



DO ESTADO DE DIREITO AO ESTADO CONSTITUCIONAL

FROM THE RULE OF LAW TO THE CONSTITUTIONAL STATE

DOI: 10.5281/zenodo.16998203



José Francisco Costa Lyra¹

Suraia Nasralla Souza²

Resumo: O presente trabalho é de natureza documental, e tem como propósito apresentar direitos fundamentais. E, neste contexto é necessário apresentar a transição do Estado de Direito ao Estado Constitucional, proposta por Jorge Reis Novais³, que examina essa passagem encontrando correspondência na supremacia dos direitos fundamentais ao serem detentores de posição privilegiada e hierarquicamente superiores na Constituição. E neste sentido, dedicou-se a responder à ideia dos direitos fundamentais como trunfos ao remeter para a possível tensão ou oposição entre os direitos fundamentais e o poder democrático, entre o Estado de Direito e a democracia, pois os poderes constituídos não podem dispor livremente dos direitos fundamentais, ao estarem vinculados a esses. A ideia de direitos fundamentais como trunfos é uma exigência do reconhecimento da força normativa da Constituição, da necessidade de levar a Constituição a sério.

- 1 Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS (2011); Mestre em Desenvolvimento, Cidadania e Gestão pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI (2004); Especialista em Direito Público pelo Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo – IESA (1997); Especialista em Direito Privado pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI (2002) e Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito de Santo Ângelo – FADISA (1987). Atualmente é Professor titular do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito nos cursos de Doutorado, Mestrado e Graduação da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI, no campus de Santo Ângelo e Professor de Direito Penal na Faculdade CNEC – campus de Santo Ângelo; Líder do Grupo de Pesquisa registrado no CNPq Tutela dos Direitos e sua Efetividade; Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.
- 2 Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Faculdade Meridional (IMED) de Passo Fundo; Graduada em Direito pela Universidade Regional do Noroeste – UNIJUI; Especialista em Direito da Medicina pela Universidade de Coimbra/Portugal, Pós-Graduada *Lato Sensu* em Direito pela Universidade Regional do Noroeste – UNIJUI; Advogada; Doutoranda da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito.
- 3 NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais nas relações entre particulares**: do dever de proteção à proibição do déficit. Coimbra: Almedina, 2018.





REVISTA OWL (*OWL Journal*)

www.revistaowl.com.br – ISSN: 2965-2634

Palavras-chave: direitos fundamentais; trunfos; estado de direito; estado constitucional; Constituição.

Abstract: This work is of a documentary nature, and its purpose is to present fundamental rights. And, in this context, it is necessary to present the transition from the Rule of Law to the Constitutional State, proposed by Jorge Reis Novais⁴, who examines this transition finding correspondence in the supremacy of fundamental rights as they are holders of a privileged and hierarchically superior position in the Constitution. And in this sense, he dedicated himself to responding to the idea of fundamental rights as trumps by referring to the possible tension or opposition between fundamental rights and democratic power, between the Rule of Law and democracy, since the constituted powers cannot freely dispose of fundamental rights when they are linked to them. The idea of fundamental rights as assets is a requirement for the recognition of the normative force of the Constitution, of the need to take the Constitution seriously.

Keywords: fundamental rights; assets; rule of law; constitutional state; Constitution.

1 Introdução

A concepção de direitos como trunfos significa a proteção de todos os direitos fundamentais da pessoa contra restrições essenciais ou determinadamente decorrentes de tentativas de imposição de concepções ou mundividências particulares ou de doutrinas compreensivas sustentadas conjuntamente no apoio de maiorias políticas, sociais, culturais ou religiosas. É um recurso especialmente adequado à proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos ou grupos, cuja debilidade, isolamento ou marginalidade não lhes permita, mesmo em quadro de vida democrático, a possibilidade de influenciarem as escolhas governamentais e a capacidade de garantia dos seus direitos fundamentais pelos meios comuns de participação política ou da luta social ou, até mesmo, sindical⁵.

O Estado de Direito é um Estado Constitucional. Pressupõe a existência de uma constituição normativa estruturante, de uma ordem jurídico-normativa fundamental vinculativa de todos os poderes públicos, e a Constituição confere à ordem estatal e aos atos

4 NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais nas relações entre particulares:** do dever de proteção à proibição do défice. Coimbra: Almedina, 2018.

5 NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais nas relações entre particulares:** do dever de proteção à proibição do défice. Coimbra: Almedina, 2018.





REVISTA OWL (*OWL Journal*)

www.revistaowl.com.br – ISSN: 2965-2634

dos poderes públicos medida e forma. Trata-se, segundo Novais⁶, de uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de supremacia da Constituição, e é nessa supremacia normativa da Lei Constitucional (como sugeria a teoria tradicional do Estado de Direito) que o primado do direito do Estado de Direito encontra sua decisiva expressão.

O Estado Constitucional, para ser um Estado com as qualidades identificadas pelo constitucionalismo moderno, deve ser um Estado de Direito Democrático. As duas grandes qualidades do Estado Constitucional são: Estado de Direito e Estado Democrático, as quais, muitas vezes, surgem separadas. Fala-se em Estado de Direito, omitindo-se a dimensão democrática, e alude-se a Estado Democrático, silenciando a dimensão de Estado de Direito. O Estado Constitucional Democrático de Direito procura estabelecer uma conexão interna entre democracia e Estado de Direito⁷.

E é nesse sentido que entende-se que, somente o Estado de Direito não é suficiente para enumerar, definir, explicitar, assegurar de *per si* os direitos fundamentais; requerendo que a organização do poder político e toda a organização constitucional estejam orientadas para a sua garantia e a sua promoção. Não basta também afirmar o princípio democrático e procurar a coincidência entre a vontade política do Estado e a vontade popular em qualquer momento. É preciso estabelecer um quadro institucional em que essa vontade se desenvolva em liberdade, e que cada cidadão tenha a segurança da previsibilidade do futuro⁸.

