



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
MESTRADO EM DIREITO**

LILIAN SANTANA SODRÉ SILVA

**A APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
NAS RELAÇÕES JURÍDICAS PRIVADAS**

Maceió, Alagoas

2008

LILIAN SANTANA SODRÉ SILVA

**A APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
NAS RELAÇÕES JURÍDICAS PRIVADAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. George Sarmento Lins Júnior

Maceió, Alagoas

2008

Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico

Bibliotecária Responsável: Helena Cristina Pimentel do Vale

S586a Silva, Lilian Santana Sodré.
A aplicação dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas / Lilian Santana Sodré Silva, 2008.
166 f.

Orientador: George Sarmento Lins Júnior.
Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas.
Faculdade de Direito de Alagoas. Maceió, 2008.

Bibliografia: f. 161-166.

1. Direitos fundamentais. 2. Direito privado. 3. Autonomia privada. I. Título.

CDU: 342.7

LILIAN SANTANA SODRÉ SILVA

**A APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES JURÍDICAS
PRIVADAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Professor Doutor George Sarmiento Lins Júnior

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu a candidata à defesa, em nível de Mestrado, e a julgou nos seguintes termos:

Prof. Dr. Paulo Luiz Neto Lôbo

Julgamento: Aprovada (9,5) Assinatura: Paulo L

Prof. Dr. Andreas J. Krell

Julgamento: Aprovada (9,5) Assinatura: AKrell

Prof. Dr. Dirley da Cunha Júnior

Julgamento: APROVADA com 9,5 Assinatura: Dirley

Menção Geral: Aprovada (Nota: 9,5)

Coordenador do Curso:

Prof. Dr. George Sarmiento Lins Júnior.

Maceió, 07 de agosto de 2008.

DEDICATÓRIA

Ao meu filho, Andrey, e ao meu marido,
Pedro, que me fazem feliz todos os dias.

AGRADECIMENTOS

Muitas são as pessoas a quem devo agradecimento, na fase final desta etapa tão difícil e gratificante da minha vida.

Ao meu pai, Jorge, e à minha mãe, Eliane, pelo amor e constante apoio em minha vida. À minha amada tia Eni, pelas observações metodológicas e gramaticais.

Agradeço imensamente ao meu marido, Pedro Inácio, que tem sido o maior incentivador dos meus estudos. Seu estímulo diário, seu amor, sua paciência, as proveitosas discussões que tivemos em torno do tema, as leituras de cada palavra, de cada sentença, de cada capítulo, foram determinantes para este trabalho.

Ao meu orientador, professor George Sarmento, que sempre esteve presente quando precisei, um agradecimento especial. Sua orientação segura, paciente, seu apoio, sua amizade, foram imprescindíveis para a conclusão desta dissertação.

Meu reconhecimento e gratidão ao professor Andréas Krell, um dos responsáveis pela implantação e sucesso do Mestrado da UFAL. Um mestre sempre pronto a nos socorrer e um encorajador para que eu enfrentasse o desafio do mestrado.

A todo o corpo docente do mestrado da UFAL, em especial aos professores Paulo Lôbo e Marcos Mello, pelos os brilhantes ensinamentos, e pela atenção e disponibilidade com que receberam minhas dúvidas e sugeriram caminhos.

À Fapeal, também importante para a realização deste trabalho, que tem apoiado a produção acadêmica em Alagoas com a concessão de bolsas de estudo.

A Deus, por me dar forças para sempre vencer as dificuldades, e por estar cercada de todas essas pessoas.

SILVA, Lilian Santana Sodré. **A aplicação dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas**. 2008. 165 p. Dissertação. Mestrado em Direito. Universidade Federal de Alagoas.

RESUMO

Esta dissertação tem como tema a análise da possibilidade de se aplicar os direitos fundamentais em relações jurídicas privadas. Aborda também o processo de Constitucionalização do direito privado, tendo-se em vista que o fortalecimento da Constituição proporcionou uma reestruturação dos direitos fundamentais frente ao ordenamento jurídico. Analisa também importantes aspectos dos direitos fundamentais, como o caráter universal que lhe é inerente. Estuda relevantes argumentos dogmáticos – como a força normativa da Constituição, a cláusula da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais e as características próprias das normas jusfundamentais – que fortalecem a aceitação da tese de que os direitos fundamentais vinculam diretamente também particulares. Discorre acerca da autonomia privada e sua proteção constitucional, a fim de comprovar que os direitos fundamentais não são absolutos em caso de conflito, já que a autonomia privada também se favorece de proteção constitucional. Trata da colisão de direitos fundamentais como um problema de colisão de princípios, para, então, sustentar o argumento de que, em casos tais, a solução se dá mediante a utilização do método hermenêutico da ponderação. Nesse sentido, sustenta que a ponderação pode ser controlada, visando o alcance de um resultado que não afete o princípio da proporcionalidade. Por fim, faz uma análise de alguns casos paradigmáticos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, que tratam de colisões de direitos fundamentais nas relações privadas, para, a partir de tais análises, concluir todo o raciocínio construído ao longo do trabalho, de que a aplicação imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas é a melhor opção dentre as teorias apresentadas.

