamente a política de reconhecimento que preserva a integridade do indivíduo, até nos contextos vitais que conformam sua identidade. Para isso não é preciso um modelo oposto que corrija o viés individualista do sistema de direitos sob outros pontos de vista normativos; é preciso apenas que ocorra a realização desse viés.⁸⁹

⁸⁸ ALMEIDA, Fábio Portela Lopes. Os direitos fundamentais entre liberais e comunitaristas: um debate constitucional. *In: Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 15, n. 59, abr-jun-2007, p.120.

⁸⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade*, p. 243.

Nesta conjunção, a ideia de se veicular direitos fundamentais ao Estado, poderia parecer uma maior desproteção à integridade do indivíduo e reforço aos já existentes poderes e prerrogativas da atuação estatal, que, via de regra, já dispõe de inúmeros meios para garantir seus objetivos, em prol de um comunitarismo exacerbado e conseqüente descaracterização das reais funções dos direitos fundamentais.

Porém, ao se admitir a coletivização da sociedade e que o papel dos direitos fundamentais é assegurar o respeito entre os grupos diferentes (e isso não significa dizer que, embora sejam protegidos das maiorias legislativas, esses direitos estejam eternamente na Constituição), abre-se espaço para um estudo mais abarcante e para a noção de que proteção desses direitos contra as maiorias legislativas se deve ao fato de que os argumentos historicamente apresentados contra esses direitos se mostraram insuficientes para elidir a situação do desacordo moral e que não é razoável decidir por um lado ou por outro.⁹⁰

Autoriza-se a manutenção de um espaço de discordância que não é lançado para o mundo privado em que tudo é permitido, mas no reconhecimento de várias identidades culturais, morais e religiosas, que são legítimas e necessárias para o reconhecimento de cada cidadão como um integrante da comunidade política.⁹¹

Esse entendimento dos direitos fundamentais não implica um relativismo moral suposto na tese comunitarista, nem tampouco uma mera assimilação das várias culturas à cultura liberal dominante. Entendida da maneira correta, a esfera pública da democracia liberal é o espaço para a integração de todos.⁹²

Dentro desta perspectiva, o Estado se insere na sociedade participando desta abertura procedimental não apenas como destinatário das normas de direitos fundamentais, posto que estas estão pulverizados nos diversos meios, e, é esse o conceito de ideia-matriz que Häberle toma de empréstimo para o desenvolvimento de sua teoria institucional dos direitos fundamentais.⁹³

⁹⁰ ALMEIDA, Fábio Portela Lopes. Os direitos fundamentais entre liberais e comunitaristas: um debate constitucional. *In: Revista de Direito Constitucional e Internacional*, p.125.

⁹¹ *Ibidem*, p.125

⁹² *Ibidem*, p.125.

⁹³ HÄBERLE *apud* SILVA, Virgílio Afonso da. *Op.cit.*, p. 135-136.

Segundo Häberle, a ideia de direitos fundamentais- a ideia de personalidade, a ideia de propriedade, a ideia de família- deve ser considerada como uma ideia diretriz no sentido institucional de Hauriou. Essas ideias estão enraizadas em seus respectivos meios sociais, nos quais desenvolvem sua realidade social ao mesmo tempo em que também a definem. O mais importante é que instituir a ideia de direitos fundamentais no meio social não é obra exclusiva da Constituição e de seu complexo normativo, mas também da atividade do legislador e também de todos aqueles que vivem dispersos no meio social, os titulares dos direitos fundamentais.⁹⁴

A realização dos direitos fundamentais no meio social é, nesse sentido, um processo, para o qual contribuem os titulares do direito e também o legislador. Os direitos fundamentais concebidos como instituição não são dependentes apenas da vontade subjetiva de determinados indivíduos, eles ganham vida na medida em que façam parte da consciência de um número indeterminado de indivíduos, transformando-se em “coisa social objetiva”.⁹⁵

Esse sistema aberto também encontra arrimo na aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, como bem indicou a Constituição, no § 1º do art. 5º, e na eficácia vinculante dos comandos normativos vistos em relação aos poderes do Estado e aos indivíduos. O rompimento das fronteiras do positivismo clássico buscou conferir eficácia a três aspectos de relevância, observados pelos direitos fundamentais: a) o caráter de direitos de defesa que assumem, impondo limites e deveres à atuação legislativa e administrativa; b) o caráter unitário e unificador das postulações da sociedade em transformação que se manifestam enquanto espinha dorsal das Constituições modernas; c) a imperiosa necessidade de efetividade desses direitos, conferindo prevalência na esfera interpretativa, a fim de dotá-los de mais intensidade e eficácia jurídica.

Partindo-se disto, é possível trabalhar tais direitos de forma mais abrangente, tanto em seu conteúdo, como em sua titularidade, entendendo que os direitos fundamentais alcançam seu sentido e seu principal significado como fatores constitutivos de um livre processo de formação democrática do Estado e de um processo de formação da vontade política, por meio de sua realização no meio

⁹⁴ Ibidem, p. 135-136.

⁹⁵ Ibidem, p. 135-136.

social. Dessa forma, podem ser considerados obra de um processo, para o qual devem contribuir todos aqueles que vivem dispersos no meio social, rejeitando-se, assim, o conceito dos direitos fundamentais apenas como autonomia individual a ser protegida contra a atividade estatal.⁹⁶

Busca-se, deste modo, uma linha conciliatória entre os lados subjetivo-individual e objetivo-institucional dos direitos fundamentais, reconhecendo-se que os direitos fundamentais possuem um duplo conteúdo constitucional. De um lado, são individuais e garantem aos seus titulares determinados direitos subjetivos. Do outro, são caracterizados por uma dimensão objetiva institucional, que implica a garantia jurídico-constitucional de âmbitos vitais, regulados e conformados com ajustes a critério da liberdade.⁹⁷

Os direitos fundamentais, encarados dessa forma, admitem um espaço maior de configuração,⁹⁸ pois o que se está a limitar aqui já não é somente a atuação do Estado, mas sim, o conteúdo da ação de todos os integrantes da sociedade, de modo a assegurar a eficácia irradiante e vinculante dos direitos fundamentais.

Ambos os aspectos caracterizam a essência dos direitos fundamentais. Uma vez conjugadas, as dimensões individual e institucional operam a partir de uma relação recíproca de paridade hierárquica. A primeira, como se disse, não pode ser degradada a mero efeito subjetivo remoto. A segunda, de um modo geral, traz um fortalecimento da liberdade institucionalizada, seja voltada ao indivíduo, seja voltada à coletividade.⁹⁹

E desse modo se mostra a relevância de tais inferências para esta dissertação. O Estado, como participante desta abertura procedimental do processo de interpretação das normas consagradoras de direitos fundamentais, é encarado a partir de uma visão dinâmica, submetendo-se a um processo contínuo de integração pessoal, funcional e material. Então, os direitos fundamentais passam a ser vistos não somente como direitos subjetivos dos indivíduos, mas como elementos que

⁹⁶ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Tradução Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 60-63.

⁹⁷ HABERLE, Peter. *Op. cit.*, p. 74.

⁹⁸ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Op.cit.*, p. 125.

⁹⁹ HABERLE, Peter. *Op.cit.*, p. 73.

ordenam e conformam as relações jurídicas com caráter de estabilidade e continuidade, e que, por isso, são oponíveis a todos, dando ensejo, assim, à análise sobre Estado ser também titular desses direitos em face de outros agentes.

2 O ESTADO COMO SUJEITO DE DIREITOS

2.1 Análise do termo sujeito de direito e a moderna concepção de pessoa jurídica

Os termos pessoa humana, sujeito de direito e capacidade pretendem designar conceitos basilares da Teoria Geral do Direito e muitas vezes são utilizados de formas equivalentes.

Observa-se que as origens dessa relação de equivalência remontam, mais imediatamente, ao pensamento jurídico do século XIX, que procurou sistematizar o direito positivo ao redor da figura do direito subjetivo como representação do homem livre, dotado de vontade e titular de autonomia.

Savigny, em obra intitulada *Sistema de Direito Romano Atual*, logo nas primeiras páginas estipula que “o direito nos parece como um poder do indivíduo. Nos limites desse poder, a vontade do indivíduo reina, e reina com consentimento de todos. A esse poder ou faculdade, nós chamamos de direito, e alguns chamam-no de direito em sentido subjetivo”. Afirma, ainda, que:

A ideia primitiva de pessoa, ou seja, de sujeito de direito deve coincidir com a ideia de homem, e a identidade primitiva desses dois conceitos pode-se formular nos seguintes termos: cada indivíduo e, o indivíduo, apenas, detém capacidade de direito.¹⁰⁰

Passados mais de cento e cinquenta anos desde a publicação das lições de Savigny, a mencionada equivalência ainda se encontra em livros editados no novo milênio e gera um problema: se cada indivíduo e, o indivíduo apenas, detém capacidade de direito e, por conseguinte, pode ser sujeito de direito, como explicar as relações com pessoas jurídicas?

Para não trair o rigor lógico de seu raciocínio, Savigny propõe justificar a pessoa jurídica por meio de uma ficção. Se o direito subjetivo é um poder de vontade e, por razões biopsíquicas, apenas o ser humano tem condições de formular e expressar uma vontade autônoma, apenas o ser humano seria capaz,

¹⁰⁰ SAVIGNY, M.F.C. *Traité de droit romain*. trad. M.Ch. Guenoux. t.I. Paris: Librairie de Firmin Didot Frères, 1855, p. 2 e 7.

apenas o ser humano seria sujeito de direito, pois “o homem, pelo simples fato de sua apresentação corporal, proclama a titularidade da capacidade de direito”.¹⁰¹

Assim, as pessoas jurídicas não teriam esse suporte biopsíquico e, deste modo, sua existência seria contingente e artificial para o direito que, por isso, justificaria sua qualificação como pessoa por meio de uma ficção legal.

A par de se tecer comentários acerca do acerto ou não do que foi acima mencionado, principalmente considerando que as teorias sobre a natureza jurídica da pessoa jurídica e do Estado serão detalhadas no próximo tópico, há que se ressaltar que a resposta de Savigny não resolveu o problema por completo, pois ao lado do que se entende o que vem a ser pessoa jurídica, por diversas vezes, o ordenamento jurídico atribui direitos e obrigações, e por consequência, reconhece capacidade a entes considerados despersonalizados. Cite-se, por exemplo, a massa falida, a herança jacente, a sociedade irregular e o condomínio edilício. Essa razão, por si só, justificaria logicamente uma diferenciação entre o conceito de pessoa e o conceito de sujeito de direito. Para solucionar a imprecisão, parece que o melhor conceito para o termo sujeito de direito seria:

Todo ente, seja grupo de pessoas, sejam universalidades patrimoniais, a que o ordenamento jurídico atribui *capacidade jurídica (=capacidade de direito)* e que, por isso, detém titularidade de posição como termo, ativo ou passivo, em relação jurídica de direito material (= ser titular de direito ou de dever, de pretensão ou de obrigação, de ação ou situação de acionado, de exceção ou de situação de excetuado) ou de direito formal (= ser autor, réu, embargante, oponente, assistente ou, apenas, recorrente), ou, mais amplamente, de alguma situação jurídica. Ser sujeito de direito, portanto, é ser titular de uma situação jurídica (*lato sensu*), seja como termo de relação jurídica, seja como detentor de uma simples posição no mundo jurídico.¹⁰²

O termo sujeito de direito, portanto, restaria desligado do conceito de pessoa. A expressão sujeito de direito designaria, apenas e tão-somente, um suporte para atribuição de situações jurídicas (direitos e obrigações em sentido amplíssimo). Justamente por ser um conceito mais abstrato do que pessoa, por sujeito de direito poder-se-ia abranger um número maior de situações do que aquelas referenciadas pelo conceito de “pessoa”. Pode-se dizer que, hoje, toda pessoa seria sujeito de direito. O inverso, todavia, seria falso. Nem todo o sujeito de direito seria pessoa.

¹⁰¹ SAVIGNY, M.F.C. *Op.cit.*, p. 271.

¹⁰² BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia – 1ª parte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 125.

Tendo como pilar esse fundamento, passa-se a estudar a pessoa jurídica como um desses sujeitos de direito com vista à elaboração de uma teoria geral que fosse hábil para justificar a separação dos membros da entidade e a atribuição pela ordem legal de personalidade ao grupo, de modo a permitir ao homem a coesão com as uniões por ele formadas, assegurando com isso a sua permanência.

Admitindo o sistema legal a capacidade de adquirir direitos e contrair obrigações no mundo jurídico àquelas formas associativas, surge a necessidade da atribuição de um nome, nacionalidade, domicílio e um patrimônio às pessoas jurídicas, sob pena de ficar inviabilizada sua capacidade de exercitar atos jurídicos. Por conseguinte, o resguardo de direitos, do nome, da imagem, ou da criação intelectual, entre outros, é indispensável, não só para o ser humano, mas também para todas as entidades legais, as quais o Direito outorgou personalidade.¹⁰³

Nesse contexto, o mundo moderno encontra-se quase que dominado por uma miríade de entidades, com amplitude de finalidades e estabilidade de funcionamento: as pessoas jurídicas. E enquanto os homens desaparecem em sucessivos acontecimentos, devido à limitada duração da vida, as pessoas jurídicas perpetuam-se através das gerações, ou se entrelaçam, se fundem, fracionam-se, especializam-se em tarefas sempre novas, ou se renovam na vida social. Por outro lado, os próprios indivíduos são inseridos na estrutura das pessoas jurídicas, colaborando ou contribuindo como células obscuras, que constituem como que baluartes de civilização, das quais eles retiram benefícios, no seu particular ou geral interesse.¹⁰⁴

O próprio Estado, pessoa jurídica de direito público, antes uno, hoje se desdobra em entidades estatais, como as empresas públicas e as sociedades de economia mista, equiparadas constitucionalmente às empresas privadas, numa atitude de descentralização administrativa. Tudo isso evidencia a extraordinária importância que assumem as pessoas jurídicas, a demandar por parte do legislador um conjunto de medidas que se revelem duradouras.¹⁰⁵

¹⁰³ ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *A pessoa jurídica e os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.4.

¹⁰⁴ FERRARA, Francesco. *Teoría de las personas jurídicas*. Trad. da 2. ed. italiana por Eduardo Overejo y Maury. Madrid. Editorial Reus, 1929, p.23.

¹⁰⁵ ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *Op.cit.*, p.4.

Coube à doutrina alemã, nas obras de juristas como Otto von Gierke, Rudolf von Ihering, Kohler, Oertmann, Zitelmann, formular a moderna concepção da pessoa jurídica. Ao sistematizarem a matéria, preocuparam-se em elaborar uma teoria que pudesse ser aplicada em qualquer ramo do direito, considerando a existência de sujeitos de direito distintos da pessoa natural e lhes atribuindo a titularidade de direitos subjetivos. Partindo da premissa, que o ordenamento jurídico não pode negar a presença de grupos humanos e de bens destinados à satisfação de interesses e necessidades coletivas, dotados de componentes, impõe-se o reconhecimento pelo Direito destes entes, outorgando-lhes atributo que até então só era conferido ao homem, possibilitando o exercício em nome próprio de direitos subjetivos e deveres.¹⁰⁶

A pessoa jurídica representa um instrumento posto pelo Direito à disposição das pessoas naturais, para que, agrupando-se os esforços, possa utilizá-lo para atender aos anseios sociais.¹⁰⁷ Com o avolumar das massas populares, difícil se mostraria o empreendimento individual. Mister se fez, pois, a coletivização dos ideais. E, para organizá-los, precisou-se de um instrumento legalmente reconhecido, que os representasse no mundo jurídico. Eis, então, a pessoa jurídica, representando um forte instrumento social.¹⁰⁸

Pontes de Miranda situa no início do século XIX (1807) o emprego originário da expressão pessoa jurídica, atribuindo ao jurista alemão Heilse a anterioridade de sua utilização, mas sua propagação e prestígio deu-se com a adoção da expressão por Savigny, inclusive foi o termo empregado pelo Código Civil (*Juristischen Personen*, de acordo com a rubrica do título segundo, §1º, do primeiro livro da Parte Geral do B.G.B):

¹⁰⁶ ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *Op.cit.*, p.4.

¹⁰⁷ Para Hans Kelsen a essência da pessoa jurídica, pela jurisprudência tradicional, contraposta à chamada pessoa física, deixa-se melhor revelar através de uma análise do caso típico de uma pessoa jurídica: a corporação dotada de personalidade jurídica. Uma tal concepção é, em regra, definida como uma comunidade de indivíduos a que a ordem jurídica impõe deveres e confere direitos subjetivos que não podem ser vistos como deveres ou direitos dos indivíduos que formam esta corporação como seus membros, mas competem a esta mesma corporação. Precisamente porque estes deveres e direitos por qualquer forma afetam os interesses dos indivíduos que formam a corporação, sem que, no entanto, sejam direitos e deveres destes – como presume a teoria tradicional –, são considerados como deveres e direitos da corporação e, conseqüentemente, esta é concebida como pessoa. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do direito*. Tradução de Joao Batista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 194.

¹⁰⁸ RIBEIRO, Alex Sandro. *Ofensa à honra da pessoa jurídica: de acordo com o Código Civil de 2002*. São Paulo: Universitária de Direito, 2004, p.57.

As pessoas jurídicas, como as pessoas físicas, são criações do direito; é o sistema jurídico que atribui direitos, deveres, pretensões, ações e exceções a entes humanos ou entidades criadas por esses [...] Em todas há suporte fático, e não há qualquer ficção em ver a pessoa nas sociedades e associações (personificadas) e nas fundações; não se diz que são entes humanos; caracteriza-se mesmo, em definições e em regras jurídicas diferentes, a distinção entre pessoas físicas e pessoas jurídicas. Nem sempre todos os homens foram sujeitos de direito, nem só eles o foram e são. A discussão sobre serem reais ou não as pessoas jurídicas é em torno de falsa questão: realidade, em tal sentido, é conceito do mundo fático; pessoa jurídica é conceito do mundo jurídico. O que importa é assentar-se que o direito não as cria *ex nihilo*, traz, para as criar, algo do mundo fático.¹⁰⁹

Surge, assim, a noção de pessoa jurídica como uma coletividade organizada e estável voltada para fins comuns (da sociedade como um todo) e específicos (as metas do grupo), com individualidade e autonomia próprias, justificando-se a inadmissibilidade dos objetos ilícitos e contrários à moral e aos costumes.¹¹⁰

Forma-se o paradoxal sistema de aparecimento das relações jurídicas. De um lado, o ente indivisível, dotado de racionalidade, e vulgarmente chamado pessoa física.¹¹¹ De outro, o ente ideal, abstrato, que sem constituir uma realidade do mundo sensível, pertence ao universo das instituições e dos ideais destinados a perdurarem com o tempo.¹¹² E reconhece-se, assim, espaço para que o Estado possa se inserir também como umas destas pessoas jurídicas, ou seja, como um sujeito de direitos, e não apenas como destinatário de deveres e obrigações na esfera jurídica.

¹⁰⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte geral*, t.1. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 344.

¹¹⁰ ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *Op. cit.*, p.4.

¹¹¹ Como explica De Plácido e Silva: “A expressão pessoa jurídica, em oposição à pessoa natural, expressão adotada para indicação da individualidade jurídica constituída pelo homem, é empregada para designar as instituições, corporações, associações e sociedades, que, por força ou determinação da lei, se personalizam, tomam individualidade própria, para constituir uma entidade jurídica, distinta das pessoas que a formam ou compõem. Diz-se jurídica porque se mostra uma encarnação da lei. E, quando não seja inteiramente criada por ela, adquire vida ou existência legal somente quando cumpre as determinações fixadas por lei. Dessa forma, ao contrário da pessoa natural, cuja existência legal se inicia por um fato natural (o nascimento), a pessoa jurídica somente tem existência quando o Direito lhe imprime o sopro vital. Criando-se ou as confirmando, é, pois, o Direito que determina ou dá vida a estas unidades, formadas pela agremiação de homens, pela patrimonização de bens, ou para cumprir, segundo as circunstâncias, realização do próprio Estado”. SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 13. ed. Atualizada por Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 609.

¹¹² RIBEIRO, Alex Sandro. *Op.cit.*, p.58.

2.2 As teorias acerca da personalidade jurídica e a natureza jurídica do Estado

A busca pela explicação acerca da natureza jurídica do Estado sempre foi uma constante dentro de um contexto de vivência institucional. Segundo descreve Georges Burdeau:

Ninguém jamais viu o Estado. Não obstante, quem poderia negar que se trata de uma realidade? O lugar que ocupa em nossa vida cotidiana é tão importante, que não poderia ser eliminado dela sem que, por sua vez, se vissem comprometidas nossas necessidades vitais. A ele atribuímos todas as paixões humanas: é generoso ou ladrão, engenhoso ou estúpido, cruel ou benévolo, discreto ou invasor. E porque o consideramos sujeito a esses movimentos da mente ou do coração humano, a ele dedicamos os mesmos sentimentos que nos inspiram as pessoas confiança ou temor; admiração ou desprezo; ódio muitas vezes; porém, em certas ocasiões, um tímido respeito ou uma adoração atávica e inconsciente do poder se misturam com a necessidade de acreditar que nosso destino, embora misterioso, não é um brinquedo do acaso. Se a história do Estado resume nosso passado, sua existência atual parece prefigurar nosso futuro. Se às vezes o maldizemos, logo nos damos conta de que, para o bem ou para o mal, estamos ligados a ele.¹¹³

Vale a propósito mencionar que, a respeito da relação entre passado e futuro do Estado e da sociedade humana, “assim como a história do Estado resume o nosso passado, sua existência nos parece prefigurar nosso futuro”.¹¹⁴ Dessa forma, a concepção de Estado como sujeito de direito e pessoa jurídica representa um extraordinário avanço no sentido da disciplina jurídica do interesse coletivo. Esta noção promove a conciliação do político com o jurídico.

Como visto, sujeito, em sentido jurídico, é uma capacidade criada mediante a vontade do ordenamento jurídico. E segundo Jellineck, em sua obra intitulada *Teoria Geral do Estado*, o homem é detentor da capacidade jurídica porque todo o direito é uma relação entre seres humanos. Entretanto, a lógica não exige que esta qualidade se atribua apenas ao indivíduo, ao contrário, toda a subjetivação de uma comunidade de homens ou de uma coletividade, pertence ao campo das ficções. O conhecimento jurídico há de unir-se aos resultados do conhecimento do Estado como fenômeno real.¹¹⁵

¹¹³ BURDEAU *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, p.20.

¹¹⁴ BURDEAU *apud* DALLARI, Dalmo de Abreu. *O futuro do Estado*, p. 52.

¹¹⁵ JELLINECK, Georg. *Teoría General del Estado*. Traducción de la segunda edición alemana. Montivideo-Buenos Aires: B de f editorial, 2005, p. 243.

Corroborando o que foi dito no primeiro tópico do presente capítulo, na mencionada obra explica-se que sujeito, em sentido jurídico, não é uma essência, uma substância, e sim uma capacidade criada mediante a vontade da ordem jurídica. Entretanto, nada exige que a qualidade de sujeito de direitos seja atribuída apenas ao indivíduo. E a elevação de uma unidade coletiva àquela condição, não tem o sentido de criação de uma substância fictícia que não existisse antes. Conclui Jellineck:

Se o Estado é uma unidade coletiva, uma associação, e esta unidade não é uma ficção, mas uma forma necessária de síntese de nossa consciência que, como todos os fatos desta, forma a base de nossas instituições, então tais unidades coletivas não são menos capazes de adquirir subjetividade jurídica que os indivíduos humanos.¹¹⁶

Tão lícito é conceber cientificamente o Estado como sujeito de direito, como atribuir ao homem este mesmo caráter. Somente mediante esta doutrina é possível compreender juridicamente a unidade do Estado, de sua organização e de sua vontade.¹¹⁷

Se se consideram em conjunto as teorias do Estado, deduz-se o seguinte: toda tentativa de explicar o Estado tem um caráter individualista ou coletivista. Aquelas doutrinas que se dizem realistas ou empíricas são a rigor consequências da concepção que considera o indivíduo como único realmente existente, mas toda tentativa de explicar o Estado de uma posição puramente individualista tem fracassado e necessita fracassar porque é incapaz de conceber o Estado em sua unidade.¹¹⁸

A posição coletivista ao contrário, une a unidade do todo com a independência de seus membros e serve de fundamento para a doutrina orgânica do Estado, para a unidade de associação e para a doutrina política do Estado como sujeito de direito.¹¹⁹

Acerca das teorias que estudam a personalidade jurídica das pessoas jurídicas, Raymond Saleilles, em sua obra *De la Personalité Juridique: Histoire et Théories* explica que se pode classificar três categorias de sistemas teóricos, no

¹¹⁶ JELLINECK, Georg. *Op.cit.*, p. 243.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 245.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 247.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 247.

domínio continental, para explicar o fenômeno jurídico do que ele chama de teoria da personalidade jurídica: o sistema da ficção ou da pessoa ficta, o sistema da negação da personalidade e o sistema da pessoa real.¹²⁰

O primeiro grupo defende a teoria da pessoa ficta e foi sistematizada por Savigny, sob o influxo do movimento revolucionário francês de 1789. Segundo Saleilles, para Savigny a capacidade jurídica implica na ideia de uma criação artificial, ou seja, as pessoas jurídicas existem, mas é uma existência puramente jurídica. Elas se opõem às pessoas reais, que existem por elas mesmas, no sentido de que a individualidade dos indivíduos se impõe com certeza, de tal maneira que a personalidade se manifesta com a mesma exterioridade. A personalidade jurídica da pessoa jurídica, ao contrário, não se manifesta no exterior com as mesmas características dos indivíduos, pois é preciso que o direito lhes individualize por meio de uma invenção artificial para verificar e condicionar a sua existência.¹²¹

Destarte, seria a pessoa jurídica mero artifício criado pela vontade soberana da lei para possibilitar que certos grupos sejam titulares de direitos subjetivos. Assim, embora dotadas de personalidade jurídica própria, que não se confunde com a de seus componentes, as pessoas jurídicas são sujeitos artificiais, criados pela lei. E entre as pessoas jurídicas se acha o Estado, cuja personalidade é também produto da mesma ficção.

Pode-se dizer que, por esta teoria, o Estado é também dotado de personalidade jurídica, mas é igualmente um sujeito artificial, entendendo-se o Estado como a personificação da ordem jurídica, e que assim como o direito pode atribuir ou não personalidade jurídica aos homens, o mesmo pode fazer em relação às comunidades que encontra diante de si. Aceita-se a ideia do Estado-pessoa jurídica, mas como produto de uma convenção, de um artifício, que só se justifica por motivos de conveniência.

A crítica que é feita a esta teoria, sobretudo por Ferrara, é que Savigny não analisou a pessoa jurídica como uma realidade própria, dotada de uma aptidão inata para a titularidade de imputações jurídicas, preferindo lançar mão da ficção na

¹²⁰ SALEILLES, Raymond. *De la Personalité Juridique: Histoire et Théories*. Paris: Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1910, p. 309.

¹²¹ Ibidem, p. 309-310.

ausência de melhor explicação. “O fictício é o nada, como poderia o Direito fazer efetivamente nascer um sujeito aí onde, de fato, inexistente qualquer sujeito?”¹²²

Ademais, como frisou Saleilles, a figura do Estado totalmente distinto das unidades individuais que o constituem, por meio de uma pessoa ficta, é uma teoria do absolutismo, pois no lugar de se fazer do Estado a personificação dos indivíduos que lhe formam, faz-se uma pessoa nova e distinta, com significação e vida jurídica independente e estranha às individualidades que ela representa. Esta pessoa ficta necessitará de alguém que lhe encarne e que lhe realize no mundo exterior a sua vontade, simbolizada através de uma pessoa única, como aconteceu com Louis XIX na célebre frase *L'Etat, c'est moi*.¹²³

Pode-se mencionar, ainda neste primeiro grupo, a teoria da *personerolle*, conhecida no Brasil como a teoria da representação, que é uma pequena variação da anterior, sendo defendida pelo alemão Bohlau. Enquanto Savigny vê como ficção a própria pessoa jurídica, Bohlau restringe a personificação apenas para o órgão representativo da pessoa. Onde falta a vontade psicológica do homem, faz-se mister uma vontade “criada”, por via da qual possa a pessoa jurídica entrar em contato com o mundo exterior e agir no interesse de seus integrantes. Contra esta teoria, poder-se-iam suscitar as mesmas críticas e objeções oponíveis à teoria da ficção.¹²⁴

Continuando, em sua décima sétima lição, Saleilles apresenta o segundo grupo, que compreende as teorias que rejeitam a ideia de personalidade, real ou ficta. As pretensas “*personnes morales*” não constituem nenhuma forma de pessoas, reais ou fictas. Não existem outras pessoas além das individuais reunidas em coletividade. Aqui prepondera a ideia da personalidade como uma forma de propriedade e patrimônio.¹²⁵

Neste grupo, coube a Brinz formular a teoria do patrimônio com uma determinada finalidade. O homem, explicam os defensores desta teoria, tem um patrimônio e com ele realiza seus objetivos, entretanto, há uma causa que exige a destinação de um patrimônio, a fim de que este sirva exclusivamente para aquele

¹²² FERRARA, Francesco. *Op.cit.*, p.128.