É primordial que não sejam encontradas incompatibilidades entre o elemento subjetivo e o elemento objetivo da Constituição, que os direitos fundamentais tenham um quadro institucional de crescimento, que a garantia da liberdade se faça mediante a divisão do poder. A síntese desses princípios, o modelo ou a ideia em que se traduzem vem a ser o Estado de Direito.

6 NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais nas relações entre particulares**: do dever de proteção à proibição do défice. Coimbra: Almedina, 2018.

7 NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais nas relações entre particulares**: do dever de proteção à proibição do défice. Coimbra: Almedina, 2018.

8 NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais nas relações entre particulares**: do dever de proteção à proibição do défice. Coimbra: Almedina, 2018.





REVISTA OWL (*OWL Journal*)

www.revistaowl.com.br – ISSN: 2965-2634

O Estado de Direito não equivale a Estado sujeito ao Direito, pois não há Estado sem sujeição ao Direito no duplo sentido de Estado que atua segundo processos jurídicos e que realiza uma ideia de Direito, seja ela qual for. Estado de Direito só existe quando esses processos se encontram diferenciados por diversos órgãos, de harmonia com um princípio de divisão do poder, e quando o Estado aceita a sua subordinação a critérios materiais que o transcendem. Só existe quando se dá limitação material do poder político e essa equivale à salvaguarda dos direitos fundamentais da pessoa humana⁹.

O que caracteriza efetivamente a constituição do Estado Constitucional perante o Texto Maior de um Estado de Direito é a inclusão de valores e princípios no âmbito do texto constitucional, essencialmente no que se refere à dignidade da pessoa humana aos direitos fundamentais, assim como o estabelecimento de metas e diretrizes a que o Estado deve, em primeiro plano, buscar, com o escopo de concretizar e de proteger os direitos e valores antes mencionados¹⁰.

2 O estado de direito ao estado constitucional

2.1 O estado de direito

O Estado de Direito (direitos fundamentais), segundo Novais¹¹, exige a democracia, como consequência imposta pelo reconhecimento do princípio da igual dignidade de todas as pessoas que estrutura o edifício do moderno Estado de Direito. Por sua vez, do princípio da dignidade da pessoa humana decorrem originariamente exigências de igualdade e liberdade individual que conduzem, de forma direta e necessária, à adoção da regra da maioria como princípio elementar de funcionamento do sistema político, pelo que, à luz dessa construção, se

9 NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais nas relações entre particulares**: do dever de proteção à proibição do défice. Coimbra: Almedina, 2018.

10 NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais nas relações entre particulares**: do dever de proteção à proibição do défice. Coimbra: Almedina, 2018.

11 NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais nas relações entre particulares**: do dever de proteção à proibição do défice. Coimbra: Almedina, 2018.





REVISTA OWL (*OWL Journal*)

www.revistaowl.com.br – ISSN: 2965-2634

não houver democracia não há verdadeiro Estado de Direito. Isso se dá por alguns motivos: sem garantia dos direitos políticos (só plenamente realizáveis em democracia) o sentido atual de dignidade da pessoa humana ficaria amputado de uma dimensão essencial, a da consideração de todas as pessoas como livres e iguais e a da consequente igual possibilidade da sua livre participação na tomada de decisões da comunidade.

Por outro lado, num quadro não democrático a separação de poderes tenderia a desaparecer e, com concentração dos poderes do Estado, os direitos individuais sofreriam uma correspondente e inevitável desvalorização. Por último, e no mesmo sentido da íntima atração entre os princípios, sem a legitimação democrática que lhe seria conferida pela eleição livre e universal o poder político ficaria privado da legitimidade que o habilitaria à intervenção social de promoção das condições fáticas da liberdade individual.

A referida integração resulta ainda num movimento de sentido inverso, de a democracia exigir também o Estado de Direito (direitos fundamentais). Sem um ambiente e uma cultura de direitos fundamentais não há verdadeira democracia: os direitos fundamentais são condição do regular funcionamento da democracia.

Sem a possibilidade de exercício dos direitos, designadamente os políticos, não se pode garantir a participação de todos, com o que a regra da maioria falha a racionalidade que a justifica; caso prive parte da população de direitos, se não lhe reconhecesse igual consideração no processo de deliberação, caso iniba ou não se assegurasse a sua igual presença na governação (ou governança), caso diminua o seu estatuto e não se garantisse a todos uma esfera de igual liberdade de escolha com efetividade e autonomia, a vida democrática não seria livre, nem igualitária e, logo, o poder não seria democrático¹².

Segundo Novais¹³, a metáfora dos trunfos tem a sua cunhagem em Dworkin, para quem direito como trunfo significa que as posições jurídicas individuais que assentam no direito natural a igual consideração e respeito que o Estado deve a cada indivíduo funcionam

12 NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais nas relações entre particulares**: do dever de proteção à proibição do défice. Coimbra: Almedina, 2018.

13 NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais nas relações entre particulares**: do dever de proteção à proibição do défice. Coimbra: Almedina, 2018.





REVISTA OWL (*OWL Journal*)

www.revistaowl.com.br – ISSN: 2965-2634

como trunfos contra preferências externas, especificamente contra qualquer pretensão estatal em impor ao indivíduo restrições da sua liberdade em nome de concepções de vida que não são as suas e que, por qualquer razão, o Estado considere como merecedoras de superior consideração.

Nesse sentido, direitos como trunfos que defendem, protegem, os bens de liberdade e autonomia contra decisões políticas, mesmo que essas pretendessem justificar a necessidade de limitação da liberdade individual em nome da obtenção do bem da comunidade como um todo ou de uma concepção particular da vida boa¹⁴.

Para o autor, o princípio da dignidade da pessoa humana acaba por constituir o fundamento da concepção dos direitos como trunfos, pois é dessa igual dignidade de todos que resulta o direito de cada um conformar autonomamente a existência segundo as suas próprias concepções e planos de vida que têm, à luz do Estado de Direito fundado na dignidade da pessoa humana, o mesmo valor de quaisquer outras concepções ou planos de vida, independentemente da maior ou menor adesão social que estimulem¹⁵.