Palavras-chave: direitos fundamentais, direito privado, autonomia privada.

SILVA, Lilian Santana Sodré. **The application of the fundamental rights in the juridical privates relationships**. 2008. 165 p. Dissertação. Mestrado em Direito. Universidade Federal de Alagoas.

ABSTRACT

The analysis of the possibility of application the fundamental rights in the juridical privates relationships is the main theme of this essay. It also treats about the process of Constitutionalization of the private law, taking in account that the strengthening of the Constitution provided a reestructuration of fundamental rights before the juridical system. It also analyses important aspects of fundamental rights, as the universal character that is inherent to them. It studies relevant dogmatic arguments – as the normative strength of the Constitution, the immediate applicability of the fundamental rights clause and the proper characteristics of the jusfundamental norms – that strengthen the acceptance of the thesis that the fundamental rights link straightly also private person. It is also about the private autonomy and its constitutional protection, in order to prove that fundamental rights are not absolute in case of conflict, for the private autonomy is also benefited by the constitutional protection. It treats about the collision of fundamental rights as a collision problem between principles to, then, sustain the argument that, in such cases, the solution occurs through the utilization of the hermeneutic method of ponderation. Hence, it is sustained that ponderation can be controlled, searching for a result that does not affect the principle of proportionality. At last, it is made an analysis of some practical cases judged by the “Supremo Tribunal Federal”, that treat about collisions between fundamental rights in relationships privates to, from theses analyses, conclude all the reasoning constructed along the work, that the immediate application of the fundamental rights in private relations is the best option among the presented theories.

Key-words: fundamental rights, private rights, private autonomy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

1. Enunciação do problema.....	12
2. Discussão terminológica.....	17
3. Plano de trabalho.....	20

CAPÍTULO 1 - ENQUADRAMENTO HISTÓRICO: O ESTADO MODERNO COMO MARCO PARA O SURGIMENTO DOS PRIMEIROS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1. Considerações Iniciais.....	22
2. O Estado Constitucional: das liberdades individuais ao Estado Social.....	23
2.1 O fenômeno dos poderes privados.....	25
2.2 O fracasso do Estado Liberal e o advento do Estado Social: como a Constituição se tornou a ordem de valores da comunidade.....	29
3. A universalização e o conseqüente fortalecimento dos direitos fundamentais..	32
4. A influência do processo de constitucionalização do direito na densificação dos direitos fundamentais.....	36
5. O caso Luth, a concepção de Canaris e o início das discussões sobre a aplicação dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas.....	39

CAPÍTULO 2 - JUSTIFICATIVAS DOGMÁTICAS QUE AUTORIZAM A APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES

1. Breve contextualização.....	45
2. A posição hierárquica privilegiada da Constituição e a unidade do Ordenamento Jurídico.....	46
3. A cláusula de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais contida no § 1º do art. 5º da Constituição Federal.....	51
4. Norma de direito fundamental – seus valores, objetivos e destinatários como autorização à aplicação dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas.....	58
4.1 Norma jurídica.....	59
4.2 Os valores e objetivos agregados à norma de direito fundamental.....	60
4.3 As relações jurídicas de direito fundamental e a inexistência de destinatário específico ocupando o pólo passivo.....	62
5. Direitos fundamentais e relações jurídicas de direito absoluto.....	65

CAPÍTULO 3 - TEORIAS SOBRE O PROBLEMA DA APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

1. Delimitação da matéria.....	67
2. Teoria da inaplicabilidade dos direitos fundamentais.....	67
2.1 <i>State action doctrine</i>	68
3. Teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais.....	71
3.1 A mediação estatal: qual a função do juiz e do legislador para efetivar a aplicação mediata dos direitos fundamentais.....	76
3.2 Contraponto à teoria da eficácia mediata.....	79
4. Teoria dos deveres de proteção do Estado.....	81
5. Teoria da convergência estatista ou teoria de Schwabe.....	86
6. Teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais.....	88

