

A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENTRE PARTICULARES APLICADA AO DOMÍNIO AMBIENTAL

Romano José Enzweiler¹

SUMÁRIO: Introdução; 1. Conceito de direito fundamental; 2. A fundamentalidade do direito ao meio ambiente; 3. Constitucionalização do direito privado; 4. A eficácia do direito fundamental ao meio ambiente nas relações entre particulares; 4.1. Limites aos direitos fundamentais: restrições, regulamentações, teorias; 4.2. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas; 4.2.1. Eficácia mediata; 4.2.2. Eficácia imediata; Considerações finais; Referência das Fontes Citadas.

RESUMO

O presente texto propõe uma investigação acerca da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares na seara ambiental, abordando algumas das principais teorias que se dedicam à questão, sublinhando também a oportunidade da discussão diante do espantoso aumento do poder social das grandes corporações, esborando o poder estatal regulatório. Por fim, aderente ao antes apresentado, conclui-se pela aplicação da teoria da eficácia imediata e direta dos direitos fundamentais, como necessária à efetiva proteção ambiental. O método utilizado na pesquisa é o indutivo.

Palavras-chave: direitos fundamentais; meio ambiente; eficácia imediata.

¹ Doutor em Direito pela Univali/Itajaí-SC, com dupla titulação com a Universidade de Alicante, Espanha. Juiz de Direito em Santa Catarina.

INTRODUÇÃO

Há uma antiga e fundada crença de acordo com a qual “uma comunidade politicamente organizada somente pode funcionar se domina um consenso geral sobre as suas estruturas jurídicas e se a vida em comum traz consigo um proveito coletivo”.²

A criativa concepção dos direitos fundamentais parece constituir síntese adequada dessa convicção acerca do Estado (consenso), do direito (estruturas jurídicas) e da sociedade (proveito coletivo).

Ao que parece, porém, consenso, estruturas e proveito coletivo encontram-se agora em xeque. Será possível mantê-los diante do exaurimento do monopólio do Estado-nação “na definição do sentido da vida coletiva”³, com subsequente risco de rompimento do vínculo entre cidadania e nacionalidade⁴, gerando o que se tem apontado como “vazios de legitimação”?⁵ Conseguirá o direito (em especial, o direito constitucional) “exercer de modo satisfatório seu papel de absorver tensões, reduzir incertezas, propiciar a gestão e a decisão de disputas e neutralizar a violência”⁶ num horizonte de progressivo “esvaziamento do protagonismo do Estado-nação, de erosão da noção de bem público, de surgimento de formas transterritoriais de poder e de multiplicação de novos atores constituintes? Como ficam as estruturas e os processos normativos?”⁷ Transformar-se-á, enfim, o direito constitucional num “direito de restos”?⁸

A questão de fundo encontra-se, talvez, na ressignificação dos próprios direitos fundamentais, que se devem colocar acima de interesses menores e circunstanciais (mas nem sempre identificáveis como tais), atingindo e

² CHIUSI, Tiziana. **A dimensão abrangente do direito privado romano**. In *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*. Orgs.: António Pinto Monteiro, Jörg Neuner, Ingo Sarlet. Coimbra: Almedina, 2007, p.13-4.

³ FARIA, José Eduardo. **Direito e conjuntura**. São Paulo: Saraiva, 2008, p.35.

⁴ FARIA, José Eduardo. **Direito e conjuntura**. São Paulo: Saraiva, 2008, p.36.

⁵ FARIA, José Eduardo. **Direito e conjuntura**. São Paulo: Saraiva, 2008, p.40, citação de Habermas.

⁶ FARIA, José Eduardo. **Direito e conjuntura**. São Paulo: Saraiva, 2008, p.6.

⁷ FARIA, José Eduardo. **Direito e conjuntura**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. XI.

⁸ FARIA, José Eduardo. **Direito e conjuntura**. São Paulo: Saraiva, 2008, p.90.

influenciando todo o ordenamento em toda a sua profundidade e extensão, justo por serem compromissos “a largo plazo”.⁹

Num contexto com tais peculiaridades, revela-se oportuno revisitar o tema relativo à eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, agora sob a óptica da proteção ambiental.