¹²³ SALEILLES, Raymond. *Op.cit.*, p. 364-365.

¹²⁴ ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *Op.cit.*, p.34.

¹²⁵ SALEILLES, Raymond. *Op.cit.*, p. 386.

objetivo. Como vários homens se reúnem e todos separam os seus bens em quotas, convém que o direito relacione este património de forma separada, à parte dos indivíduos.¹²⁶ A questão se resumiria apenas ao plano material.

A principal objeção que é feita a esta teoria é que ela é insustentável à luz da lógica, pois parte da premissa dos direitos sem sujeitos, defendida por Zitelmann. Os teóricos são unânimes em afirmar que o sujeito é um elemento ontológico à noção de qualquer direito, não havendo relação entre objetos de direito. Outra crítica é a impossibilidade de uma pessoa jurídica sem um património, pelo que se deduz dos postulados desta teoria. Na prática isso não se verifica, sendo perfeitamente possível pessoas jurídicas destituídas de património, especialmente as associações civis de fins culturais, por exemplo, que muitas vezes carecem de bens em seu nome para o atingimento de seus fins.¹²⁷

Também neste segundo grupo pode se enquadrar a teoria da propriedade coletiva de Marcel Planiol. Para este jurista francês, a propriedade teria sido originariamente coletiva, e, com a evolução da humanidade e o progresso, começou a se delinear a individualização desta propriedade, mas isto não impediu que ainda sejam encontrados resquícios desse domínio coletivo. Planiol identifica nas pessoas fictas (denominação por ele empregada para identificar as pessoas jurídicas) um património pertencente em comum a uma pluralidade de pessoas, particularmente nas corporações, estabelecimentos públicos e sociedades privadas.¹²⁸

Em cada uma dessas espécies, nota-se que a propriedade coletiva não deve ser confundida com a indivisão do condomínio porque neste cada co-proprietário tem uma parte no património comum e conserva a sua autonomia, enquanto que na pessoa ficta a propriedade é da coletividade, de todos indistintamente, não podendo a vontade de um sócio prejudicar a gestão social e os ditames do contrato.¹²⁹

A crítica que se faz a esta teoria é também a ligação imprescindível da pessoa jurídica ao património, posto que este não é pressuposto conceitual da pessoa jurídica. Como afirma Clóvis Beviláqua, não se analisa a pessoa jurídica na

¹²⁶ ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *Op.cit.*, p. 34.

¹²⁷ *ibidem*, p. 35.

¹²⁸ PLANIOL, Marcel et al. *Traité pratique de droit civil français*, t.1. Paris, *Librairie générale de droit et de jurisprudence*, 1952, p. 82.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 82.

sua face mais elevada, a que determinou a sua criação, que é o seu fim. Limita-se a ver no Estado a Fazenda Pública, e não o sistema de forças sociais organizadas.¹³⁰

Pode-se falar, ainda, da teoria de Von Jhering que desenvolveu a teoria individualista ou a dos *destinatários-sujeitos*, que tem como base o direito subjetivo. Assim, para que exista um direito subjetivo é indispensável o elemento volitivo, sem o qual ele não se forma, de modo que os verdadeiros sujeitos do direito não são as pessoas jurídicas, mas os membros isolados, estes sim, destinatários de direitos, aquelas não são mais do que uma forma especial, mediante a qual estes manifestam suas relações jurídicas no mundo exterior.¹³¹

Entretanto, nem sempre há a coincidência entre os interesses e o patrimônio da pessoa jurídica e de seus componentes, sendo possível o exercício do direito da entidade contra o seu componente e vice-versa, pois a pessoa jurídica pode ser autonomamente sujeito da relação jurídica.¹³²

Por fim, a partir da vigésima primeira lição, Saleilles começa a discorrer sobre a ordem de teorias que afirmam a existência real da pessoa jurídica, opondo-se à ideia de que ela seja mera ficção. Se enquadram nesta classificação a teoria da vontade e a teoria do órgão.¹³³

Segundo Zitelmann, a vontade, destacada de outras faculdades, deve ser considerada como verdadeiro sujeito, tanto dos direitos atribuídos às pessoas naturais quanto às pessoas jurídicas. Entretanto, a crítica que se faz é que a tese confere à vontade uma autonomia que ela não tem, pois, na verdade, é a pessoa que é sujeito de direito e não a vontade.¹³⁴

Já a teoria da realidade objetiva ou orgânica, construída por Otto Von Gierke, é diametralmente oposta à da ficção e afirma que a pessoa jurídica é uma realidade que surge ao lado do homem, capaz de vida autônoma. Do mesmo modo que a pessoa natural, a pessoa jurídica realiza seus fins através de seus órgãos

¹³⁰ BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Brasília: Imprensa Nacional, 1972, p.124.

¹³¹ ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *Op.cit.*, p.36.

¹³² *Ibidem*, p.37.

¹³³ SALEILLES, Raymond. *Op.cit.*, p. 518 e ss.

¹³⁴ ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *Op.cit.*, p.38.

competentes, os quais seriam tão reais e vivos para o direito como os próprios seres humanos.¹³⁵

Todavia, esta teoria também foi criticada por atribuir vontade psicológica às pessoas jurídicas, posto que não seria possível emprestá-las atributo exclusivamente humano, lembrando Ferrara que o ato volitivo não se compreende sem uma sensibilidade, uma consciência daquilo que se almeja; só o homem pensa e é capaz de sentir, por isso mesmo pode querer. Qualquer outro entendimento seria levantar hipótese fantásticas como um “artista” do direito.¹³⁶

A teoria mais aceita pelos autores modernos é a da realidade técnica, situando-se entre as duas posições antagônicas anteriores. Por ser eclética, ela confere valor a fração de cada uma das teorias, estando mais de acordo com a realidade, pois não parte para construções artificiais ou entra no campo das ciências exatas. Do ponto de vista materialista, só o homem é uma realidade, sendo a pessoa jurídica pura ficção (como doutrinam Savigny e Jhering), mas a pessoa jurídica existe de fato no direito, não como uma realidade corporal, mas ideal. É uma concepção da ciência jurídica que aprecia os diferentes fenômenos de acordo com seus critérios, tendo em vista os objetivos das instituições jurídicas.¹³⁷

Neste contexto, e aplicando as teorias acima citadas à personalidade jurídica estatal, Gerber, citado por Dallari, em seu livro *Elementos de Teoria Geral do Estado*,¹³⁸ admite que esta personalidade é uma construção jurídica, negando, todavia, que se trate de mera ficção jurídica, totalmente desligada da realidade. Numa tomada de posição bem característica de sua orientação doutrinária, identificada como *organicismo ético*, conclui que o Estado é um organismo moral, pensado personalisticamente, existente por si e não como simples criação conceitual.

Já Laband, também citado por Dallari, acentua que o Estado é um sujeito de direito, uma pessoa jurídica, com capacidade para participar de relações

¹³⁵ ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *Op.cit.*, p.38.

¹³⁶ FERRARA, Francesco. *Op.cit.*, p. 201.

¹³⁷ ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *Op.cit.*, p.39.

¹³⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 46-47.

jurídicas.¹³⁹O Estado é visto como uma unidade organizadora, uma pessoa que tem vontade própria. E mesmo quando a vontade do Estado é formada pela participação dos que o compõe, ou seja, do povo, não se confunde com as vontades dos que participam da formação da vontade estatal. Assim, também os direitos e deveres do Estado são distintos dos direitos e deveres de seus cidadãos.

Prosseguindo na descrição, Dallari afirma que, analisando essas teorias, Groppali chama de *abstração* o processo pelo qual se afirma o Estado como pessoa jurídica, procurando demonstrar que a ideia de abstração permite levar em conta os elementos reais, concretos, que existem no Estado, sem o absurdo de compará-lo a uma pessoa física. Ao mesmo tempo evita o erro do ficcionismo, que baseia a vida jurídica do Estado, implicando interesses fundamentais dos indivíduos e da coletividade, num mero artifício.¹⁴⁰

Em sentido contrário, opondo-se às teorias que consideram o Estado como pessoa jurídica, Dallari informa que Max Seydel nega terminantemente a personalidade jurídica do Estado, dizendo que este não é unidade, nem organismo, nem todo vivo, nem sujeito de direitos, mas, tão-só, homens, ou, quando muito, terra e gente dominada por uma vontade superior.¹⁴¹

Assim, não existe vontade do Estado, mas vontade sobre o Estado, sendo este apenas objeto de direito daquela vontade superior. Continua Dallari afirmando que Donati faz uma pequena concessão, dizendo que a personalidade real do Estado é, na verdade, a personalidade dos governantes, que são os portadores da soberania e a substância da subjetividade estatal. Por outro lado, Duguit refuta o próprio Donati, entendendo o Estado apenas como uma relação de subordinação, ou, então, como uma cooperação de serviços públicos organizados e dirigidos pelos governantes. Essa relação de fato jamais se poderia transformar em pessoa, sendo, por isso, no seu entender, inaceitável a teoria da personalidade jurídica do Estado.¹⁴²

¹³⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*, p. 46-47.

¹⁴⁰ Ibidem, p. 46-47.

¹⁴¹ Ibidem, p. 46-47.

¹⁴² Ibidem, p. 46-47.

Apesar das objeções citadas, hoje parece sólida e coerente a construção científica da teoria da personalidade jurídica do Estado. Na verdade, não é preciso recorrer-se a uma ficção para se encontrar o meio de que se vale o Estado para formar e externar sua vontade, pois os órgãos estatais são constituídos de pessoas físicas. Não é difícil perceber que as pessoas físicas, quando agem como órgãos do Estado, externam uma vontade que só pode ser imputada a este e que não se confunde com as vontades individuais.

Além de ser facilmente demonstrável a existência dessa vontade estatal, que é pressuposto da capacidade jurídica do Estado, é também evidente a necessidade dessa concepção para o tratamento jurídico dos interesses estatais e individuais. Com efeito, as pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas, podem ser titulares de direitos e de deveres jurídicos, e assim, para que o Estado tenha direitos e obrigações, deve ser reconhecido como pessoa jurídica.

A própria natureza dos fins do Estado exige dele uma ação intensa e profunda, continuamente desenvolvida, para que ele possa realizá-los, o que produz, inevitavelmente, uma permanente possibilidade de conflitos de interesses, que serão melhor resguardados e adequadamente promovidos só através do direito.

Visto, então, todo o arcabouço lógico e doutrinário que serve de fundamento para a atribuição de personalidade jurídica ao Estado, e, conseqüentemente, para que lhe seja atribuída a titularidade de direitos de forma ampla, adentre-se agora na seara mais específica dos direitos fundamentais.

3 O ESTADO COMO TITULAR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 Questões preliminares na esfera terminológica

Acerca da terminologia titularidade há que se mencionar que a maioria da doutrina nacional costuma não separar destinatários e titulares de direitos fundamentais, utilizando as duas expressões como sinônimas, embora ambas não demonstrem similitude entre si.¹⁴³

Considerando que de todo preceito de uma norma extrai-se o caráter da exigibilidade, o direito subjetivo consagrado por uma norma de direito fundamental se manifesta por uma relação trilateral que envolve o titular, o objeto e o destinatário do direito. Os destinatários dos direitos fundamentais são os seus sujeitos passivos, a quem cabe as obrigações das normas dos direitos fundamentais, ou seja, são indivíduos que não o seu titular, a que se acrescem todos os entes públicos ou privados.¹⁴⁴

Os titulares dos direitos fundamentais, por seu turno, são os sujeitos ativos, os “titulares do poder de agir”,¹⁴⁵ os sujeitos das relações jurídicas oriundas das normas de direitos fundamentais; são os detentores da possibilidade de exercício dos direitos fundamentais.

Todavia, ainda que a titularidade dos direitos fundamentais esteja intrinsecamente ligada à capacidade do seu exercício, Canotilho especifica que a diversificação entre os dois institutos pode ser trazida do direito privado, em que se distingue capacidade jurídica como a aptidão para ser sujeito de relações jurídicas, e a capacidade de exercício como a idoneidade para o exercício concreto de um direito, exemplificando que um recém-nascido pode ser titular de direitos, ser

¹⁴³ NUNES, Anelise Coelho. *As titularidades dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 41-42. Na referida obra, citam-se como exemplos José Afonso da Silva, que chega a discorrer a respeito dos titulares dos direitos fundamentais em um capítulo em sua obra, denominado: “Destinatários dos direitos e garantias fundamentais”. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 194-196. E também: MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1997, p. 82 e 83 e BASTOS. Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 4 e 5.

¹⁴⁴ NUNES, Anelise Coelho. *Op.cit.*, p.42.

¹⁴⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 29.

proprietário ou herdeiro de bens, embora não tenha capacidade de exercício para os administrar, alienar e etc.¹⁴⁶

Esclarece que se apresenta como uma problemática a disjunção entre a titularidade de direitos e a capacidade de direitos, na seara dos direitos fundamentais, não só porque não haveria sentido no reconhecimento de direitos fundamentais insuscetíveis de exercício, mas também porque esse isolamento pode ser considerado como um método que objetive a restrição inconstitucional de direitos fundamentais, a pretexto de que essa limitação incidiria somente sobre a capacidade de exercício, e não sobre a titularidade de direito. Afirma, então, que se deve reconhecer que o Direito Constitucional não se encontra em condições de fornecer uma fundamentação global da capacidade de exercício de direitos fundamentais.¹⁴⁷

Jorge Miranda, ao tecer considerações sobre o estabelecimento de distinção entre capacidade de fato e capacidade de direito no exercício dos direitos fundamentais afirma que:

A atribuição de direitos fundamentais envolve a correspondente atribuição de capacidade para o seu exercício. Não faria sentido, em Direito Constitucional, a separação civilística entre capacidade de gozo e capacidade de exercício ou de agir, porque os direitos fundamentais são estabelecidos em face de certas qualidades prefixadas pelas normas constitucionais e, portanto, atribuídos a todos que as possuem.¹⁴⁸

Realmente, a titularidade dos direitos fundamentais parece estar intrinsecamente relacionada à capacidade de seu exercício, o que não significa dizer que são expressões sinônimas. Incorre titularidade sem a possibilidade de exercício do respectivo direito fundamental, ou seja, ocorre a titularidade sem exercício, mas não sem a possibilidade de exercício.¹⁴⁹

¹⁴⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op.cit.*, p. 387-388.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 387-388.

¹⁴⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra Editora, 2000, p. 88.

¹⁴⁹ Por exemplo, os direitos políticos no Brasil são privativos dos nacionais, portanto, os estrangeiros residentes não serão titulares desses direitos, e, em decorrência natural, não poderão exercê-los. Outro aspecto é que a norma constitucional preceitua que os direitos políticos são exercidos de modo facultativo a partir dos dezesseis anos até os dezoito anos de idade (Norma do artigo 14, parágrafo 1º, da Constituição Federal). Então, conclui-se que são titulares dos direitos políticos, no Brasil, os nacionais, mas somente aqueles nacionais que adequem ao estabelecido pela regra constitucional, ou, ainda, que não tenham sofrido os casos de restrição de seus direitos. NUNES, Anelise Coelho. *Op.cit.*, p. 45.

Portanto, realmente não há prática no reconhecimento da titularidade de direito fundamental dissimulada da possibilidade da capacidade de seu exercício.¹⁵⁰ Quanto a este ponto, parece insuficiente a busca de respostas nas normas gerais de capacidade regulamentadas pelo Código Civil, pois para cada direito fundamental a ser considerado, deve-se buscar tratamento e entendimento específico na disciplina contemplada pelo respectivo instituto jurídico referente ao direito fundamental envolvido.¹⁵¹

3.2 O alcance da titularidade dos direitos fundamentais: pessoa jurídica em sentido amplo.

Como dito no primeiro capítulo, o processo de fundamentalização, constitucionalização e positivação dos direitos fundamentais colocou o indivíduo, a pessoa, o homem, como centro da titularidade de direitos. A norma do caput do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 assegura os direitos e garantias fundamentais aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país.¹⁵²

Entretanto, a delimitação do âmbito dessa titularidade levanta alguns problemas, dentre eles, um dos questionamentos que é objeto específico deste trabalho: se só as pessoas naturais têm direitos fundamentais ou a titularidade desses direitos estende-se também a substratos sociais (organizações, associações, pessoas jurídicas)?¹⁵³

A titularidade de direitos fundamentais pela pessoa jurídica é matéria que suscita muitas questões, já que não há a expressa previsão no enunciado da norma constitucional brasileira a respeito dessa entidade, como acontece também na maioria das Constituições estrangeiras.

¹⁵⁰ Ainda que não exista similitude entre as expressões.

¹⁵¹ NUNES, Anelise Coelho. *Op.cit.*, p. 46.

¹⁵² “Art. 5º. 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, nos termos seguintes:”

¹⁵³ Adaptações feitas aos questionamentos de Canotilho quanto à Constituição Portuguesa. Neste sentido, o autor explicando que os direitos fundamentais se aplicam aos estrangeiros, explica que o princípio geral – princípio da universalidade – está consagrado no artigo 12º: os direitos fundamentais são “direitos de todos”, são direitos humanos e não apenas direitos dos cidadãos portugueses, a não ser quando a Constituição ou a Lei (com autorização constitucional) estabeleça uma reserva dos direitos para os nacionais ou cidadãos portugueses. Explicita, porém o autor, que existem alguns desvios a este princípio. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op.cit.*, p. 416-417.

Historicamente, as declarações de direitos e garantias visavam a recordar e proteger os direitos fundamentais do homem. Assim, somente os direitos da pessoa física seriam solenizados e resguardados na capítulo constitucional de direitos e garantias fundamentais. Nessa linha de raciocínio, o termo *brasileiros* constante na Constituição Federal designaria apenas e exclusivamente as pessoas físicas nacionais e não as pessoas jurídicas que, em face da legislação ordinária, se considerem brasileiras. Esse, aliás, é o entender de Pontes de Miranda, que se refere aos argumentos em contrário como *sofismas desleais*.¹⁵⁴

Todavia, já foi dito que a tentativa de entrelaçar, de modo inseparável, os direitos fundamentais com a dignidade humana, como um critério para descrever a fundamentalidade material desses direitos, parece ser insuficiente (embora se concorde que seja seu ponto de partida), pois se entende, como afirma Canotilho, que essa concepção:

Expulsa do catálogo material dos direitos todos aqueles que não tenham um radical subjetivo, isto é, não pressuponham a ideia-princípio da dignidade da pessoa humana. O resultado a que chega é um exemplo típico de uma teoria de direitos fundamentais não constitucionalmente adequada.¹⁵⁵

A inadequação estaria em que a Constituição portuguesa – como a brasileira – também consagra direitos fundamentais de pessoas coletivas, a denotar que a ideia de dignidade da pessoa humana seria sempre o vetor dos direitos fundamentais. Efetivamente, se observar-se o rol do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, será difícil ver nos incisos XXI, XXV, XXVIII e XXIX, como exemplo, direitos que tenham como fundamento precípua a dignidade da pessoa humana.¹⁵⁶

Isso acontece porque, como já foi dito, o conteúdo dos direitos fundamentais tem como elemento básico além da dignidade da pessoa humana, a limitação do poder, de modo que se determinada norma jurídica tiver relação com o princípio da

¹⁵⁴ O que Pontes de Miranda estabelece, quanto as pessoas jurídicas, é que “sofismas desleais pretenderam que a regra jurídica constitucional, ao falar de brasileiros e estrangeiros residentes, também se referisse as sociedades e mais às pessoas jurídicas [...] Somente em se tratando de garantias institucionais é que se aplicam, às vezes, às pessoas jurídicas”. Um exemplo de garantia institucional seria a propriedade, considerando que sempre esteve presente em todas as Constituições Republicanas e muito relacionada à ordem econômica brasileira. Se apropriável uma pessoa jurídica, ela há de o ser mediante as mesmas garantias por que são as pessoas físicas. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1 de 1969*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. Tomo IV, p. 700-701.

¹⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op.cit.*, p. 398-399.

¹⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, p.116.

dignidade humana ou com a limitação do poder e for reconhecida pela Constituição formal ou material como merecedora de especial proteção, é bem provável que se esteja diante de um direito fundamental.

Parece, então, que o texto constitucional disse menos do que pretendia. Ao tomá-lo na sua literalidade, seria forçoso convir que ele só beneficiaria as pessoas físicas, o que seria uma interpretação insuficiente. Em muitas hipóteses, a proteção última ao indivíduo só acontece por meio da proteção que se confere à pessoa jurídica.¹⁵⁷

Desse modo, parece não existir impedimento insuperável a que pessoas jurídicas venham, também, a ser consideradas titulares de direitos fundamentais, não obstante estes, originariamente, terem por referência a pessoa física. Os direitos fundamentais suscetíveis, por sua natureza, de serem exercidos por pessoas jurídicas podem tê-las por titular.¹⁵⁸

Claro que não seria lógico afirmar, por exemplo, que a cláusula constitucional que proíbe a tortura, a pena de morte ou a extradição deveria ser aplicada às pessoas jurídicas, pois esses direitos somente são compatíveis com a natureza das pessoas físicas. Igualmente, as empresas, embora sejam pessoas no sentido jurídico, não possuem o direito de votar nem de serem votadas, pois o exercício dos direitos políticos é restrito aos cidadãos.¹⁵⁹ Também nesse sentido a Súmula 365 do

¹⁵⁷ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Op.cit.*, p. 5.

¹⁵⁸ Outras citações na doutrina brasileira neste mesmo sentido: “Igualmente, as pessoas jurídicas são beneficiárias dos direitos e garantias fundamentais, pois reconhece-se às associações o direito de existência, o que de nada adiantaria se fosse possível excluí-la de todos os seus demais direitos. Dessa forma, os direitos enunciados e garantidos pela Constituição são de brasileiros, pessoas físicas e pessoas jurídicas”. “Assim, o regime jurídico das liberdades públicas protege tanto as naturais, brasileiros e estrangeiros no território nacional, como as pessoas jurídicas, pois tem direito à existência, à segurança, à propriedade, à proteção tributária e aos remédios constitucionais (RF 226-81)”. MORAES, Alexandre de. *Op.cit.*, p. 82. “Quanto aos direitos fundamentais à proteção dos dados informatizados em geral, cumpre dizer que a sua titularidade pode pertencer tanto a pessoas físicas como coletivas, não sendo legítimo fazer espécie de discriminação”. GOUVEIA, Jorge Bacelar. Os direitos fundamentais à proteção dos dados pessoais informatizados. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*, Belo Horizonte, v. 2, 1995, p. 193. “Há que se ressaltar, igualmente, a extensão dos direitos fundamentais a pessoas coletivas, como as organizações sindicais.”. MARINHO, Josaphat. Direitos e garantias fundamentais. *In: Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 127, p. 7.

¹⁵⁹ MARMELSTEIN, George. *Op. cit.*, p. 249.

Supremo Tribunal Federal estabelece que “pessoa jurídica não tem legitimidade para propor ação popular”.¹⁶⁰

Por outro lado, não haveria razão para recusar às pessoas jurídicas as consequências do princípio da igualdade, nem o direito de resposta, o direito de propriedade, o sigilo de correspondência, a inviolabilidade de domicílio, as garantias do direito adquirido, o ato jurídico perfeito e da coisa julgada.

Há mesmo casos de direitos dirigidos diretamente à própria pessoa jurídica, tal como de não interferência no funcionamento de associações (art. 5º, XVIII, da CF/88) e o de não serem elas compulsoriamente dissolvidas (art. 5º, XIX, da CF/88). Igualmente normal é reconhecer que uma empresa jornalística, por exemplo, seja titular do direito de liberdade de imprensa. Do mesmo modo, uma igreja, organizada como pessoa jurídica, é titular dos direitos de religião, inclusive a imunidade tributária sobre “templos de qualquer culto” (art. 150, inc. IV, “b”, da CF/88).

Ademais, há certos direitos fundamentais que, *a priori*, seriam titularizados apenas por pessoas físicas, mas que, eventualmente, podem favorecer pessoas jurídicas. A título exemplificativo, hoje se reconhece que as empresas podem exigir indenização por dano moral (Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça: “a pessoa jurídica pode sofrer dano moral”)¹⁶¹ ou mesmo podem ser beneficiárias da justiça gratuita.¹⁶² De igual modo, o Código Civil Brasileiro, em seu artigo 52 informa que

¹⁶⁰ BRASIL. STF, *Súmula 365 do Supremo Tribunal Federal*. Súmula 365. A pessoa jurídica não tem legitimidade para propor ação popular. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>>. Acesso em 30 nov. 2013.

¹⁶¹ BRASIL. STJ. *Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça*. Súmula 227. A pessoa jurídica pode sofrer dano moral. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.txt>. Acesso em: 15 jan. 2014.

¹⁶² Julgado do Superior Tribunal de Justiça: “Ementa: Direito empresarial. Contrafação de marca. Produto falsificado cuja qualidade, em comparação com o original, não pôde ser aferida pelo Tribunal de Justiça. Violação da marca que atinge a identidade do fornecedor. Direito de personalidade das pessoas jurídicas. Danos morais reconhecidos. O dano moral corresponde, em nosso sistema legal, à lesão a direito de personalidade, ou seja, a bem não suscetível de avaliação em dinheiro. Na contrafação, o consumidor é enganado e vê subtraída, de forma ardil, sua faculdade de escolha. O consumidor não consegue perceber quem lhe fornece o produto e, como consequência, também o fabricante não pode ser identificado por boa parte de seu público alvo. Assim, a contrafação é verdadeira usurpação de parte da identidade do fabricante. O contrafator cria confusão de produtos e, nesse passo, se faz passar pelo legítimo fabricante de bens que circulam no mercado. Certos direitos de personalidade são extensíveis às pessoas jurídicas, nos termos do art. 52 do CC/02 e, entre eles, se encontra a identidade. Compensam-se os danos morais do fabricante que teve seu direito de identidade lesado pela contrafação de seus produtos. Recurso especial provido”. STJ, *RESP 1032014/RS*. Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgamento em 26/05/2009, publicação em 04/06/2009, p. 466. Também: “A Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 388.045-RS, consolidou o

“aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos de personalidade”. Sobre o tema, Pontes de Miranda já dizia:

Dano não patrimonial é o que, só atingindo o devedor como ser humano, não lhe atinge o patrimônio. A expressão "dano moral" tem concorrido para graves confusões; bem como a expressão alemã "Schmerzensgeld" (dinheiro de dor). Às vezes, os escritores e juristas dissertadores empregam a expressão "dano moral" em sentido amplíssimo, (dano à normalidade da vida de relação, dano moral estrito, que é o dano à reputação, o dano por depressão ou exaltação psíquica ou nêurica, dano que não é qualquer dos anteriores mas também não ofende o patrimônio, como o de dor sofrida, o de destruição de bem sem qualquer valor patrimonial ou de valor patrimonial ínfimo. Aí, dano moral seria dano não patrimonial.