7. Teoria da eficácia imediata quando configurado um poder privado.....	91
8. Teoria integradora: o modelo de três níveis proposto por Alexy.....	95

CAPÍTULO 4 - CONFLITOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES JURÍDICAS PRIVADAS

1. Considerações iniciais.....	100
2. Liberdade, autonomia privada e sua tutela constitucional.....	101
3. Colisão das normas definidoras de direitos fundamentais: um problema de princípios.....	110
4. A ponderação como método interpretativo a ser seguido para encontrar soluções razoáveis para a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas diante do caso concreto.....	114

CAPÍTULO 5 - APLICAÇÃO IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

1. Palavras iniciais.....	125
2. O direito à intimidade e à privacidade e o caso <i>De Millus</i>	127
3. O princípio da igualdade e o caso <i>Air France</i>	132
4. O direito a imagem e o caso <i>Law Kin Chong</i>	138
5. O direito a ampla defesa e ao contraditório e o caso da União Brasileira de Compositores.....	147

CONCLUSÃO	154
------------------------	-----

REFERÊNCIAS	161
--------------------------	-----

“A idéia do *Drittwirkung* ou de eficácia direta dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada continua, de certo modo, o projecto da modernidade: modelar a sociedade civil segundo os valores da razão, justiça, progresso do iluminismo”.

J.J. Gomes Canotilho

“Empreendemos com a ajuda dos acasos
as travessias nunca projetadas,
sem roteiros, sem mapas e astrolábios
e sem carta a El-Rei contando a viagem.
Bastam velas e dados de jogar
e o salitre nas vigas e o agiológio,
e a fé ardendo em claro nas bandeiras”.

Jorge de Lima

INTRODUÇÃO

1. Enunciação do problema

O tema tratado no presente trabalho aborda a eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada. Trata-se de saber se é possível, em uma relação entre particulares, invocar-se a aplicação de direitos fundamentais, que, muitas vezes, irá contrapor-se à vontade inicialmente manifestada na relação. O núcleo deste problema reside, pois, em se superar um paradigma liberal para aceitar a aplicação de direitos fundamentais em uma relação de horizontalidade, “particular-particular”, em que há pressuposto de igualdade e autonomia entre as partes, em contraposição à típica relação vertical “cidadão-Estado”, onde o Estado é destinatário originário dos direitos fundamentais.

É um tema relativamente novo no Brasil. Ganhou importância pós Constituição de 1988, quando o Brasil reiniciava seu processo democrático, após quase 20 anos de ditadura – ao passo que na Alemanha essa discussão se destacou a partir da década de 50¹ e tem resultado em produtivas discussões até hoje.

Para ilustrar a amplitude e a profundidade do problema, basta que se visualizem os seguintes casos tratados pela doutrina: pode um senhorio proibir o seu inquilino de fixar cartazes, com propaganda eleitoral, na parede exterior do edifício²? É lícito a uma empresa celebrar contratos de trabalho onde seus trabalhadores têm que renunciar ao exercício de atividade partidária e sindical³? Um congresso de um partido político destinado a escolher candidatos desse partido às eleições pode excluir pessoas da raça negra⁴?

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: O caso brasileiro. In: MONTEIRO, Antônio Pinto; NEUNER, Jörg e SARLET, Ingo (orgs.). **Direitos Fundamentais e Direito privado – uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007, p 111-112

² CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 81

³ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993, p.590

⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. Ob. cit., p.590

Uma escola particular pode contratar uma professora, estipulando a ela a cláusula do celibato⁵? É lícito que um pai doe um bem a um de seus filhos e não faça a mesma liberalidade com os demais?⁶ Pode uma escola particular de alunos deficientes, que receba subsídios do Estado, recusar-se a receber crianças deficientes não batizadas ou que tenham pais de religião diferente da ensinada na escola⁷? Uma mãe pode ser obrigada a dar informações sobre o pai biológico de uma filha nascida fora do casamento?⁸

Estas são algumas das tantas questões que se inserem na discussão em torno da possibilidade de os direitos fundamentais aplicarem-se também em relações privadas.