Daí resulta, conforme preleção do citado jurista, a inadmissibilidade de a maioria política, mesmo quando formada democraticamente, impor ao indivíduo concepções ou planos de vida com que ele não concorde, por mais valiosas que essas concepções sejam tidas pela maioria.

2.2 Direitos fundamentais como trunfos

Nesse sentido, ter um direito fundamental segundo a concepção dos direitos como trunfos significa duas coisas: de um lado, e no que respeita às relações entre indivíduo e Estado, significa ter uma posição, juridicamente garantida, forte, entrincheirada, contra as

14 NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais nas relações entre particulares**: do dever de proteção à proibição do défice. Coimbra: Almedina, 2018.

15 NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais nas relações entre particulares**: do dever de proteção à proibição do défice. Coimbra: Almedina, 2018.





REVISTA OWL (*OWL Journal*)

www.revistaowl.com.br – ISSN: 2965-2634

decisões da maioria política; de outro lado, e no que respeita às relações entre particulares, ter um direito fundamental¹⁶.

Significa, também, no mínimo, ter uma particular e concretizada posição de autonomia e liberdade que o Estado de Direito está igualmente vinculado a proteger contra ameaças ou lesões oriundas de terceiros, mesmo quando, ou, sobretudo quando, esses terceiros formam uma maioria ou quando o particular está sujeito, nas relações que estabelece com outros particulares, ao desequilíbrio de uma relação de poder assimétrica. E é nesse sentido que Novais explica:

Se a relevância dos direitos fundamentais contra o Estado se limitasse à necessidade de ver o interesse individual ponderado com o interesse público, os direitos fundamentais não teriam desempenhado no Estado de Direito o papel que efectivamente têm vindo a desempenhar enquanto garantias constitucionais furtadas à disponibilidade dos poderes políticos democraticamente instituídos. Como vamos ver, a importância da titularidade e da invocabilidade de um direito subjectivo público fundamental nas relações entre o indivíduo e o Estado vai muito para além da necessidade de ponderação dos interesses conflitantes. Há todo um conjunto de institutos e garantias aplicáveis, da reserva de lei à necessidade de justificação, da observância da proporcionalidade ao respeito dos vários *limites aos limites*, que, no seu conjunto, fazem dos direitos fundamentais garantias constitucionais *fortes* efetivamente limitadoras da margem de atuação dos poderes públicos [...].¹⁷

Mas a ideia dos direitos fundamentais como trunfos contra a maioria não é mera exigência política ou moral, ou uma construção teórica artificial. É também uma exigência do reconhecimento do princípio da força normativa da Constituição, da necessidade de levar a Constituição a sério: por majoritários que sejam os poderes constituídos não podem pôr em causa aquilo que a Constituição reconhece como direito fundamental¹⁸.

Como podemos observar, a dimensão da qualidade jurídica ou da titularidade da pretensão de uma prerrogativa própria pública é primordial nas relações entre o cidadão e o Estado, pois transcende à imprescindibilidade de peso dos interesses divergentes. Os direitos

16 NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais nas relações entre particulares**: do dever de proteção à proibição do défice. Coimbra: Almedina, 2018.

17 NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais nas relações entre particulares**: do dever de proteção à proibição do défice. Coimbra: Almedina, 2018. p. 50.

18 NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais nas relações entre particulares**: do dever de proteção à proibição do défice. Coimbra: Almedina, 2018.





REVISTA OWL (*OWL Journal*)

www.revistaowl.com.br – ISSN: 2965-2634

fundamentais são, portanto, garantias constitucionais fortes, mas estão restritas ou delimitadas aos limiares de ação dos poderes públicos.

No entanto, é necessário buscar soluções quando essas garantias constitucionais e institutos de defesa de direitos fundamentais forem entre relações de particulares nos dois polos e não entre indivíduo e Estado. Essa questão será analisada no item dos direitos fundamentais que vinculam os particulares (relação privada).

2.3 Direitos fundamentais que vinculam os particulares – garantias fortes, trunfos face ao Estado

Sabemos que os direitos fundamentais são garantias fortes (como trunfos) frente ao Estado. Todavia, a problemática surge quando esses direitos fundamentais garantidos constitucionalmente são postulados contra outros particulares. Isso altera a própria cronologia, passado e futuro dos direitos fundamentais tradicionais. A isso chamamos de eficácia horizontal, por tratar da vinculação entre particulares, não tendo previsão legal específica em relação aos seus efeitos, o que pode gerar dúvidas em relação a esses. Diferentemente, a eficácia vertical vincula todos os entes do poder público, que pode se apresentar na forma de prestação positiva ou de prestação negativa.

A inquietação em relação aos direitos fundamentais que endossam e certificam uma guarita de proteção firme à liberdade e autonomia individuais, frente aos poderes públicos, surge quando esses direitos fundamentais colidem e se contradizem a outros interesses que também são capazes de gerar a proteção jurídica do Estado. Novais afirma que, se cogitarmos solicitar de forma direta os direitos fundamentais constitucionalmente “[...] garantidos contra outros particulares seria um projecto altamente ambicioso que significaria uma viragem radical na história, teoria e prática dos direitos fundamentais tal como foram desenvolvidas ao longo de mais de duzentos anos”¹⁹.

19 NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais nas relações entre particulares**: do dever de proteção à proibição do défice. Coimbra: Almedina, 2018. p. 150.





REVISTA OWL (*OWL Journal*)

www.revistaowl.com.br – ISSN: 2965-2634

Os direitos fundamentais só adquiriram esse *status* de garantidor jurídico forte frente ao Estado devido a sua dogmática eficiente e extremamente diligente, que foi construída com alicerces de limites jurídicos imperativos e indispensáveis para a aplicabilidade e garantia dos direitos fundamentais aos particulares²⁰.

Essa longa caminhada e desenvolvimento do Estado de Direito ratifica a característica peculiar dos direitos fundamentais enquanto garantidores, que sustentam e mantêm uma proteção “hercúlea” “à liberdade e autonomia individuais perante os poderes públicos”²¹.

