

PRIMEIRA PARTE

TEORIA GERAL DO DIREITO DO ESTADO

ÉTICA E DIREITOS FUNDAMENTAIS — ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO

PLÍNIO MELGARÉ

*Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra;
Professor de Direito da Pontifícia Universidade Católica do
Rio Grande do Sul e da Faculdade São Judas Tadeu;
Palestrante da Escola Superior da Magistratura da
Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul.*

1 INTRODUÇÃO: AS CONDIÇÕES CONSTITUTIVAS DO DIREITO

Preliminarmente, como um jeito de introdução, fixamos algumas observações básicas sobre o direito. E o fazemos navegando por águas abertas pelo pensamento do Professor ANTÔNIO CASTANHEIRA NEVES.¹ Nesse norte, repercutiremos as condições que constituem o direito, fazendo-o aflorar na realidade humana com um sentido e uma intencionalidade próprios. E são:

- A) CONDIÇÃO MUNDANAL: a ser expressa pelo fato de nós homens sermos muitos a viver em um único mundo, isto é, a multiplicidade de vidas em um único espaço. Com efeito, trazemos à baila uma elementar e incontornável condição: constituímos uma diversidade de vidas vividas em um único mundo. Conforme observou HANNAH ARENDT, estamos diante do *fato que não um homem, senão muitos homens vivem sobre a terra*.² Tal situação implica, de modo inexorável, uma circunstância de convivência, que nos põe frente a outros homens no usufruir e compartilhar do mesmo mundo, por meio de recíprocas relações.
- B) CONDIÇÃO ANTROPOLÓGICO-EXISTENCIAL: se (con)vivemos, decerto que o fazemos como homens. E, a despeito de nossa condição de animal político — pois já na expressão de ARISTÓTELES, o homem é um ser político, um *zoon politikon* —, somos seres dotados de uma *insociável sociabilidade*. Assim, se somos *com e por meio* dos outros, com os quais compartilhamos o mesmo mundo, não desconhecemos que nos é difícil viver

¹ Em especial em *O direito como alternativa humana*, em *Digesta — escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. v. 1º, Coimbra, 1995, p. 287-310 *passim*. E também *Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito — ou as condições da emergência do direito como direito*, in *Separata dos Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*. Almedina, p. 837-871 *passim*.

² *Condition de l'homme moderne*. trad. Georges Fradier. Paris: Calmann-Lévy, 1994.

com os outros. E, talvez adentrando em um terreno íntimo de nossa humana condição, não devamos desconsiderar que estamos diante de *criaturas entre cujos dotes instintivos [há] uma poderosa quota de agressividade*.³ Acaso os dias de hoje, nos quais a violência recrudescer, não seriam a confirmação disso? Seríamos, pois, seres formados por uma disposição à agressão, a dificultar e abalar nossas relações.

As condições mencionadas nos colocam diante de uma situação problemática: como conciliar, em um espaço singular, uma pluralidade de seres dotados de uma *insociável sociabilidade*? A resposta, por certo, passa pela construção de uma ordem social. Todavia, releva observar que nem todas as ordens sociais são ordens de direito. Poderia ser considerada *de direito* a ordem do *apartheid* sul-africano? E a ordem dos *Gulags*? E a ordem afirmada pelos campos de concentração? A resposta só pode ser negativa. Não pode igualmente ser considerada uma ordem de direito aquela em que a o poder considera *esse troço de matar (...) uma barbaridade*, mas que, ao fim, pensando em suas necessidades, conclui: (...) *acho que tem que ser*.⁴

Então, o direito surge apenas como uma opção, uma resposta possível ao incontornável problema posto pela nossa convivência. E se nos apresenta como a alternativa comprometida com uma condição ética, que reconheça cada homem constituído por uma autônoma eticidade, traduzida superlativamente pela compreensão da dignidade da pessoa humana. Aliás, não é sem sentido que a Constituição Federal do Brasil insculpe, no inciso III do seu artigo 1º, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da nossa República. Do mesmo modo, o Código Civil Brasileiro abre seu Livro I tratando... *das pessoas*, e proclama no artigo 1º que *toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil*. Assim, independente das especificidades e pormenores que a leitura de tais artigos proporciona, a pessoa humana emerge como pressuposto essencial, núcleo e vértice da normatividade jurídica. É o ser humano, o *homem-pessoa*, que se afirma como fundamento ético substancial indisponível da ordem jurídica, formando a densidade jurídico-axiológica exigida por um efetivo Estado democrático de direito.