Entretanto, encontrar referências desta eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas não é, como parece, questão recente. Os juízes brasileiros fazem isso a todo tempo. E não nos referimos apenas à nossa Corte Constitucional, visto que os juízes de primeiro grau, no Brasil, também estão aptos a realizar o controle de constitucionalidade pela via difusa. Todavia, conforme adverte Steinmetz, essas decisões não guardam uma “construção dogmática sistematizada acerca dos fundamentos, dos parâmetros metodológicos e do alcance dessa eficácia”.⁹

Nessa perspectiva, impõe-se admitir que o Poder Judiciário brasileiro talvez esteja simplesmente cumprindo o seu papel de julgar a lide, porém deixando ao largo a questão dessa particular eficácia constitucional.

Com efeito, essa ausência de controvérsia que tanto perdurou na doutrina e jurisprudência brasileira, levou Ingo Sarlet a sugerir que “onde não se controverte, talvez não haja o que controverter.”¹⁰ Todavia, não podemos esquecer que o Brasil passou por uma longa noite de ditadura que massacrou

⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993. p.590

⁶ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. xxvi

⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. Ob. cit., p.591

⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 91

⁹ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, P.293

¹⁰ Ressalte-se que logo após o comentário o próprio autor observa que há muitas controvérsias sim em torno do tema. SARLET. Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 13ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 399

produções e destruiu pretensões advindas de todos os núcleos da sociedade, inclusive do Poder Judiciário. Essa “fase negra”, como sabemos, só cessou pouco antes da promulgação da Constituição de 1988 – fase em que os direitos humanos e fundamentais voltaram a ser discutidos. Jorge Reis Novaes desmistifica essa indagação, trazendo a lume a clara regra do direito lusitano (inserta no art. 18/1 da Constituição Portuguesa) que, apesar de expressamente consagrar a vinculação de entidades privadas aos direitos fundamentais, ainda não se pacificou a celeuma que gira em torno do tema. Neste ponto, o professor da Faculdade de Direito de Lisboa informa inclusive que, apesar da existência do dispositivo constitucional expresso na Constituição lusitana, parte substancial da doutrina portuguesa pronuncia-se de forma mais reticente à idéia de uma aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas¹¹.

Isso porque a questão direitos fundamentais *versus* Direito Privado mostra-se bem mais complexa do que aparenta.

Com efeito, a análise desse assunto atinge institutos consolidados do ordenamento jurídico. Relações privadas são guiadas, prioritariamente, pelo princípio da autonomia privada. É assim que tem sido desde a instituição do liberalismo, que conseguiu, a duras penas, afastar o Estado de maiores intervenções na esfera privada.

Desta forma, basta acompanhar o raciocínio dessa lógica para entender que pretender que normas constitucionais interfiram na consolidada seara civilista é aceitar que a Constituição, até bem pouco tempo entendida como “um pedaço de papel com orientações políticas”,¹² intervenha no milenar direito civil. Além disso, é aceitar interferência no “sagrado” princípio da autonomia privada. É, acima de tudo, ver a supremacia do direito privado ameaçada pela supremacia constitucional.

Estas são questões que provocam a perplexidade de doutrinadores mais tradicionais, que assimilaram uma noção mais valorativa que normativa

¹¹ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais – Trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 69

¹² HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 9

da Constituição e, hoje, vêem-se ultrajados por esse processo pelo qual passamos de constitucionalização do Direito Civil.

Mas, felizmente, é a minoria dos civilistas que pensa dessa forma. O professor Paulo Luiz Netto Lôbo, por exemplo, defende, com habitual clareza, que se “antes havia a disjunção; hoje há unidade hermenêutica, tendo a Constituição como ápice conformador da elaboração e aplicação da legislação civil”.¹³

Este é um ponto decisivo para a compreensão do tema proposto: que a Constituição se projetou no ordenamento jurídico, passando a ocupar lugar que sempre lhe foi designado, mas nunca foi ocupado efetivamente - a posição de ápice do ordenamento jurídico. Isso justifica o fato do desenvolvimento do nosso trabalho fluir fundamentando-se na posição hierárquica privilegiada da Constituição.

Além disso, aceitar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas pressupõe a superação de outro tabu: o de que os direitos fundamentais são oponíveis unicamente contra o Estado¹⁴. Essa foi, inegavelmente a concepção originária dos direitos fundamentais, mas, conforme será demonstrado ao longo deste trabalho, a relatividade destes direitos no tempo não os manteve com essa exclusiva concepção.

Hoje, a nosso ver, é inegável que direitos fundamentais vinculam também particulares. A questão está em se aferir em que medida esses direitos devem ser aplicados nessas relações – um trabalho de que tem se ocupado a doutrina na elaboração de teorias que propõem soluções para o problema. Dito de outra forma, aceitando-se a aplicação dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, ainda resta o problema de se determinar qual o grau dessa aplicação e de que maneira ela se dará.