O que acima se enunciou sobre o dano moral, há de ser entendido a respeito de qualquer dano não patrimonial. Daí a indenizabilidade do dano às pessoas jurídicas. Desde que, com dinheiro, se possa restabelecer o estado anterior que o dano não patrimonial desfez, há indenizabilidade do dano não patrimonial. Se houve calúnia ou difamação da pessoa jurídica e o efeito não patrimonial pode ser pós-eliminado ou diminuído por algum ato ou alguns atos que custem dinheiro, há indenizabilidade (grifo nosso).¹⁶³

Na visão de Ingo Sarlet, diversamente de outras Constituições, como é o caso da Lei Fundamental da Alemanha (artigo 19, III) e da Constituição da República Portuguesa (artigo 22), a nossa Constituição Federal não contém cláusula expressa assegurando a titularidade de direitos fundamentais às pessoas jurídicas (ou entes coletivos, como preferem alguns) o que, todavia, não impediu a doutrina e a jurisprudência de reconhecerem tal possibilidade, ressalvada alguma discussão pontual sobre determinadas hipóteses e eventuais limitações decorrentes da limitação da condição da pessoa jurídica.¹⁶⁴

Neste particular, também no direito constitucional brasileiro inexistiria uma equiparação entre pessoas jurídicas e naturais, visto que se trata, em verdade, de

entendimento no sentido de que as pessoas jurídicas podem ser beneficiárias da assistência judiciária gratuita de que trata a Lei 1.060-50. Em se tratando de entidade filantrópica, de assistência social ou similares, basta o requerimento e a declaração do estado de pobreza, a qual goza de presunção *iurus tantum*, incubindo, portanto, à parte ex adversa prova em contrário. De outro turno, tratando-se de pessoas jurídicas com fins lucrativos, cabe ao requerente comprovar a impossibilidade de pagamento dos encargos do processo, sem comprometer a sua existência". STJ, *RESP 656.274-SP*. Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, julgamento em 17-05-2007, publicação em 11-6-2007, p. 204.

¹⁶³ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, 3. ed, volume XXVI, §§ 3108. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, p. 30-33.

¹⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 223.

uma espécie de cláusula (no caso brasileiro, de uma cláusula implícita) de limitação da titularidade aos direitos compatíveis com a condição da pessoa jurídica.¹⁶⁵

Ingo Sarlet esclarece, ainda no que diz respeito ao tópico ora versado, que não são muitos os casos em que a Constituição Federal atribuiu titularidade de direitos fundamentais às pessoas jurídicas, havendo mesmo quem, propondo uma interpretação mais restritiva e apegada ao texto constitucional, no sentido de que na falta de previsão constitucional expressa, os direitos fundamentais da pessoa jurídica, embora reconhecidos por lei, não gozam de proteção constitucional, podendo o legislador infraconstitucional introduzir as limitações que considerar necessárias, inclusive diferenciando o tratamento das pessoas jurídicas e físicas.¹⁶⁶

Entretanto, tal posição mais restritiva não corresponde, contudo, ao que parece ser a orientação majoritária, prevalecendo a regra geral de que, em havendo compatibilidade entre o direito fundamental e a natureza e os fins da pessoa jurídica, em princípio (*prima facie*) é reconhecida a proteção constitucional, o que, por outro lado, não impede que o legislador estabeleça determinadas distinções ou limitações, sujeitas, contudo, ao necessário controle de constitucionalidade. Ressaltando-se que, nesta perspectiva, a extensão da titularidade de direitos fundamentais às pessoas jurídicas tem por finalidade maior a proteção dos direitos das pessoas físicas, além do que em muitos casos, é mediante a tutela da pessoa jurídica que se alcança uma maior proteção dos indivíduos.¹⁶⁷

Em relação ao Direito estrangeiro, mais precisamente o espanhol, Miguel Angel Ekmekdjian e Calogero Pizzolo¹⁶⁸ informam a respeito do reconhecimento de direitos fundamentais à pessoa jurídica pelo Tribunal Constitucional da Espanha. Os

¹⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 223-224.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 224.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 224. Esse também é o ponto de vista de Manoel Gonçalves Ferreira quando afirma que: "É preciso, todavia, ponderar que os direitos das pessoas jurídicas são mediatamente direitos de pessoas físicas, sócias ou beneficiárias de sua obra. Por via de consequência, despir de garantia os direitos das pessoas jurídicas significa desproteger os direitos das pessoas físicas. Por outro lado, a própria Declaração reconhece às associações o direito à existência, o que de nada adiantaria se fosse possível desvesti-las de todos os seus demais direitos. Dessa forma, os direitos enunciados e garantidos pela Constituição são de brasileiros, pessoas físicas, mas também os direitos mediatamente considerados, ou seja, os direitos das pessoas jurídicas brasileiras." FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 79.

¹⁶⁸ PIZZOLO, Calogero; EKMEKDJIAN, Miguel Angel. *Habeas Data: el Derecho a la Intimidad Frente a la Revolución Informática*. Buenos Aires: Depalma, 1996, p. 93.

autores ressaltam que o artigo 25.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos habilita tanto as pessoas físicas como as pessoas jurídicas a reclamar a proteção de direitos humanos, da mesma forma que o Tribunal Constitucional da Espanha reconhece a existência de direitos fundamentais relacionados à pessoa jurídica, respeitando suas características próprias.

Ángel J. Gomez Montoro¹⁶⁹ afirma que diferentemente dos constituintes alemão e português, os redatores da Constituição espanhola não incluíram nenhum preceito que expressamente reconheça a capacidade de as pessoas jurídicas serem titulares de direitos fundamentais.

Considerando a falta de reconhecimento expresso, o citado autor alude que primeiramente cabe perguntar se isso implica uma resposta negativa ao questionamento sobre a titularidade de direitos fundamentais pelas pessoas jurídicas. E, antes de examinar a solução que o Tribunal Constitucional espanhol deu à questão, ele passa a analisar os dispositivos normativos espanhóis.¹⁷⁰

Segundo o autor, da leitura do título I da Constituição Espanhola, em especial seu capítulo II, observa-se, de forma clara, que não se excluem da titularidade de direitos fundamentais os sujeitos distintos das pessoas físicas, ao contrário, há previsão expressa com relação a alguns direitos. Assim, o artigo 16.1 garante a liberdade ideológica, religiosa e de culto aos indivíduos e às comunidades, o artigo 27 dispõe que se reconhece às pessoas físicas e jurídicas a liberdade de criação de centros docentes, o artigo 28.1 garante o direito de os sindicatos formarem confederações ou organizações sindicais internacionais, o artigo 29.1 reconhece a todos os espanhóis o direito de petição individual ou coletiva, o artigo 27 proclama a autonomia das universidades. Por outro lado, a Constituição reconhece tanto o direito de associação (artigo 22) como o direito de fundação (artigo 33).¹⁷¹

Todavia, esses dados, apesar de importantes, não são determinantes para entender que os direitos fundamentais podem ser também titularizados pelas pessoas jurídicas. Ao contrário, pode-se entender que se tratou de um silêncio

¹⁶⁹ MONTORO, Ángel J. Gómez. *La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas (Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español)*, Cuestiones Constitucionales, n. 2, 2000, p. 25.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 25.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 25.

eloquente do legislador, principalmente quando outras partes da Constituição Espanhola apontam para uma titularidade estritamente individual destes direitos.¹⁷²

Explica o autor que, mesmo o artigo 161.1, b, da Constituição Espanhola, que reconhece legitimação para requerer *amparo*¹⁷³ ao Tribunal Constitucional a toda pessoa física ou jurídica que invoque um interesse legítimo, não pode pressupor, como assinala P. Cruz Villalón, “um princípio de abertura dos direitos fundamentais às pessoas jurídicas” porquanto lhes permite intervir em um processo direta e exclusivamente para a tutela de direitos fundamentais.¹⁷⁴ Trata-se de uma norma de legitimação processual e não de atribuição de reconhecimento de direitos, pois a legitimação se justifica não em função da titularidade, mas em razão de um interesse legítimo.¹⁷⁵

A despeito deste argumento, o Tribunal Constitucional, em muitos casos, especialmente quando os direitos em jogo eram direitos processuais, tem entendido como justificável a titularidade de direitos fundamentais pela pessoa jurídica. Em outros casos, diante da falta de apoio normativo expresso, busca-se, primeiro, argumentar se a titularidade é possível e, uma vez admitida, procuram-se critérios para se determinar em que hipótese e quais suas limitações.¹⁷⁶

A primeira vez que a questão foi abordada de forma mais específica foi na Sentença do Tribunal Constitucional 19/1983. Na hipótese, o direito invocado era a

¹⁷² MONTORO, Ángel J. Gómez. *Op.cit.*, p. 28.

¹⁷³ O recurso de amparo é um instrumento de garantia dos direitos fundamentais vulnerados por ações ou omissões do Legislativo, Executivo e Judiciário. A utilização do amparo constitucional tem por escopo resguardar os direitos fundamentais e uniformizar a política jurisdicional de proteção a estes mesmos direitos, conferindo tal mister ao tribunal encarregado de exercer a jurisdição constitucional. A existência do recurso de amparo se justifica diante da necessidade de reconhecer determinados direitos como essenciais à vida humana e de se fazer garantir estes direitos a todos e protegê-los de qualquer tipo de violação ou ameaça decorrente da ação ou omissão dos poderes públicos. É assim, portanto, instrumento constitucional destinado a assegurar a efetividade dos direitos fundamentais. O amparo constitucional é hoje uma realidade multinacional, enraizada no sistema constitucional de diversos países, tais como Espanha, Alemanha e Argentina, o que reforça a sua importância enquanto mecanismo de proteção aos direitos fundamentais. No entanto, os seus elementos característicos e sua base normativa variam a depender do modelo analisado, mas sem perder de vista a sua essência e seus postulados mais fundamentais. AZEVEDO, André Mauro Lacerda. O Recurso de amparo Espanhol. *In: Revista Atualidades do Direito*. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/andremauro/2011/08/09/o-recurso-de-amparo-espanhol/>>. Acesso em 02 dez. 2013.

¹⁷⁴ VILLALÓN, P. Cruz. *Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros; las personas jurídicas*. *In: Revista Espanola de Derecho Constitucional*, n. 35, 1992, p.68-83; 72

¹⁷⁵ MONTORO, Ángel J. Gómez. *Op.cit.*, p. 29.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 30.

tutela judicial efetiva que garante o artigo 24.1 da Constituição Espanhola. Ocasão em que o Tribunal decidiu que, no caso do artigo 24 da Constituição Espanhola, a expressão “todas as pessoas” “há de ser interpretada em relação ao âmbito do direito a que se trata” e conclui que “a tutela judicial efetiva dos juízes e tribunais”, compreende um princípio extensível a todas as pessoas que tem capacidade de ser parte no processo.¹⁷⁷

Em outro julgamento, na Sentença do Tribunal Constitucional 137/1985, em que se discutia a possibilidade de lesão ao direito à inviolabilidade de domicílio da pessoa jurídica, o Tribunal consignou que:

Ausente no ordenamento constitucional um preceito similar ao que integra o artigo 19.3 de Lei Fundamental de Bonn, segue que os direitos fundamentais servem também para as pessoas jurídicas nacionais na medida em que, por sua natureza, lhes possam ser aplicados [...] parece claro que o nosso texto constitucional, ao estabelecer o direito à inviolabilidade de domicílio, não os circunscreve às pessoas físicas, **sendo, pois, extensivo às pessoas jurídicas, do mesmo modo que este Tribunal entendeu quando se pronunciou a respeito de outros direitos fundamentais, como os do artigo 24 da Constituição Espanhola, sobre a prestação de tutela judicial efetiva, tanto a pessoas físicas como a jurídicas** (grifo nosso).¹⁷⁸

Em recurso, na Sentença do Tribunal Constitucional 64/1988:

O referido problema da capacidade de direitos humanos é de difícil solução [...]. É indiscutível que, à princípio, os direitos fundamentais e as liberdades públicas são direitos individuais que tem o indivíduo como sujeito ativo e o Estado por sujeito passivo, na medida em que visam reconhecer e proteger âmbitos de liberdades ou prestações que os poderes públicos devem outorgar ou facilitar aos indivíduos. Se deduz assim, uma especial dificuldade, do artigo 10 da Constituição Espanhola, que, em seu parágrafo 1º, vincula os direitos invioláveis com a dignidade da pessoa e sua personalidade e, em seu parágrafo 2º, os conecta com os chamados direitos humanos.

Não obstante, a plena efetividade dos direitos fundamentais exige reconhecer que a titularidade dos mesmos não corresponde somente aos indivíduos isoladamente considerados, mas também enquanto se encontram insertos em grupos e organizações, cuja finalidade especificamente é de defender determinados âmbitos de liberdade e realizar os interesses e valores que formam o substrato último do direito fundamental (Fundamento jurídico 1º).

O pleno reconhecimento constitucional do fenômeno associativo e a articulação de entidades coletivas dotadas de personalidade, exige assumir uma interpretação ampla das expressões com as quais, em cada caso, se denomina o titular dos direitos constitucionalmente reconhecidos e legislativamente previstos (Fundamento jurídico 4º).

¹⁷⁷ MONTORO, Ángel J. Gómez. *Op.cit.*, p. 31.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 32.

Atribuir às pessoas coletivas a titularidade de direitos fundamentais, e não apenas um interesse legítimo, supõe criar uma muralha de direitos frente a quaisquer poderes de pretensões invasoras, e supõe, ademais, ampliar o círculo de eficácia dos mesmos, mas além do âmbito privado e subjetivos para ocupar um âmbito coletivo e social (grifo nosso).¹⁷⁹

Em realidade, depreende-se das argumentações acima postas que ao se reconhecer às pessoas coletivas direitos compatíveis com a sua natureza, pretende-se não apenas que se tenha em conta a essência do direito fundamental concreto, mas também, como afirma Canotilho, a essência da pessoa coletiva em causa. E por pessoas coletivas entendem-se aqui diferentes unidades organizatórias: pessoas coletivas nacionais e estrangeiras e pessoas coletivas de direito privado e de direito público. Assim, determinar quais os direitos e deveres compatíveis com a natureza das pessoas coletivas depende do conceito e do âmbito do direito fundamental.¹⁸⁰

Neste sentido, também a Convenção Europeia de Direitos Humanos, em seu artigo 1º, do protocolo nº 1, assinala que “em matéria de propriedade, toda pessoa física ou jurídica tem direito ao respeito de seus bens.”

Em consequência, os direitos que necessitam de uma referência humana não podem, em princípio, em virtude da sua natureza, ser extensivo às pessoas jurídicas. Em fórmula sintética: as pessoas jurídicas podem gozar de direitos fundamentais que não pressuponham características intrínsecas ou naturais do homem como sejam o corpo ou bens espirituais.¹⁸¹

Sobre o tema, José Carlos Vieira de Andrade, tratando da questão da titularidade dos direitos fundamentais pelas pessoas coletivas, afirma que é necessário avançar um pouco mais até ao fundo da questão e verificar em que sentido e até que ponto se pode falar em titularidade coletiva de direitos subjetivos fundamentais.¹⁸²

Explica, em primeiro lugar, nos termos do nº 2 do artigo 12º da Constituição Portuguesa, que as pessoas coletivas gozam dos direitos consignados na

¹⁷⁹ MONTORO, Ángel J. Gómez. *Op.cit.*, p. 33.

¹⁸⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op.cit.*, p. 421.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 421.

¹⁸² ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op.cit.*, p.117.

Constituição que sejam (na medida em que sejam) compatíveis com a sua natureza.¹⁸³

E que por isso ficam excluídos, desde logo, a maioria dos direitos fundamentais: os direitos estritamente pessoais, os direitos políticos principais e os direitos sociais, que são inseparáveis da personalidade singular. Há que se ter em conta o já mencionado princípio da especialidade, segundo o qual estas pessoas só têm a capacidade de gozo dos direitos necessários ou convenientes à realização dos seus fins. Não sendo pessoas inteiras, as pessoas coletivas só se justificam na função que desempenham, por exemplo, não pode uma associação política invocar a liberdade religiosa, nem uma empresa industrial gozar do direito de fundação de jornais de informação geral.¹⁸⁴

Ressalta, também, que é normal que os preceitos relativos aos direitos fundamentais suscetíveis de extensão às pessoas coletivas não lhes sejam aplicáveis na sua totalidade. Há que se ter cuidado com o domínio de cada preceito, pois no conjunto complexo de faculdades, poderes e direitos que formam o direito fundamental, alguns são aplicáveis exclusivamente a pessoas singulares.¹⁸⁵

Afirma, então, que se pode concluir que o artigo nº 2 do artigo 12º da Constituição Portuguesa, não determina a atribuição direta, por extensão, dos direitos fundamentais às pessoas coletivas, nem sequer contém uma regra de equiparação destas às pessoas humanas (nos termos, por exemplo, do que se passa com a equiparação dos estrangeiros aos cidadãos). Não se trata, de fato, de uma extensão geral dos direitos às pessoas coletivas, fundada numa analogia substancial entre os sujeitos.¹⁸⁶

As limitações e os cuidados da extensão admitida levam, ao contrário, a concluir, na visão de José Carlos Vieira de Andrade, que se deve levar em consideração a diferença de qualidade entre os sujeitos de direito que são pessoas humanas e os que não são. A diferença entre o caráter final da personalidade

¹⁸³ Explica o autor que há uma diferença entre este artigo e o artigo correspondente da Lei fundamental alemã (artigo 19-III da GG): neste referem-se direitos que, pela sua natureza ou essência, sejam compatíveis às pessoas coletivas, enquanto na Constituição portuguesa, a natureza a avaliar é a das pessoas coletivas. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. cit.*, p.118.

¹⁸⁴ Ibidem, p.118.

¹⁸⁵ Ibidem, p.118.

¹⁸⁶ Ibidem, p.118.

jurídica do homem e o caráter instrumental da personalidade jurídica coletiva. O recurso à Declaração Universal dos Direitos do Homem-que se refere apenas a direitos humanos- também reforça este entendimento, de que os direitos fundamentais são, na sua essência, atributos da personalidade humana.¹⁸⁷

Deste modo, estes direitos seriam extensíveis às pessoas coletivas ainda para a garantia do livre desenvolvimento do homem, isto é, da proteção da dignidade humana do indivíduo no seio das formações sociais onde exerce sua personalidade. Por detrás da personalidade coletiva está sempre essa realidade mais profunda, que é a pessoa humana, a pessoa de direito.¹⁸⁸

Entretanto, assente na perspectiva valorativa ou funcional, não significa que, do ponto de vista estrutural, as pessoas coletivas sejam apenas representantes dos indivíduos-membros. As pessoas coletivas gozam dos direitos fundamentais em nome próprio, em virtude do caráter tipicamente coletivo do exercício de direitos individuais dos seus membros. Possível que haja uma limitação formal do caráter individual desses direitos.¹⁸⁹

Esta limitação não põe, contudo, em causa, a essência individual dos direitos fundamentais, porque ainda se trata aqui de direitos individuais, posto que coletivizados, sendo, por isso, direitos fundamentais por extensão ou analogia, que não perdem, então, a sua caracterização da categoria básica. À semelhança do que se entende no Direito Civil, também não são verdadeiros “poderes de vontade”, mas “vinculações a um fim, que só por analogia se tratam como direitos subjetivos”.¹⁹⁰

Percebe-se que o caráter atípico não é suficiente para excluir esses direitos do regime específico dos direitos, liberdades e garantias fundamentais, mas permite ou impõe a aplicação desse regime, se for o caso, com adaptações, pensando no âmbito do conteúdo essencial dos direitos encabeçados por pessoas coletivas, que é naturalmente mais limitado, e, por isso, admite restrições mais profundas.

Deste ponto e com essas afirmações, parte-se para avançar de maneira específica no tema, lançando outra indagação: já que as pessoas jurídicas são

¹⁸⁷ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. cit.*, p.118-119.

¹⁸⁸ Ibidem, p.120-121.

¹⁸⁹ Ibidem, p.121.

¹⁹⁰ Ibidem, p.121.

titulares de direitos fundamentais, esta afirmativa abrangeria tanto as pessoas jurídicas de direito privado, como as de direito público?

3.3 Possibilidade de a pessoa jurídica de direito público ser titular de direitos fundamentais nos sistemas jurídicos estrangeiros

Apesar de muitos direitos fundamentais serem reconhecidos por diversos corpos normativos, são poucos em que se localizou, de maneira expressa e detalhada, uma análise acerca do reconhecimento ou não de titularidade da titularidade de direitos fundamentais pelas pessoas jurídicas de direito público. No presente tópico far-se-á um apanhado de alguns desses estudos nos sistemas jurídicos estrangeiros, com o fim de aquilatar quais são os principais fundamentos teóricos e práticos utilizados para confirmar ou não esta possibilidade.

3.3.1 Estudos no sistema jurídico alemão

Em geral, a jurisprudência alemã¹⁹¹ entende que a questão da titularidade de direitos fundamentais segue a regra da adequação conforme o caráter artificial da pessoa jurídica. Outra questão é a possibilidade de pessoas jurídicas de direito público serem titular de direito fundamental. A conclusão, para a Corte alemã, é diametralmente oposta. Ou seja, via de regra, a pessoa jurídica de direito público, não pode ser titular de direito fundamental. Ela é, ao contrário, destinatária das normas de direito fundamental.

Caso se admitisse tal hipótese, argumenta-se que se teria uma identidade que esvaziaria inclusive o sentido de tais normas. Contudo, no caso das liberdades de radiodifusão, científica e religiosa, as pessoas jurídicas de direito público podem ser, excepcionalmente, titulares de direitos fundamentais, tendo em vista, sobretudo, a importância da autonomia desses “órgãos da Administração Indireta” (universidades, rádio e televisões públicas) em face do Estado e o papel específico dos direitos fundamentais. Cite-se o seguinte trecho que demonstra o pensamento da Corte Constitucional alemã:

a) Segundo o Art. 19 III GG, os direitos fundamentais valem também para as pessoas jurídicas nacionais, desde que, segundo a natureza daqueles, lhes seja aplicável. Pelo teor da norma constitucional pode-se, em princípio, partir de uma possível capacidade de ser titular de direitos das pessoas

¹⁹¹ MARTINS, Leonardo; SCHWABE, Jürgen (org.). *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideu: Fundação Konrad Adenauer, 2005, p.169.

jurídicas para, em um segundo momento, avaliar, no caso concreto, aplicável à respectiva reclamante. Nesse sentido procedeu em geral o Tribunal Constitucional Federal junto ao exame das pessoas jurídicas nacionais de direito privado, tendo declarado, em numerosos casos, a aplicabilidade dos direitos fundamentais, inclusive também os direitos fundamentais aqui firmados do Art. 3 CC e Art.44 GG (cf. BVerfGE3, 383 [390]; 4, 7 [12 E 17])

b) Esse [presente] processo e conclusões nele obtidas não podem, sem mais, ser transferidas para as pessoas jurídicas nacionais de direito público. Embora o Art. 19 III GG fale somente em “pessoa jurídica”, ele não ordena nenhuma equiparação entre pessoa jurídica de direito público e de direito privado. Pelo contrário, “a essência dos direitos fundamentais”, determinante segundo o conteúdo do dispositivo, leva, “a priori”, a uma diferenciação fundamental entre ambos os grupos.

O sistema axiológico dos direitos fundamentais baseia-se na dignidade e liberdade de cada ser humano como pessoal natural. Os direitos fundamentais devem, em primeiro lugar, proteger a esfera da liberdade do indivíduo contra intervenções do poder estatal e, da mesma forma agora, garantir-lhe, por essa razão, as condições para uma cooperação e configuração ativa e livre da sociedade política. **A partir desta ideia central deve também ser interpretado e aplicado o Art. 19 III GG. Ela justifica a inclusão da pessoa jurídica na área de proteção dos direitos fundamentais somente quando a configuração e atuação destas sejam expressão livre do desenvolvimento da pessoa natural, especialmente quando, a “abrangência dos indivíduos que se encontram por trás da pessoa jurídica possa ser considerada significativa e necessária [ao livre desenvolvimento da pessoa natural]**

c) Por isso, existem por princípios objeções contra e extensão da capacidade para ser titular de direitos fundamentais às pessoas jurídicas de direito público no âmbito do cumprimento das tarefas públicas. Se os direitos fundamentais se referem à relação dos indivíduos para com o poder público, então é com isso incompatível tornar o Estado, ele mesmo, parte ou beneficiário dos direitos fundamentais. O Estado não pode ser ao mesmo tempo, destinatário e titular dos direitos fundamentais (cf. BVerfGE 15, 256 [262]) (grifo nosso).¹⁹²

Prossegue o Tribunal explicitando que, apenas excepcionalmente, quando o titular do direito em questão tiver relação imediata com a área da vida protegida pelos direitos fundamentais é que se pode aceitar o exercício dos direitos fundamentais pela pessoa jurídica de direito público. Por esta razão, a Corte Constitucional Alemã reconheceu a capacidade de as universidades e faculdades serem titular de direitos fundamentais, no que tange ao direito fundamental do Art. 5º, III, 1, da Lei Fundamental Alemã (liberdade de imprensa e de expressão), e isso até mesmo independente de sua capacidade jurídica (cf. BVerfGE 15, 256 [262]).¹⁹³

¹⁹² MARTINS, Leonardo; SCHWABE, Jürgen (org.). *Op.cit.*, p.171-172.

¹⁹³ *Ibidem*, p.171-172.

Da mesma forma, fundamentou-se o reconhecimento de determinados direitos fundamentais às igrejas e a outras sociedades religiosas criadas com o *status* de órgão de direito público. O mesmo valendo para as instituições de direito público de rádio e televisão:

Elas são instituições do Estado que defendem direitos fundamentais em uma área na qual são independentes do Estado. Justamente para possibilitar a realização do direito fundamental de liberdade de radiodifusão, são estas independentes do Estado; foram criadas por leis como instituições de direito público independentes do Estado e com gestão própria. Sua organização se dá de tal modo que seja impossível a tomada de influência dominadora do Estado sobre elas. **A promulgação de tais leis e uma organização das instituições de radiodifusão [canais de televisão, estações de rádio] que sejam independente do Estado são exigidas pelo Art. 5, I, GG (BVerfGE 12, 205 et seq). Com a Reclamação Constitucional, as instituições de radiodifusão podem, por isso, arguir uma violação de seu direito fundamental à liberdade de radiodifusão (grifo nosso).**¹⁹⁴

Na doutrina alemã¹⁹⁵ também se comunga de entendimento semelhante, defendendo-se que, em regra, o Estado e suas organizações não podem se utilizar dos direitos fundamentais como direitos subjetivos, pelo menos enquanto não lhes for garantido certos âmbitos de liberdade, isto é, esferas de responsabilidade própria (municípios e universidades), mas se admite a validade dos direitos fundamentais processuais para as pessoas jurídicas de direito público quando estão no desempenho tarefas públicas (nomeadamente, direito ao juiz legal e o direito de ser ouvido legalmente ante os tribunais). Tais normas constitucionais não se incluíam formalmente na categoria típica dos direitos fundamentais, pois não garantem direitos individuais propriamente ditos, mas princípios processuais objetivos que valem em qualquer processo judicial.

Recusa-se, em si, a ideia da validade dos direitos fundamentais para as pessoas jurídicas de direito público, embora se admita que nos casos em que essas pessoas estejam em posição jurídica automatizada de certo modo comparável à do cidadão, isto é, quando não sejam só a *longa manus* ou meros procuradores dos interesses do Estado, mas apresentem uma ligação a interesses individuais, seja viável uma extensão da validade dos direitos fundamentais.¹⁹⁶

¹⁹⁴ MARTINS, Leonardo; SCHWABE, Jürgen (org.). *Op.cit.*, p.173-174.

¹⁹⁵ Cite-se HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha* p.106-122.

¹⁹⁶ MUNCH *apud* SOUSA, Nuno e. *A liberdade de imprensa*. Coimbra: Almedina, 1984, p. 234.

Porém, há que se mencionar que, apesar do posicionamento jurisprudencial e doutrinário acima, no âmbito estrito da legislação alemã não existe impedimento legal para que se reconheça essa titularidade, pois o art. 19, 3, da GG (Lei Fundamental Alemã), dispõe de maneira geral que “os direitos fundamentais também se aplicam as pessoas coletivas nacionais quando a sua natureza o permita.”