2 DO DIREITO E DO NÃO DIREITO

A questão então que ora se apresenta é a possibilidade de forjarmos uma ordem social permeada pelo direito, isto é, uma *ordem de direito*, ou uma ordem de *não direito*. Nos domínios dessa distinção, situa-se o estudo de GUSTAV RADBRUCH,⁵ que se vê reconhecidamente

³ Cfe. Sigmund Freud. *O mal-estar na civilização*. trad. José Octávio de Aguiar Abreu. Rio de Janeiro: Imago, 1997, p. 67.

⁴ Elio Gaspari. *A ditadura derrotada*. 1ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2003, p. 319 e seguintes.

⁵ *Filosofia do Direito*, v. II, trad. L. Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado, 1962, p. 211-214.

acolhido em uma expressiva monografia de GOMES CANOTILHO.⁶ Em apertada síntese, nada obstante os riscos de uma excessiva simplificação, uma ordem de direito será aquela na qual o direito, em toda sua crítica especificidade, constitui-se como uma medida para o exercício dos poderes, no sentido de a atuação das esferas de poder presentes em uma sociedade limitarem-se pelos postulados pelo direito, bem como pela concretização de princípios ético-jurídicos compatíveis com uma ordenação humana justa. Conforme o magistério de GOMES CANOTILHO,⁷ tais valores seriam:

- *a liberdade do indivíduo,*
- *a segurança individual e coletiva,*
- *a responsabilidade e responsabilização dos titulares do poder,*
- *a igualdade de todos os cidadãos,*
- *a proibição de discriminação de indivíduos e de grupos.*

De fato, poderíamos, ainda mais simplificada e correndo mais riscos, sintetizar: uma ordem de direito será aquela que se vincula e se compromete com a efetivação dos direitos humanos e fundamentais. Ora bem, ainda nos passos do eminente catedrático conimbricense, a forma que os nossos dias forjou como apta para a realização das exigências postas por tais princípios se desvela através de um *Estado constitucional de direito democrático e social ambientalmente sustentado*.⁸ Nessa mesma ordem de idéias, destacando a relevância da garantia constitucional aos direitos e aos princípios, vem-nos a lembrança a clássica e lapidária lição de PONTES DE MIRANDA: *A passagem dos direitos e liberdades às Constituições representa uma das maiores aquisições políticas da invenção humana. Invenção da democracia*.⁹ Ao cabo, não poderíamos deixar de lembrar, na senda de BLANDINE BARRET-KRIEGEL, que o Estado de direito provém de uma dualidade operacional, qual seja: a juridificação da política e a constitucionalização do poder, sendo *o direito contra o poder, a paz contra a guerra*.¹⁰ E o não direito, em sentido contrário, é vislumbrado quando a oposição entre a prática das esferas jurídico-políticas de uma ordem social se revelar intolerável, diante de suas arbitrárias e injustas decisões.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS: ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO

Releva observar, pois o direito não se reduz a meras formalidades, que o compromisso prático-material com os referidos princípios e valores afirma-se em todas as linhas de relações cuja incidência da normatividade jurídica se faz sentir. Por conseguinte, tanto nas relações de direito público, quanto nas de direito privado. Com efeito, assegura-se um alargamento do

⁶ *Estado de direito*. Cadernos Democráticos nº 7. Lisboa: Gradiva, 1999.

⁷ *op. cit.* p. 21.

⁸ *idem, ibidem*.

⁹ *Democracia, liberdade, igualdade (os três caminhos)*. José Olympio: Rio de Janeiro, 1945, p.37.

¹⁰ *L'État et les esclaves. Réflexions pour l'histoire des États*. Paris: Payot, 1989, p. 246.

horizonte do Estado de direito, superando-se o edifício construído pela teoria liberal com a fixação de novos pilares, pelos quais o Estado de Direito não será apenas um mecanismo utilizado para limitar o poder, mas " *c'est aussi une conception au fond des libertés publiques, de la démocratie et du rôle de l'État, qui constitue le fondement sous-jacent de l'ordre juridique*".¹¹

Na esteira do considerado, encontramos-nos diante de uma tradicional distinção que divide o direito em duas grandes linhas: o direito público e o direito privado. Tal distinção, ao largo da história, encontrou fundamentos em alguns critérios, que *grasso modo*, assim são reunidos:

Segundo o interesse: o direito público estaria presente quando o objetivo da norma fosse o de tutelar algum interesse da coletividade. O direito privado, por seu turno, seria aquela parte do direito que viesse a tutelar ou realizar interesses de sujeitos particulares. Tal critério já fora estabelecido por ULPIANO — conforme se encontra no Digesto (D. I, I, I) — para quem o direito público *ad statum rei romanae spectat* e o direito privado *ad singulorum utilitatem pertinet*.