E o autor esclarece pontos primordiais em relação à aplicabilidade dos direitos fundamentais:

Mas, ter um direito fundamental significa também, e isso é juridicamente decisivo, que mesmo quando uma intervenção é, a partida, legítima, ou seja, tem uma justificação atendível, ela tem ainda de observar, estrita e incondicionalmente, todo um conjunto de requisitos e de princípios próprios de Estado de Direito, cuja eventual preterição significará inapelavelmente a inconstitucionalidade de tal intervenção restritiva. Referimo-nos, entre outros, à necessidade de integral observância de princípios estruturantes como o princípio da igualdade, o princípio da segurança jurídica ou o princípio da proibição do excesso nas suas várias dimensões de princípio da aptidão, da indispensabilidade, da proporcionalidade e da razoabilidade. É o alcance multifacetado destes chamados *limites aos limites* que faz dos direitos fundamentais garantias jurídicas fortes de proteção da liberdade, da autonomia e do bem-estar individuais face aos poderes públicos. Ou seja, mesmo quando a justificação para restringir não seja inadmissível, a restrição tem que respeitar os referidos *limites aos limites* sob pena de inconstitucionalidade.²²

No entanto, quando se cogita que prerrogativas jurídicas de extrema solidez e rigidez como são os direitos fundamentais sejam igualmente validados nas relações privadas, e portanto, possam ser postulados de forma imediata contra outros particulares, os convictos dessa opinião enfrentam uma situação de impasse irremissível com duas possibilidades: 1) ou levam esse planejamento efetivamente (e de fato), objetivando aplicar os direitos fundamentais como direitos subjetivos em relação a outros particulares, com a exigência de

20 NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais nas relações entre particulares**: do dever de proteção à proibição do défice. Coimbra: Almedina, 2018. p. 151.

21 NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais nas relações entre particulares**: do dever de proteção à proibição do défice. Coimbra: Almedina, 2018. p. 151.

22 NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais nas relações entre particulares**: do dever de proteção à proibição do défice. Coimbra: Almedina, 2018. p. 152.





fidelidade aos exatos requisitos para o seu controle e restrição; 2) ou devem “[...] *desvitalizar* os direitos fundamentais nas relações privadas, não exigindo para a sua restrição a observância dos referidos *limites aos limites* e transformando os ditos direitos fundamentais, consequentemente, em meros e vagos apelos à ponderação, à discricionariedade e à boa vontade do juiz”²³.

2.4 Contratempos e impedimentos de transferência da ideia dos direitos como trunfos para as relações privadas

Existe uma dificuldade compreensível quando se pensa na aplicabilidade direta dos direitos fundamentais em relação a outros particulares, eis que a aplicação com uma eficácia direta deve ser “[...] flexivelmente compreendida, tem de ser uma eficácia atenuada, só de *prima facie*, diferenciada, relativa”²⁴.

Porém, há um contraditório nessa relação, pois um direito fundamental forte, um trunfo, poderia ser aplicado com eficácia ajustável e moldável? Esses direitos fundamentais fortes como trunfos irão ter que ceder frente a outros bens que tiverem o maior peso. “[...] os direitos fundamentais são direitos de *prima facie*, que só após um percurso complexo de ponderação com princípios, bens e valores de sentido contrário adquirem uma consistência *definitiva*”²⁵.

E nesse sentido há o entendimento de que, nas relações privadas (entre particulares), nada de excepcional aconteceria. Todavia, essas premissas são incoerentes e insustentáveis pois nas relações entre indivíduos e Estado, “[...] os direitos fundamentais podem ser limitados, é verdade, mas a sua validade e exigibilidade não são, aí, diferenciadas, atenuadas ou flexíveis, são plenas”²⁶.

23 NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais nas relações entre particulares**: do dever de proteção à proibição do déficit. Coimbra: Almedina, 2018. p. 152.

24 NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais nas relações entre particulares**: do dever de proteção à proibição do déficit. Coimbra: Almedina, 2018. p. 152.

25 NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais nas relações entre particulares**: do dever de proteção à proibição do déficit. Coimbra: Almedina, 2018. p. 153.

26 NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais nas relações entre particulares**: do dever de proteção à proibição do déficit. Coimbra: Almedina, 2018. p. 154.





REVISTA OWL (*OWL Journal*)

www.revistaowl.com.br – ISSN: 2965-2634

Segundo o autor, os direitos fundamentais são leais e seguras garantias jurídicas, e assim argumenta:

É precisamente essa dupla vinculação que faz dos direitos fundamentais verdadeiras garantias e não meras proclamações morais: se o Estado, quando limita os direitos fundamentais ou neles intervém restritivamente, não tem uma justificação forte o bastante, não pode restringir. Se não observa os *limites aos limites*, se, por exemplo, contradiz o princípio da igualdade ou o princípio da proibição do excesso, e a pretendida restrição é, pura e simplesmente, inconstitucional.²⁷

E é justamente essa díade de ligação que permite efetivar que os direitos fundamentais sejam como garantias intensas e vigorosas, e não somente regras e princípios morais. Nesse diapasão, para que o Estado possa cingir ou até mesmo reprimir direitos fundamentais, ferindo ou contradizendo princípios primordiais como igualdade, liberdade, a restrição tornar-se-á inconstitucional.

No entanto, esses vínculos podem não ser reconhecidos, na hipótese de os direitos fundamentais cogitarem obstaculizar direitos subjetivos aos particulares, colocando em causa a própria garantia jurídica. Haveria, nesse caso, um desgaste, uma “erosão” de uma garantia jurídica²⁸.

2.5 Contratempos/inexequibilidade da transferência e conversão da ideia dos direitos como trunfos para as relações privadas

No momento em que um cidadão confrontar um direito fundamental frente ao Estado, ele iminentemente apresenta uma garantia resistente, estável e sólida, como uma vantagem, um trunfo, onde o Estado somente poderá se contrapor com um motivo ou razão significativa de sua concretização imperiosa.

27 NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais nas relações entre particulares**: do dever de proteção à proibição do défice. Coimbra: Almedina, 2018. p. 155.