3.3.2 Estudos no sistema jurídico português

Na seara do Direito português, Canotilho explicita que a titularidade dos direitos fundamentais por parte de pessoas coletivas de direito públicos tem sido muito discutida. E afirma que a tese negativa baseia-se, fundamentalmente, em dois argumentos: (1) os direitos fundamentais baseiam-se na ideia de uma esfera de liberdade perante os poderes públicos, não sendo concebível gozarem as corporações, instituições ou fundações de direitos públicos da titularidade de direitos fundamentais no exercício de tarefas públicas (argumento da natureza dos direitos fundamentais); (2) é incompatível considerar o Estado (as suas corporações, instituições ou fundações) como destinatário dos direitos fundamentais, e, simultaneamente, como titular dos mesmos direitos fundamentais (argumento da identidade ou da confusão). No caso de lesão de direitos de uma corporação pública por parte de outra entidade pública estaríamos perante conflitos de competências e não perante lesões de direitos fundamentais de pessoas coletivas públicas.¹⁹⁷

A despeito das objeções postas, Canotilho argumenta que a negação de direitos fundamentais às pessoas coletivas de direito público não pode ser acolhida em todas as suas dimensões. Assegura que, embora não se dê grande valia ao argumento literal, o artigo 12º da Constituição Portuguesa não faz distinção entre as pessoas coletivas de direito público e de direito privado, sendo apenas relevante saber se o direito fundamental em questão é ou não compatível com a natureza da pessoa de direito público.¹⁹⁸

Por outra direção, aclara que a natureza dos direitos fundamentais não é, na Constituição de 1976, puramente individualista, possuindo certas pessoas coletivas de direito público interesses protegidos por direitos fundamentais específicos. Além

¹⁹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op.cit.*, p. 422.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 422-423.

disso, estas mesmas pessoas podem se encontrar em típicas situações de sujeição e não numa posição de proeminência ou de poder.¹⁹⁹

Assim, por exemplo, as universidades gozam constitucionalmente de autonomia científica, pedagógica, administrativa e financeira (artigo 76º-2), sendo aceitável conceber esta autonomia como um direito fundamental e não como mera garantia institucional. O mesmo se dizendo quanto a certas pessoas coletivas territoriais (autarquias locais) no que se respeita ao direito de autonomia perante o Estado (artigo 277º-1) e a certas corporações públicas (exemplo: de radiodifusão).²⁰⁰

Prossegue, acenando que a doutrina e a jurisprudência revelam muita abertura quanto ao reconhecimento de direitos fundamentais às associações públicas enquadráveis na administração autônoma (ex: ordens profissionais). Não é pelo fato de serem públicas que elas deixam de ser associações, e, conseqüentemente, deixam de ser titulares de certos direitos fundamentais reconhecidos às pessoas coletivas (ex: direito de propriedade, direito de defesa judicial, direito de petição e representação, direito de impugnação contenciosa dos atos administrativos lesivos dos seus direitos e interesses, direito do bom nome e reputação).²⁰¹

E conclui que, mesmo a doutrina adversa à titularidade de direitos fundamentais das pessoas coletivas de direito público admite, no entanto, que estas gozam de alguns direitos processuais fundamentais, como o direito do juiz natural (artigo 32º-7) e o direito de ser ouvido em juízo.²⁰²

Também no direito português, sobre o tema específico do gozo de direitos fundamentais por pessoas coletivas públicas, José Vieira de Andrade²⁰³ suscita que, à primeira vista, a ideia parece absurda e liminarmente recusada na época liberal, com base na ideia de que a função dos direitos fundamentais é a defesa da dignidade humana precisamente contra os poderes públicos (argumento da

¹⁹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op.cit.*, p. 423.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 423.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 423.

²⁰² *Ibidem*, p. 423.

²⁰³ O autor se refere a pessoas coletivas públicas num sentido amplo, material, na medida em que exerçam atividades materialmente administrativas e estejam sujeitas à direção pública. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op.cit.*, p.123.

confusão). Todavia, confirma que esta capacidade é hoje admitida, embora de forma limitada. Eis os dizeres do autor:

A razão dessa admissibilidade está na progressiva pulverização da ideia organizatória de Estado, em especial, no pluralismo interno da Administração – essa pulverização é de tal modo acentuada que é possível e frequente que se encontrem pessoas coletivas públicas em situação de sujeição ou subordinação perante o Estado ou outros entes públicos.²⁰⁴

Esse fenômeno é especialmente relevante quando estas situações de dependência surgem relativamente a administrações autônomas, isto é, relativamente a pessoas coletivas de substrato associativo que autoadministram interesses comuns próprios sob a fiscalização estadual,²⁰⁵ para além dos casos (normalmente citados) de certos estabelecimentos públicos de comunicação social (agências ou serviços de radiodifusão e de televisão).

Em todas estas situações, como afirma José Vieira de Andrade, é logicamente possível, no âmbito de uma concepção não-individualista dos direitos fundamentais, aplicar estes direitos às pessoas coletivas subordinadas, sujeitas a posições de poder, por analogia com a situação de sujeição dos indivíduos em face do Estado.²⁰⁶

No entanto, explana que a analogia formal, baseada na semelhança de subordinação (perante o Estado ou outro ente público), não é suficiente, por si só, para justificar a aplicação dos direitos fundamentais. É necessário, sim, se esteja dentro dos limites do sistema, ou seja, no âmbito da matéria específica que estes direitos constituem.²⁰⁷

Numa relação entre entidades públicas, só estará preenchida esta condição quando e na medida em que a competência (ou a atividade) do ente subordinado vise diretamente (também) prosseguir interesses individuais, no sentido de ter como função proteger ou promover a liberdade e a dignidade das pessoas.²⁰⁸

²⁰⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op.cit.*, p.123.

²⁰⁵ Afirma o autor que hoje assiste-se à proliferação de associações públicas, no contexto de um fenômeno “corporativizante” de autoregulação de profissões e atividades. *Ibidem*, p.123.

²⁰⁶ *Ibidem*, p.124.

²⁰⁷ *Ibidem*, p.124.

²⁰⁸ *Ibidem*, p.124.

Não será necessária a existência de um substrato pessoal e a verificação de que haja indivíduos especificamente afetados através da pessoa coletiva, mas é preciso que esteja em causa uma situação de perigo típica de direitos fundamentais, por estarem em jogo valores ou bens de carácter pessoal perante um poder.²⁰⁹

Conclui, então, que quando isso não acontece, isto é, quando não visem a proteger direitos fundamentais individuais, então se estaria fora da matéria, e, conseqüentemente, do campo de aplicação dos preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais. A defesa da participação de grupos sociais nas decisões políticas ou da descentralização ou desconcentração administrativas podem constituir objetivos constitucionais importantes e até prioritários, podem até ser condições objetivas da realização de direitos fundamentais, mas não são fundamento adequado para a atribuição dos direitos fundamentais às pessoas coletivas de direito público. Tal extensão dos direitos fundamentais implicaria na sua descaracterização e, por conseguinte, a destruição da sua coerência e razão de ser, para além de representar um perigo para as liberdades individuais.²¹⁰

Elucida que o que se chama de direitos exclusivos de pessoas coletivas públicas, são verdadeiras competências, ou seja, poderes concedidos no quadro normativo. Poderão alguns ou até a generalidade deles serem incluídos na matéria dos direitos fundamentais, conquanto se mostre que visam diretamente e em primeira linha proteger ou promover a dignidade humana. Porém, nessas hipóteses, devem ser equiparados a garantias institucionais e não aos direitos subjetivos fundamentais. Não porque sejam insuscetíveis de atribuição subjetiva (como acontece com as garantias institucionais), mas porque são insuscetíveis de atribuição individual, isto é, porque não é possível referi-los aos sujeitos daquele interesse principal que constituirá (é este o pressuposto da fundamentalidade) a sua razão de ser: a dignidade humana, que é radicalmente individual, no aspecto específico que estiver em causa.²¹¹

Ainda na doutrina portuguesa, Nuno e Sousa,²¹² também tratando da titularidade de direitos fundamentais e pessoas jurídicas de direito público, esclarece

²⁰⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op.cit.*, p.124.

²¹⁰ *Ibidem*, p.125.

²¹¹ *Ibidem*, p.122.

²¹² SOUSA, Nuno e. *Op.cit.*, p. 233.

que se podem fazer várias classificações das pessoas coletivas de direito público, designadamente a que refere às pessoas coletivas territoriais, institucionais e associativas (corporações e associações públicas).

Neste contexto, informa que para que as coletividades territoriais possam ser protegidas pelo sistema de liberdades públicas é indispensável que tenham uma existência perfeitamente distinta do Estado e possibilidade jurídica de lhe opor os seus direitos. Dentre as coletividades territoriais, deve ser afastada a hipótese do próprio Estado *per si*, já que não pode ser devedor e beneficiário de uma mesma obrigação, sendo as liberdades públicas obrigações estaduais insuscetíveis de originar a constituição de direitos a favor do Estado, persistindo o problema para as liberdades de associação, comércio e propriedade.²¹³

Prossegue especificando que, a favor da capacidade de direitos fundamentais das pessoas jurídicas de direito público, podem-se alinhar vários argumentos. Primeiramente, a Constituição Portuguesa não faz qualquer distinção entre as pessoas coletivas de direito privado e de direito público (Artigo 12º, 2), e, quando se refere a compatibilidade com a natureza da pessoa jurídica, esta não se liga a uma essência dos direitos fundamentais em geral, mas tão só à questão de se verificar se o direito fundamental, pelo seu conteúdo, pode competir a uma pessoa jurídica (já que a concepção exclusivamente individualista dos direitos fundamentais torna-se difícil de aceitar numa Constituição plena de sociabilidade, como a Portuguesa.)²¹⁴

Ademais, ao se considerar que certas pessoas jurídicas de direito público podem se sujeitar aos mesmos perigos de intervenção estadual, como as pessoas jurídicas de direito privado, então, aplicar-se-ia idêntico esquema de direitos de defesa, claro, quando a pessoa jurídica de direito público se encontrar na típica situação de proteção pressuposta pela norma do direito fundamental (sujeição ou de perigo).²¹⁵

Contudo, assevera que face à Constituição Portuguesa, que não assegura expressamente a capacidade de direitos fundamentais às pessoas jurídicas de

²¹³ SOUSA, Nuno e. *Op.cit.*, p. 233.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 234-235.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 235.

direito público, e perante o sentido tradicional dos direitos fundamentais, parece ser de se recusar, como regra,²¹⁶ tal capacidade:

No nosso caso, se bem que os órgãos de comunicação social possuam uma certa independência para com o Governo e os demais poderes públicos, e não sejam propriamente a *longa manus* do Estado, o certo é que também não são procuradores de interesses individuais, ou tão só destes interesses, nem se situam numa posição jurídica equiparável à do cidadão perante o Estado. Ao automatizar-se na Constituição Portuguesa, o legislador constituinte pretendeu imprimir aos órgãos de comunicação estaduais algumas características próprias. **No texto do artigo 39 também não se emprega alguma vez os termos direito ou liberdade, nem a Constituição se refere à liberdade de rádio ou da televisão (neste ponto, ao contrário da GG), pelo que sem um ponto de apoio exposto na Constituição parece incorreta outra solução.** Nas organizações públicas, continua a afirmar-se a liberdade de comunicação como um momento de livre individualidade e não formado jurídico-coletivamente (grifo nosso).²¹⁷

Dessa forma, no setor público, a compreensão da complexa rede de relações entre a liberdade, a intervenção estadual e a direção administrativa aconteceria por meio de princípios institucionais e o exercício dos direitos subjetivos fundamentais competiria às pessoas individuais e não à instituição de direito público.²¹⁸

3.3.3 Estudos no sistema jurídico espanhol

Segundo Ángel J. Gómez Montoro, embora para o Tribunal Constitucional Espanhol exista um reconhecimento constitucional (implícito) de que as pessoas jurídicas são, em princípio, titulares de direitos fundamentais (como visto no tópico anterior), é distinta a análise que deve ser realizada quando se trata de pessoas jurídicas de direito público.²¹⁹

Inicialmente, esclarece que foram poucas as ocasiões que este tipo de entidade (que inclui a própria Administração Geral do Estado, as empresas com participação pública, passando por comunidades autônomas e entidades da seguridade social) se utilizaram do *recurso de amparo*²²⁰ para a defesa do que elas consideram seus direitos fundamentais. Na grande maioria dos casos, se trata do direito à tutela judicial efetiva e dos direitos processuais, dispostos no já citado artigo

²¹⁶ Uma exceção seria, por exemplo, a validade dos direitos fundamentais processuais para as pessoas jurídicas de direito público; art. 12, 2, da Constituição Portuguesa. SOUSA, Nuno e. *Op.cit.*, p. 235.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 235-236.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 236.

²¹⁹ MONTORO, Ángel J. Gómez. *Op.cit.*, p. 45.

²²⁰ Sobre o recurso de amparo, ver nota 173.

24 da Constituição Espanhola. Em relação a tais direitos, o Tribunal realizou desde o princípio uma interpretação ampla que levou a admitir a sua titularidade também por pessoas jurídicas públicas, como por exemplo, nas Sentenças 4/1982, 19/1983, 82/1983, 124/1987 e 180/1987 em que se reconheceram direitos fundamentais processuais a entidades públicas (*Fondo Nacional de Garantía de Riesgos, Diputacion Foral e Instituto Nacional de la Seguridade Social*).²²¹

No entanto, por ocasião do julgamento da Sentença do Tribunal Constitucional 64/1988, que analisava um *recurso de amparo* interposto pela própria administração do Estado, metade dos magistrados da sala formularam um voto particular, contrário à orientação acima exposta e no seguinte sentido:

Impossibilidade de considerar o Estado ou a administração do Estado como titular de um direito fundamental [...]. Os instrumentos jurídicos que o Estado dispõe para a realização de seus interesses públicos não se ajustam à ideia de direito fundamental. Os direitos que a Constituição reconhece são genuínos direitos subjetivos e, por conseguinte, situações de poder, postas pelo ordenamento jurídico à disposição dos sujeitos favorecidos para que estes realizem livremente seus interesses [...]

O instrumento básico dos direitos fundamentais não se adequam à organização estatal, seja qual for a forma através da qual se personifique. Para a realização de seus fins e proteção de seus interesses públicos não é titular de direitos subjetivos, salvo quando atua no âmbito do direito privado. O Estado possui poderes e competências, mas de nenhum modo direitos fundamentais (grifo nosso).²²²

Todavia, apesar deste posicionamento, ressalta-se que o Tribunal Espanhol, na maioria das vezes, sempre admitiu a titularidade dos direitos do artigo 24 da Constituição Espanhola, quando exista uma via judicial aberta aos entes públicos.²²³

No que se refere a outros direitos distintos dos do artigo 24 da Constituição Espanhola, o Tribunal só reconheceu de forma expressa às pessoas jurídicas públicas a titularidade do direito à igualdade de aplicação da Lei. A primeira decisão nesta direção foi a Sentença do Tribunal Constitucional 100/1993, que consignou que:

Uma ruptura essencial no Estado de direito- se afirma no fundamento jurídico 2º- é a submissão dos poderes públicos à jurisdição, frente a qual a situação dos poderes públicos não é radicalmente diferente da situação dos

²²¹ MONTORO, Ángel J. Gómez. *Op.cit.*, p. 45-46.

²²² *Ibidem*, p. 47.

²²³ *Ibidem*, p. 51.

particulares, também no que se refere ao direito de não se submeter a um tratamento arbitrário por parte dos juízes e tribunais [...].

As mesmas razões que justificam a viabilidade da invocação do direito à tutela judicial efetiva por parte dos entes públicos, não de aplicar-se aos supostos casos de desigualdade na aplicação judicial da Lei onde está em jogo não somente o artigo 14 CE, como também, o artigo 24 da Constituição Espanhola.²²⁴

Em outros julgados, em contraponto, entendeu-se que as pessoas jurídicas públicas não podem ser titulares ao direito à igualdade perante a Lei. Assim, decidiu o Tribunal na Sentença 135/1985 que

Os entes públicos não podem ser considerados como titulares de direito fundamental à não discriminação amparado no artigo 14 CE, que se refere aos espanhóis e não é de aplicação às pessoas jurídicas enquanto tais (fundamento jurídico 3º).²²⁵

Fornecendo sua posição em relação à jurisprudência exposta, Ángel Montoro diz que ainda não é possível valorar a doutrina acerca do assunto. Argumenta que, tanto para as pessoas jurídicas de direito privado como para as de direito público, a personalidade é fruto de uma atribuição por parte do ordenamento jurídico, que tem por finalidade converter o ente em questão em sujeito autônomo de relações jurídicas, ou seja, de direitos e obrigações, entretanto, as diferenças entre ambas são substanciais, pois a pessoa jurídica de direito privado é fruto de exercício pelos cidadãos de seus direitos fundamentais e ela se converte em meio para o exercício desses direitos. Por outra direção, a pessoa jurídica de direito público é criação do próprio Estado (em seu significado mais amplo) e constitui habitualmente um instrumento de descentralização com que se busca uma organização administrativa mais flexível e eficaz.²²⁶

A diferença resultaria de grande importância, sobretudo se na justificação do reconhecimento de direitos fundamentais das pessoas jurídicas privadas se buscam os interesses das pessoas físicas que estão por trás delas. No caso das pessoas jurídico-públicas, atrás delas se encontram os poderes públicos, pelo que, em princípio, careceria de sentido reconhecer-lhes direitos fundamentais.²²⁷

²²⁴ MONTORO, Ángel J. Gómez. *Op.cit.*, p. 51-52.

²²⁵ *Ibidem*, p. 52.

²²⁶ *Ibidem*, p. 53.

²²⁷ *Ibidem*, p. 53.

Em posicionamento oposto, Francisco Segado reconhece a titularidade de direitos fundamentais tanto às pessoas privadas como às públicas no Direito Espanhol, definindo que os direitos fundamentais não podem ser atribuídos somente às pessoas físicas de nacionalidade espanhola, bem ao contrário, não de considerar-se, com determinadas observações, como titulares de direitos fundamentais também os estrangeiros e as pessoas jurídicas tanto de direito privado, como de direito público.²²⁸

3.3.4 Estudos no sistema jurídico chileno

Na doutrina chilena, Eduardo Aldunate Lizana,²²⁹ ao estudar a titularidade dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico chileno, assegura que o reconhecimento da titularidade de direitos fundamentais a pessoas jurídicas tem um caráter excepcional e requer uma justificação particular, fazendo uma diferenciação entre as pessoas jurídicas de direito privado e as pessoas jurídicas de direito público, pois, inclusive naqueles países onde se discute a possibilidade de direitos fundamentais das pessoas jurídicas, existe uma predisposição em aceitar as pessoas jurídicas de direito privado como titulares e de excluir esta possibilidade às pessoas jurídicas de direito público.

A razão de ser desta diferenciação seria válida no sistema constitucional chileno e se aplicaria em função dos conceitos de direitos fundamentais e da distinção entre pessoas jurídicas de direito privado e de direito público do ponto de vista de suas origens e suas funções. As pessoas jurídicas de direito privado seriam projeções de atuação dos indivíduos, como instrumento para o desenvolvimento de seus fins. Já as pessoas jurídicas de direito público, em especial, aquelas que formam parte do Estado em sentido amplo (Fisco, organismos que gozam de autonomia) existem para o exercício do poder público e são precisamente as destinatárias das normas de proteção dos direitos fundamentais, são estas

²²⁸ FERNANDEZ SEGADO. *La teoría jurídica de los derechos fundamentales em la Constitución Española de 1978 y em su interpretación por el Tribunal Constitucional*. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v.121, 1994, p. 89.

²²⁹ LIZANA, Eduardo Aldunate. *La Titularidad de los Derechos Fundamentales*. In: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Santiago: Universidad de Talca, 2003, p. 195.

entidades que devem respeitar esses direitos, resultando difícil aceitar que, ao mesmo tempo, adquiram qualidade de serem titulares dos mesmos.²³⁰

Todavia, aponta que a prática dos Tribunais tem seguindo outra linha. A partir do enunciado inicial do artigo 19 de Constituição Chilena (*La Constitución asegura a todas las personas...*), da legitimação ativa genérica do seu artigo 20 e da regra de não distinção trazida do Direito Civil (*allí donde el legislador no há distinguido, no es licito al intérprete distinguir*), abre-se um lugar comum para a afirmação de que os direitos contidos no artigo 19 (que garante os direitos fundamentais) devem ser reconhecidos, dentro de suas possibilidades, às pessoas jurídicas em geral (tanto de direito privado, como de direito público).²³¹

Para a doutrina de Eduardo Lizana, esta posição não parece ser recomendável considerando a perspectiva de uma dogmática desenvolvida a partir da ideia básica de que estes direitos são, antes de tudo, atributos dos indivíduos frente o poder e que seu reconhecimento às pessoas jurídicas, só pode acontecer por meio de uma justificativa excepcional. A estrutura de regulamentação *iusfundamental* na Carta Chilena não permitiria afirmar uma extensão irrestrita do artigo 19 às pessoas jurídicas. Há que se analisar o conteúdo do direito fundamental no caso concreto, bem como a natureza da pessoa jurídica.²³²

Entende que é incompatível com o Estado de Direito reconhecer a possibilidade de se atribuir ao Estado, através de seus órgãos, o exercício de uma jurisdição protetiva de direitos fundamentais, que é atribuída somente aos indivíduos, ou, no máximo, aos meios em que eles se desenvolvem (pessoas jurídicas de direito privado). O próprio texto constitucional regula a habilitação constitucional do Estado em seu Capítulo III, de maneira excepcional (art. 19 n°12 i. V, art. 19 n° 21 i. II, art. 19 n° 24 i. VI), o que constitui ao menos um indício bastante forte no sentido de que a Constituição não reconhece como regra uma titularidade estatal em matéria de direitos fundamentais.²³³

²³⁰ LIZANA, Eduardo Aldunate. *Op.cit.*, p. 195-196.

²³¹ *Ibidem*, p. 196.

²³² *Ibidem*, p. 197.

²³³ *Ibidem*, p. 197.

Além disso, assinala que as pessoas jurídicas de direito público sempre são criações de um ato de potestade estatal (e não um mero reconhecimento de vontades individuais que cumprem com os requisitos do ordenamento jurídico para adquirir personalidade jurídica), e, portanto, nesta qualidade, não podem vincular-se ao desenvolvimento dos fins individuais.²³⁴

As exceções seriam apenas as entidades as quais se reconhece personalidade jurídica de direito público para o cumprimento de fins que são proteções do desenvolvimento dos indivíduos e que diferem do poder estatal, na medida em que geram espaços de autonomia. Exemplos seriam as entidades religiosas, a quem são dadas personalidade jurídica de direito público e as municipalidades, governos regionais e autonomias administrativas, que se opõem à administração estatal e que podem motivar, em consequência, uma legítima discussão sobre a titularidade de direitos fundamentais, ao menos com relação ao poder estatal (central).²³⁵

Assinala, então, que a solução é entender que o importante para a aceção do termo titularidade, é que todo órgão do Estado, todas as corporações, sejam elas de direito privado, sejam de direito público, podem gozar de direitos públicos subjetivos (que se referem a um poder de agir juridicamente garantido; uma atribuição de poder), que se distinguem, todavia, da compreensão de direitos fundamentais dos indivíduos.²³⁶

3.3.5 Estudos nos sistemas jurídicos francês e italiano

Com a implementação dos direitos da Convenção Europeia na lei francesa, através de sua ratificação em 1974, e de sua aceitação em 1981, é que se pode dizer que os direitos das pessoas jurídicas passaram a ter importância no direito francês. Anteriormente, a questão já tinha sido discutida em 1970, em um contexto belga, no Simpósio Leuven sobre “os direitos humanos e as pessoas morais” e a primeira avaliação coletiva da prática francesa foi em Estrasburgo, em 1985, onde o relatório sobre o “estado da Convenção Europeia de direitos de jurisdições judiciais de natureza não penal” listou algumas decisões analisadas mostrando as pessoas

²³⁴ LIZANA, Eduardo Aldunate. *Op.cit.*, p. 198.

²³⁵ *Ibidem*, p. 198.

²³⁶ *Ibidem*, p. 198-199.

jurídicas como titulares de direitos, como o direito de segredo de correspondência, de propriedade, os previstos na Lei de Imprensa.²³⁷

Também na década de oitenta, o Conselho Constitucional Francês foi levado a refletir acerca da temática dos direitos fundamentais das pessoas jurídicas. Primeiramente, em uma decisão de 08 de janeiro de 1980 sobre a aplicação de uma lei de tributação local, o Conselho aplicou às pessoas jurídicas a sua jurisprudência clássica sobre o princípio da igualdade perante lei:

Considerando o princípio da igualdade perante a lei, conforme indicado no artigo 6^o da Declaração dos Direitos Humanos de 1789 e confirmado pelo preâmbulo da Constituição, deve-se aplicar a situações semelhantes regras semelhantes e às situações diferentes, regras diferentes.²³⁸

E foi justificado neste caso, a diferença de regime fiscal para atender aos estabelecimentos de eletricidade na França.

Em outra decisão em 22 de Julho 1980, acerca da lei sobre a proteção e controle de material nuclear, o Conselho também declarou o princípio da igualdade entre as pessoas físicas e as pessoas jurídicas, mesmo que elas não estejam na mesma situação, e preconizou que as pessoas jurídicas podem se utilizar dos direitos fundamentais que lhe são reconhecidos pelas disposições legislativas.²³⁹

No que diz respeito às pessoas jurídicas de direito público, faz-se a diferenciação entre Estado propriamente dito e autoridades locais, instituições da administração pública ou instituições públicas industriais e comerciais, compreendendo-se que alguns direitos tidos como titularizados pelas pessoas jurídicas de direito privado pela Corte Européia podem também ser aplicados às entidades públicas e às autoridades locais.²⁴⁰

Neste sentido, é significativo que a Lei francesa 1982 sobre a descentralização (*Loi Defferre*) seja intitulada de "Ato dos direitos e liberdades das comunas, departamentos e regiões" e que o Conselho de Estado Francês não tenha exitado em reconhecer que uma comunidade local (pública) pode se beneficiar das

²³⁷ DECAUX, Emmanuel. *L'applicabilité des normes relatives aux droits de l'homme aux personnes morales de droit privé*. In: *Revue internationale de droit comparé*. vol. 54, n°2, avril-juin 2002, p.556.

²³⁸ Ibidem, p.556.

²³⁹ Ibidem, p.556.

²⁴⁰ Ibidem, p.552.

garantias de audiência pública previstas no artigo 6º, §1º da Constituição Francesa.²⁴¹

Ademais, o próprio Conselho Constitucional consagrou uma série de direitos às pessoas coletivas de direito público, inclusive entendeu que se aplica o princípio da "livre administração das comunidades locais", nos termos do artigo 72 da Constituição de 1915, como também o direito de propriedade prevista na Declaração dos Direitos Humanos de 1789. De acordo com o Conselho Constitucional, antes da promulgação de uma Lei de privatização, a Constituição Francesa se opõe a que bens públicos que façam parte do patrimônio público sejam cedidos para perseguir fins de interesses privados por preços inferiores a seus valores reais, refletindo, assim, que o princípio da isonomia deve ser aplicado não só à propriedade privada, mas também à propriedade do Estado e de outros entes públicos, que tem direito à igualdade de condições.²⁴²

Em sentido contrário, foi localizado entendimento na doutrina francesa, que os estabelecimentos públicos não se beneficiam das liberdades públicas, já que o seu modo de criação depende de um órgão do Estado que sempre poderá suprimir, ou pelo menos alterar o elenco de direitos concedidos pelo estatuto. Estes direitos não têm como contrapartida uma obrigação estadual semelhante à que ocorre com as liberdades públicas, tratando-se de direitos subjetivos concedidos pelo legislador, mas que este poderá revogar. Portanto, o que se chama de estabelecimentos públicos aparecem como meras formas de organização da administração, ou seja, como processos de realizar a polícia geral do governo. Na França, a radiotelevisão, por exemplo, é considerada um estabelecimento público, sendo o legislador o único órgão competente para determinar as suas regras de criação.²⁴³

Na doutrina italiana foi localizado um estudo do autor Massino Franzone, citado em artigo de Renan Lotufo, que abarca o tema em estudo e trata do problema da civilidade e do ressarcimento do dano moral causado a pessoas jurídicas não-físicas. Desde logo, afirma que não se pode negar que muitas hipóteses de incidência dos danos morais, por sua própria natureza, só se pode reportar às

²⁴¹ DECAUX, Emmanuel. *Op. cit.*, p.552.