Como refere parte significativa dos intelectuais dedicados ao tema, danos ambientais de dimensões planetárias, sistemáticos e irreversíveis não podem mais ser desconsiderados pelo direito, em que pese a reconhecida dificuldade de seu enquadramento nos modelos tradicionais diante da sua difusidade quase anárquica.¹⁰

Este artigo apresenta apenas o alicerce inicial para a discussão, limitando-se a conceituar direito fundamental, a afirmar a fundamentalidade do direito ao ambiente equilibrado, a retrabalhar a constitucionalização do direito privado e a traçar linhas gerais sobre a eficácia do direito fundamental ao meio ambiente nas relações entre particulares.

1. CONCEITO DE DIREITO FUNDAMENTAL

Para os propósitos deste estudo importa definir, o mais apropriadamente possível, o que se entende por direitos fundamentais para, então, entrechar acerca da fundamentalidade do direito ao meio ambiente.

Conceitos sintetizam, de maneira simplificada, a existência daquilo que se busca explicar. Logo, por definição, esta (a realidade) se mostra sempre mais significativamente abundante do que aquele (o conceito-síntese). Daí porque o ato de lançar-se do conceito à realidade tende a acarretar uma inversão metodológica, sendo então necessário complementar o conceito com elementos alheios à asserção conceitualizada e, por isso, estranhos à sua fundamentação.

⁹ GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2006, p.13, do prólogo de António Lopez Pina. “Lo que está escrito en la Constitución no está abierto a una decisión por mayoría. Hasta donde alcance la Constitución, el turno partidario carece de efectos”. GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2006, p.16, prólogo de Antonio López Pina.

¹⁰ FARIA, José Eduardo. **Direito e conjuntura**. São Paulo: Saraiva, 2008, p.14-6.

Essa eventual inclusão de itens externos ao eixo do conceito podem, como se tem observado, deformá-lo de maneira a inviabilizar sua adequada utilização.¹¹

O exame dos conceitos de direitos fundamentais disponíveis na doutrina levará em consideração esse alerta inicial assumindo-se, deixa-se anotado desde já, admitir-se a existência de uma presunção *pro* fundamentalidade.¹²

Tem-se afirmado, no plano histórico, serem os direitos fundamentais produto das revoluções burguesas do século XVIII, pertencentes ao projeto do moderno Estado constitucional.¹³ Mas, acaso tomados como sinônimo de “toda liberdade juridicamente protegida”, de sentido potencialmente mais distendido, então sua origem encontra-se distante no tempo, calhando ao moderno constitucionalismo apenas ampliar seu alcance.¹⁴

Para alguns, direitos fundamentais cristalizam direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais. Encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, possuindo como propósito a limitação do exercício do poder estatal em face da liberdade individual.¹⁵ Para outros, vão além, representando os direitos básicos das pessoas, a base jurídica de sua dignidade. Ultrapassam o direito positivado pelo legislador constituinte, alcançando os direitos resultantes da concepção de “Constituição dominante, da ideia de direito, do sentido jurídico coletivo”.¹⁶

Os direitos fundamentais têm sido ainda aproximados do conceito de “posições jurídicas” reconhecidas e protegidas na perspectiva do direito constitucional interno dos Estados. Posições jurídicas são aqui tomadas como termo de relação jurídica, seja ela ativa (direitos e poderes) ou passiva (deveres

¹¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 5 ed. Tradução A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. **A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro**. In Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado. Orgs.: António Pinto Monteiro, Jörg Neuner, Ingo Sarlet. Coimbra: Almedina, 2007, p. 115.

¹³ “Os direitos fundamentais nascem somente no Iluminismo como direitos de defesa contra o Estado Absolutista”. CHIUSI, Tiziana. **A dimensão abrangente do direito privado romano**. In Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado. Orgs.: António Pinto Monteiro, Jörg Neuner, Ingo Sarlet. Coimbra: Almedina, 2007, p.12.

¹⁴ GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2006, p.77.

¹⁵ DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.8.

¹⁶ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional – direitos fundamentais**. T. IV. Coimbra: Ed. Coimbra, 1988, p.8-10.

ou sujeições), base para o exame da estrutura dos conceitos jurídicos fundamentais.¹⁷ São teorias dessa amplitude que também viabilizam, ao fim, a inspeção da racionalidade decisional acerca da legítima aplicação desses direitos.