28 NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais nas relações entre particulares**: do dever de proteção à proibição do défice. Coimbra: Almedina, 2018. p. 155.





REVISTA OWL (*OWL Journal*)

www.revistaowl.com.br – ISSN: 2965-2634

E isso comprova e ratifica a força da garantia dos direitos fundamentais frente ao Estado, onde esse só cederá por meio de um motivo forte, essencial e incontestável. Essa justificativa compete estritamente ao Estado e aos poderes públicos.

Mas a questão que permanece obscura são as situações em que se pretende obstar o mesmo direito a outro particular, pois encontramos sistematicamente um outro direito fundamental. E assim coloca Novais:

[...] a) Em primeiro lugar, quando um indivíduo opõe um direito fundamental ao Estado está a opor-lhe uma garantia forte, um *trunfo*, que o Estado só pode bater com uma justificação suficientemente poderosa, de realização quase compulsiva. Aí reside uma primeira instância de afirmação da força da garantia fundamental. O direito fundamental só cede se o Estado for capaz de encontrar uma justificação de peso intrínseco indiscutível; a simples vontade da maioria democrática não é suficiente para justificar a restrição; o ónus da justificação cabe exclusivamente ao Estado e aos poderes públicos. Mas, quando se pretende opor o mesmo direito a outro particular o que é que encontramos da outra parte? Encontramos, invariavelmente, um outro direito fundamental.²⁹

A questão aqui é: quando a relação se dá entre dois particulares que apresentam trunfos fortes (ou pode acontecer de apresentarem o mesmo trunfo), qual deles tem maior peso e maior força (e estaria ao abrigo do Estado)?

Inevitavelmente ocorrerão colisões e conflitos de interesses entre os particulares; no entanto, não há regras pré-determinadas para solucionar essas incompatibilidades. Dessa forma, quando os particulares postularem um direito fundamental contra um outro direito fundamental, é o juiz que irá decidir a lide.

[...] b) Dir-se-á que a situação não é diferente da que ocorre nas relações estabelecidas entre indivíduos e Estado, pois também aí não há critérios precisos orientadores das ponderações que há inevitavelmente a fazer para resolver o conflito da colisão.

c) Nas relações entre particulares, invocar um direito fundamental contra um outro direito fundamental do outro titular, redonda necessariamente em garantia *soft*, em invocação cuja hipótese de sucesso fica inteiramente depositada na apreciação do juiz que deva decidir a questão e que se encontra exactamente na mesma posição em que se encontraria se simplesmente tivessem sido invocados, de um e do outro lado,

29 NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais nas relações entre particulares**: do dever de proteção à proibição do défice. Coimbra: Almedina, 2018. p. 155.





REVISTA OWL (*OWL Journal*)

www.revistaowl.com.br – ISSN: 2965-2634

os interesses em disputa sem a sua simultânea cobertura pela linguagem e pela lógica dos direitos fundamentais.³⁰

Porém, a problemática em relação aos apoiadores da prestabilidade direta frente a um obstáculo de considerações nessas conjunturas, sendo incontestável a intenção da resolução de casos fictícios e previstos, necessitam de um abrandamento em relação ao peso presumível de um direito específico e pessoal, por necessidade de ponderação.

Em relação aos conflitos entre particulares relacionados a direitos fundamentais, na inexistência de classificação ou ordem constitucional predeterminada, havendo conflito direto com respeito a direitos fundamentais, deverá ser julgado e resolvido pelo juiz comum, mesmo conflitos constitucionais e ao resguardo de normas constitucionais.

Ainda que o Estado tenha motivos consideravelmente aceitáveis e plausíveis para não acatar ou limitar o direito fundamental de um particular, esse controle torna-se constitucionalmente aceitável se cumprir totalmente a categoria inabalável de princípios constitucionais estruturais que impõem o poder público em Estado de Direito, especificamente o princípio da proibição do excesso, o princípio da igualdade, princípio da segurança jurídica e, por último, o princípio à proteção da confiança.

Dessa forma, o Estado, via de regra, não pode negar um direito fundamental de um particular, pois estaria ferindo princípios constitucionais primordiais nessa relação Estado/particulares em um Estado Democrático de Direito.

2.6 A eficácia horizontal segundo Robert Alexy

Em face da realidade de um arquivo escrito de direitos fundamentais, a dificuldade jurídica relacionada a esses direitos é, primeiramente, em relação à análise das formulações do direito positivo. Nesse momento, os direitos fundamentais não se distinguem das

30 NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais nas relações entre particulares**: do dever de proteção à proibição do déficit. Coimbra: Almedina, 2018. p. 156 e 158.





REVISTA OWL (*OWL Journal*)

www.revistaowl.com.br – ISSN: 2965-2634

problemáticas de perspectivas e interpretações das quais a Ciência do Direito em geral se defronta.

Todavia, uma breve visão através da discussão a respeito dos direitos fundamentais da Constituição alemã prova que a controvérsia em relação aos direitos humanos e direitos dos cidadãos, mesmo tendo obtido uma nova natureza, em relação a sua positivação como direitos diretamente vinculantes, não se desviou de sua essência, habilidade nem em interioridade. E, em relação à eficácia vertical Robert Alexy argumenta:

As indagações sobre quais direitos o indivíduo possui enquanto ser humano e enquanto cidadão de uma comunidade, quais princípios vinculam a legislação estatal e o que a realização da dignidade humana, da liberdade e da igualdade exige expressam grandes temas da filosofia prática e pontos centrais de lutas políticas, passadas e presentes. Elas tornam-se problemas jurídicos quando uma Constituição, como é o caso da Constituição da República Federal da Alemanha, vincula os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário a normas de direitos fundamentais diretamente aplicáveis, e quando essa vinculação está sujeita a um amplo controle por parte de um tribunal constitucional.³¹

A Constituição alemã teve uma grande preocupação em elencar quais direitos o cidadão tem enquanto “ser humano” dentro de uma sociedade, e quais princípios subordinam à legislação estatal, bem como o que a efetivação da dignidade humana, igualdade e liberdade requerem, colocando em pauta temas essenciais, tanto na filosofia como em questões principais de lutas políticas.