²⁴² *Ibidem*, p.552.

²⁴³ BRAUD, P. *La notion de liberte publique em droit français. In: Revue Revue internationale de droit compare.* Vol. 22, nº 3, Juillet-septembreIn, p. 576.

peças físicas. Uma das lesões é a psicofísica, bem como da liberdade individual, da liberdade sexual. Contudo, o âmbito do dano não patrimonial é muito mais amplo, como a honra, a reputação, a imagem, o nome, a privacidade, cuja lesão pode atingir todas as pessoas e até entes de fato.²⁴⁴

Sob tal enfoque, pessoas jurídicas de direito público e pessoas políticas de direito público podem sofrer dano moral. O autor desenvolve a argumentação através de um episódio específico, transcrevendo o julgamento pelo Tribunal de Roma de um caso de corrupção no Ministério da Aeronáutica italiano.

A colocação feita pelo Tribunal de Roma (e apresentada pelo autor) foi de que teria havido dano moral contra o Ministro da Aeronáutica, portanto, contra o governo. Considerou-se que aquilo que é o dano extra patrimonial tanto valerá para a pessoa privada ou para a pessoa pública, não se fazendo distinção entre o privado e o público, pois a esfera da respeitabilidade, da boa fama e da imagem devem ser respeitadas como qualquer um, e não é exclusivo somente das pessoas de direito privado.²⁴⁵

3.4 Possibilidade de a pessoa jurídica de direito público ser titular de direitos fundamentais no sistema jurídico brasileiro

Como visto, de modo geral, pode-se afirmar que essa questão é de grande complexidade, pois, em princípio, é completamente paradoxal considerar que o Estado seja, ao mesmo tempo, sujeito ativo e passivo de direitos fundamentais. É uma situação até meio esquizofrênica, já que o Estado estaria invocando direitos fundamentais para se proteger dele mesmo. Apesar disso, há entendimento na doutrina nacional de que existem alguns direitos fundamentais que podem ser titularizados por pessoas jurídicas de direito público.²⁴⁶

O princípio é o de que os direitos e garantias assegurados nos incisos do art. 5º se dirigem às pessoas físicas, ao indivíduo, e não às pessoas jurídicas (públicas ou privadas). Entretanto, como afirma José Afonso da Silva, a pesquisa no texto constitucional mostra que vários dos direitos arrolados nos incisos do art. 5º se estendem às pessoas jurídicas, tais como o princípio da isonomia, o princípio da

²⁴⁴ LOTUFO, Renan. Dano moral da pessoa jurídica. In: *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito comparado Luso-Brasileiro, 2004, p. 294.

²⁴⁵ Ibidem, p. 294.

²⁴⁶ MARMELSTEIN, George. *Op. cit.*, p.232.

legalidade, o direito de resposta, o direito de propriedade, o sigilo de correspondência e das comunicações em geral, a inviolabilidade do domicílio, a garantia do direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, assim como a proteção jurisdicional e o direito de impetrar mandado de segurança.²⁴⁷

Nesse passo, a par das exceções apontadas, é preciso dizer que o rol dos direitos fundamentais foi amplamente alargado. Um exemplo disso é o artigo 5º da Constituição Federal do Brasil que alberga, num rol meramente exemplificativo, quase oitenta incisos que descrevem exclusivamente direitos fundamentais. Dentro dessa extensa lista há direitos que poderiam ser invocados pelo Estado, mesmo contrariando os interesses de um particular. Em sua grande maioria, tais direitos são de ordem procedimental, ou seja, direitos que garantem um procedimento igualitário.

Ingo Sarlet justifica esta argumentação, considerando, especialmente que em se tratando de um Estado Democrático de Direito, tal qual consagrado pela nossa Constituição, em que o Estado e a sociedade não são setores isolados da existência sociojurídica, sendo precisamente no amplo espaço do público que o indivíduo logra desenvolver livremente sua personalidade, designadamente por meio da sua participação comunitária, viabilizada em especial por meio dos direitos políticos e dos direitos de comunicação e expressão, não há como deixar de reconhecer às pessoas jurídicas de direito público, evidentemente as peculiaridades de cada caso, a titularidade de determinados direitos fundamentais.²⁴⁸

Com efeito, o autor entende que, a exemplo do que tem sido reconhecido no âmbito do direito comparado, onde o tema tem alcançado certa relevância, também no direito constitucional brasileiro é possível identificar algumas hipóteses atribuindo a titularidade de direitos fundamentais às pessoas jurídicas de direito público, o que se verifica especialmente na esfera dos direitos de cunho processual, mas também alcança certos direitos de cunho material, como é o caso das Universidades (autonomia universitária assegurada no art. 207 da Constituição Federal), órgãos de comunicação social (televisão, rádio, etc), corporações profissionais, autarquias e até mesmo fundações, que podem, a depender das circunstâncias, ser titulares de

²⁴⁷ SILVA, José Afonso. *Op.cit.*, p. 192.

²⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 224.

direito de propriedade, de posições defensivas em relação a intervenções indevidas na sua esfera de autonomia, liberdades comunicativas, entre outros.²⁴⁹

Sobre o tema, em pesquisa recente, também foi encontrada a Versão Parcial de Tese de Doutorado de Henrique Geaquinto Herkenhoff da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo,²⁵⁰ que está escrevendo sobre os direitos de personalidade da pessoa jurídica de direito público, e, inspirado em um caso concreto submetido ao Supremo Tribunal Federal (Estado de Minas Gerais X União Federal e outros), extinto sem julgamento de mérito, examina no Direito brasileiro e comparado se é possível reconhecer, e sob quais fundamentos jurídicos, a lesão à honra da pessoa jurídica de direito público, distinguindo inteiramente a questão daquela outra referente ao dano moral à pessoa jurídica que, apesar de admitida pelo Superior Tribunal de Justiça e, contida no Código Civil, vem ainda gerando muitas críticas, por parte, por exemplo, de Gustavo Tepedino.

Segundo o doutorando, embora sejam recorrentes os atos lesivos à honra de instituições públicas, com ou sem personalidade jurídica própria, com graves repercussões sociais e até econômicas (como se apresenta na petição inicial da supracitada ação que o Estado de Minas Gerais moveu em face da União Federal e outros), não tem havido qualquer estudo na doutrina nacional quanto à possibilidade de reação do ofendido no plano do Direito Privado: todas as consequências dos atos lesivos têm sido reservadas ao Direito Público (Direito Penal, Direito Administrativo e Direito Internacional Público). Assim, a única ação em que sabidamente se pleiteou a indenização com tal fundamento não discutia adequadamente a matéria e, de toda sorte, terminou por desistência consentida, depois que expirou o mandato daquele governante que a fez propor.²⁵¹

Especifica que tais ofensas à honra da pessoa jurídica de direito público tanto podem ser cometidas pelo particular, como pelo detentor de cargo público e mesmo

²⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 225.

²⁵⁰ HERKNHOFF, Henrique Geaquinto. Catálogo USP. *Os direitos de personalidade da pessoa jurídica de direito público*. Versão parcial de tese de doutorado da Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://search.babylon.com/?q=os+direitos+de+personalidade+da+pessoa+jur%C3%ADdica+de+direito+p%C3%ABlico+-+henrique&babsrc=HP_ss&s=web&rlz=0&as=0&ac=0>. Acesso em 15 set. 2013, p.5.

²⁵¹ *Ibidem*, p. 5.

por outros organismos públicos, e poderiam acontecer tanto em um cenário local, como no plano internacional.

Baseia seus fundamentos teóricos na pesquisa de Antônio Junqueira (com base em Santo Agostinho e São Tomás de Aquino), Michel Quoist e outros filósofos das mais variadas correntes, que apontam o equívoco de conceber a pessoa humana como uma “ilha” (concepção insular de pessoa humana) ou como um ser despersonalizado e egocentrado (homem atomizado). Conseqüentemente, a dignidade humana não é um bem estritamente individual, ignorando suas relações com os demais e, portanto, a faceta coletiva, social ou pública da personalidade, de tal modo essa dignidade pode ser ofendida por um desdouro à pessoa jurídica de direito público que representa essa faceta.²⁵²

Completa que existem direitos de todas as espécies, inclusive dentre os direitos humanos e os fundamentais de personalidade, que pressupõem o ser humano individualmente considerado, e, portanto, são compatíveis apenas com a titularidade por uma pessoa física. Entretanto, assinala que existem outros aspectos desses direitos que pressupõem o ser humano transindividualmente considerado, e, por isso, podem ser imputados somente a pessoas jurídicas. E, existem aspectos ou manifestações casuísticas desses direitos em que é indiferente seja seu titular individual ou transindividualmente considerado, de sorte que podem ser reconhecidos tanto à pessoa física como à jurídica.²⁵³

Dessa forma, deve ser imputado à pessoa jurídica o sofrimento coletivo e solidário dos seres humanos que a integram. Tal sofrimento coletivo e solidário não pode ser decomposto na soma simples do sofrimento singular e identificável de cada integrante dessa comunidade, devendo ser juridicamente considerado *uti universi*, como decorrência da violação de um direito difuso ou coletivo.²⁵⁴

O ser humano é titular de uma honra *uti singuli*, mas também de uma honra subjetiva *uti universi*, passível de restar ferida por uma ofensa às comunidades, maiores ou menores, de que ele participa como condição para o desenvolvimento de sua personalidade (humanidade, nação, família, comunidade religiosa, empresa,

²⁵² HERKNHOFF, Henrique Geaquinto. *Op.cit.*, p. 6-7.

²⁵³ *Ibidem*, p. 8.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 9.

etc). Também o direito à vida pode ser violado *uti singuli*, por exemplo, pelo assassinato de um indivíduo, mas também *uti universi*, como no caso dos crimes contra a humanidade e, em particular, no de genocídio. Do mesmo modo, e pelas mesmas razões, todos os demais direitos fundamentais da personalidade podem revelar, em cada caso concreto, aspectos que se manifestam *uti universi*, não se podendo afirmar genérica e aprioristicamente que algum deles é incompatível com a natureza transindividual das pessoas jurídicas.²⁵⁵

Continua explicitando que as pessoas jurídicas de direito público, além de titulares de direitos da personalidade próprios, são titulares residuais de todos os direitos da personalidade em que sejam interessadas entidades sem personalidade jurídica e cuja defesa não seja confiada, com exclusividade, a terceiros. Em diversos casos concretos, as pessoas jurídicas de direito público são, em particular, titulares do direito à honra, ao nome e aos sinais distintivos (símbolos nacionais), à vida e à integridade física e psíquica, à imagem e à intimidade, à sepultura e à disposição do corpo *post mortem* e dos direitos “morais” do autor, ora por direito próprio, ora como ente exponencial de entidades sem personalidade jurídica própria (humanidade, nação, pessoas falecidas, etc).²⁵⁶

E conclui esclarecendo que não existem direitos da personalidade que sejam absolutamente incompatíveis com a natureza transindividual da pessoa jurídica de direito público. Haverá aspectos ou manifestações concretas desses direitos que poderão ser reconhecidos aos entes estatais, outros não, e mais alguns que só a eles.²⁵⁷

Ainda sobre o assunto e tratando da liberdade expressão, Paulo Thadeu Gomes da Silva descreve que no caso *United v. Federal Election Commission*,²⁵⁸ em que a Corte Americana, por maioria, decidiu que a primeira Emenda se aplicava às

²⁵⁵ HERKNHOFF, Henrique Geaquinto. *Op.cit.*, p. 9.

²⁵⁶ *Ibidem*, p.10.

²⁵⁷ *Ibidem*, p.10

²⁵⁸ 558 US (2010). O caso versou sobre uma lei dos Estados Unidos que proibia as corporações e sindicatos de usarem seus fundos para fazer despesas relativas a declarações que se constituam em comunicação eleitoral ou declaração que expressamente advogue a eleição ou não eleição de um candidato no período de 30 dias de uma eleição primária e uma organização sem fins lucrativos, havia feito um documentário sobre a candidata Hillary Clinton, do Partido Democrata. SILVA. Paulo Thadeu Gomes da. *Op cit.*, p. 110-111.

corporações públicas para efeito de proteção do direito de liberdade de expressão na modalidade política.

Partindo deste julgado, o autor ilustra que essa interpretação dada pela Corte Americana refletiria de forma mais adequada a compreensão que se deve ter a respeito desse direito fundamental essencial à democracia, e que pode ser representada pela teoria sistêmica luhmanniana naquilo que considera a sociedade como comunicação.²⁵⁹ Esse ponto de partida produz consequências valiosas ao entendimento da matéria, pois que a comunicação, entendida como uma realidade sistêmica, refere-se tanto ao desenvolvimento da personalidade individual, quanto institucional,²⁶⁰ pois instituições também se comunicam.

Então, se mesmo o direito de expressão pode ser reconhecido com relação às pessoas físicas e jurídicas, estas tidas na conta de instituições da sociedade, então a pessoa jurídica de direito público também pode ser titular de direito fundamental, ainda que os direitos de defesa se esgrimem contra o ente estatal.²⁶¹

No âmbito da jurisprudência brasileira, a teoria da titularidade dos direitos fundamentais por pessoas de direito público tem sido acolhida por alguns órgãos do Poder Judiciário. Existe precedente da Justiça Federal do Estado do Piauí em que a Juíza Marina Rocha Cavalcante Barros, da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Piauí, analisa conflito jurídico entre dois entes federativos (União x Município), nos autos do processo de nº 4928-49.2013.4.01.3400, nos seguintes termos:

Poder-se-ia alegar, dentro das razões ora expedidas, que os Municípios não são titulares de direitos fundamentais e, portanto, para eles, não se aplicaria a obrigatoriedade do devido processo legal. Afinal, os direitos fundamentais surgiram como proteção dos indivíduos à ingerência estatal, e os Municípios nada mais são do que um ente estatal, dentro da organização federativa do Estado brasileiro. **Todavia, no presente caso, os Municípios são titulares de direitos fundamentais porque não estão no papel de administração pública, que pode impor aos particulares a sua vontade. Estão sim submetidos, por ordem constitucional, à intervenção da União Federal na sua esfera jurídica, independentemente de sua vontade, o que é a essência que justifica a garantia dos direitos fundamentais.**

²⁵⁹ SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Op.cit.*, p.111.

²⁶⁰ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão- dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 111.

²⁶¹ SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Op.cit.*, p.111.

Aliás, vale mencionar que aqui se fala de direito do Município, mas em verdade, potencialmente, se está falando em direito dos munícipes, os quais acabam por sofrer consequências do bloqueio das verbas (grifo nosso).²⁶²

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, foi encontrado acórdão tratando do assunto, proferido quando do julgamento pela Primeira Turma do Recurso Extraordinário nº 177.888-RS, que teve como Relator o Ministro Moreira Alves. Na ocasião, o Tribunal consignou que:

Ementa: Previdência Social. Pensão. Alegação de inconstitucionalidade do art. 9º da Lei nº 9127-90 do Estado do Rio Grande do Sul. – Falta de prequestionamento da questão relativa ao artigo 5º, LV, da Carta Magna. – Quanto ao mais, em hipótese semelhante à presente, esta Primeira Turma, ao julgar o RE 212.060, em 13.10.98, entendeu que o art. 9º da Lei Estadual 9.127-90, por estabelecer que “o Instituto de Previdência do Rio Grande do Sul restabelecerá as pensões que preencham os requisitos do art. 41, 6º, da Constituição Estadual”, não ofendeu o disposto no art. 5º, XXXVI, da Carta Magna Federal, sob o fundamento de que “não se pode vedar a aplicação de regime legal relativo a pensões a uma situação ocorrida sob o império da lei anterior, sob o argumento de que deve continuar por ela regulada”. E afastou, também, a alegada violação ao art. 195, 5º, da Constituição Federal, porque não se trata, no caso, de instituição de novo benefício, sendo a fonte de custeio pré- existente, tendo em vista que o segurado contribuiu em vida para a Previdência para que seus dependentes tivessem pensão após sua morte. – **É de acrescentar-se, apenas, no tocante à alegação de ofensa ao artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, que, se a Lei estadual em causa determinou sua aplicação ao período anterior à sua vigência, a fim de restabelecer pensões que haviam sido extintas, não pode órgão da Administração Pública pretender não aplicá-la sob tal alegação, porquanto, integrando, ele o Estado, não tem ele direito a uma garantia fundamental que é oponível ao Estado e não, [...] -a ele outorgada.** – Por fim, a alegação, também constante do recurso extraordinário, de que a Lei Estadual em causa teria ultrapassado – e, portanto, ofendido- o disposto no artigo 41, 6º, da Constituição Estadual, que só se dirigiu ao futuro, se situa no âmbito exclusivamente estadual, não dando margem, assim, ao cabimento do recurso extraordinário a esse respeito. Recurso extraordinário conhecido pela letra “c”, do inciso III, do artigo 102 da Constituição, mas não provido (grifo nosso).²⁶³

A referida decisão serviu de precedente à Súmula nº 654 do Supremo Tribunal Federal,²⁶⁴ que dispõe que: “A garantia da irretroatividade da lei, prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição da República, não é invocável pela entidade estatal que a tenha editado.” Nota-se que, aqui restou decidido que o Estado, no caso, o

²⁶² BRASIL. TRF1ª, *Processo nº 4828-19.2013.4.01.4000*. 5ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Piauí. Teresina, 2013b. Disponível em: <<http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/>>. Acesso em 04 jan. 2014.

²⁶³ BRASIL. STF, *RE 177888*. Rel. Ministro Moreira Alves, 1ª Turma, julgamento em 15.06.1999, publicação em 06.08.1999.

²⁶⁴ BRASIL. STF, Súmula 654 do Supremo Tribunal Federal. *Súmula 654*. A garantia da irretroatividade da lei, prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição da República, não é invocável pela entidade estatal que a tenha editado. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>>. Acesso em 30 nov. 2013.

INSS, não poderia alegar a garantia do ato jurídico perfeito e do direito adquirido em benefício próprio e contra o interesse particular.

Todavia, em outras oportunidades, a Corte decidiu expressamente que as pessoas jurídicas de direito público gozam de direitos processuais fundamentais, veja-se:

E M E N T A: CADASTRO ÚNICO DE CONVÊNIO (CAUC) - INCLUSÃO, NESSE CADASTRO FEDERAL, DO ESTADO DE SÃO PAULO, POR EFEITO DE DIVERGÊNCIAS NA PRESTAÇÃO DE CONTAS DE CONVÊNIOS CELEBRADOS COM O MINISTÉRIO DA JUSTIÇA - CONSEQÜENTE IMPOSIÇÃO, AO ESTADO-MEMBRO, EM VIRTUDE DE ALEGADO DESCUMPRIMENTO DAS RESPECTIVAS OBRIGAÇÕES, DE LIMITAÇÕES DE ORDEM JURÍDICA - A QUESTÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS, NOTADAMENTE AQUELES DE CARÁTER PROCEDIMENTAL, TITULARIZADOS PELAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO - POSSIBILIDADE DE INVOCAÇÃO, PELAS ENTIDADES ESTATAIS, EM SEU FAVOR, DA GARANTIA DO "DUE PROCESS OF LAW" - NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA, POR PARTE DO PODER PÚBLICO, DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO REQUISITO LEGITIMADOR DA INCLUSÃO, NO CAUC, DE QUALQUER PESSOA ESTATAL, BEM ASSIM DE SEUS ENTES OU ÓRGÃOS A ELA VINCULADOS [...] A Questão dos direitos e garantias constitucionais, notadamente aqueles de caráter procedimental, titularizados pelas pessoas jurídicas de direito público.

- A imposição de restrições de ordem jurídica, pelo Estado, quer se concretize na esfera judicial, quer se realize no âmbito estritamente administrativo [...] supõe, para legitimar-se constitucionalmente, o efetivo respeito pelo Poder Público, da garantia indisponível do "due process of law", assegurada, pela Constituição da República (art. 5º, LIV), à generalidade das pessoas, **inclusive às próprias pessoas jurídicas de direito público**, eis que o Estado, em tema de limitação ou supressão de direitos, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva e arbitrária

Limitação de Direitos e necessárias observância, para efeito de sua imposição, da garantia constitucional do devido processo legal.

A Constituição da República estabelece, em seu art. 5º, incisos LIV e LV, considerada a essencialidade da garantia constitucional de plenitude de defesa e do contraditório, que ninguém pode ser privado de sua liberdade, de seus direitos ou de seus direitos sem o devido processo legal, notadamente naqueles casos em que se viabilize a possibilidade de imposição, a determinada pessoa ou entidade, seja ela pública ou privada, de medidas consubstanciadoras de limitação de direitos.

A jurisprudência dos Tribunais, notadamente a do Supremo Tribunal Federal, tem reafirmado a essencialidade do princípio da plenitude de defesa, nele reconhecendo um insuprimível garantia, que, instituída em favor de **qualquer pessoa ou entidade**, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa ou no âmbito político-administrativo, sob pena de nulidade da

própria medida restritiva de direitos, revestida, ou não, de caráter punitivo. Doutrina Precedentes (grifo nosso).²⁶⁵

Em seu voto, o relator Celso de Mello enfatizou que, no que se refere à questão da titularidade dos direitos e garantias fundamentais, essas prerrogativas constitucionais são acessíveis às pessoas jurídicas de direito público, desde que compatíveis com a condição de estatalidade de que estas se revestem, notadamente nos casos de imposição, contra referidas entidades estatais, de medidas restritivas de direitos, pois tais entes públicos também estão amparados por garantias constitucionais de caráter procedimental.²⁶⁶

Neste ponto, a decisão faz referência à obra de Paulo Gustavo Gonet Branco, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho,²⁶⁷ em que se ressalta a possibilidade constitucional de pessoas jurídicas titularizarem, elas mesmas, direitos e garantias fundamentais, aí incluídas, no que concerne às prerrogativas jurídicas de ordem procedimental, as próprias pessoas jurídicas de direito público:

Não há, em princípio, impedimento insuperável a que pessoas jurídicas venham, também a ser consideradas titulares de direitos fundamentais, não obstante estes, originariamente, terem por referência a pessoa física. Acha-se superada a doutrina de que os direitos fundamentais se dirigem apenas às pessoas humanas. Os direitos fundamentais suscetíveis, por sua natureza, de serem exercidos por pessoas jurídicas podem tê-las por titular [...]

Questão mais melindrosa diz com a possibilidade de pessoa jurídica de direito público vir a titularizar direitos fundamentais. Afinal, os direitos fundamentais nascem da intenção de garantir uma esfera de liberdade justamente em face dos Poderes Públicos.

Novamente, aqui, uma resposta negativa absoluta não conviria, até por força de alguns desdobramentos dos direitos fundamentais do ponto de vista da sua dimensão objetiva.

Tem-se admitido que as entidades estatais gozam de direitos do tipo procedimental. Essa lição de Hesse, que a ilustra citando o direito de

²⁶⁵ BRASIL. STF, AC 2.032-QO/SP. Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, Julgamento em 15/05/2008, Publicação em 20/03/2009. Esse entendimento foi reafirmado em outros julgados (inclusão no CAUC e SIAFI), como, por exemplo: STF, AC 2156-SP. Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, julgamento em 02.10.2008, publicação em 05.06.2009; STF, AC 2403-DF, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, julgamento em 20.08.2009, publicação em 18.09.2009; STF, AC 2578-PB. Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, julgamento em 07.04.2010, publicação em 01.02.2031; STF, ACO 1576-MG, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, julgamento em 23.06.2010, publicação em 20.08.2010; STF, ACO 1534-RS, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, julgamento em 17.03.2011, publicação em 11.04.2011 e STF, AC 2893-PI, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, julgamento em 22.06.2011, publicação em 29.03.2012.

²⁶⁶ BRASIL. STF, AC 2.032-QO/SP, p.19.

²⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2207, p. 261-261.

ser ouvido em juízo e o direito ao juiz predeterminado por lei. A esses exemplos, poder-se-ia agregar o direito à igualdade de armas- que o STF afirmou ser prerrogativa, também da acusação pública, no processo penal, e o direito à ampla defesa (grifo nosso).²⁶⁸

Também no mesmo teor, tratando da recusa da União em prestar aval à Estado membro:

E M E N T A: AÇÃO CAUTELAR PREPARATÓRIA - MEDIDA LIMINAR - RECUSA DE PRESTAÇÃO DE AVAL PELA UNIÃO FEDERAL E NEGATIVA DE AUTORIZAÇÃO POR PARTE DA SECRETARIA DO TESOUREIRO NACIONAL - OBSTÁCULOS QUE IMPEDEM O ESTADO DA PARAÍBA DE CELEBRAR OPERAÇÕES DE CRÉDITO COM ENTIDADES DE FOMENTO E INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS INTERNACIONAIS - RESTRIÇÕES, QUE, EMANADAS DA UNIÃO, INCIDEM SOBRE O ESTADO DA PARAÍBA, POR ALEGADO DESCUMPRIMENTO, PELO PODER EXECUTIVO LOCAL, DOS LIMITES DE DESPESAS COM PESSOAL (LC Nº 101/2000, ART. 23, § 3º) - A QUESTÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS, NOTADAMENTE AQUELES DE CARÁTER PROCEDIMENTAL, TITULARIZADOS PELAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO - POSSIBILIDADE DE INVOCAÇÃO, PELAS ENTIDADES ESTATAIS, EM SEU FAVOR, DA GARANTIA DO "DUE PROCESS OF LAW" - LITÍGIO QUE SE SUBMETE À ESFERA DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - HARMONIA E EQUILÍBRIO NAS RELAÇÕES INSTITUCIONAIS ENTRE O ESTADO-MEMBRO E A UNIÃO FEDERAL - O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO TRIBUNAL DA FEDERAÇÃO - POSSIBILIDADE, NA ESPÉCIE, DE CONFLITO FEDERATIVO - PRETENSÃO CAUTELAR FUNDADA NA ALEGAÇÃO DE TRANSGRESSÃO À GARANTIA DO "DUE PROCESS OF LAW" - MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA - DECISÃO DO RELATOR REFERENDADA PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONFLITOS FEDERATIVOS E O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO TRIBUNAL DA FEDERAÇÃO. - A Constituição da República confere, ao Supremo Tribunal Federal, a posição eminente de Tribunal da Federação (CF, art. 102, I, "f"), atribuindo, a esta Corte, em tal condição institucional, o poder de dirimir controvérsias, que, ao irromperem no seio do Estado Federal, culminam, perigosamente, por antagonizar as unidades que compõem a Federação. Essa magna função jurídico-institucional da Suprema Corte impõe-lhe o gravíssimo dever de velar pela intangibilidade do vínculo federativo e de zelar pelo equilíbrio harmonioso das relações políticas entre as pessoas estatais que integram a Federação brasileira. A aplicabilidade da norma inscrita no art. 102, I, "f", da Constituição estende-se aos litígios cuja potencialidade ofensiva revela-se apta a vulnerar os valores que informam o princípio fundamental que rege, em nosso ordenamento jurídico, o pacto da Federação. Doutrina. Precedentes. **A QUESTÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS, NOTADAMENTE AQUELES DE CARÁTER PROCEDIMENTAL, TITULARIZADOS PELAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO.- A imposição de restrições de ordem jurídica, pelo Estado, quer se concretize na esfera judicial, quer se realize no âmbito estritamente administrativo, supõe, para legitimar-se constitucionalmente, o efetivo respeito, pelo Poder Público, da garantia indisponível do "due process of law", assegurada, pela Constituição da República (art. 5º, LIV), à generalidade das pessoas, inclusive às próprias pessoas jurídicas de direito público, eis que o**

²⁶⁸ BRASIL. STF, AC 2.032/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, julgamento em 15.05.2008, publicação em 20.03.2009, p.19.