É nesta acepção (direitos fundamentais como posições jurídicas reconhecidas e protegidas pelo direito constitucional) que se abordam os seus sentidos formal e material. A nota peculiar da fundamentalidade de um direito, aquilo que o individualiza e qualifica, reside justamente na sua simultaneidade formal e material. O sentido formal dos direitos fundamentais diz respeito ao direito constitucional positivo, o que vem definido na constituição mesma, seja de maneira expressa ou implícita. Para tanto, devem os direitos fundamentais integrar a constituição escrita e, daí, situados no cume de todo o ordenamento jurídico, fruir da supremacia hierárquica das normas constitucionais. Acham-se elas submetidas aos limites (formais e materiais) da reforma constitucional. Ademais, são tais normas diretamente “aplicáveis e vinculam de forma imediata as entidades públicas e, mediante as necessárias ressalvas e ajustes, também os atores privados”.¹⁸

Identificadas as possibilidades conceituais concernentes aos direitos fundamentais, já se pode investigar acerca da fundamentalidade do direito ao meio ambiente.

¹⁷ HOHFELD, Wesley Newcomb. **Os conceitos jurídicos fundamentais aplicados na argumentação judicial**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, 192p.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2 tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.267. Repisa o autor, noutra obra, o mesmo ponto de vista acerca da conexão dos direitos fundamentais com o conceito de posições jurídicas. Assim, “a distinção entre direitos fundamentais no sentido formal e material não tem sido objeto de muitos estudos e grandes divergências doutrinárias, ao menos no âmbito da literatura luso-brasileira. De modo geral, os direitos fundamentais em sentido formal podem, na esteira de K. Hesse, ser definidos como aquelas posições jurídicas da pessoa – na sua dimensão individual coletiva ou social – que, por decisão expressa do Legislador-Constituinte, foram consagradas no catálogo dos direitos fundamentais (aqui considerados em sentido amplo). Direitos fundamentais em sentido material são aqueles que, apesar de se encontrarem fora do catálogo, por seu conteúdo e por sua importância podem ser equiparados aos direitos formalmente (e materialmente) fundamentais”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p.83-4.

2. A FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE

Advirta-se, em preâmbulo, assumirmos que a interpretação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais (isto é, a definição do que se encontra albergado pela norma jusfundamental) deve se operar da forma o mais ampla possível, admitindo-se limitações apenas em casos nos quais a legitimação restritiva se mostre absolutamente incontroversa.¹⁹ Ainda assim, o ônus argumentativo à atividade limitativa pertence integralmente aos restritivistas.²⁰

Nesse anejor, afirma a maioria dos expertos que o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado integra o catálogo dos assim denominados direitos de terceira dimensão, típico direito difuso, nada obstante mantenha laços estreitos com a existência digna do ser humano.²¹ Assim se dá pela indissociabilidade homem-ambiente “e dos elementos sócio-culturais e biológicos que o compõem”, expressando-se a fundamentalidade do direito ao ambiente natural na garantia de sua qualidade como condição das potencialidades humanas, atingindo seus contornos definitivos na “relação de reciprocidade com os demais direitos fundamentais”, porque desta maneira ocorre com os todos os direitos fundamentais, sabidamente direitos *prima facie*.²²

A matriz normativa deste “novo” direito fundamental encontra endereço no artigo 225²³, da Constituição Federal de 1988 a qual, de maneira original, trouxe a proteção do ambiente “ao corpo do texto, consagrando-o como direito (e dever)

¹⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, p.40.

²⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 41, p.38, nota de rodapé 50.

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2 tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.282

²² SILVA, Reinando Pereira e. **O direito fundamental ao meio ambiente**. In *Direitos Fundamentais e Biotecnologia*. Orgs. Ingo Wolfgang Sarlet e George Salomao Leite. São Paulo: Método, 2008, p.316, citando Michel Prieur.