Decerto que tal critério justificou-se em certo momento histórico. Todavia, não deve ser hoje adotado. Senão, vejamos. O direito quer proteger, de modo concomitante, interesses públicos e interesses particulares. Lembremo-nos, por exemplo, das normas de direito de família. De outra parte, as normas de direito público, para além de tutelarem interesses de ordem coletiva, visam, igualmente, proporcionar uma conveniente salvaguarda de interesses particulares. Pensemos, por exemplo, nas leis que disciplinam as promoções de funcionários públicos. Ao lado de buscarem uma eficácia nos serviços prestados, garantem uma proteção dos interesses próprios e pessoais dos funcionários. Então, o direito, não obstante seus específicos interesses, abriga um essencial interesse público, qual seja o de sua própria realização.

Recorrendo-se a um outro critério, poderíamos distinguir o direito público do privado tendo em vista a forma da relação jurídica — se a relação fosse de subordinação, estaríamos diante do direito público, se a relação fosse de coordenação, em que as partes ocupam um mesmo plano relacional, falaríamos em direito privado. Todavia, e a indicar a insuficiência de tal critério, o direito público disciplina relações em que se nota uma equivalência jurídica, enquanto que, no âmbito do direito privado, encontramos situações onde há uma subordinação — por exemplo, o poder familiar.

Ao cabo, os critérios acima elencados, ante a percepção da realidade, mostram-se insuficientes. Basicamente, a estrutura e a dinâmica social contemporâneas impuseram alterações no quadro da distinção público/privado. Em nossas complexas sociedades, torna-se extremamente difícil distinguir, de modo inequívoco, os interesses particulares e dos

¹¹ Cfe. Chevalier, Jacques. *L'État de Droit*. 3ª ed. Paris: Montchrestien, 1999, p. 72.

públicos. A dicotomia público/privado acentuou-se em um período histórico no qual se afirmavam os postulados do absenteísta Estado liberal.¹² Com a superação desse tipo de Estado ocorreu, progressivamente, uma inter-relação entre as esferas públicas e privadas.

De outra banda, o poder imperial do Estado passou a sofrer limitações¹³ e, conseqüentemente, as relações travadas com os particulares cada vez mais passaram a se dar de modo isonômico. A essência da relação entre os particulares e o Estado contemporâneo não se caracteriza pela subordinação ilimitada daqueles aos poderes – ou ao arbítrio – deste. Ao contrário, firma-se um pacto, chancelado pela ordem constitucional, em torno da promoção e do pleno desenvolvimento autônomo das pessoas. O Estado assume o papel de tutela dos direitos fundamentais, bem como, através de políticas públicas, a tarefa de promovê-los – o que, inclusive, fundamenta e justifica sua intervenção.

Cumprir observar que não estamos a afirmar a inexistência da distinção entre o direito público e o direito privado. Tão-somente que os critérios tradicionais não são rigorosos, assim como a referida divisão não se afirma de uma maneira absoluta. O que não quer dizer que não haja diferenças – e relevantes – nas relações de direito público e aquelas reconhecidas como de direito privado.

Em uma perspectiva normativa, sabendo-se o direito nos quadros das relações intersubjetivas estabelecidas em sociedade, identificamos três linhas de estrutura relacionais permeadas pelo direito público e privado. Uma estabelecida entre particulares, sujeitos do direito privado e outras duas em que os particulares se relacionam com a sociedade, no mais das vezes representada pelo Estado, em sede de direito público.

Na primeira linha, em causa está a realização das autonomias privadas, que tem sua face mais visível na liberdade contratual,¹⁴ consistindo no poder reconhecido aos particulares de fixar a disciplina legal de seus próprios interesses, de autogoverno de suas relações jurídicas. Nesta linha de relação, o direito define as autonomias dos cidadãos comuns, delimitando-as e garantindo a realização dos interesses individuais. Considera-se, de maneira relevante, presentes nas relações entre particulares a liberdade, embora relativa, e da igualdade. Tudo, decerto, comprometido com um com um especial tipo de justiça, a comutativa.