2.7 Teoria dos direitos fundamentais na visão da Constituição alemã

Segundo Alexy³², a teoria geral de direitos fundamentais da Constituição alemã preocupou-se com dilemas e impasses referentes a quaisquer direitos fundamentais que sejam de espécies idênticas, exemplificativamente os direitos de liberdade e igualdade.

31 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 25.

32 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006.





REVISTA OWL (*OWL Journal*)

www.revistaowl.com.br – ISSN: 2965-2634

O oposto desse conceito seria uma teoria peculiar e própria, que se ocupe de problemas incomuns e excepcionais de direitos fundamentais, e que sejam enumerados. Essa singularização evidencia a abrangência da teoria, que é uma questão hierárquica. Assim sendo, “[...] uma teoria que se ocupe de problemas comuns a todos os direitos de liberdade é, certamente, uma teoria geral, mas menos geral que uma teoria que se ocupe dos problemas comuns a todos os direitos fundamentais”³³.

No entanto, problemas aparecem no momento em que o objetivo é distinguir entre teoria geral e teoria particular em situações em que direitos fundamentais têm as características de direitos gerais, ou seja, em casos dos direitos gerais de liberdade ou igualdade. O objeto em si, nessas situações, requer generalidade. Contudo, é factível, inclusive nesses casos, distinguir através de uma teoria geral desses direitos como direitos fundamentais de uma denominada espécie e uma teoria particular, que se detenha em dificuldades específicas referentes à análise e compreensão desses direitos.

O ponto primordial nessa questão é a possibilidade em fazer a distinção entre uma teoria geral de tais direitos como direitos fundamentais de uma predeterminada categoria, e uma teoria específica, que tenha por finalidade elucidar dificuldades distintas e que sejam referentes ao esclarecimento desses direitos.

2.8 Teoria dos direitos fundamentais por Robert Alexy

A constituição de uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais consiste em um ideal teórico. Essa teoria tem como finalidade uma teoria agregadora, que inclui, de maneira plausível (e o mais abrangente viavelmente), as temáticas gerais, originais, autênticas ou exatas, capazes de serem desenvolvidas na esfera das três dimensões e os concilie de maneira otimizada. “Em relação a uma tal teoria, pode-se falar em uma ‘teoria ideal dos direitos

33 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 38.





REVISTA OWL (*OWL Journal*)

www.revistaowl.com.br – ISSN: 2965-2634

fundamentais”’. Toda teoria dos direitos fundamentais realmente existente consegue ser apenas uma aproximação desse ideal”³⁴.

Dessa forma, a idealização de uma teoria integrativa não seria viável, pois poderia gerar uma mistura e fusão que causariam confusão, sendo que o objetivo aqui é justamente o contrário. A definição de uma teoria integrativa é uma idealização regularizadora, onde os argumentos em relação aos direitos fundamentais são capazes de se manifestar das mais variados moldes e traços. Assim, quaisquer teoria referentes aos direitos fundamentais são valiosas, pois colaboram com o caráter regulamentar do programa integrativo³⁵.

Nesse sentido, para termos uma abrangência maior da teoria dos direitos fundamentais como uma teoria magistral, é primordial reunir várias teorias autênticas e efetivas sobre direitos fundamentais. Essas teorias necessitam de avaliações em relação ao aporte para uma teoria ideal.

2.8.1 Teoria dos direitos fundamentais como teoria estrutural – Robert Alexy

A direção a ser tomada para que haja uma apropriada e satisfatória teoria integrativa exige que ela percorra os devidos caminhos de uma teoria de direitos fundamentais, pois uma teoria integrativa é primordialmente analítica. Todavia, ela não é completamente ou terminantemente analítica, pois examina estruturas da forma dos conceitos de direitos fundamentais, de suas interferências no sistema jurídico e na estrutura e justificativa no âmbito dos direitos fundamentais com objetivos nas funções técnicas de uma teoria integrativa. Pois seu centro de interesse é a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. Dessa maneira, Alexy coloca:

O caminho para uma adequada teoria integrativa passa por uma teoria estrutural dos direitos fundamentais. Enquanto parte integrante de uma teoria integrativa, uma

34 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 39.

35 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 39





REVISTA OWL (*OWL Journal*)

www.revistaowl.com.br – ISSN: 2965-2634

teoria estrutural é, primariamente, uma teoria analítica. Mas apenas primariamente, e não totalmente analítica, porque investiga estruturas como a dos conceitos de direitos fundamentais, de suas influências no sistema jurídico e na fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais com vistas às tarefas práticas de uma teoria integrativa. Seu principal material é a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. Nesse sentido, tem ela um caráter empírico-analítico. Sua idéia guia é a questão acerca da decisão correta e da fundamentação racional no âmbito dos direitos fundamentais. Nesse sentido, tem ela um caráter normativo-analítico. Uma teoria estrutural não tem como tarefa apenas constituir a primeira peça de uma teoria integrativa dos direitos fundamentais, mas também a base e a estrutura para o que vem depois.³⁶

Existem muitos argumentos para tal propósito, visto que a compreensibilidade analítico-conceitual é uma exigência indispensável na lógica de inúmeras ciências. E essa regra vale em especial para a área dos direitos fundamentais, sendo caracterizados e destacados por uma tradição analítica em uma proporção inferior, tendo como exemplo o direito civil, que podem ser submetidos em proporção bem maiores a interferências ideológicas. “A dogmática dos direitos fundamentais, enquanto disciplina prática, visa, em última instância, a uma fundamentação racional de juízos concretos de dever-ser no âmbito dos direitos fundamentais”³⁷.

O sentido da fundamentação requer que o caminho entre as disposições de direitos fundamentais e os juízos de dever-ser estejam ao alcance dos sistemas e comandos intersubjetivos. Entretanto, isso depreende compreensão na estrutura das normas de direitos fundamentais, bem como também nos conceitos e formas argumentativas fundamentais para a validade na esfera dos direitos fundamentais. Pois tal clareza jamais existiu de maneira satisfatória³⁸.