²³ Constituição Federal, artigo 225: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

fundamental”²⁴, podendo-se hoje falar na “transformação do Estado Constitucional num Estado de Prevenção (*Präventionsstaat*)”.²⁵

Adverte certa doutrina, porém, já não possuir o direito ao ambiente, como direito subjetivo, a mesma centralidade distinguível de outrora, uma vez que, nessa versão (como direito individual), pertence aos problemas ecológicos da “primeira geração”. Hoje, porém, quando nos encontramos na segunda geração de problemas desse traço, os efeitos deletérios da degradação ambiental reconhecidamente ultrapassam o interesse insular, falando-se já no “sujeito geração”, para referir-se às responsabilidades intergeracionais ambientais.²⁶

Por isso, comenta-se haver o deslocamento do problema do direito para o dos deveres, direcionando o tema à “comunidade de responsabilidade de cidadãos e entes públicos” diante dos dilemas ecológicos e ambientais (*shared responsibility*)²⁷, havendo assim um dever fundamental ecológico em nome de uma justiça intergeracional. Só desta forma, advertem, se permitirá aceitar a ideia da autonomia jurídica de um direito subjetivo ao ambiente.²⁸

Logo, é possível, sob qualquer ângulo e perspectiva, afirmar-se a fundamentalidade do direito ao ambiente, notadamente a sua fundamentalidade material, a qual implica análise do conteúdo dos direitos, isto é, da circunstância de conterem, ou não, decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade. E, não há dúvidas, poucos temas são hoje mais caros à sociedade do que a viabilidade-sustentabilidade da vida (com qualidade digna) no planeta.²⁹

Declarada a fundamentalidade do direito ao ambiente equilibrado, compete agora discutir acerca da constitucionalização do direito privado a fim de verificar se as consequências daí derivadas permitem aplicar a eficácia dos

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental**: introdução, fundamentos e teoria geral. São Paulo: Saraiva, 2014, p.31

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. FENSTERSEIFER, Tiago. **Princípios do direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2014, p.31.

²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 177.

²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.178.

²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.183.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2 tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.267-8.

direitos fundamentais igualmente às relações entre particulares (horizontais, como dizem alguns). Junto a isso, investigar-se-á se a eficácia dos direitos fundamentais às relações privadas (admitindo-a como possível) ocorre de forma direta e imediata ou, ao contrário, mediata, via legislação infraconstitucional (por meio das cláusulas gerais e conceitos indeterminados).

3. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

Entende-se por constitucionalização do direito privado o processo de entranhamento de todo o ordenamento jurídico por normas constitucionais, “capazes de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e o estilo doutrinário, a ação dos atores políticos, assim como as relações sociais”.³⁰

Outra abordagem sugere certa identificação entre as expressões “constitucionalização do direito privado” e “eficácia dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas”, querendo com isso afirmar que “além dos órgãos estatais também os particulares, na condição de destinatários, estão sujeitos à força vinculante dos direitos fundamentais”.³¹

Assevera-se amiúde ter o direito privado, em especial o direito civil, atravessado os tempos sob o signo de dois pilares medulares: a livre iniciativa e a autonomia da vontade. À época da publicação do Código Beviláqua, inegavelmente matizado pelas doutrinas individualistas e voluntaristas inspiradas pelo *Code* napoleônico (1804), o centro de gravidade do sistema jurídico situava-se sobre a liberdade contratual e o direito à propriedade, o que se foi alterando ao longo do século passado. Com o fim da segunda guerra mundial, dentre outros motivos relevantes, o liberalismo puro cedeu passo ao intervencionismo estatal, definindo limitações até então inexistentes à liberdade individual. Surgem os princípios de ordem pública com a “proliferação de normas cogentes, indisponíveis pelos contratantes”, demarcando o que se veio a denominar “*publicização* do direito privado”.³² De fato, nos tempos de Beviláqua

³⁰ GUASTINI, Riccardo. **Estudios de teoría constitucional**. México/DF: Fontamara, 2003, p.153.

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2 tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.323.

³² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.57-8.

sustentava-se ser o Código Civil a Constituição do direito privado, restando clara a divisão entre direito público (centrado no exercício do poder e nos limites decorrentes dos direitos individuais) e direito privado (fundado na liberdade contratual, autonomia da vontade e propriedade).