Estado, em tema de limitação ou supressão de direitos, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva e arbitrária. Doutrina. Precedentes. LIMITAÇÃO DE DIREITOS E NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA, PARA EFEITO DE SUA IMPOSIÇÃO, DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.- A Constituição da República estabelece, em seu art. 5º, incisos LIV e LV, considerada a essencialidade da garantia constitucional da plenitude de defesa e do contraditório, que ninguém pode ser privado de sua liberdade, de seus bens ou de seus direitos sem o devido processo legal, notadamente naqueles casos em que se viabilize a possibilidade de imposição, a determinada pessoa ou entidade, seja ela pública ou privada, de medidas consubstanciadoras de limitação de direitos.- A jurisprudência dos Tribunais, especialmente a do Supremo Tribunal Federal, tem reafirmado o caráter fundamental do princípio da plenitude de defesa, nele reconhecendo uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa ou no âmbito político-administrativo, sob pena de nulidade da própria medida restritiva de direitos, revestida, ou não, de caráter punitivo. Doutrina. Precedentes (grifo nosso).²⁶⁹

No conjunto de exemplos de direitos fundamentais garantidos pela Corte Constitucional às pessoas jurídicas de direito público, também se pode trazer o direito à igualdade de armas e o direito à ampla defesa. Em relação ao primeiro, o Supremo Tribunal Federal afirmou ser igualmente uma prerrogativa da acusação pública no processo penal, quando no julgamento do Habeas Corpus nº 70.514²⁷⁰ havia surgido a alegação de que, em princípio, fere a igualdade de armas que a defesa goze de prazos dobrados em relação aos da acusação.

Novamente, o Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Ação Originária 1415, julgada em 15/08/2006, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, deixou consignado, inclusive, a possibilidade de utilização do Mandado de Segurança pelo Estado para garantir tais direitos, nos seguintes termos:

É bem verdade que não se pode descartar a possibilidade de impetração de mandado de segurança pelo Estado contra o próprio Estado. Um desenvolvimento singular na ordem jurídica brasileira diz respeito à utilização do mandado de segurança por parte dos órgãos públicos. Diversos conflitos entre órgãos públicos têm sido judicializados mediante impetração de mandado de segurança [...], que, nesses casos, assume um caráter de mecanismo de solução de conflito de atribuições. Embora concebido, inicialmente, como uma ação civil destinada à tutela dos indivíduos contra o Estado, ou seja, para prevenir ou reparar lesão a direito no seio de uma típica relação entre cidadão e Estado, não se pode descartar a hipótese de violações a direitos no âmbito de uma relação entre

²⁶⁹ BRASIL. STF, AC 2588-PB. Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, julgamento em 07.04.2010, publicação em 11.6.2010.

²⁷⁰ BRASIL. STF, HC 70514-RS. Rel. Min. Sydney Sanches, Pleno, julgamento em 23.04.1994, publicação em 27.06.1997.

diversos segmentos do próprio poder público. **A doutrina tradicional tem considerado a possibilidade de que as pessoas jurídicas de direito público venham a ser titulares de direitos fundamentais [...].** Canotilho admite que essas pessoas invoquem os direitos fundamentais quando não estiverem em posição de poder ou de proeminência - em especial quando elas próprias estiverem em típicas situações de sujeição, propiciadas pelo fenômeno da pulverização da organização administrativa, a ensejar que entes públicos se vejam em conflito entre si e em face da Administração central. **Nessas hipóteses, em que a pessoa jurídica de direito público seja titular de direitos, o mandado de segurança cumpre fundamental papel na falta de outros mecanismos processuais aptos a sanar, com agilidade necessárias, lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo provida de autoridade pública ou de pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do poder público** (grifo nosso).²⁷¹

No entanto, no referido julgado faz-se a ressalva de que, na maioria dos casos, o Mandado de Segurança será utilizado não como mecanismo de proteção de direitos fundamentais, mas de prerrogativas e atribuições institucionais e funcionais da pessoa jurídica de direito público, assumindo feição de instrumento processual apto a solucionar conflitos entre órgãos públicos, poderes ou entre entes federativos diversos. Recordando-se, ainda, que a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, trazia dispositivo que tornava possível a impetração, pela União, de Mandado de Segurança contra os governos estaduais (art. 119, I, "i") e que a Constituição atual não prevê tal hipótese, mas, na prática, admite-se a utilização do Mandado de Segurança pelo Estado contra o próprio Estado.²⁷²

No Mandado de Injunção nº 725-DF²⁷³ a questão veio outra vez à tona, ao se discutir se o Município tem ou não legitimidade para impetrar a referida ação constitucional. O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto como Relator, consignou que o pressuposto de cabimento do Mandado de Injunção não é apenas a existência de um direito fundamental cujo exercício seja inviável diante da ausência de norma regulamentadora, mas a própria legitimidade ativa do impetrante decorrente da titularidade direta do direito constitucional em questão. E mencionou manifestação da Procuradoria-Geral da República, na ocasião:

9.Com efeito, um dos pressupostos da ação de injunção é a legitimidade, que consiste na prerrogativa de ser o impetrante beneficiário direto do direito, liberdade ou prerrogativa que postula em juízo. O interesse de agir decorre, portanto, da titularidade do bem reclamado, para que a sentença que o confira tenha utilidade para o demandante.

²⁷¹ BRASIL. STF, ACO 1415/SE. Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 15.08.2006, publicação em 23.08.2006, p.19.

²⁷² Ibidem, p.19.

²⁷³ BRASIL. STF, MI 725/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 10.5.2007, publicação em 21.09.2007, p. 6.

10. Na hipótese, o Município, ora autor, é parte ilegítima, tendo em vista que não há qualquer direito ou liberdade constitucional do impetrante que esteja com o seu exercício inviabilizado por conta de suposta norma regulamentadora. Não se vislumbra, da análise do art. 18, §4º, da CF, direito subjetivo público do município, o que demonstra ser incabível a propositura do presente *mandamus*.

11. Sobre o tema, o Ministro Celso de Mello, assim se manifestou no Mandado de Injunção nº 528:

[...] para que possa atuar a norma pertinente ao mandado de injunção, revela-se essencial que se estabeleça a necessária correlação entre a imposição constitucional de legislar, de um lado, e o conseqüente reconhecimento do direito público subjetivo à legislação do outro (MI 633, Rel. Min. Celso Mello).

11. Ademais, visando reforçar o entendimento de que o impetrante é parte ilegítima para figurar na presente ação, cumpre transcrever trecho de decisão proferida por essa Corte, no sentido de que falece legitimidade ativa à pessoa jurídica de direito público para impetrar mandado de injunção.

[...]5. Esta Corte, no julgamento no AGRMI-MA, Velloso (DJ 23.04.99), decidiu que somente tem legitimidade ativa para a ação o titular do direito ou liberdade constitucional ou de prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania ou à cidadania, cujo exercício esteja inviabilizado pela ausência de norma infraconstitucional regulamentadora. 6. A Omissão legislativa que justifica a impetração do writ é aquela que por sua natureza diz respeito às situações definidas em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana. Tratando-se de pessoa jurídica de direito público, não tem o impetrante legitimidade ativa para a propositura do *mandamus*. 7. É por isso que o Tribunal tem assentado critérios bastantes amplos, que revelam a preocupação em dar efetividade aos direitos consagrados na Constituição, visando desta forma evitar que os comandos constitucionais possa ser afetado pela inércia dos poderes legiferantes do Estado. 8. **Não se pode, contudo, incluir dentre os direitos fundamentais as prerrogativas de que gozam os Municípios na estrutura política em face dos Estados e da União, pois elas decorrem da opção constitucional de descentralização vertical do Estado Brasileiro. Outorgar ao Município legitimidade ativa processual para impetrar mandado de injunção seria elastecer o conceito de direitos fundamentais além daquilo que a própria jurídica do instituto permite.**

12. Forçoso reconhecer, portanto, que o impetrante não é titular de direito constitucional cujo exercício esteja inviabilizado pela ausência de norma infraconstitucional (grifo nosso).²⁷⁴

Assegura o Ministro Gilmar Mendes que, apesar dos entendimentos supramencionados pelo Ministério Público e pelos precedentes da Corte, não se pode fazer deles regra geral, pois a decisão citada deve ser devidamente contextualizada de acordo com os termos do caso concreto, de modo que não se deve negar aos Municípios, peremptoriamente, a titularidade de direitos

²⁷⁴ BRASIL. STF, MI 725/DF, p. 6-8.

fundamentais e a eventual possibilidade de impetração das ações constitucionais cabíveis para sua proteção.²⁷⁵

Explica que, se considerar o entendimento amplamente adotado de que as pessoas jurídicas de direito público podem, sim, ser titulares de direitos fundamentais, como, por exemplo, o direito à tutela judicial efetiva, parece bastante razoável vislumbrar a hipótese em que o Município, diante de omissão legislativa do exercício desse direito, se veja compelido a impetrar Mandado de Injunção. A titularidade de direitos fundamentais tem como consectário lógico a legitimação ativa para propor ações constitucionais destinadas à proteção efetiva desses direitos.²⁷⁶

E para comprovar tal argumento, observa a existência de experiência das jurisdições constitucionais de países ibero-americanos, nos quais existe intensa discussão sobre quais prerrogativas constitucionais podem ser definitivamente qualificadas como direitos fundamentais para efeitos de se conferir legitimação ativa a seus titulares, pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas e para propor o devido *recurso de amparo*.²⁷⁷ Então conclui explanando que apesar desse conceito restritivo de direitos fundamentais que se delineou nessas realidades do direito comparado, reconhece-se aos Municípios, como pessoas jurídicas de direito público, a legitimação ativa para utilizar o *recurso de amparo* para e realizar a defesa de sua autonomia municipal.²⁷⁸

Na esfera do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento recente do Recurso Especial de nº 1.258.389,²⁷⁹ seguiu-se entendimento contrário à titularidade de direitos fundamentais pela pessoa jurídica de direito público e decidiu-se que não é possível a pessoa jurídica de direito público pleitear, contra particular, indenização por dano moral relacionado à violação da honra ou da imagem. Com esse entendimento, a 4ª turma do Superior Tribunal de Justiça negou recurso do Município de João Pessoa/PB, que pretendia receber indenização da Rádio e

²⁷⁵ BRASIL. STF, *MI 725/DF*, p. 9.

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 9.

²⁷⁷ Sobre o recurso de amparo, ver nota 173.

²⁷⁸ BRASIL. STF, *MI 725/DF*, p. 9.

²⁷⁹ BRASIL. STJ, *RESP 1258389/PB*. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, Julgamento em 17/12/2013, Acórdão pendente de publicação. Informação disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/objeto/texto/impressao.wsp?tmp.estilo=&tmp.area=398&tmp.texto=112888>. Acesso em 18 jan. 2014.

Televisão Paraibana, sob a alegação de que a empresa teria atingido, ilicitamente, sua honra e imagem.

Segundo o Município, os apresentadores dos programas Tribuna Livre, Rádio Verdade e Rede Verdade, transmitidos pela TV Miramar e pela Rádio 92 FM, teceram vários comentários que denegriram sua imagem. Por exemplo, entre outras críticas, teriam imputado à Secretaria de Educação e ao seu secretário a prática de maus-tratos contra alunos da rede pública. Teriam também permitido que um ouvinte chamasse o prefeito de "ditador".²⁸⁰

O juízo de 1º grau julgou o pedido improcedente. O Tribunal de Justiça da Paraíba manteve a sentença, por considerar que não há ofensa à dignidade, à honra e à imagem "quando o exercício da liberdade de imprensa, mesmo tecendo críticas ou oportunizando que ouvintes ou entrevistados as façam, pauta-se dentro das fronteiras da licitude."²⁸¹

Adentrando no assunto da presente dissertação, ao ponderar sobre o recurso do Município, o relator, Ministro Luís Felipe Salomão, afirmou que o reconhecimento da possibilidade teórica de o Município pleitear indenização por dano moral contra o particular constitui a completa subversão da essência dos direitos fundamentais. Para ele, não se mostra presente nenhum elemento justificador do pedido. "Antes, o caso é emblemático e revela todos os riscos de se franquear ao Estado a via da ação indenizatória."²⁸²

O relator afirmou ainda que a pretensão do Município representa real ameaça a centros nervosos do Estado Democrático de Direito, como a imprensa livre e independente, ameaça que poderia voltar-se contra outros elementos igualmente essenciais à democracia:

Eventuais ataques ilegítimos a pessoas jurídicas de direito público podem e devem ser solucionados pelas vias legais expressamente consagradas no ordenamento, notadamente por sanções administrativas ou mesmo penais; soluções que, aliás, se harmonizam muito mais com a exigência constitucional da estrita observância, pela administração pública, do

²⁸⁰ BRASIL. STJ, *RESP 1258389/PB*.

²⁸¹ *Ibidem*.

²⁸² *Ibidem*.

princípio da legalidade, segundo o qual não lhe é dado fazer nada além do que a lei expressamente autoriza.²⁸³

A importância desta última decisão do Superior Tribunal de Justiça para esta dissertação se reveste principalmente no fato de o Ministro Relator ter aprofundado a questão e ter se utilizado de bases teóricas da titularidade dos direitos fundamentais para negar ao Município o direito à indenização em decorrência de violação à honra. A despeito de a finalização do recurso ter sido contrária à maioria dos precedentes do Supremo Tribunal Federal referidos, a decisão oferece subsídios para acirrar a discussão e construir alicerces para a tentativa de solução da hipótese.

Observa-se, então, que, apesar das discordâncias acima existentes, o sistema jurídico pátrio e internacional, seja na doutrina, seja na jurisprudência, de maneira geral, parece aceitar, com algumas ressalvas, a possibilidade da titularidade de direitos fundamentais pelas pessoas jurídicas de direito público. Resta agora estudar, com os dados apresentados até agora, como essa proposição pode ser compatibilizada com a construção e os fundamentos da teoria dos direitos fundamentais.

3.5 Espécies de direitos fundamentais que podem ser titularizados pela pessoa jurídica de direito público e os deveres fundamentais

Com o desenvolvimento da sociedade, outras necessidades tidas por fundamentais surgiram e, de igual modo, os entes dotados de personalidade jurídica, titulares, portanto, de direitos e obrigações, foram reconhecidos pelo ordenamento jurídico, como apontado nos tópicos anteriores.

Por serem capazes de invocar direitos em nome próprio, é que vem se consolidando o entendimento de também poderem ser titulares de direitos fundamentais. Por óbvio, não poderão ser titulares de todos os direitos fundamentais, mesmo porque há determinados direitos, como já foi dito, cuja titularidade não se estende a todos, mas a uma parcela da sociedade.

²⁸³ BRASIL. STJ, *RESP 1258389/PB*.

Isso acontece em razão da não aceitação mais da concepção de Estado como poder ilimitado, porque um tal Estado Constitucional, aliás, não existe, ao contrário, hoje são relativizados a sua unidade, que era própria do Estado até agora, e o seu monopólio do exercício (limitado) do poder público. Isso torna necessária uma compreensão do Estado e de suas tarefas como uma formação aberta, móvel e que exclua definitivamente concepções de Estado que encontram seu ponto central somente no monopólio da violência física legítima.²⁸⁴

Neste prisma, em algumas ocasiões, até mesmo o Estado poderá estar em uma situação de sujeição ao poder. A título de exemplo, quando a Fazenda Pública é parte litigante em um processo judicial, ela está sujeita ao poder do juiz. Daí porque se entende que as garantias constitucionais de caráter processual se aplicam em favor da Fazenda Pública, até porque o Poder Judiciário tem o dever de observar a Constituição, mesmo que em benefício do próprio Estado.²⁸⁵

Percebe-se, então, do que até agora foi exposto, que parece ser possível que as pessoas jurídicas de direito público sejam sujeitos ativos de direitos fundamentais, principalmente os de índole processual (pois não faria sentido uma discriminação subjetiva, já que o processo é instrumento para se fazer justiça).

Todavia, há que se estudar também a possibilidade de outros direitos fundamentais, que não apenas os processuais, serem invocados pelo Estado contra os indivíduos (como alguns casos mencionados na doutrina e jurisprudência exposta). Como por exemplo, os direitos encartados na primeira geração dos direitos fundamentais, tal como o direito à propriedade.

Destarte, imagine-se a invasão de um prédio público, onde funcione uma repartição do Estado, por integrantes de algum movimento social. Em sendo dita ocupação ilegal, pode o Estado usar dos mecanismos outorgados pela lei para repelir o ato perpetrado contra seu patrimônio. Outro exemplo é citado pelo professor George Mamelrstein Lima quando relata:

Uma empresa jornalística nega ao poder público o direito de resposta assegurado na Constituição. Nesse caso, pode-se dizer que um particular

²⁸⁴ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 104-105.

²⁸⁵ MARMELSTEIN, George. *Op. cit.*, p. 232-233.

está violando o direito fundamental do Estado. Embora seja discutível afirmar se o Estado tem direito à honra, pode-se dizer que o Estado tem o direito de informar uma notícia verdadeira ou a corrigir uma notícia falsa a seu respeito.²⁸⁶

E expõe outra possibilidade quando a União deixa de repassar para determinado Município as verbas do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental (FUNDEF)- conjectura já bem trabalhada na jurisprudência do STF. Em episódio assim, seria aceitável que se reconhecesse ao Município o direito fundamental de impetrar Mandado de Segurança contra o ato federal abusivo. O ente municipal poderia, inclusive, alegar, na sua argumentação, uma violação ao direito à educação, embora os verdadeiros titulares desse direito sejam os alunos e não o próprio Município.²⁸⁷

Adverte-se que, em todos os casos citados, o Estado também se encontra numa situação de sujeição, ou seja, o particular ou outra esfera do próprio Poder Público está em vantagem política, social ou econômica. Logo, nessas hipóteses, também parece justificável aplicar o raciocínio de que as pessoas jurídicas de direito público quando estiverem em uma posição de subordinação, poderão invocar as normas constitucionais que consagram direitos fundamentais para se protegerem do abuso do poder de um particular ou de outro ente estatal.²⁸⁸

Avançando mais na questão, pergunta-se, então, se seria possível a titularidade de direitos fundamentais pelo Estado fora destas conjecturas, ou seja, em casos em que não se perceba nitidamente situação de submissão (ex: direito fundamental do Estado de tributar, o direito de fazer leis, de julgar, de invadir uma residência em caso de flagrante delito), em que o Estado esteja no exercício e desenvolvimento de suas tarefas regulares.

A princípio a ideia pode parecer defensável, tomando-se como base a teoria quadripartida de Jellineck e o *status* passivo do cidadão, onde o indivíduo se acha em posição de subordinação aos poderes públicos, sendo detentor de deveres para com o Estado.

²⁸⁶ MARMELSTEIN, George. O Estado pode ser titular de direitos fundamentais? *Direitosfundamentis.net*. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2008/04/23/o-estado-pode-ser-titular-de-direitosfundamentais/#comments>>. Acesso em 22 jul. 2011.

²⁸⁷ MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. p.20-21.

²⁸⁸ *Ibidem*, p.233.

Conforme esta teoria, Georg Jellineck constatou que, para que se observe as distintas finalidades dos direitos fundamentais é preciso notar a situação que se encontra o cidadão frente ao Estado, em relação aos direitos fundamentais. Este seria um ponto de referência para se realizar uma classificação que denotaria a exata natureza de cada uma das normas garantidoras.²⁸⁹

E, partindo desta proposta, Jellineck determinou existir, portanto, de acordo com as possíveis relações que o indivíduo pode estabelecer com o Estado, quatro *status*, em que se notaria uma condição juridicamente relevante, classificando-as conforme a função que este ou aquele direito fundamental se destina a cumprir no ordenamento jurídico.²⁹⁰ Assim, numa primeira abordagem, observou Jellineck que o indivíduo se encontra, em relação ao Estado, numa posição de verdadeira subordinação. Nessas situações, o Estado é detentor de atribuições e prerrogativas, oriundas de sua própria personalidade jurídica, capazes de vincular o indivíduo, criando mandamentos e proibições que limitam ou determinam o atuar do cidadão.²⁹¹

Nesta análise, resta inerte o indivíduo, pois é o Estado que lhe impõe deveres, aos quais ele se vincula necessariamente, a fim de garantir e respeitar a harmonia da convivência social. Tem-se o cidadão, nestas circunstâncias, num *status* passivo em relação ao Estado. Nota-se, em tempo, que nessas situações não existem, substancialmente, direitos fundamentais individuais, mas sim verdadeiros deveres a serem cumpridos por cada cidadão, haja vista a posição do indivíduo frente ao exercício das prerrogativas de império do Estado. Estaria aqui o espaço e a justificativa para dizer que correspondente a esses deveres individuais estão correlatos direitos fundamentais próprios do Estado? ²⁹²

Uma resposta positiva partiria da concepção de que, para todo dever, existe um direito relacionado e da consideração de que o reconhecimento de um determinado dever estaria vinculado ao reconhecimento do direito fundamental do

²⁸⁹ JELLINECK *apud* ALEXY, Robert. *Op.cit.*, p. 254-255.

²⁹⁰ *Ibidem*, p. 254-255.

²⁹¹ *Ibidem*, p. 256.

²⁹² *Ibidem*, p. 254-257.

titular. A afirmação segue a tese da simetria ou correspondência entre direitos e deveres fundamentais.²⁹³

Pode-se considerar que o dever é uma limitação dos direitos dos particulares em vista do bem comum (como no exemplo de pagar tributos) ou que são deveres fundamentais aqueles que obrigam o indivíduo perante o Estado. Considerando os deveres fundamentais como “avesso” dos direitos, deveríamos reconhecer que, em regra, o Estado é o beneficiário dos deveres fundamentais dos indivíduos.²⁹⁴

Entretanto, o reconhecimento de uma relação sinalagmática entre titulares de direitos e deveres fundamentais, tal como ocorre no plano infraconstitucional, sobretudo no direito das obrigações, enfraqueceria a autonomia privada enquanto liberdade dos indivíduos, de modo que o próprio texto constitucional não impõe diretamente deveres que correspondam a direitos fundamentais de quaisquer pessoas (de outros particulares ou do Estado), razão pela qual existe uma relação de assimetria entre direitos e deveres fundamentais dos particulares.²⁹⁵

Deste modo, o Estado pode ser beneficiário do dever fundamental, já que as vezes é contraposto direto à conduta devida pelo titular do dever fundamental (caso do serviço militar obrigatório), todavia, isso não representa que ele seja titular de um direito fundamental contraposto.

Ademais, um estudo mais acurado acerca da terminologia que se usa para designar o que seja “direito”, desfaz a chance de uma resposta afirmativa.

Com efeito, conforme afirma Wesley Newcom Hohfeld, o termo direito é utilizado de forma indiscriminada e, portanto, muito abrangente. Ao invés de ser utilizado apenas para significar direito em sentido estrito, Hohfeld percebeu que, através da análise de casos concretos da sua época, o termo também era utilizado por advogados e juízes para significar poderes, imunidades e privilégios.²⁹⁶

Assim sendo, em seu artigo mais comentado, intitulado *Some fundamental legal conceptions as applied to judicial reasoning*, o autor buscou traçar uma

²⁹³ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Deveres Fundamentais. In: *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 336.

²⁹⁴ Ibidem, p. 336.

²⁹⁵ Ibidem, p. 329.

²⁹⁶ HOHFELD, Wesley Newcomb. *Op. cit.*, p.36-37.

formulação da ideia de direito subjetivo mais precisa e que pudesse conferir maior objetividade na interpretação jurídica cotidiana, atestando a existência de novos conceitos jurídicos fundamentais que servem para explicar as relações jurídicas, já que um dos maiores obstáculos para uma compreensão clara dos problemas jurídicos seria a suposição (expressa ou tácita) de que todas as relações jurídicas pudessem ser reduzidas a direito e deveres.

O autor estabelece a criação de mais três categorias de relações jurídicas, a fim de emprestar mais precisão à análise do fenômeno do direito. Segundo ele, os direitos poderiam ser divididos em: *claim-rights* (pretensões ou direitos em sentido estrito), *liberty-rights* (privilégios), *powers* (poderes) e *immunities* (imunidades).

Para cada uma das categorias, propõe um termo correlato e um termo oposto. Para os primeiros, tem-se a seguinte relação: pretensão correlato a dever; privilégio correlação à ausência de pretensão; poder correlato à sujeição; e imunidade correlata à incompetência. Quanto aos conceitos opostos, enumeram-se os seguintes: pretensão, em contraposição à ausência de pretensão; privilégio, em contraposição à dever; poder, em contraposição à incompetência; e imunidade, em contraposição à sujeição.²⁹⁷

O direito que se opõe a dever jurídico é o direito em sentido estrito, isto é, uma pretensão. Para ele, os titulares de direitos violados pedem, através de ações judiciais, que o Estado faça com que suas pretensões prevaleçam, exercendo, dessa forma, um direito em sentido estrito. Privilégio, por sua vez, é uma posição na qual o sujeito se encontra sem dever para com a outra parte, isto é, é uma liberdade reconhecida e garantida pela lei dentro de uma relação jurídica. Poder representa, a seu turno, uma situação na qual o sujeito pode modificar algum elemento da relação jurídica independentemente da vontade da outra parte (a exemplo do poder dos indivíduos de alienar sua propriedade). Imunidade, por fim, constitui a situação na qual o indivíduo se encontra protegido da ingerência de outrem na relação jurídica.²⁹⁸

²⁹⁷ FERREIRA, Daniel Brantes. Wesley Newcomb Hohfeld e os conceitos fundamentais do Direito. In: *Direito, estado e sociedade*. Rio de Janeiro, n. 31 p. 33 a 57, jul/dez 2007, p. 38.

²⁹⁸ Ibidem, p. 45 e ss.

No sistema hohfeldiano, nos casos em que a vontade de um indivíduo, estando sob seu controle, prepondera sobre a vontade de outrem, sendo capaz de modificar a relação jurídica, estar-se diante de um poder em sentido estrito, como sinônimo próximo de competência.

Na verdade, a diferença principal entre o direito (pretensão) e poder é que, além de o segundo ser espécie do gênero direito, o direito permanece inerte, pois não é exercido até que um dever correlato seja descumprido. Já no caso do poder, ele pode ser exercido de pronto, tendo a outra parte que sujeitar-se a este. O direito será exercido através de uma ação judicial, já o poder é exercido de plano, porém se a parte que deveria sujeitar-se não o fizer também gerará uma ação judicial, ou seja, o poder irá se transformar em direito *lato sensu*, pois acarreta uma pretensão com respaldo legal.²⁹⁹

Como visto, os direitos se apresentam no sistema jurídico de diversas formas, o que dificulta a compreensão do que efetivamente se dá em uma relação jurídica. E, no caso em que o indivíduo ocupa o que se chama de *status* passivo, tem-se em contraposição, não direitos fundamentais do Estado, mas sim a existência marcante de uma modalidade específica de direitos, de acordo com o sistema de Hohfeld, titularizados pelo Estado: os *powers*.

No exercício de suas tarefas públicas, vê-se que se destacam, a favor do Estado, os direitos considerados como *powers*, isto é, faculdades de produzir determinados efeitos jurídicos em relação aos particulares, inserindo-o em uma situação jurídica, a despeito de sua vontade.

O Estado, por exemplo, ao exigir e cobrar um tributo, possui o direito-poder de constituir o seu crédito em dívida ativa independentemente da aquiescência do contribuinte, cobrando-o judicialmente mediante processo executivo especial (rito da execução fiscal). Quando se utiliza do poder de polícia, o Estado pratica atos autoexecutórios, como os referentes à aplicação de penalidades, que independem da vontade dos particulares, exercendo, da mesma forma, *powers*.

Na desapropriação, o traço marcante e distintivo é o da ausência de intervenção do particular no processo expropriatório (que ocorre por interesse

²⁹⁹ HOHFELD, Wesley Newcomb. *Op.cit.*, p.36-37.

público ou *social*), cabendo-lhe apenas discutir o preço a ser pago, traço característico do exercício de um direito-poder titularizado pelo Estado. Na intervenção estatal na economia, da mesma forma, o Poder Público pratica atos que interferem nas relações negociais sem que os particulares tenham qualquer ingerência, a exemplo do controle de preços, caracterizando, mais uma vez, direitos enquadrados como *powers*.