Por esse motivo, Alexy salienta a importância da compreensão com relação à estrutura dos direitos fundamentais: “Se não há clareza acerca da estrutura dos direitos fundamentais e

36 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 43-44.

37 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 43.

38 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 43.





REVISTA OWL (*OWL Journal*)

www.revistaowl.com.br – ISSN: 2965-2634

de suas normas, não é possível haver clareza na fundamentação nesse âmbito. O mesmo vale para todos os conceitos relativos à dogmática dos direitos fundamentais³⁹.

2.8.2 O conceito de normas de direitos fundamentais e o conceito de direitos fundamentais

Existe uma comunicação muito próxima que liga os conceitos de normas de direitos fundamentais ao conceito de direitos fundamentais. Quando um indivíduo dispõe de um direito fundamental, é necessário que exista uma norma que o anteceda e possa garantir e legitimar esse direito. No entanto, o inverso nem sempre pode ser garantido, visto que ela perde autenticidade no momento em que haja normas de direitos fundamentais que não aprovam ou consentem direitos subjetivos.

No entanto, não é preconizado considerar unicamente como normas de direitos fundamentais aquelas que outorgam direitos fundamentais, pois às resoluções do catálogo de direitos fundamentais são incumbidas normas que não estão diretamente relacionadas ao direito subjetivo. Por esse motivo é necessário conceituar as normas de direitos fundamentais, o que faz o autor, apresentando algumas características que a diferenciam dos direitos fundamentais:

Entre o conceito de norma de direito fundamental e o conceito de direito fundamental há estreitas conexões. Sempre que alguém tem um direito fundamental, há uma norma que garante esse direito. Se a recíproca é verdadeira, isso já é duvidoso. Ela não é verdadeira quando há normas de direitos fundamentais que não outorgam direitos subjetivos. Seria possível responder à pergunta acerca da existência desse tipo de normas por meio da definição segundo a qual são consideradas como normas de direitos fundamentais somente as normas que outorgam direitos fundamentais. Direitos fundamentais e normas de direitos fundamentais seriam, assim, sempre dois lados da mesma moeda. Para uma teoria relacionada ao direito positivo tal caminho não é, contudo, recomendável. Isso porque às disposições do catálogo de direitos fundamentais são atribuídas normas às quais não corresponde diretamente nenhum direito subjetivo. Se isso é, ou não, correto é uma questão de interpretação do direito positivo, que não pode ser

39 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 45.





REVISTA OWL (*OWL Journal*)

www.revistaowl.com.br – ISSN: 2965-2634

resolvida por intermédio de uma simples definição. Uma definição segundo a qual somente normas que outorguem direitos subjetivos podem ser consideradas como normas de direitos fundamentais poderia ter como consequência a existência de normas que, ainda que estabelecidas por enunciado, contidos no catálogo de direitos fundamentais, não poderiam ser chamadas de “normas de direitos fundamentais”⁴⁰.

Um conceito no qual exclusivamente normas que concedam direitos subjetivos são capazes de serem apontadas como normas de direitos fundamentais teria como efeito a presença de normas que, mesmo estando no catálogo de direitos fundamentais, não deveriam ser consideradas ou até mesmo classificadas como “normas de direitos fundamentais”, pois esse vocabulário seria inapropriado.

Por esse motivo seria mais prudente e aconselhável trabalhar com o conceito de norma de direito fundamental como um conceito que suporte uma maior abrangência que o simples conceito de direito fundamental. Desse modo, o pressuposto de que a existência de um direito fundamental supõe a validade de uma norma de direito fundamental equivalente, legitimam a iniciativa de uma melhor observação e pesquisa em relação ao conceito de norma de direito fundamental.

Os direitos fundamentais são primordiais para a consolidação de um Estado democrático, eis que os direitos humanos são o alicerce sólido do próprio Estado.

A constante jornada para que haja uma aceitação em relação aos direitos fundamentais é o mesmo e constante percurso objetivando-se a solidificação dos então denominados Estados Democráticos. Dessa maneira, os direitos humanos se tornam indispensáveis e primordialmente intrínsecos na própria definição de Estado. No entanto, será legitimado no momento em que for capaz de possibilitar especialmente em ocorrências ou “situações-limite”, a materialização expandida da dignidade dos seres humanos⁴¹.

40 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 50-51.

41 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev., atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 21.





REVISTA OWL (*OWL Journal*)

www.revistaowl.com.br – ISSN: 2965-2634

Em relação à importância dos direitos fundamentais e sua evolução ao longo da história da humanidade, Sarlet⁴² pontua questões sobre o problema da eficácia e efetividade dos direitos humanos, principalmente pela desigualdade social entre pobres e ricos. Outros fatores relevantes apontados pelo autor são a degradação ambiental, as manipulações genéticas, os perigos iminentes, tanto da informática quanto da cibernética, e a grande preocupação com o avanço dos empreendimentos bélicos e armas nucleares e químicas.

Outro fator de grande relevância é que, atualmente, grande parte dos Estados possuem acordos internacionais referentes aos direitos humanos, o que indica que pode haver, em um futuro, soluções para esses grandes desafios que dizem respeito ao cumprimento dessas diretrizes referentes à preservação e manutenção dos princípios éticos garantidores dos direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana.

Em vista disso, diante da grandiosa estrutura dos valores em pauta, é necessário que toda a análise preliminar dos direitos fundamentais leve em conta a necessidade de que seja concedida e disponibilizada a sua maior aplicabilidade. O objetivo disso visa evitar que os direitos fundamentais permaneçam como recomendações ou instruções intangíveis, em uma ilusória homenagem à hipotética reserva do possível, que pode apenas mostrar a insistência na relutância à inserção de todas as pessoas no denominado “reino dos fins” ou no “reino da dignidade” que proíbe toda coisificação⁴³.