Já no final do século passado, passa-se a perceber a constitucionalização do direito privado, operada também a partir da despatrimonialização³³ do direito civil, falando-se então em dirigismo contratual e relativização do direito de propriedade (que vem a ser lido a partir de sua função social).³⁴

Surge no cenário jurídico do último quartel do século XX a noção de princípios constitucionais os quais condicionam, igualmente, a interpretação e aplicação do direito civil, assumindo a dignidade da pessoa humana³⁵ “uma dimensão transcendental e normativa. A Constituição é agora o centro de todo o sistema jurídico, irradiando seus valores e conferindo-lhe unidade”.³⁶

Percorrido o caminho histórico com a demonstração da absoluta ascendência das normas constitucionais sobre todo o ordenamento jurídico, aí incluído o direito privado, encontramos-nos aptos a refletir acerca do alcance dos direitos fundamentais (em particular, o direito ao meio ambiente equilibrado) às relações privadas.

³³ Para a *despatrimonialização* importam a pessoa humana e sua proteção, mais do que a garantia dos eventuais direitos creditícios da outra parte da relação.

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p.58-9. Daí identificar a doutrina três momentos distintos a ligar o direito constitucional ao direito civil. O primeiro seria nominado de “mundos apartados”. O segundo, “publicização do direito civil”. O terceiro, no qual nos encontramos, diz-se “constitucionalização do direito civil”. Neste ponto são introduzidos “(i) a função social da propriedade e do contrato; (ii) a proteção do consumidor, com o reconhecimento de sua vulnerabilidade; (iii) a igualdade entre os cônjuges; (iv) a igualdade entre os filhos; (v) a boa-fé objetiva; (vi) o efetivo equilíbrio contratual, promovendo [o princípio da dignidade da pessoa humana] uma *despatrimonialização* e uma *repersonalização* do direito civil, com ênfase em valores existenciais e do espírito, bem como no reconhecimento e desenvolvimento dos direitos da personalidade, tanto em sua dimensão física como psíquica”. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p.366-8.

³⁵ Constituição Federal de 1988, artigo 1º, inciso III.

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p.59.

4. A EFICÁCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES

4.1. LIMITES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: RESTRIÇÕES, REGULAMENTAÇÕES, TEORIAS³⁷

Tem-se propalado com rigoroso acerto que todos os direitos, até mesmo os fundamentais, encontram limites, quer dizer, não são absolutos. Há duas principais teorias que procuram explicar o fenômeno da restrição dos direitos fundamentais: a interna e a externa.

Advogam os defensores da primeira tese que os direitos e seus limites são algo uno, isto é, que os limites nascem com o próprio direito. Dizem-se, por isso, imanes. Aqui são afastados fatores externos (como elementos restritivos), não se permitindo, por exemplo, o sopesamento de direitos. O processo de balizamento dos limites é interno e os direitos, quaisquer direitos, têm sempre a estrutura de regras, seguindo a lógica decisória do “tudo ou nada” (daí a impertinência do sopesamento, já acima referido).³⁸ Resumo ligeiro, para esta corrente, o que a interpretação constitucional faz é ‘declarar’ limites já existentes.³⁹

Argumentam os proponentes da teoria externa, de seu lado, haver o direito em si e, dele destacado, suas restrições. Somente aqui há falar-se em sopesamento para solucionar colisão entre direitos fundamentais, técnica que se afasta do “tudo ou nada”, permitindo não afetar a validade e extensão *prima facie* do direito que “cede” ao outro direito fundamental com ele colidente no caso concreto.⁴⁰

³⁷ Porque não diretamente inserida neste estudo, a *Wechselwirkungstheorie* (ou, como conhecida no Brasil, a “teoria dos efeitos recíprocos”, de Canaris”), pela qual “a lei que estabelece limites aos direitos fundamentais tem ela própria de ser interpretada à luz dos direitos fundamentais em causa”, não será aqui aprofundada, contando a nota apenas para registro oportuno, dada sua clara pertinência com o tema desenvolvido no tópico. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. 3ª reimpressão da edição de julho de 2003. Coimbra: Almedina, 2012, p.49.

³⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 128-9.

³⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 132.

⁴⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 138.

