

I Mostra de pesquisa em Direito Civil Constitucionalizado – UNISC 2014

Tamiris Alessandra Gervasoni¹
Iuri Bolesina²

O DEVER (CONSTITUCIONAL) DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS: UM ESTUDO DE CASO

O dever de proteção aos direitos fundamentais (*Schutzpflicht*) é inicialmente desenvolvido pela jurisprudência alemã, sendo sua origem observada, de forma mais emblemática no caso Lüth³. Neste caso consolidou-se a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e a partir de um dos seus desdobramentos decorre o dever de proteção, reconhecendo-se que os direitos fundamentais não se restringem à esfera do direito público, mas irradiam-se para todos os âmbitos jurídicos. Assim, atribuiu-se aos direitos fundamentais “o reconhecimento de deveres de proteção (*Schutzpflicht*) do Estado, no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais” (SARLET, 2010, p. 148).

Mais adiante, ainda na Corte Constitucional alemã, ao tratar sobre a descriminalização do aborto, em 1975, na qual se reconheceu expressamente o dever de proteção (*Schutzpflicht*) do Estado perante os direitos fundamentais, estabelece-se a necessária proteção independentemente daquele que esteja interferindo em seu pleno exercício ou proteção, ou seja, ainda que tal violação ao direito fundamental tenha origem em ato realizado pelo próprio Estado ou por atores particulares, pois, em face da amplitude do dever de proteção “ele não só proíbe – evidentemente – intervenções diretas do Estado na vida em desenvolvimento, como também ordena ao Estado posicionar-se de maneira protetora e incentivadora [...] dos direitos fundamentais” (MARTINS, 2005, p. 266-267).

Nesse sentido, para o cumprimento e/ou observação do dever de proteção pelo Estado não é necessário que contra este haja uma pretensão direcionada, nem que este figure em qualquer aspecto na situação fática posta, é preciso apenas que se encontre o direito fundamental sob uma ameaça, violação ou simplesmente que este esteja desprotegido, pois mesmo que nem sempre

¹ Graduanda em direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Integrante do Grupo de Pesquisa “Intersecções jurídicas entre o público e o privado”, coordenado pelo Pós-Dr. Jorge Renato dos Reis, vinculado ao CNPq. Email: tamirisgervasoni@gmail.com.

² Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Especialista em Direito Civil pela Faculdade Meridional – IMED. Integrante do Grupo de Pesquisa “Intersecções jurídicas entre o público e o privado”, coordenado pelo Pós-Dr. Jorge Renato dos Reis, vinculado ao CNPq. Professor na Escola de Direito na Faculdade Meridional IMED. Advogado. E-mail: iuribolesina@gmail.com.

³ “Sem embargo, a consagração explícita da dimensão objetiva dos direitos fundamentais só ocorrerá sob a égide da Lei Fundamental de Bonn. O marco essencial é sem dúvida o julgamento do caso de Lüth, pela Corte Constitucional germânica no ano de 1958”. (SARMENTO, 2006, p. 112).

I Mostra de pesquisa em Direito Civil Constitucionalizado – UNISC 2014

reconhecida “[...] uma pretensão subjetiva contra o Estado [...] tem-se a identificação de um dever deste tomar as providências [...] para a realização ou concretização dos direitos fundamentais” (MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G., 2012, p. 689). Desta forma, o dever de proteção deve ser observado numa perspectiva de prevenção, e não apenas de caráter corretivo, ou seja, após a violação ao direito fundamental ter se configurado.

A jurisprudência alemã, na segunda decisão proferida sobre o aborto em 1993 (*BverfGE* 88, 203), determinou que seria imprescindível que em tal atuação fossem observados parâmetros extremos de excesso (*Übermassverbot*) e insuficiência (*Untermassverbot*), sendo que a Constituição apenas determinaria a proteção como uma meta a ser alcançada, mas não o caminho a ser trilhado para se chegar nela (MARTINS, 2005, p. 280). Portanto, na busca de uma proteção suficiente, inicialmente, poderia analisar-se o princípio da proporcionalidade no que concerne à sua dupla face, considerando-se a proibição do excesso (*Übermassverbot*) e a proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*). A primeira exerceria a função de parâmetro de avaliação da constitucionalidade das intervenções praticadas nos direitos fundamentais, não podendo tais ocorrer de modo excessivo, havendo de certa forma, proibição de intervenção.

Já quanto à outra face, a proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*), pode ser compreendida como imperativo de tutela, cujo qual deve assegurar um “mínimo” de proteção que esteja apto a garantir um padrão constitucionalmente estabelecido. Assim, a perspectiva de dupla face da proporcionalidade como possível caminho a ser trilhado em busca de uma proteção suficiente aos direitos fundamentais, com destaque à proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) será observada em um caso concreto, ponderando-se a possibilidade desta constituir argumento central em uma decisão judicial apto a proteger os direitos fundamentais.

A decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ora analisada versa sobre apelação cível em ação cominatória, do ano de 2008, na qual uma instituição de ensino privado é condenada a efetuar a matrícula de um aluno com deficiência para cursar o ensino médio regular. A decisão foi encontrada a partir a palavra-chave “*Untermassverbot*” que refere-se a proibição de proteção insuficiente no caso do dever de proteção aos direitos fundamentais (*Schutzpflicht*). Com a utilização de tal termo, quatro decisões foram encontradas nos respectivo tribunal, porém, destas apenas uma concerne à área do direito privado, enquanto as outras se referem ao direito penal.