Ambas as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais” são usadas como se tivessem significados idênticos. E essa distinção também foi usada pelo ilustre constitucionalista Gomes Canotilho, em sua obra *Direito Constitucional*.

No entanto, Sarlet explica:

O termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de

42 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev., atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 21.

43 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev., atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 19.





REVISTA OWL (*OWL Journal*)

www.revistaowl.com.br – ISSN: 2965-2634

determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco carácter supranacional (internacional).⁴⁴

2.9 Os titulares dos direitos fundamentais

Embora a Carta Magna brasileira de 1988 não tenha feito alusão concreta em relação ao princípio da universalidade, e apesar de ter outorgado a titularidade dos direitos e garantias fundamentais aos cidadãos brasileiros e também aos estrangeiros que vivem no país, conforme disposto no art. 5º, *caput*, inclusive no direito constitucional positivo brasileiro, encontrou enorme conexão junto ao princípio da universalidade.

Sarlet⁴⁵ sustenta em sua principal obra sobre a eficácia dos direitos fundamentais que é imprescindível destacar sob uma outra perspectiva a noção de que o princípio da universalidade não é conflitante ou contraditório com a circunstância de que brasileiros e estrangeiros que vivem no Brasil são titulares integralmente de todos os direitos, sem que haja qualquer diferenciação. E isso se dá pelo fato de que existem direitos que são outorgados a certas categorias de indivíduos.

A Constituição brasileira de 1988 preconiza que algumas distinções entre nacionais e estrangeiros devem ser consideradas, principalmente no que diz respeito à cidadania e à nacionalidade.

Canotilho explica que o princípio democrático dos direitos fundamentais são elementos fundamentais e imprescindíveis para a concretização do fundamento democrático e implementação de um pilar realmente igualitário. E nesse sentido dispõe:

44 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev., atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 29.

45 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev., atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 217.





REVISTA OWL (*OWL Journal*)

www.revistaowl.com.br – ISSN: 2965-2634

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 lei (com autorização constitucional) estabeleça uma «reserva dos direitos» para os «nacionais» ou cidadãos portugueses. Há, porém, alguns desvios a este princípio.⁴⁶

Dessa forma, a aplicabilidade direta ou imediata dos direitos fundamentais, nas relações entre particulares são admissíveis nas relações de molde Estado-cidadão e se aplicam inclusive naquelas envolvendo exclusivamente particulares, não havendo necessidade de quaisquer ações intermediárias.

Todavia, a problemática da aplicabilidade direta ou imediata dos direitos fundamentais teria que receber idêntico tratamento que seria dado em situações em que o órgão causador do conflito é o Estado, em um panorama de aplicação imediata das normas fundamentais. Desse modo, por exemplo, o direito a realizar determinados eventos deveria ser interpretado e resguardado como uma prerrogativa do cidadão, não somente frente ao poder estatal, mas, inclusive, em relação a outros particulares.

A diferença fundamental nas formas de vinculação direta e indireta consiste na dispensabilidade de intervenção legislativa, objetivando que as garantias basilares despertem efeitos nas relações entre privados. Os efeitos só serão imediatos e diretos se incidirem pontualmente na situação em concreto. Assim, mesmo que não exista uma determinada norma de direito privado, os direitos fundamentais garantem, diretamente, privilégios específicos aos integrantes desta relação, sendo desnecessário mecanismos esclarecedores para que produzam eficácia.

Gomes Canotilho⁴⁷ foi pioneiro na busca de soluções eficazes e específicas objetivando equilibrar a tutela de direitos fundamentais com o amparo conferido à liberdade particular. Alguns autores compartilham com essa tese da eficácia direta sendo um deles Ingo W. Sarlet.

46 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993. p. 555.

47 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.





REVISTA OWL (*OWL Journal*)

www.revistaowl.com.br – ISSN: 2965-2634

De acordo com a análise feita referente à eficácia dos direitos fundamentais, podemos observar que o ordenamento jurídico é composto de uma unidade, metodicamente organizada, tendo como ponto principal o princípio da dignidade da pessoa humana, materializado nas normas de natureza fundamental.

3 Conclusão

Os direitos fundamentais na transição do Estado de Direito ao Estado Constitucional, onde trouxemos Jorge Reis Novais, que apurou essa passagem, encontrou a conformidade na supremacia dos direitos fundamentais ao serem esses possuidores de posição privilegiada e hierarquicamente superiores na Constituição. Novais preocupou-se em responder à ideia dos direitos fundamentais como trunfos, ao remeter para a possível tensão ou oposição entre os direitos fundamentais e o poder democrático, entre o Estado de Direito e a democracia, pois os poderes constituídos não podem dispor livremente dos direitos fundamentais quando estiverem vinculados a esses. A ideia de direitos fundamentais como trunfos é uma exigência do reconhecimento da força normativa da Constituição, da necessidade de levar a Constituição com seriedade e muito respeito.

A ideia de direitos como trunfos demonstra a proteção de todos os direitos fundamentais da pessoa contra limitações primordiais ou determinantemente decorrentes de tentativas de imposição de concepções ou mundividências particulares, ou de doutrinas compreensivas sustentadas conjunturalmente no apoio de maiorias políticas, sociais, culturais ou religiosas.

Direitos fundamentais como trunfos são um meio particularmente adequado à proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos ou grupos, cuja fragilidade, segregação ou marginalidade não lhes permita, mesmo em quadro de vida democrático, a possibilidade de influenciarem as escolhas governamentais e a capacidade de garantia dos seus direitos fundamentais pelos meios comuns de participação política ou da luta social.





REVISTA OWL (*OWL Journal*)

www.revistaowl.com.br – ISSN: 2965-2634

Referências

ALEXY, Robert. Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección. *In*: SIECKMANN, Jan-R. (ed.). **La teoría principialista de los derechos fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy**. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 119-136.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Brasília: Senado, 2002.
CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1985. v. 1.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais nas relações entre particulares: do dever de proteção à proibição do défice**. Coimbra: Almedina, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. rev., atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

Recebido em: 14/06/2025

Aprovado em: 22/07/2025

Publicado em: 29/08/2025