Qualificada crítica à teoria externa dirige-se especialmente quando aplicada aos domínios do direito civil, havendo ali, dizem, verdadeira impossibilidade lógica. Inviável, nessa linha, seja um direito garantido em sua inteireza e, ao mesmo tempo, encontre seu exercício, no todo ou em parte, proibido. “Um direito assim exercido, não pode ser considerado ilícito. Das duas, uma: ou o exercício do direito em questão constitui em um “agir sem direito”; ou o exercício não pode ser vedado”.⁴¹

É imagiável que a avaliação crítica desenvolvida tenha desconsiderado a diferença ofertada pela doutrina entre os conceitos de princípio e regra. O *direito prima facie* vem garantido por um princípio, quer dizer, “ele não fundamenta uma pretensão a determinado direito definitivo, mas apenas *uma pretensão a um sopesamento* entre princípios”.⁴² Já o denominado *direito definitivo* encontra-se garantido por uma regra que seja o produto do sopesamento entre dois ou mais princípios.⁴³ “Se uma *regra* garantir um direito, o exercício desse direito não pode ser impedido. No nível das regras – que é o nível da teoria interna por excelência – o raciocínio da contradição lógica faz sentido. No âmbito dos princípios – que é não somente o âmbito da teoria externa, mas o âmbito dos direitos fundamentais por excelência -, não”.⁴⁴

Há também quem afirme, como Rawls, não atingirem as regulamentações o âmbito de validade dos direitos fundamentais, por não se configurarem restrições de conteúdo.⁴⁵ Para este, toda intervenção no conteúdo dos direitos fundamentais é uma forma de restrição (que deve, bem por isso, ser rejeitada). Diferentes as intervenções na forma de exercício dos direitos fundamentais, as quais devem ser aceitas, por se tratarem de meras regulamentações.⁴⁶

⁴¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, p.144.

⁴² SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, p.146.

⁴³ “Definir conteúdo é definir limites. Restrições pressupõem algo externo ao direito fundamental, algo que não faz parte de seu conteúdo, algo ‘anexo’ a ele”. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, p.86-7.

⁴⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, p.144-5.

⁴⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, p.91-2.

⁴⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, p.100. Mas a proposta de Rawls, distinguindo regulamentação

Admitidas, de toda sorte, limitações aos direitos fundamentais, inclusive à autonomia privada, à liberdade contratual e à propriedade, pode-se agora buscar compreender o que se entende por “eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares”, dando-lhe a dimensão devida.

4.2. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Compreende-se, sob tal rótulo genérico, o efeito vinculativo dos possíveis desdobramentos das normas de direitos fundamentais⁴⁷, reparando-se que também nas relações privadas já não se pode deixar de constatar a desproporcionalidade, o pronunciado desequilíbrio econômico e social entre seus atores.⁴⁸ Mas, sublinhe-se, a tese do “poder social” e da assimetria não se verifica - pelo menos não ao ponto de justificar o manejo do poderoso arsenal jurídico relativo à eficácia dos direitos fundamentais – pela só presença de ator social dominante num dos lados da discussão.⁴⁹ De todo modo, é correto afirmar que a posição de superioridade e a conseqüente propensão ao abuso e à arbitrariedade não são características exclusivas do poder público.⁵⁰

Há hoje, de fato, razoável consenso de que as normas constitucionais se aplicam, em alguma medida, às relações entre particulares. “A divergência nessa

(forma) de restrição (conteúdo), não vem aceita por parte da doutrina, por entender ser impossível distinguir entre regulamentação e restrição. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, p.101.

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A influência dos direitos fundamentais no direito privado**: o caso brasileiro. In *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*. Orgs.: António Pinto Monteiro, Jörg Neuner, Ingo Sarlet. Coimbra: Almedina, 2007, p.124-5.

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A influência dos direitos fundamentais no direito privado**: o caso brasileiro. In *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*. Orgs.: António Pinto Monteiro, Jörg Neuner, Ingo Sarlet. Coimbra: Almedina, 2007, p.126.

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A influência dos direitos fundamentais no direito privado**: o caso brasileiro. In *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*. Orgs.: António Pinto Monteiro, Jörg Neuner, Ingo Sarlet. Coimbra: Almedina, 2007, p.134. Veja-se, ainda: “O reconhecimento do efeito horizontal parece ser necessário quando encontramos, entre os particulares em conflito, uma *evidente desproporção de poder social*. (...) o critério decisivo para a aplicação da teoria horizontal não é uma desigualdade geral e de cunho material (ricos vs. pobres), mas ‘uma desigualdade de posições no interior da relação jurídica’”. DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.104-6.