Vê-se que abundam os exemplos de poderes (*powers*), no sentido hohfeldiano, exercidos pelo Estado quando em relações jurídicas com particulares. Daí poder se concluir que no desempenho, em geral, das tarefas e competências públicas, existe a ideia do exercício, pelo Estado, de direitos subjetivos com características de *powers*, posto que estes permitem a modificação da situação jurídica da outra parte da relação jurídica independentemente de sua aquiescência, de modo que não sealaria, nessas hipóteses, no conceito de direitos fundamentais, mas sim de poderes-competências.

Dessa forma, no *status* passivo o indivíduo é tratado em razão de sua sujeição ao Estado no âmbito da esfera de obrigações individuais. Isso dá ensejo à interpretação de que o Estado teria uma competência diante do indivíduo para estabelecer algum dever ou proibição estatal ao qual ele estaria sujeito. Assim, estas ações do Estado que constituem uma competência são ações institucionais, pois são realizadas não somente em razões de capacidades naturais, pois pressupõem a existência de regras que lhe são constitutivas. Essas regras jurídicas constitutivas são normas de competência, que criam a possibilidade de atos jurídicos e, por meio deles, a capacidade de alterar posições jurídicas, diferenciando-se das normas de conduta.³⁰⁰

E realmente parece não existir utilidade em consagrar ditos poderes-competências como direitos fundamentais, já que estes têm como principais funções garantir a efetiva proteção de posições e impor restrições ou limitações ao Poder Público. E, nestes casos, o próprio Estado está em situação de supremacia, não se visualizando possível violação contra a qual o Estado tenha que se proteger.

³⁰⁰ ALEXY, Robert. *Op.cit.*, p. 239-340.

Ao contrário, neste ponto, em que existem competências do Estado, as normas de direitos fundamentais entram em jogo como normas negativas de competência, e conforme assinala Alexy:

Uma norma negativa de competência é uma norma que restringe uma norma positiva de competência. É possível também dizer que normas negativas de competência introduzem cláusulas de exceção nas normas positivas de competência. Dessa forma, elas colocam o Estado em uma posição de não-competência, e o cidadão em uma posição de não-sujeição. É possível indagar se é necessário falar nesses tipos de posição, e, por conseguinte, em normas negativas de competência. Quando o cidadão se encontra em uma posição constitucional de não-sujeição diante do Estado, ele tem sempre um direito a que o Estado não atue no âmbito da não-sujeição. A esse direito corresponde a uma proibição, dirigida ao Estado, de agir no âmbito de sua não-competência, definido pelas normas de direitos fundamentais.³⁰¹

Então, o que se tem, nesses casos, são direitos fundamentais dos indivíduos em face do uso indevido das competências-poderes do Estado. Os direitos fundamentais contêm disposições definidoras de uma competência negativa do Poder Público, que fica obrigado, assim, a respeitar o núcleo de liberdade constitucionalmente assegurado.³⁰²

Diante disso, parece correto afirmar que o Estado somente poderá ser titular de direito fundamental quando ele estiver numa situação de sujeição ou subordinação, onde outro ente estatal ou um particular, esteja numa situação de superioridade política ou econômica. E a razão a razão de tal admissibilidade está realmente na progressiva pulverização da ideia de organização do Estado.

Nestas situações, é logicamente possível, no âmbito de uma concepção não-individualista dos direitos fundamentais, aplicar estes direitos às pessoas jurídicas de direito públicos, sujeitas a posições de poder, por analogia com a situação de sujeição dos indivíduos em face do Estado. É necessário, entretanto, que estejamos dentro dos limites do sistema, ou seja, no âmbito da matéria específica que estes direitos constituem, ou seja, há que se analisar a natureza e a compatibilidade do direito fundamental titularizado.

Igualmente, como visto, devem-se separar as hipóteses em que se está diante de garantias, competências e poderes institucionais do Estado que não

³⁰¹ ALEXY, Robert. *Op.cit.*, p. 247-248.

³⁰² *Ibidem*, p. 247-248.

podem ter atribuição e caracterização de direitos fundamentais, considerando a ausência de um dos pressupostos da fundamentalidade material: a dignidade humana e; ou a função de limitação de poder.

4 CONSEQUÊNCIAS DA POSSIBILIDADE DO ESTADO SER TITULAR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

4.1 Efeitos práticos: função protetiva e restrição aos direitos fundamentais

Visualiza-se como primeira consequência lógica da inserção do Estado na titularidade de direitos fundamentais, a utilização desta possibilidade para se defender e proteger. Isso porque a complexidade do sistema de direitos fundamentais recomenda que se realizem esforços no sentido de precisar os elementos essenciais dessa categoria de direitos, em especial no que concerne à identificação dos âmbitos de proteção e à imposição de restrições ou limitações legais em favor de seus titulares, de modo que:

A Constituição Brasileira de 1988 atribuiu significado ímpar aos direitos fundamentais. Já a colocação do catálogo dos direitos fundamentais no início do texto constitucional denota a intenção do constituinte de lhes emprestar significado especial. A amplitude conferida ao texto [...] reforça a impressão sobre a posição de destaque que o constituinte quis outorgar a esses direitos. A ideia de que os direitos individuais devem ter eficácia imediata ressalta a vinculação direta a esses direitos e o seu dever de guarda-lhes estrita observância.³⁰³

Da mesma forma que os indivíduos, o Estado também se beneficiaria deste domínio de proteção, podendo exigir que todos também respeitem os seus direitos fundamentais. Exemplifique-se o que se deseja explicitar com o direito estatal ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa. Como direitos fundamentais que são, representam direitos de hierarquia constitucional que somente podem ser limitados por expressa disposição constitucional ou mediante lei ordinária promulgada com fundamento imediato na própria Constituição, de forma que se preserve ainda a esfera mínima de proteção, o chamado núcleo essencial, sem o qual o próprio direito se esvaziaria.

Neste caso, o Estado-Executivo poderia se utilizar da titularidade do direito fundamental para se defender contra o desvio do poder do Estado-Juiz (que não garantisse o devido processo legal), do Estado-Legislativo (que de alguma maneira elaborasse uma lei inconstitucional que diminuísse suas prerrogativas) e dos próprios particulares (já que não há posição de superioridade estatal).

³⁰³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, p.198.

Alcança-se, então, que o fato de afirmar que o Estado é titular de direitos fundamentais, faz-se necessário e útil na medida em que representa uma garantia contra a figura do desvio do próprio poder estatal que desconsidera limitações, veiculando prescrições que se revelam destituídas de causa legítima, exteriorizando abusos inaceitáveis que institucionalizam agravos inúteis e nocivos aos direitos do próprio Estado. Bem assim representa a possibilidade de defesa do Estado contra atos ilegais e abusivos dos particulares.

Revela-se a já aludida tese de irradiação por todo o ordenamento jurídico das normas constitucionais que definem os direitos fundamentais. Esse efeito de irradiação afeta as três funções do Estado: se estende à conformação material das normas pelo legislador, que devem incorporar os valores expressos no conteúdo objetivo dos direitos fundamentais; à atuação do Poder Executivo, em suas funções administrativas ou normativas; e à interpretação e aplicação das normas por parte dos juízes e impregnam todo o funcionamento do ordenamento jurídico e de seus subsistemas, mesmo os de Direito Privado, o que revela uma peculiar *vis expansiva* das normas de direitos fundamentais.³⁰⁴

Essa força expansiva das normas de direitos fundamentais também proporciona uma “força vinculativa generalizada”,³⁰⁵ que engloba, além dos poderes públicos, os sujeitos privados. Assim, deste poder de irradiação das normas de direitos fundamentais decorre a sua potencial eficácia em todas as relações jurídicas.³⁰⁶

Em outra direção, a afirmação de que o Estado é detentor de direitos fundamentais também gera o efeito de veiculá-lo a todas às restrições a que esses direitos também estão sujeitos.

A necessidade de limitação do espaço de proteção dos direitos fundamentais já não encontra mais resistências na doutrina, uma vez que incorporada aos ordenamentos jurídicos nacionais. Esta condição decorre do próprio conteúdo aberto

³⁰⁴ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Op.cit.*, p. 111; ALONSO GARCÍA, Enrique. *La interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1984, p. 362. QUEIROZ, Cristina M. M.. *Direitos fundamentais. Teoria geral*. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 269 e ss.

³⁰⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op.cit.*, p. 141.

³⁰⁶ VALE, André Rufino do. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

e variável das liberdades individuais que, para sua concretude, exige o exercício do direito no plano fático e concreto. Aí então se pode comprovar que, em determinadas situações, a Constituição protege da mesma forma dois valores ou bens, mas, quando tomados em sentido absoluto, conduzem a um dever-ser conflitante.³⁰⁷

A restrição dos direitos, examinados pela ótica de uma convivência social de cunho contratualista, visa permitir tanto a oportunidade do exercício de direitos fundamentais colidentes, como a preservação de um bem jurídico coletivo ou estatal assegurado pela Constituição. No primeiro caso, há embate quando, por exemplo, a liberdade artística, intelectual, científica ou de comunicação afeta a intimidade, a vida privada, a honra ou a imagem das pessoas. A contraposição entre direitos individuais e bens comunitários pode ocorrer quando a necessidade de preservação de um patrimônio cultural colide com o direito de propriedade, justificando, por exemplo, a restrição a alterações nas fachadas de imóveis tombados.³⁰⁸

Ora, como se sabe, os direitos fundamentais não são absolutos e a Constituição Federal de 1988, além do princípio geral da reserva legal, enunciado no art. 5º, II, refere-se, expressamente, em vários incisos, à possibilidade de se estabelecerem restrições legais a direitos.

As restrições a direitos fundamentais são a razão de ser da construção da teoria desses direitos e da jurisprudência a seu respeito. Os direitos fundamentais, enquanto direitos de hierarquia constitucional, somente podem ser limitados por expressa disposição constitucional (restrição imediata) ou mediante lei ordinária promulgada com fundamento imediato na própria Constituição (restrição mediata).³⁰⁹

³⁰⁷ PALMEIRA, Marcos Rogério. *Direitos Fundamentais: regime jurídico das restrições*. Sequência: Florianópolis, v. 43, 2002, p. 129.

³⁰⁸ PALMEIRA, Marcos Rogério. *Op.cit.*, p. 130.

³⁰⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 336. Ainda sobre os tipos de restrições, Paulo Thadeu Gomes Silva explana que as restrições podem ser: (a) de caráter constitucional, (b) reserva legal simples, (c) reserva legal qualificada, (d) sem expressa reserva legal. A restrição de caráter fundamental significa que a própria Constituição traz em sua norma a respectiva restrição, como o artigo 5º, XVI, da Constituição Federal, que ao garantir o direito de reunião, impõe uma restrição ao seu exercício, representada pela proibição de portar armas. A reserva simples significa que a norma constitucional prevê, de forma geral, sem elencar condicionantes, a restrição a direito fundamental, como o artigo 5º, VI, da Constituição Federal, segundo o qual é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias. A reserva legal qualificada, por sua vez, significa que a norma constitucional, de forma minudenciada, já elenca a restrição a direito fundamental. Como exemplo pode ser

Tal possibilidade permite ou restringe posições jurídicas abrangidas pelo âmbito de proteção de determinado direito fundamental.

Tome-se, então, como referência a cláusula da função social da propriedade do art. 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal. Ao dizer que o Estado possui direito fundamental à propriedade, estar-se também afirmando que o Estado tem que obedecer às restrições a que esse direito está sujeito, como o dever de atendimento à função social da propriedade?

A respeito do tema, Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber³¹⁰ se debruçaram sobre a questão da garantia do direito de propriedade no direito brasileiro, informando que a Constituição brasileira de 1988 assegura, em seu artigo 5º, inciso XXII, o direito à propriedade, mas que, todavia, apressou-se, o constituinte em determinar, no inciso XXIII, do mesmo artigo, que “a propriedade atenderá a sua função social”. E mostrou-se igualmente diligente ao tratar dos princípios da ordem econômica, referindo-se, no inciso II, do artigo 170, à propriedade privada, e, no inciso imediatamente seguinte, à “função social da propriedade.”

A postura, refletida nestes dispositivos e em outras passagens do texto constitucional, conduz inevitavelmente à conclusão de que, no direito brasileiro, a garantia da propriedade não pode ser compreendida sem atenção à sua função social.³¹¹

O pioneirismo do constituinte brasileiro, fixando critérios objetivos mínimos de realização da função social, evitou este risco, assegurando a efetividade da fórmula

citada a norma do artigo 5º, XIII, da Constituição Federal, pela qual é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. Por fim, a restrição sem expressa reserva legal significa que apesar de não existir nenhuma restrição *prima facie*, pode haver restrição a direito fundamental pelo legislador ou pelo juiz constitucional. É o caso, por exemplo, de uma lei que proíba o proselitismo religioso de caráter violento, pois no âmbito de proteção do direito fundamental à liberdade religiosa do artigo 5º, VI, da Constituição Federal, não se encontra o direito de tentar reverter alguém para professar ou seu credo mediante ameaça ou violência concreta. SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Op.cit.*, p. 122.

³¹⁰ TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson. A Garantia da Propriedade no Direito Brasileiro. *In: Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano VI, Nº 6 - Junho de 2005.

³¹¹ A tensão entre o público e privado perpassa qualquer direito, seja individual, coletivo ou difuso. Isso compõe o pano de fundo do estágio histórico da nossa compreensão dos direitos, e se torna indisponível quando da atribuição de um sentido de um direito, como o de propriedade. Independentemente de menção expressa na Constituição, todo direito individual deve cumprir uma função social, e isso integra seu próprio sentido para que possa ser plausível. CARVALHO NETTO, Menelick. SCOTTI; Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*, p. 129.

como meio de controle do exercício da situação subjetiva de propriedade, em um modelo que, embora bem sucedido, deixou de ser observado na legislação infraconstitucional mais recente.³¹²

É, hoje, ampla a invocação jurisprudencial da função social da propriedade, quer pelos Tribunais Estaduais, quer pelos Tribunais Superiores, e sua aplicação já há muito supera as hipóteses clássicas suscitadas pela doutrina civilista tradicional. A noção encontra-se de tal forma consolidada na experiência brasileira dos últimos anos, que não há dúvidas de que a garantia da propriedade não pode ser vista mais à parte de sua conformação aos interesses sociais.

Em outras palavras: não há, no texto constitucional brasileiro, garantia à propriedade, mas tão somente garantia à propriedade que cumpre a sua função social. Semelhante é a leitura de Gilmar Mendes, referindo-se à jurisprudência da Corte Constitucional Alemã quanto à relação entre direitos e interesses em se tratando de conflitos como esse:

Como acentuado pelo Bundesverfassungsgericht, a faculdade confiada ao legislador de regular o direito de propriedade obriga-o a “compatibilizar o espaço de liberdade do indivíduo no âmbito da ordem de propriedade com o interesse da comunidade.” Essa necessidade de ponderação entre o interesse individual e o interesse da comunidade é, todavia, comum a todos os direitos fundamentais, não sendo uma especificidade do direito de propriedade.³¹³

Neste sentido, a chamada propriedade pública também deve ter uma função social. A referência corriqueira à “função social da propriedade privada” explica-se pelo fato de que é, neste âmbito, que a funcionalização opera de forma mais revolucionária, afastando a tradicional noção da propriedade privada como espaço de liberdade individual e tendencialmente absoluta do titular do domínio.³¹⁴

A propriedade pública, ao contrário, já se dirige, em tese, ao atendimento dos interesses de todas as pessoas e, por isso mesmo, referir-se à sua função social costuma parecer dispensável, uma repetição inútil daquilo que já lhe é reconhecido como essencial. A verdade, todavia, é que a propriedade pública é, por definição, voltada não ao interesse social, mas ao interesse *público*, e o reconhecimento de

³¹² TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Op.cit.*, p.104-105.

³¹³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 20.

³¹⁴ TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson. *Op.cit.*, p.112.

sua função social impõe uma verificação de conformidade entre estes dois interesses, cuja importância não pode passar despercebida ao intérprete, pois:

O controle de conformidade entre o *público* e o *social* torna-se necessário na medida em que o Estado passa a ser reconhecido não mais como um fim em si mesmo, mas como instrumento a serviço do desenvolvimento da pessoa humana. **Portanto, também a propriedade pública, estatal, deve cumprir sua função social, sendo empregada não apenas no atendimento do interesse do Poder Público, mas no atendimento dos interesses sociais privilegiados pelo texto constitucional. Sob este aspecto, contudo, a experiência jurisprudencial não revela a necessária vigilância. A função social vem correntemente invocada como forma de legitimar a atuação restritiva da Administração Pública sobre a propriedade privada, mas não é normalmente invocada como forma de controle do exercício que a própria Administração Pública faz da sua propriedade. Note-se que não se trata de uma duplicação da coibição do desvio de finalidade na utilização de bens públicos: o desvio de finalidade deriva da utilização de um bem público para fins particulares; o controle que a função social vem permitir é o do próprio emprego dado pelo Estado a um bem público, de forma aparentemente legítima e sem especial consideração de quaisquer interesses privados. O controle do exercício da propriedade do bem público abrange não apenas a sua utilização, como a sua não-utilização, e a sua eventual disposição, ou seja, sua transferência do âmbito público para o âmbito privado, por meio da chamada privatização** (grifo nosso).³¹⁵

Por este raciocínio, percebe-se que a ideia de função social, envolvendo a restrição ao direito fundamental de propriedade é compatível com a propriedade pública, principalmente com afirmação de titularidade de direitos fundamentais por parte do Estado. Esse tipo de propriedade já tem uma finalidade pública que lhe é inerente e que pode e deve ser ampliada para melhor atender ao interesse público, em especial aos objetivos constitucionais voltados para o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e à garantia do bem-estar de seus habitantes.³¹⁶

E embora se saiba que o Estado não pode sofrer todas as consequências do desatendimento da função social (ex: usucapião) da propriedade previstas na Constituição Cidadã, nada impede que o Poder Público seja obrigado, por outros meios, a cumprir a função social da propriedade dos bens que rodeiam a coletividade. Se a função social da propriedade pública impõe ao Estado um direito e um dever, isso significa aos cidadãos também um direito de natureza coletiva exigível judicialmente, em especial pela via da ação popular e da ação civil pública.

³¹⁵ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Op.cit.*, p. 113-114.

³¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Função Social da Propriedade Pública. *In: Revista Eletrônica de Direito de Estado*, Salvador. Instituto de Direito Público da Bahia, nº 6, abril, maio, junho de 2006. Disponível na Internet em <<http://www.Direitodoestado.com.br>>. Acesso em 20 out. 2013.

Com este exemplo prático, pode-se assegurar que os direitos fundamentais passíveis de serem titularizados pelo Estado podem servir tanto para protegê-lo, quanto para limitá-lo, de acordo com o sistema de restrições dos direitos fundamentais, consagrando, assim, em última análise, os fins precípuos desses direitos numa sociedade.

4.2 ADIN nº 4917-DF: repercussão da titularidade dos direitos fundamentais e a separação de poderes

Outro exemplo das consequências da atribuição da titularidade de direitos fundamentais às pessoas jurídicas de direito público é o que se pode depreender da análise dos efeitos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no seio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4917-DF³¹⁷ em que o Estado do Rio de Janeiro requereu perante o Supremo Tribunal Federal a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 12.734-2012, na parte em que altera os dispositivos das Leis n.º 9.478-97 e de nº 12.734-2012 referentes à distribuição dos royalties do petróleo.

O Autor, em sua petição inicial, afirmou ser a tese central da ação o fato de o pagamento de royalties e participações especiais inserir-se no pacto federativo originário da Constituição de 1988, sendo uma contrapartida ao regime diferenciado do ICMS incidente sobre o petróleo (pago no destino, e não na origem), bem como envolve, por imperativo do art. 20, § 1º, da Constituição Federal, uma compensação pelos ônus ambientais e de demanda por serviços públicos gerados pela exploração desse recurso natural. Há ainda uma tese de menor abrangência, referente à absoluta ilegitimidade da aplicação do novo regime às concessões firmadas anteriormente à promulgação da Lei Federal n. 12.734/2012.³¹⁸

Explicitou-se, na petição inicial da ação, ter sido a Lei nº 12.734/2012 editada para alterar as bases da repartição das participações governamentais devidas, nos termos da Constituição, aos Estados e Municípios em cujos territórios ocorra a produção de petróleo. Em síntese, o diploma estabelece uma nova forma de rateio das participações, colocando no centro das preocupações, não os entes produtores – como determina a Constituição -, e sim os Estados que (i) não sofrem os impactos

³¹⁷ BRASIL. STF, *ADI 4917-DF*. Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 18.03.2013, publicação em 21.03.2013.

³¹⁸ *Ibidem*, p. 5.

e os riscos associados à exploração de petróleo, e (ii) já se beneficiam de uma regra especial quanto à incidência do ICMS.³¹⁹

Então, o Governador do Estado do Rio de Janeiro pôs em questão a validade constitucional dos artigos 42-B; 42-C; 48, II; 49, II; 49-A; 49-B; 49-C; 50; 50-A; 50-B; 50-C; 50-D; e 50-E da Lei Federal n. 9.478/97, todos com a redação dada pela Lei Federal nº 12.734/2012, argumentando que por estes dispositivos teria sido levada a efeito verdadeira inversão do sistema constitucional de pagamento de royalties e participações especiais, colocando em seu centro os Estados e Municípios não-produtores, cujas receitas serão imediata e progressivamente ampliadas de forma bastante intensa, à custa dos entes produtores, o que contrariaria o § 1º do art. 20 da Constituição da República.³²⁰

O Governador do Estado do Rio de Janeiro defendeu que o advento das normas questionadas teria provocado, assim, a “ruptura do próprio equilíbrio federativo”, pois “os Estados não produtores passaram a se beneficiar da arrecadação de ICMS e de uma inusitada compensação por prejuízos que nunca tiveram.”³²¹

Sustentou também o Autor que, mesmo que se viesse a considerar válido o novo regime de partilha dos royalties, seria manifestamente inconstitucional que se pretendesse aplicar essas novas regras às concessões instituídas com base na legislação anteriormente vigente”.³²² O fundamento de tal consideração estaria na garantia constitucional do respeito ao direito adquirido: “no caso, o direito adquirido às participações atreladas às concessões já celebradas, constituído nos termos das regras vigentes ao tempo da celebração.” Arrematou também que: “Estados também têm direitos fundamentais em relação aos demais entes e é papel do Supremo Tribunal Federal defendê-los e proclamá-los.”³²³

Em sua decisão, a Relatora Carmem Lúcia deferiu a medida cautelar, acolhendo a tese autoral e reconhecendo aos Estados produtores de petróleo a

³¹⁹ BRASIL. STF, *ADI 4917-DF*, p.18.

³²⁰ *Ibidem*, p.21.

³²¹ *Ibidem*, p.39.

³²² *Ibidem*, p.40.

³²³ *Ibidem*, p.19.

titularidade de direitos fundamentais, consagrando o direito fundamental à autonomia federativa. Vejam-se alguns trechos importantes do julgado:

O § 1º do art. 20 da Constituição brasileira compõe-se com outras normas que delineiam o modelo federativo adotado, garantindo-se a autonomia das entidades federadas, dotadas de competências próprias e recursos correspondentes às atribuições que lhes são definidas. A autonomia das entidades federadas é o sinal federativo constitucionalmente fixado. Sem autonomia não há federação. E a autonomia é espaço próprio de competências sob favoráveis condições jurídicas, políticas e financeiras garantidas para o desempenho dos serviços públicos atribuídos a cada qual das entidades, p. 13-14 [...]

Algumas entidades federadas – Estados e Municípios -, em cujo território se tenha a exploração de petróleo ou gás natural ou que seja confrontante com área de exploração foram resguardadas constitucionalmente na participação dos recursos decorrentes daquela atividade. **O disposto no § 1º do art. 20 da Constituição brasileira definiu direito público subjetivo dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios à participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural**, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração. Afirma-se direito público subjetivo constitucionalmente definido pelo uso da locução inicial da regra “*é assegurada...participação ... ou compensação...*”

Assim, o Estado e o Município, em cujo território se tenha exploração de petróleo ou de gás natural ou que seja confrontante com área marítima na qual se dê esta atividade (em plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva), **titulariza o direito assegurado na regra constitucional [...]** O direito de Estados e Municípios, a ser exercido nos termos da lei, não pode ser porta de entrada para o seu **amesquinhamento pelo legislador**, não se podendo permitir seja esse direito constitucionalmente estabelecido mais formal que real, ainda que o objetivo tenha sido o de angariar novos recursos às demais entidades federadas, igualmente necessitadas de novos aportes para fazer face às demandas sociais (grifo nosso).³²⁴

Ainda no que tange ao direito adquirido:

Quanto à alegação de afronta ao inc. XXXVI do art. 5º da Constituição do Brasil, relativa ao direito adquirido mencionado pelo Autor, é de se observar serem protegidos constitucionalmente, como direitos fundamentais, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Esses institutos são desdobramentos ou especificações do princípio da segurança jurídica, um dos esteios da ideia de Justiça, cuja concretização é buscada pelo direito. O direito ordena (é ordem normativa) em busca da Justiça (sua finalidade) para tanto propiciando segurança (que é a força do direito para conforto de todas as pessoas).

Das concessões acabadas decorreram direitos que ingressaram no patrimônio público das pessoas federadas e que, mesmo se desdobrando em recebimentos de valores no presente e parcelas no futuro, fundamentam-se em processos findos, válidos, que se formaram e se aperfeiçoaram segundo a legislação vigente no período

³²⁴ BRASIL. STF, ADI 4917-DF, p. 16, 17, 23 e 24.

em que se deram os seus atos. Aplicar a nova legislação àqueles atos e processos aperfeiçoados segundo as normas vigentes quando de sua realização seria retroação, dotar de efeitos pretéritos atos e processos acabados segundo o direito, em clara afronta à norma constitucional do inc. XXXVI do art. 5º, antes mencionado.

Conquanto apenas em sede acauteladora de direitos fundamentais federativos, a argumentação apresentada pelo Autor da presente ação e a demonstração por ele feita dos riscos iminentes e de efeitos de difícil desfazimento a serem suportados por Estados e Municípios que se creem titulares do direito prescrito no § 1º do art. 20 da Constituição, conduz ao imediato deferimento do requerido, para suspender os efeitos dos arts. 42-B; 42-C; 48, II; 49, II; 49-A; 49-B; 49-C; § 2º do art. 50; 50-A; 50-B; 50-C; 50-D; e 50-E da Lei Federal n. 9.478/97, com as alterações promovidas pela Lei n. 12.734/2011, BRASIL. STF, *ADI 4917-DF*. Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 18.03.2013, publicação em 21.03.2013 *ad referendum* do Plenário deste Supremo Tribunal Federal, até o julgamento de mérito da presente ação (grifo nosso).³²⁵

A questão da distribuição dos royalties do petróleo é emblemática, principalmente quando se analisa o contexto em que a decisão foi proferida, já que os parlamentares dos Estados não produtores viram na elaboração da nova Lei uma oportunidade de fazer uma nova divisão dos royalties entre Estados e Municípios e, como representam a maioria do Congresso Nacional, conseguiram a aprovação da Lei e a mudança na distribuição dos royalties do petróleo foi aprovada pela Câmara dos Deputados. A presidente Dilma Rousseff vetou a mudança realizada que afetava campos já licitados, mas então o Congresso Nacional derrubou esse veto e a Lei foi promulgada, sendo então impugnada pela Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4917-DF, conforme acima explicitado.

Da decisão que concedeu a liminar, a Mesa do Congresso Nacional interpôs recurso no Supremo Tribunal Federal questionando a decisão da ministra Carmen Lúcia, que suspendeu provisoriamente a nova redistribuição dos royalties do petróleo, encontrando-se a irresignação ainda pendente de análise pelo Plenário do Supremo.

Além disso, após o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal o deputado Marcelo Castro (PMDB-PI) protocolou uma proposta de Emenda à Constituição (PEC) que visa estabelecer uma nova fórmula de distribuição de royalties do petróleo, tentando evitar os efeitos do veto do Poder Executivo e da liminar proferida pelo Poder Judiciário.

³²⁵ BRASIL. STF, *ADI 4917-DF*, p.28.

Nesta conjuntura, observa-se que a atribuição de titularidade de direitos fundamentais, para além da discussão terminológica e conceitual, ocasiona também efeitos materiais, na medida em que coloca em pauta discussões acerca dos limites da jurisdição constitucional, vale dizer, se ela deve ou não avançar na análise de questões eminentemente políticas, como aconteceu no caso mencionado.