As outras duas linhas relacionais anteriormente referidas são aquelas estabelecidas entre os particulares e a sociedade. De fato, a própria sociedade apresenta valores e interesses relevantes que ela própria quer preservar e realizar (pensemos por exemplo na proteção ambiental). Então, a sociedade, de uma posição superior, exige-nos responsabilidades e

¹² Ver Francisco Amaral. *Direito Civil – introdução*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 69.

¹³ A corroborar o afirmado, observamos o fenômeno da *contratualização da lei*, ou seja, o fato de, no processo de formação da lei, não mais se constatar um ato de soberania estatal, mas o acordo prévio de grupos organizados da sociedade civil, forjando um tipo de contrato, conforme bem sublinha Ricardo Lorenzetti. *Fundamentos do direito privado*, trad. Vera Jacob de Fradera, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 58.

¹⁴ Por certo, tal liberdade não é absoluta, como, por exemplo, bem dispõe o nosso Código Civil em seus artigos 421 e 422.

prestações (pensemos agora no serviço militar). Mas não de um modo arbitrário, pois há, a proteger e garantir os cidadãos, os direitos fundamentais. E a justiça presente nessa relação será a geral e a protetiva.

Mas existe um outro tipo de relação que nós particulares estabelecemos com a sociedade, pois esta não é apenas um ente que nos chama a responsabilidade quando violamos bens jurídicos fundamentais ou que nos exige prestações. A sociedade, mormente nos dias atuais, é um ser atuante, que ativamente intervém visando à realização de objetivos sociais, tendo os particulares como destinatários. Não desconhecemos os programas que as sociedades contemporâneas procuram realizar (pensemos, de modo exemplificativo, os programas de educação, moradia, saúde, previdência social). E o fazem através do direito e nos limites que este preestabelece, tendo por escopo concretizar o valor solidariedade. E a modalidade de justiça constituinte dessa linha será a distributiva.

Pelo visto e ponderado, compreende-se um material aspecto a distinguir as mencionadas linhas do direito, onde se situam o direito público e o direito privado: a preponderância de um específico tipo de justiça. E com isso, em comum, que todas as linhas fundamentam-se pela realização de seu respectivo tipo de justiça.

De outra banda, há de ser observado que, refletindo os direitos fundamentais sobre todo o sistema jurídico, também as relações entre cidadãos, entre particulares, serão influenciadas.¹⁵ Com efeito, a principiologia axiológica que envolve os direitos fundamentais alcança não só a circunstância relacional entre Estado e cidadão, mas também as relações entre os concidadãos, particulares. Rompe-se, nesse sentido, a visão monodiretiva dos direitos fundamentais, segundo a qual seriam válidos unicamente para a proteção individual frente a possíveis abusos e intervenções indevidas do Estado. Por essa visão, os direitos fundamentais, compondo uma esfera protetora das liberdades individuais, visariam a resguardar o particular diante do poder absoluto do Estado, dirigindo-se tão-somente contra o Estado — por conseguinte, não- oponíveis a particulares. Assim, a extensão da validade jusfundamental alcançaria apenas o ente estatal, não originando eficácia nas relações entre indivíduos. O efeito dos direitos fundamentais ocorreria somente na vertical relação entre Estado e cidadão. Portanto, o manto dos direitos fundamentais não cobriria as relações horizontais vivificadas entre os particulares. Por certo, decorrente da própria natureza das partes envolvidas, as relações entre o Estado e o cidadão e as ocorridas entre os cidadãos diferenciam-se, conforme supramencionado. Basicamente, por haver nesta uma equivalência no poder de regulamentação, enquanto naquela há uma manifesta superioridade por parte do Estado em relação ao particular.