⁵⁰ UBILLOS, Juan María Bilbao. **La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en el ordenamiento español**. In *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*. Orgs.: António Pinto Monteiro, Jörg Neuner, Ingo Sarlet. Coimbra: Almedina, 2007, p.169.

matéria reside, precisamente, na determinação do modo e da intensidade dessa incidência”.⁵¹

Argumenta boa doutrina possuírem as normas de direitos fundamentais “eficácia direta também na esfera das relações entre particulares”⁵², assim estatuidando a Constituição Federal de 1988 (art. 5º, §1º). A justificativa seria, dentre outras, evitar-se com isso “uma espécie de dupla ética social”⁵³, pois não se mostraria racionalmente defensável aplicar toda a força protetiva em face do Estado e, defronte particulares (por vezes tanto ou mais poderosos), negar abrigo e aplicação.⁵⁴

Se, com efeito, concebida toda uma arquitetura acerca dos direitos fundamentais em defesa do cidadão face ao poder⁵⁵ “e tendo deixado este de ser privilégio do Estado, não faria mais sentido não alargar a proteção dos cidadãos através dos direitos fundamentais a todas as situações e poder”.⁵⁶

A discussão que remanesce aberta no tópico refere-se à aplicação mediata ou imediata da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 366-8.

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. **A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro**. In *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*. Orgs.: António Pinto Monteiro, Jörg Neuner, Ingo Sarlet. Coimbra: Almedina, 2007, p.127.

⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro**. In *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*. Orgs.: António Pinto Monteiro, Jörg Neuner, Ingo Sarlet. Coimbra: Almedina, 2007, p.128.

⁵⁴ Também essa a postura da doutrina estrangeira. “La teoría de la eficacia inmediata implica que, con normativa legal de desarrollo o sin ella, es la norma constitucional la que se aplica como regla primaria de decisión”. UBILLOS, Juan María Bilbao. **La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en el ordenamiento español**. In *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*. Orgs.: António Pinto Monteiro, Jörg Neuner, Ingo Sarlet. Coimbra: Almedina, 2007, p.190.

⁵⁵ Os direitos fundamentais, como princípios constitucionais, não podem deixar de aplicar-se em toda a ordem jurídica e, portanto, também na área do direito privado (princípio da unidade do ordenamento jurídico). Põe-se em relevo a necessidade de proteger os particulares não apenas perante o Estado, mas também, pelo menos, perante indivíduos ou entidades privadas que sobre eles exercem ou estão em condições de exercer verdadeiros poderes, jurídicos ou de fato. SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.42, em referência a José Carlos Vieira de Andrade.

⁵⁶ SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.35, nota 188, em referência a Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva.

4.2.1. EFICÁCIA MEDIATA

Para prestigiosa corrente doutrinária, dentre eles Canaris⁵⁷, a incidência das normas jusfundamentais necessita de “mecanismos de intermediação” (para utilizar a expressão de Dürig)⁵⁸, sob pena de descontrolado incremento do poder estatal sobre a autonomia privada. Tais técnicas de intermediação serviriam para evitar “conflitos e sacrifícios” do sistema de direito privado.⁵⁹

O fio condutor aqui refere-se, antes de tudo, à busca pela manutenção da autonomia de vontades, pois que a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais acabaria transformando o direito civil em simples apêndice do direito constitucional. Afinal, o destinatário último das normas de direitos fundamentais é o legislador, não o particular. E a porta de entrada (*Einbruchstelle*) do sistema seriam as intituladas cláusulas gerais (*Generalklauseln*).

Em que pese gozar de enorme prestígio nos círculos acadêmicos e judiciais, notadamente na Alemanha, a teoria da eficácia mediata é passível de críticas, como se verá no tópico seguinte.

4.2.2. EFICÁCIA IMEDIATA

Admitida a tese da eficácia mediata dos direitos fundamentais, seria correto concluir que a palavra final sobre o tema encontra-se com o legislador infraconstitucional. Tal desenlace não se mostra razoável, pois vulnera, mitiga e diminui todo o sistema protetivo organizado pelo constituinte, vinculando-o limitativamente à produção legal de direito privado, condição necessária (mas não suficiente) à eficácia dos direitos fundamentais.