Neste caso, a instituição privada de ensino apelava da decisão de primeiro grau que a condenou a conceder a matrícula ao aluno acompanhada de bolsa escola, argumentando que a sentença seria *extra petita* ao determinar a matrícula do aluno durante todo o ensino médio,

I Mostra de pesquisa em Direito Civil Constitucionalizado – UNISC 2014

afirmando que o pedido inicial referia-se apenas ao primeiro ano. Suas razões seguem no sentido de que a Constituição Federal não determina que o atendimento educacional especializado aos alunos com deficiência(s) seja realizado em escola regular, mas que isto é uma preferência, citando ainda a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, bem como a autonomia pedagógica assegurada pela Constituição que autoriza que as instituições privadas possam optar pela inclusão ou não de atendimento especializado. Não obstante, destaca que a inclusão do aluno nas turmas comuns não seria possível diante das suas necessidades e que nunca a instituição agiu de forma discriminatória, mas que não tinha condições de implementar todo o atendimento técnico e especializado que tal aluno carecia (TJRS, 2014, p. 2-3).

A decisão de início afasta a alegação da apelante quanto à sentença ser *extra petita*, referindo que a petição inicial refere-se permanência do aluno regularmente na instituição de ensino e não apenas durante o primeiro ano. Prosseguem os argumentos pautados pela Constituição Federal, em especial o seu artigo 206, que prevê que a educação deve ser prestada com igualdade de condições para acesso e permanência na escola, ressaltando que seu artigo 209 preceitua que o ensino é livre à iniciativa privada, porém deve-se observar a LDB, haja vista que tal lei aplica-se em instituições de ensino públicas e privadas (TJRS, 2014, p. 5-6). Neste sentido, menciona-se o artigo 58 da LDB, definindo que a educação especial deve ser oferecida preferencialmente na rede regular de ensino.

Tal lei, bem como a Constituição Federal, prevê a opção da escola em incluir ou não o atendimento especializado, todavia, no caso analisado este argumento não se sustentou em virtude de que durante todo o ensino fundamental o aluno não careceu de tal atendimento e, ademais, a apelante não comprovou a necessidade de instauração deste serviço para o aluno no ensino médio nem comprovou a inaptidão do mesmo manter-se no ensino regular comum da instituição sem a inclusão do atendimento especializado (TJRS, 2014, p. 7). Salienta a decisão que “os serviços de educação, quando prestados por particulares por meio de delegação, se sujeitam ao regime jurídico-administrativo das entidades políticas por ele responsáveis, incluindo suas prerrogativas e obrigações” (TJRS, 2014, p. 7), assim, reconhece-se que também as entidades particulares de ensino devem observar o dever (constitucional) de proteção suficiente (*Untermassverbot*) aos direitos fundamentais (TJRS, 2014, p. 7).

Acertadamente a decisão considera a proibição de proteção insuficiente na “existência de uma violação do dever de proteção quando as entidades sobre quem esse recai não adotam nenhuma medida concreta ou adotam medidas inteiramente insuficientes ou ineficazes para garantir uma

I Mostra de pesquisa em Direito Civil Constitucionalizado – UNISC 2014

proteção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais” (TJRS, 2014, p. 7-8). Assim, a proibição de proteção insuficiente é verificada no caso concreto a partir da aplicação da proporcionalidade, vislumbrada na sentença a partir de seus subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, na qual estes são devidamente explicados (TJRS, 2014, p. 7) e condicionados ao caso concreto, não sendo empregados como enunciados performativos⁴:

no caso concreto, verifica-se que a conduta da demandada, que impediu a matrícula do autor no ensino médio, é inadequada para garantir o exercício de seu direito fundamental à educação (artigo 6º, *caput*, CF). Ao afirmar que não dispõe da estrutura adequada para oferecer a educação de que necessita o autor e apresentar parecer de terminalidade específica, a instituição de ensino, ora demandada, embora compreenda que está adotando medidas protetivas ao portador de necessidades especiais, em realidade, o exclui da rede de ensino, obstaculizando o seu desenvolvimento intelectual. (TJRS, 2014, p. 8).

Desta forma, ao ser enquadrada conduta da apelante como inadequada ao dever de proteção suficiente, não é necessário seguir na análise dos demais subprincípios da proporcionalidade, pois a relação entre estes é subsidiária (SILVA, 2002, p. 12). Compreende-se dos argumentos explanados na sentença que a instituição de ensino privada é também vinculada ao dever (constitucional) de proteção aos direitos fundamentais, devendo observar a proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) e, portanto, como as medidas (não) adotadas por esta foram demonstradas como insuficientes na proteção ao direito fundamental à educação do autor, a sentença de primeiro grau foi mantida, condenando-se a ré à obrigação de matricular o aluno durante todo o ensino médio.

Percebe-se do caso analisado que a proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) foi empregada como argumento central da sentença, assegurando o direito fundamental à educação do apelado e, portanto, observando o dever (constitucional) de proteção aos direitos fundamentais de forma suficiente aplicado em uma instituição de ensino privado. Ademais, merece destaque o caráter preventivo do dever de proteção que a sentença observou, não permitindo que o direito fundamental à educação fosse violado, assegurando-se a permanência do aluno na instituição.

Referências

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70020833109**. Sexta Câmara, julgado em 17/09/2008. Rel. Odone Sanguiné. Disponível: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 04 nov. 2014.

⁴ “[...] a simples enunciação já faz “emergir” a sua significação. Já “não pode ser contestado”; não pode sofrer críticas; consta como “algo dado desde sempre”; sua mera evocação já é um “em si-mesmo” (STRECK, 2012, p. 55).

I Mostra de pesquisa em Direito Civil Constitucionalizado – UNISC 2014

MARTINS, Leonardo (Org). **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V. 2005.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 798, p. 12.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 55.