Faz surgir, por assim dizer, uma relação pouco confortável entre o direito e a política. No curso dessa tormentosa relação, que se constrói diariamente na práxis dos Tribunais, há sempre a manifestação de ameaça ou violação a direito fundamental, que acaba sendo analisada pelo Judiciário, nos termos do artigo 5º, XXXV, da Constituição.³²⁶

As fricções que surgem entre o direito e a política podem ser exemplificadas na decisão em estudo através do reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal da titularidade dos direitos fundamentais pelos Estados e Municípios produtores de petróleo (direitos fundamentais federativos e direito adquirido). Os direitos fundamentais seriam um meio de intersecção para que o Judiciário atue também na política.

Põe-se em relevo o debate acerca do chamado ativismo judicial no sistema jurídico brasileiro e o exercício do controle de constitucionalidade, com recurso a técnicas sofisticadas de interpretação constitucional, com a institucionalização do Supremo Tribunal Federal como instância deliberativa dos grandes temas atinentes à sociedade brasileira, produzindo efeitos na política.³²⁷

Neste contexto, a ideia de ativismo judicial, presente no debate constitucional norte-americano, se espalhou também no Brasil. País que teve sua história constitucional marcada pela presença manifesta e latente de crises, traduzidas na decretação de estados de exceção, vive hoje uma normalidade democrática na qual o debate existe e serve ao recrudescimento da esfera pública da sociedade brasileira. O Supremo Tribunal Federal não poderia passar incólume por esse processo. Tímido no início do período de democratização dos anos 80 e 90, é nessa década que o Tribunal se firma como precursor de um ativismo judicial de maneira

³²⁶ SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Op.cit.*, p. 49.

³²⁷ *Ibidem*, p. 90-91.

mais forte, e, ao que parece, solidificado sobre estruturas de decisão que vão além dos casos concretos para espargir seus efeitos de forma *erga omnes*.³²⁸

A força normativa da Constituição é realizada pelas instituições de uma determinada sociedade. No caso do Brasil, o responsável por essa tarefa tem sido realizada pelo Supremo Tribunal Federal, e isso por duas razões: (a) tem, paulatinamente, transmudado a sua própria interpretação constitucional; (b) produz, com esse modo de proceder, um cada vez mais alto grau de institucionalização de si próprio.³²⁹

A decisão em apreciação, não adentrando no mérito quanto ao seu acerto ou desacerto, ganha relevo na medida em que representa uma postura mais agressiva do Judiciário em uma análise de ato político. Assim, o sistema jurídico ao garantir direitos fundamentais aos Estados produtores de petróleo, interfere diretamente na ação política levada a cabo pelos agentes responsáveis.³³⁰

É daí que se extrai a importância de o Supremo Tribunal Federal na ADIN dos Royalties ter garantido a titularidade de direitos fundamentais aos entes produtores de petróleo, já que é a partir dessa argumentação que surge a fundamentação tida como legítima pelo ordenamento jurídico (embora com necessidade de um maior aprofundamento, já que proferida em sede liminar) para que a Corte, a despeito de analisar requisitos expressos nos dispositivos constitucionais, produza, com a sua decisão, efeitos diretos na política material. E neste ponto (violação a direitos fundamentais), a interpretação trazida pelo Supremo Tribunal Federal teve por embasamento preceito explicitamente plasmado no texto constitucional, sem a necessidade de se utilizar apenas de elementos situados em campo intelectual não sujeito ao controle de verossimilhança (riscos, segurança jurídica).³³¹

Ao conferir a titularidade de direitos fundamentais aos Estados e Municípios produtores de petróleo em face de outros não produtores, a Corte se utiliza de garantias fundamentais, atribuídas, na maioria das vezes, para proteger direitos individuais, para salvaguardar interesses de entes da Federação e ampliar a

³²⁸ SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Op.cit.*, p. 91.

³²⁹ *Ibidem*, p. 91.

³³⁰ *Ibidem*, p. 93.

³³¹ *Ibidem*, p. 96.

primitiva abrangência dos direitos fundamentais, o que acarreta efeitos práticos imediatos, para além da discussão terminológica e teórica acerca da titularidade dos direitos fundamentais.

Quando se constrói essa relação, o sistema jurídico lança mão de instituto que visa a preservação da essência da política, desde que se pense que há necessidade, também, de se preservar um direito fundamental. Esse é um caso típico de uma decisão de caráter constitucional e que produz efeitos diretos na formulação da política material.³³² E isso se justifica, na visão do Supremo, pois, ao se assegurar os ditos direitos fundamentais dos entes produtores de petróleo, está se “resguardando, cautelarmente, direitos dos cidadãos dos Estados e dos Municípios que se afirmam atingidos em seu acervo jurídico e em sua capacidade financeira e política de persistir no cumprimento de seus deveres constitucionais”.³³³

Reconhece-se, então, à titularidade de direitos fundamentais às pessoas jurídicas de direito público, mesmo que para justificá-los se recorra a uma argumentação que remonte aos direitos fundamentais das pessoas físicas integrantes do ente federativo produtor de petróleo.

Deste modo, o argumento de preservação de direitos fundamentais influencia no debate acerca da Separação de Poderes e representa uma base sólida para a limitação da autoridade política. A proteção aos direitos fundamentais pela revisão judicial, além de um mero contrapeso ou um “veto a mais”, legitima-se por seu potencial de enriquecer a qualidade argumentativa da democracia, propiciando uma interlocução institucional.³³⁴

E no diálogo institucional e na democracia constitucional, a Separação de Poderes tem o condão de relativizar a última palavra, esteja ela localizada no Judiciário ou no Legislativo, pois “é necessário ponderar esse suposto ápice do processo decisório com o fato de que a luta política está fadada a continuar, e novos atos desafiarão a supremacia de uma ou de outra instituição”.³³⁵

³³² SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Op.cit.*, p. 49;53.

³³³ BRASIL. STF, *ADI 4917-DF*, p. 34.

³³⁴ MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 15.

³³⁵ *Ibidem*, p. 187.

CONCLUSÃO

Chega-se ao desfecho desta dissertação. E com ele, uma certeza: todas as ideias e propostas, desenvolvidas ao longo deste estudo, guardam um caráter ainda exploratório e não pretenderam esgotar o tema em todos os seus aspectos. Várias conclusões foram tomadas durante o texto e a maioria delas já se encontram detalhadas ao longo do trabalho, no final dos tópicos desenvolvidos. Não obstante, com o propósito de deixar ainda mais claro o pensamento que aqui se propugna, afigura-se interessante expor, de forma sintetizada, as ilações formuladas.

Pode-se dizer que o pano de fundo para a criação dos direitos fundamentais é, em suma, o postulado da garantia do indivíduo contra a invasão indevida do Estado em sua esfera de liberdade e igualdade (preservação da autonomia privada) ou pela responsabilidade e obrigação dos poderes públicos de atender determinadas prestações positivas de bens (preponderância da autonomia pública).

Todavia, a ampliação e o aperfeiçoamento gradual da teoria dos direitos fundamentais passaram por um longo processo político, jurídico e social, no qual se firmou o Estado Democrático de Direito. Começou-se, então, a pensar que a consolidação de direitos fundamentais demanda o seu reconhecimento por parte de toda a sociedade, que deve respeitar tanto a forma, como a matéria das normas fundamentais, sabendo-se que, por vezes, faz-se necessário relativizar os aspectos processuais (formais) em favor da concreta efetivação do direito material.

Resultou disso o próprio procedimento de afirmação dos sujeitos constitucionais, com a efetiva participação da comunidade e o controle das normas de direitos constitucionais por todos os integrantes envolvidos. O desenho do Estado e dos direitos fundamentais se tornam mais complexos, requerendo uma análise inovadora do texto constitucional, integrada com os vários pontos de vista e diferentes papéis sociais existentes.

Essa postura tem relação com a própria dimensão objetiva dos direitos fundamentais e com a propagação de seus efeitos em todos os eventos que ocorrem na coletividade (chamada tese da irradiação e da eficácia imediata), tornando todos coautores e igualmente responsáveis pela preservação das normas de direitos fundamentais.

A concepção a ser adotada, desse modo, na presente dissertação, se assemelha ao pensamento exposto por Böckenförde e Häberle, que justificam o Estado como participante do processo de interpretação das normas consagradoras de direitos fundamentais, encarado a partir de uma visão dinâmica, submetido a um processo contínuo de integração pessoal, funcional e material.

Compreendeu-se os direitos fundamentais em uma linha conciliatória entre o objetivo-institucional e o subjetivo-individual, considerando-se tanto seus aspectos axiológicos, como deontológicos. Eles passam a ser vistos não somente como direitos subjetivos dos indivíduos, mas como elementos que ordenam e conformam as relações jurídicas com caráter de estabilidade e continuidade, e que, por isso, são oponíveis a todos, dando ensejo ao primeiro fundamento teórico demonstrado nesta dissertação, que permite a justificação das pessoas jurídicas de direito público como possíveis titulares de direitos fundamentais.

Em segundo plano, evidenciou-se ser essencial o posicionamento do Estado como sujeito de direito que assume, em suas relações, as características peculiares de pessoa jurídica. Nessa seara, se ninguém pensa em contestar a realidade da personalidade jurídica dos indivíduos, nos estudos de vários doutrinadores de relevo (Dallari, Pontes de Miranda, Savigny, Jellineck, Salleilles, dentre outros) foram percebidas importantes divergências e várias teorias sobre o conceito de pessoa jurídica e acerca da natureza da personalidade jurídica estatal.

Porém, viu-se que não se pode negar a essência do Estado como pessoa com capacidade jurídica própria no ordenamento, que não se confunde com as vontades individuais de seus integrantes, de modo que para desempenhar seus fins adequadamente carece de exercer a titularidade de direitos. Tem-se a segunda conclusão lógica desta dissertação: o reconhecimento da personalidade jurídica do Estado como realidade e não como mera criação ficcional permite-lhe tomar parte nos conflitos de interesses surgidos no meio social, tanto para que lhe sejam impostos deveres, como para que possa se utilizar de direitos para se resguardar.

E essa ideia se desenvolveu para abarcar também os direitos fundamentais, trazendo-se à lume as considerações tecidas no terceiro capítulo desta dissertação, ocasião em que ficou aclarado o campo de abrangência da titularidade dos direitos

fundamentais, realizando-se a junção do que foi defendido no primeiro e no segundo capítulos.

No terceiro capítulo, restou consignado que os titulares dos direitos fundamentais são os sujeitos ativos, os titulares do poder de agir ou os sujeitos das relações jurídicas oriundas das normas de direitos fundamentais, e, além disso, são os detentores da possibilidade de exercício dos direitos fundamentais.

A interpretação empregada, portanto, foi a sistemática, em que não se faz uma interpretação literal dos titulares dos direitos fundamentais constantes no artigo 5º da Constituição Federal (que só se refere aos brasileiros e estrangeiros residentes no país), e, a partir da qual se tornou viável a concepção de universalidade dos sujeitos de direitos fundamentais.

Com efeito, é com alicerce nesta ampliação da noção de titularidade e na compreensão de que o conceito material de direitos fundamentais envolve também, além da aceção da dignidade da pessoa humana, o objetivo de limitação de poder, é que se depreendeu a terceira conclusão exposta na dissertação: não há impedimento insuperável para que as pessoas jurídicas *lato sensu* venham a ser consideradas titulares de direitos fundamentais, a despeito da origem desses direitos ser destinado ao amparo das pessoas físicas. Os direitos fundamentais suscetíveis de serem exercidos por pessoas jurídicas podem tê-las como titulares. Essa parece ser a tendência majoritária apurada na doutrina e na jurisprudência nacionais e estrangeiras acerca do assunto.

No que diz respeito especificadamente às pessoas jurídicas de direito público, chamadas de forma ampla de “Estado” nesta dissertação, o apanhado do esboço comparativo realizado nos sistemas jurídicos estrangeiros, apesar das várias divergências percebidas, permite agrupar os posicionamentos em grandes blocos de argumentos:

- 1) Via de regra, a pessoa jurídica de direito público não pode ser titular de direito fundamental, pois ela é, ao contrário, destinatária das normas de direito fundamental (argumento da confusão). Apenas excepcionalmente, quando se tratam de alguns direitos processuais ou quando o titular do direito em questão tiver relação imediata com a área da vida protegida

pelos direitos fundamentais e difere do poder estatal central (posição de certo modo comparável ao do cidadão), é que se pode aceitar o exercício dos direitos fundamentais pela pessoa jurídica de direito público. Este é o entendimento geral adotado pelo sistema jurídico alemão e em alguma medida pela doutrina chilena e francesa.

- 2) A negação de direitos fundamentais às pessoas coletivas de direito público não pode ser acolhida em todas as suas dimensões. Os textos constitucionais não fazem distinção entre as pessoas coletivas de direito público e de direito privado, sendo apenas relevante saber se o direito fundamental em questão é ou não compatível com a natureza da pessoa de direito público. Este é o posicionamento adotado, com a existência de algumas variações, pelos sistemas jurídico português e espanhol; e por alguns julgados do Tribunal chileno, italiano e da Corte Constitucional Francesa.

Na doutrina constitucional brasileira, sempre ressaltando as dissensões que giram em torno da temática em razão de sua complexidade, a conclusão é de que a maioria dos estudos citados é na direção de que o texto constitucional mostra que vários dos direitos arrolados nos incisos do art. 5º se estendem às pessoas jurídicas de direito público, o que se verifica especialmente na esfera dos direitos de cunho processual.

No âmbito da jurisprudência pátria parece não existir desacordo em aceitar a possibilidade de os entes públicos gozarem de direitos fundamentais processuais, sobretudo os de caráter procedimental, como o direito ao devido processo legal. Os julgados do Supremo Tribunal Federal encontrados tratando do objeto garantem esses direitos fundamentais às pessoas jurídicas de direito público, principalmente em face de outros poderes públicos.

Contudo, observou-se que o tema ainda não foi muito explorado na jurisprudência brasileira quando se avança para outros tipos de direitos fundamentais, principalmente, quando se considera a imposição desses direitos em face de particular. Quanto a este mote, viu-se que o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário de nº 177.888-RS, negou a garantia do ato jurídico perfeito e

do direito adquirido em benefício do Instituto Nacional de Seguridade Social-INSS e contra o interesse particular. Bem assim, citou-se recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial de nº 12.583.89-PB, que entendeu não ser possível a pessoa jurídica de direito público pleitear contra particular indenização por dano moral relacionado à violação da honra ou da imagem, sob pena de subversão da essência dos direitos fundamentais.

Então, com estas exposições alcança-se a quarta conclusão importante para esta dissertação: no que se refere à titularidade de direitos fundamentais pela pessoa jurídica de direito público, ainda se encontra longe uma harmonia de posicionamentos na doutrina e na jurisprudência, todavia, ousa-se sintetizar que a possibilidade não é negada de um modo geral. Assim, ela é bem aceita por ocasiões de conflitos entre entes públicos, notadamente em casos de descentralização administrativa, e em hipóteses de direitos fundamentais processuais, sendo pouco desenvolvida quando se alarga para o campo dos direitos fundamentais materiais ou mesmo negada quando se impõe frente à particular.

Neste ponto, buscou-se neste trabalho progredir o estudo com o fim de averiguar quais os outros tipos de direitos seriam passíveis, de acordo com a teoria dos direitos fundamentais, de serem titularizados pelo Estado. Atingindo-se, por meio das premissas lógicas desenvolvidas no tópico 3.5 desta dissertação, a quinta conclusão: o Estado poderá ser titular de direito fundamental (tanto processual, como material) quando ele estiver numa possível situação de sujeição ou subordinação, onde um outro ente estatal, ou mesmo um particular, esteja numa posição de superioridade política ou econômica.

Em todas estas circunstâncias, é logicamente possível, no domínio de uma concepção não-individualista dos direitos fundamentais, aplicar estes direitos às pessoas jurídicas de direito público, sujeitas a posições de poder, em analogia à situação de sujeição dos indivíduos em face do Estado. É necessário, entretanto, que se esteja dentro dos limites do sistema, ou seja, no âmbito da matéria específica que estes direitos constituem, ou seja, há que se analisar a natureza e a compatibilidade do direito fundamental a ser titularizado.

Igualmente, devem-se separar as conjecturas em que se está diante de garantias, competências e poderes institucionais do Estado, que não podem ter atribuição e caracterização de direitos fundamentais, considerando nestes casos a ausência de um dos atributos essenciais da fundamentalidade material desses direitos: a dignidade humana e; ou a função de limitação de poder.

Por fim, mas não menos importante, no quarto capítulo desta dissertação esclareceu-se através de exemplos práticos (função social da propriedade e julgado do Supremo Tribunal Federal acerca da distribuição dos royalties do petróleo) em que medida a atribuição de direitos fundamentais à pessoa jurídica de direito público pode influenciar no desenvolver das relações jurídicas das quais o Estado faz parte, ocasionando efeitos diretos nos resultados de sua atuação administrativa, bem como no teor dos fundamentos das decisões judiciais que têm como pano de fundo os direitos fundamentais.

Arremata-se, então, com a última conclusão que pode ser alcançada através da leitura deste trabalho: vislumbra-se que para além de uma discussão meramente terminológica acerca do exercício de direitos, a imputação da titularidade de direitos fundamentais ao Estado exerce um relevante papel no desempenho das atividades estatais. A partir da aquiescência desta possibilidade, passa-se a admitir que o Estado também está sujeito a todas as implicações ocasionadas pelas restrições existentes ao exercício dos direitos fundamentais. Outrossim, a atribuição desses direitos serve de embasamento teórico para decisões judiciais importantes, que acarretam visíveis consequências no plano do diálogo institucional, da política material e da Separação dos Poderes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Fábio Portela Lopes. Os direitos fundamentais entre liberais e comunitaristas: um debate constitucional. *In: Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 15, n. 59, abr-jun-2007, p. 86-130.

_____. Os princípios constitucionais entre a deontologia e axiologia: pressupostos para uma teoria hermenêutica democrática. *In: Revista Direito GV*, v. 4. n. 2, jul-dez. 2008, p. 493-516.

ALONSO GARCÍA, Enrique. *La interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *A pessoa jurídica e os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2009.

AZEVEDO, André Mauro Lacerda. O Recurso de Amparo Espanhol. *In: Revista Atualidades do Direito*. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/andremauro/2011/08/09/o-recurso-de-amparo-espanhol/>>. Acesso em 02 dez. 2013.

BARROSO. Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. *In: Temas de Direito Constitucional*. Tomo III. Renovar: Rio de Janeiro, São Paulo, Recife, 2005.

_____. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BASTOS. Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989.

BENVINDO. Juliano Zaiden. *On the Limits of Constitutional Adjudication: Deconstructing Balancing and Judicial Activism*. Heidelberg: Springer, 2010.

BERNAL PULIDO, Carlos. O caráter fundamental dos direitos fundamentais. *In: Revista do Direito do Estado-RDE*. Ano 5, nº s 19 e 20. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 17-36.

BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia – 1ª parte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Brasília: Imprensa Nacional, 1972.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio: Campos, 1992.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Tradução Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

BRAUD, P. La notion de liberté publique en droit français. *In: Revue internationale de droit compare*. Vol. 22, nº 3, juillet-septembre. p. 576-576.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. A Hermenêutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito. *In: Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, 587p.

CARVALHO NETTO, Menelick. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O futuro do estado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007

_____. *Elementos de teoria geral do estado*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DECAUX, Emmanuel. *L'applicabilité des normes relatives aux droits de l'homme aux personnes morales de droit privé*. *In: Revue internationale de droit comparé*. vol. 54, nº2, avril-juin 2002, p. 549-578.

DÍEZ-PICAZO, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid: Civitas, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Função Social da Propriedade Pública. *In: Revista Eletrônica de Direito de Estado*, Salvador. Instituto de Direito Público da Bahia, nº 6, abril, maio, junho de 2006. Disponível em: <<http://www.Direitodoestado.com.br>>. Acesso em 20 out. 2013.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Deveres fundamentais. *In: Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2011.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERNANDEZ SEGADO. *La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978 y en su interpretación por el Tribunal Constitucional*. *In: Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v.121, 1994, p. 69-102.

FERRARA, Francesco. *Teoría de las personas jurídicas*. Trad. da 2ª ed. italiana por Eduardo Overejo y Maury. Madrid. Editorial Reus, 1929.

FERREIRA, Daniel Brantes. Wesley Newcomb Hohfeld e os conceitos fundamentais do Direito. *In: Direito, estado e sociedade*. Rio de Janeiro, n. 31 p. 33 a 57, jul/dez 2007, p. 33-57.

FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *Comentários à Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1997.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. Os direitos fundamentais à proteção dos dados pessoais informatizados. *In: Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*, Belo Horizonte, v. 2, 1995, p. 169 e ss.

HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson; 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade*. v.1. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *A inclusão do outro*. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethhe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

HERKNHOFF, Henrique Geaquinto. Catálogo USP. *Os direitos de personalidade da pessoa jurídica de direito público. Versão parcial de tese de doutorado da Universidade de São Paulo*. Disponível em: <http://search.babylon.com/?q=os+direitos+de+personalidade+da+pessoa+jur%C3%ADdica+de+direito+p%C3%BAblico+++henrique&babsrc=HP_ss&s=web&rlz=0&as=0&ac=0>. Acesso em 15 set. 2013.

HESSE, Konrad. Significado de los derechos fundamentales. *In: BENDA, Ernst (et al.). Manual de Derecho Constitucional.* Madrid: Marcial Pons; 1996.

_____. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.* Tradução de Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou material, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil.* São Paulo: Martin Claret, 2003.

HOFFMANN, Wesley Newcomb. *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning.* New Haven: Yale University Press, 2000.

JELLINECK, Georg. *Teoría General del Estado.* Traducción de la segunda edición alemana. Montivideo-Buenos Aires: B de f editorial, 2005.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos.* Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito.* Tradução de Joao Batista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

_____. *Teoria geral do direito e do estado.* São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LIZANA, Eduardo Aldunate. *La Titularidade de los Derechos Fundamentales.* *In: Revista des Centro de Estudios Constitucionales.* Santiago: Universidad de Talca, 2003, p. 187-201.

LOTUFO, Renan. Dano moral da pessoa jurídica. *In: Revista Brasileira de Direito Comparado.* Rio de Janeiro: Instituto de Direito comparado Luso-Brasileiro, 2004.

LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales.* Madrid: Tecnos, 1998.

MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão- dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social.* Coimbra: Coimbra, 2002.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe: obra completa com comentários de Napoleão Bonaparte e Rainha Cristina da Suécia.* São Paulo: Jardim dos Livros, 2007.

MARINHO, Josaphat. Direitos e garantias fundamentais. *In: Revista de Informação Legislativa,* Brasília, v. 32, n.127, jul/set. 1995, p. 5-11.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. O Estado pode ser titular de direitos fundamentais? *In: Direitosfundamenatis.net*. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2008/04/23/o-estado-pode-ser-titular-de-direitosfundamentais/#comments>>. Acesso em 22 jul. 2011.

MARTINS, Leonardo; SCHWABE, Jürgen (org.). *Cinqüenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideu: Fundação Konrad Adenauer, 2005.

MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 2ª tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

_____. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MILL, Stuart. *Sobre a liberdade*. São Paulo: Escala, 2006.

MONTORO, Ángel J. Gómez. *La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas (Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español)*. *In: Cuestiones Constitucionales*, n. 2. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p. 23-71.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1997.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

NUNES, Anelise Coelho. *A titularidades dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PALMEIRA, Marcos Rogério. *Direitos Fundamentais: regime jurídico das restrições*. Sequência: Florianópolis, 2002.

PARDO, David Wilson de Abreu. *Direitos fundamentais não-enumerados: justificação e aplicação*. Tese de Doutorado apresentada no curso de Pós-Graduação em Direito de Santa Catarina. Florianópolis, 2005. 326p.

PIZZOLO, Calogero; EKMEKDJIAN, Miguel Angel. *Hábeas Data: el Derecho a la Intimidad Frente a la Revolución Informática*. Buenos Aires: Depalma, 1996.

PLANIOL, Marcel et all. *Traité pratique de droit civil français*, t.1. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1952.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, 3. ed, volume XXVI, §§ 3108. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959.

_____. *Tratado de Direito Privado: parte geral*, t.1. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

_____. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1 de 1969*. 3. ed. Tomo IV. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais. Teoria geral*. Coimbra: Coimbra, 2002.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. Brasília: Ática, 2000.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

RIBEIRO, Alex Sandro. *Ofensa à honra da pessoa jurídica: de acordo com o Código Civil de 2002*. São Paulo: Universitária de Direito, 2004.

SALEILLES, Raymond. *De la Personalité Juridique: Histoire et Théories*. Paris: Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1910.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1998*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. *In: Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.251-354.

_____. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF. *In: Direitos, Deveres e Garantias Fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 285-323.

SAVIGNY, M.F.C. *Traité de droit romain*. trad. M.Ch. Guenoux. t.I. Paris: Libraire de Firmin Didot Frères, 1855.

SCHAFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário – uma proposta de compreensão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 13. ed. Atualizada por Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Direitos fundamentais: contribuição para uma teoria geral*. São Paulo: Atlas, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais-conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUSA, Nuno e. *A liberdade de imprensa*. Coimbra: Almedina, 1984.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A garantia da propriedade no direito brasileiro. *In: Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano VI, Nº 6 - Junho de 2005. p.101-119.

VALE, André Rufino do. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

_____. *A estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. 286 f. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

VILLALON, P. Cruz. *Dos quetiones de titularidad de derechos: lós extranjeros; lãs personas jurídicas*. In: *Revista Espanola de Derecho Constitucional*, n. 35, 1992. p.68-83

Jurisprudência utilizada:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 656.274-SP*. Rel. Min. Denise Arruda. Primeira Turma, julgamento em 17.05.2007, publicação em 11.6.2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1032014/RS*. Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgamento em 26.05.2009, publicação em 04.06.2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1258389/PB*. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, julgamento em 17.12.2013, Acórdão pendente de publicação.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça. Súmula 227. A pessoa jurídica pode sofrer dano moral*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.txt>. Acesso em: 15 jan. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 70514-RS*. Rel. Min. Sydney Sanches, Pleno, julgamento 23.04.1994, publicação em 27.06.97.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 177888*. Rel. Ministro Moreira Alves, 1ª Turma, julgamento em 15.06.1999, publicação em 06.08.99.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cível Originária nº 1415/SE*. Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 15.08.2006, publicação em 23.08.2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção nº 725/DF*. Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, julgamento em 10.5.2007, publicação em 21.09.2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cautelar nº 2403-DF*. Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, julgamento em 20.08.2009, publicação em 18.09.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cautelar nº 2.032-QO/SP*. Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, julgamento em 15.05.2008, publicação em 20.03.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cautelar nº 2156-SP*. Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, julgamento em 02.10.2008, publicação em 05.06.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130*, Rel. Min. Ayres Britto, Pleno, julgamento em 30.04.2009, publicação em 06.11.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cautelar nº 2588-PB*. Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, julgamento em 07.04.2010, Publicação em 11.6.2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cível Originária nº 1576-MG*. Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, julgamento em 23.06.2010, publicação em 20.08.2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cível Originária nº 2578-PB*. Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, julgamento em 07.04.2010, publicação em 01.02.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cível Originária nº 1534-RS*. Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, julgamento em 17-03-2011, publicação em 11.04.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cautelar nº 2893-PI*, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, julgamento em 22.06.2011, publicação em 29.03.2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4917-DF*. Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 18.03.2013, publicação: 21.03.2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 365 do Supremo Tribunal Federal. Súmula 365*. A pessoa jurídica não tem legitimidade para propor ação popular. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>>. Acesso em 30 nov. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 654 do Supremo Tribunal Federal*. A garantia da irretroatividade da lei, prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição da República, não é invocável pela entidade estatal que a tenha editado. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>>. Acesso em 30 nov. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4917-DF*. Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 18.03.2013, publicação: 21.03.2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Processo nº 4828-19.2013.4.01.4000*. 5ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Piauí. Teresina, 2013b. Disponível em: <<http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/>>. Acesso em 04 jan. 2014.