A história dos direitos fundamentais demonstra, de modo claro e inequívoco, o nascimento dos direitos fundamentais com o escopo primeiro de salvaguardar as liberdades,

¹⁵ Por certo, em razão do próprio sentido e intencionalidade que apresentam, alguns direitos fundamentais não são oponíveis à particulares.

direitos e prerrogativas individuais e privadas contra o exercício abusivo e indevido do poder estatal.¹⁶ Contudo, diante da estrutura organizacional contemporânea das sociedades – nomeadamente uma sociedade massificada –, nota-se um descompasso entre essa visão e a exigência e o papel dos direitos fundamentais. A simples observação dos fatos revela, à margem do poder estatal, forças sociais superiores ao indivíduo. Nas sociedades heterogêneas e pluralistas existentes no globalizado mundo atual, há organizações, (mega)corporações que, de fato, põem em perigo as liberdades básicas da pessoa – sobretudo quando o discurso da livre iniciativa, da soberania do mercado e a conseqüente diminuição do Estado torna-se dominante. Portanto, diante dessas relações, embora entre particulares, exige-se a afirmação dos direitos fundamentais, sob pena de não se cumprir minimamente o que deles se espera: o respeito à dignidade da pessoa humana. Ressaltamos, todavia, que a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares, com a respectiva vinculação jusfundamental decorrente, apresenta uma caracterização negativa, em que se registra a obrigatoriedade de contenção de atos e práticas afrontosas à axiologia dos indigitados direitos.

Em uma concepção alargada, a eficácia dos direitos fundamentais estender-se-ia àquelas relações onde não estão envolvidos atores sociais com poderes marcadamente desiguais, conforme assinalamos. Pois, à medida que houvesse a exposição de alguém à regulamentação unilateral de outrem, nasceria a possibilidade da eficácia e validade dos direitos fundamentais ser observada. Nesse sentido, trazemos à baila o seguinte exemplo: *o direito fundamental à liberdade religiosa de que goza o menor a partir do momento em que atingir um determinado grau de maturidade mental poderá exigir a precedência sobre o direito de educação dos pais.*¹⁷

Em face da distinção verificada nas relações cidadão/cidadão e na relação Estado/cidadão, por certo, haveremos de considerar o tema da autonomia privada, isto é, da capacidade de auto-regência pessoal. Logo, naquelas situações onde a pessoa, fazendo uso de seu arbítrio e expressando sua vontade, atua livremente, compondo sua própria esfera de relações e vínculos jurídicos, a tutela dos princípios jusfundamentais será reduzida. Efetivamente, o Estado não deve se abstrair do ofício protetivo da dignidade humana diante de outros particulares, de terceiros. Todavia, não significa a preconização de um Estado paternalista ou

¹⁶ Nada obstante, impende registrar, já em JOHN LOCKE, encontrarmos assente a compreensão segundo a qual há condições e liberdades básicas do indivíduo imunes ao arbítrio de qualquer outro. Vejamos: “*A liberdade dos homens sob um governo consiste em viver segundo uma regra permanente, comum a todos nessa sociedade e elaborada pelo poder legislativo nela erigido: liberdade de seguir minha própria vontade em tudo quanto escapa à prescrição da regra e de não estar sujeito à vontade inconstante, incerta, desconhecida e arbitrária de outro homem*” Mais adiante, prossegue o autor: “(...) Isso porque o homem, por não ter poder sobre a própria vida, não pode, nem por pacto nem por seu consentimento, escravizar-se a qualquer um nem colocar-se sob o poder absoluto e arbitrário de outro que lhe possa tirar a vida quando for de seu agrado” (*Dois Tratados Sobre o Governo*, trad. Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes: 1998, 401-403 *passim*). Grifo nosso.

¹⁷ Conforme. REINHOLD ZAPPELIUS. *Teoria geral do Estado*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 439.

absoluto, a atuar imperativamente no âmbito da autonomia pessoal. Sublinhamos, nesse sentido, que nas inter-relações particulares, as liberdades e direitos fundamentais recebem a garantia, precipuamente, da legislação. Entretanto, nas circunstâncias concretas em que se verificar a debilidade de tal proteção, há de se firmar, pela via jurisdicional, ponderando-se as peculiaridades do caso decidendo e a referência jusfundamental em questão, a eficácia e validade dos direitos fundamentais. Noutros termos, quando a superioridade fática de uma parte restringir, afetar a autonomia de outra, pondo em risco a justeza da regulação dos interesses, abre-se espaço para a efetivação de um direito fundamental que porventura tenha sido usurpado.

CONCLUSÃO

Com isso, concluímos este nosso pequeno texto, onde, com as considerações precedentes, procuramos evidenciar a relevância da dimensão ética do direito, vinculada aos direitos fundamentais, em sua esfera pública e privada. Sem, por certo, desconhecer que muito há para ser feito, sobretudo no campo das realizações que esperamos de um Estado democrático de direito, comprometido com os mais básicos valores necessários para o afirmar de uma sociedade justa e solidária.