Tem-se rechaçado, por isso, a teoria da eficácia mediata, pois acaba ela por negar a fundamentalidade do próprio direito, traduzindo-se numa espécie de

⁵⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. 3ª reimpressão da edição de julho de 2003. Coimbra: Almedina, 2012.

⁵⁸ SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.75.

⁵⁹ SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.76.

“pedido de permissão dos direitos fundamentais ao direito privado para que possa incidir nas relações por este reguladas”.⁶⁰

Com efeito, parece mesmo corresponder a eficácia imediata à visão “teórica reconhecadora do fim do monopólio da força exercido pelo Estado. Representa, também, o reconhecimento de que os direitos fundamentais possuem um papel relevante, que é o de proteger o hipossuficiente do hipersuficiente, já que o polo da força no século XXI migrou do público para o privado”.⁶¹

Também não se mostra consistente o receio de que se fará arranhada a autonomia privada com a possibilidade de aplicar, direta e imediatamente, o direito fundamental às relações entre particulares. Justo o contrário, pois o que se dá, no caso, é a leitura da autonomia de vontades pela lente dos valores constitucionalmente consagrados.

Daí poder-se afirmar, ao remate, a imprescindibilidade do acolhimento da tese da eficácia direta e imediata, como a mais apropriada à indispensável amplitude agora reclamada pela interpretação e aplicação do direito fundamental (face protetiva) ao ambiente equilibrado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A complexidade do mundo pós-contemporâneo está a exigir do direito um tratamento (mais) adequado da questão ambiental.

Este ensaio procurou fornecer noções preliminares a respeito da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas sob a perspectiva ecológica.

Uma vez definido o que se entende por direito fundamental e afirmada a fundamentalidade do direito ao ambiente equilibrado, buscou-se demonstrar que o efeito irradiante da constitucionalização do direito atinge (e deve mesmo atingir) as relações entre particulares, dada a abismal desproporção de poder

⁶⁰ SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.76-7.

⁶¹ UBILLOS, Juan María Bilbao. **La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en el ordenamiento español**. In *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*. Orgs.: António Pinto Monteiro, Jörg Neuner, Ingo Sarlet. Coimbra: Almedina, 2007.

entre os atores sociais (hiper *versus* hipossuficientes), sob pena de se admitir, hipocritamente, a existência de uma “dupla ética”.

Investigaram-se, ademais, os limites (restrições, regulamentações) dos direitos fundamentais e as teorias que os sustentam, apresentando e defendendo, finalmente, que para a melhor proteção ambiental necessária se faz a adoção da tese da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares o que, de forma alguma, enodoa o âmago da autonomia privada.

Referências

ALEXY, Robert. **La construcción de los derechos fundamentales**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. 3ª reimpressão da edição de julho de 2003. Coimbra: Almedina, 2012.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 5 ed. Tradução A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

CHIUSI, Tiziana. **A dimensão abrangente do direito privado romano**. In *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*. Orgs.: António Pinto Monteiro, Jörg Neuner, Ingo Sarlet. Coimbra: Almedina, 2007.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FARIA, José Eduardo. **Direito e conjuntura**. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

GUASTINI, Riccardo. **Estudios de teoría constitucional**. México/DF: Fontamara, 2003.

HOHFELD, Wesley Newcomb. **Os conceitos jurídicos fundamentais aplicados na argumentação judicial**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional – direitos fundamentais**. T. IV. Coimbra: Ed. Coimbra, 1988.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. **A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro**. *In* Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado. Orgs.: António Pinto Monteiro, Jörg Neuner, Ingo Sarlet. Coimbra: Almedina, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2 tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, Reinando Pereira e. **O direito fundamental ao meio ambiente**. *In* Direitos Fundamentais e Biotecnologia. Orgs. Ingo Wolfgang Sarlet e George Salomao Leite. São Paulo: Método, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011

SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

UBILLOS, Juan María Bilbao. **La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en el ordenamiento español**. *In* Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado. Orgs.: António Pinto Monteiro, Jörg Neuner, Ingo Sarlet. Coimbra: Almedina, 2007.