A situação é delicada, pois, como bem adverte Canaris, não podemos desconsiderar que, em uma relação privada, há titulares de direitos

¹³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa, Nº 141**. Brasília: Senado Federal. jan/mar 1999, p. 100

¹⁴ BILBAO UBILLOS. Juan María. Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?. In: SARLET. Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos fundamentais e direito privado**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 301

fundamentais nos dois pólos da relação (visto que ambos os particulares são detentores de direitos fundamentais), ao passo que, na típica relação entre um particular e o Estado, apenas o particular detém direitos fundamentais¹⁵.

Em verdade, as primeiras constituições escritas já passaram a regular em seus textos muitas relações inter-privadas. É o que vemos quando se aboliu a escravidão, ou quando foram impostas restrições à propriedade privada ou à liberdade de manifestação de pensamento ou quando se aboliu o emprego da tortura em prisioneiros.

Há normas constitucionais que são dirigidas, indubitavelmente, também a particulares, como o direito à greve, o direito à liberdade de associação, o direito à propriedade, dentre outros¹⁶.

Porém, a situação complica-se quando analisamos o contexto do nosso ordenamento jurídico: de um lado temos uma legislação civil, de tradição milenar, que sempre regulou, de forma exclusiva, as relações privadas. Do outro, temos uma Constituição que reflete os objetivos de um Estado Democrático de Direito¹⁷ – que tem, diga-se, forte cunho social e isonômico. Temos um Estado que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e como objetivo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CF).

Ora, se houve (e ainda há) direitos fundamentais que são naturalmente impostos aos particulares (como o direito à inviolabilidade do domicílio e o sigilo da correspondência e das comunicações), porque não se acompanhar o caráter histórico desses direitos e anuir com o fato de que direitos que eram

¹⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 38

¹⁶ No mesmo sentido, Canotilho informa em sua obra que o problema da eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada, não obstante ter ganhado relevância a partir da década de 50, não é estranho à idéia constitucional. Com efeito, o constitucionalista português bem adverte que a Declaração dos Direitos do Homem de 1789, além de afirmar os direitos fundamentais em face do Estado, contrapunha-se a privilégios da nobreza e do clero, contra posições desigualitárias em virtude da classe social. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993, p. 596

¹⁷ Sarlet também destaca este viés protetivo do Estado Democrático de direito ao afirmar que ele é, “por definição, ‘amigo’ dos direitos fundamentais e continua comprometido com a proteção efetiva dos direitos fundamentais de violações e ameaças de violações oriundas de atores privados (...)”. SARLET, Ingo Wolfgang: a influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro. In: MONTEIRO, Antônio Pinto; NEUNER, Jörg e SARLET, Ingo (orgs.). **Direitos Fundamentais e Direito privado – uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Edições Almedina, 2007, p. 122

originariamente impostos em face do Estado (em outra realidade histórica), na realidade atual podem ser também oponíveis nas relações privadas¹⁸?

De outro lado, não é difícil deduzir que estamos longe de alcançar uma conclusão simplista para um tema tão cheio de nuances. Na verdade, essa extensão da eficácia dos direitos fundamentais aos particulares, além de implicar o questionamento de muitos dogmas próprios do ideário liberal e que ainda se mostram como pilares do clássico Estado de Direito, como a autonomia privada, o princípio da igualdade formal e, até mesmo, a separação de poderes, também reflete um esforço dos Tribunais Constitucionais no sentido de buscar a proteção integral aos direitos fundamentais, diga-se, também nas relações privadas¹⁹. Esses foram apenas pequenos questionamentos aptos a suscitar dúvidas e reflexões nos que se interessam pela temática.

Por fim, cabe ressaltar que, neste trabalho, não abordaremos os direitos de 2ª dimensão (aqueles ditos prestacionais) e os de 3ª dimensão (os difusos e coletivos). Optamos por dirigir o estudo da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais de 1ª dimensão, que se nos afiguram mais ricos do ponto de vista doutrinário, jurisprudencial e prático.

2. Discussão terminológica

Um relevante problema a ser tratado neste estudo é o concernente à própria denominação dada à ligação entre particulares e direitos fundamentais. É interessante mencionar que esse problema tem sido tratado na doutrina e jurisprudência, sob a veste de denominações diversas. Na doutrina alemã, o tema é tratado como “efeitos frente a terceiros dos direitos fundamentais”

¹⁸ Da mesma forma, vale destacar que no caso dos direitos fundamentais em que o destinatário direto é o Estado, como acontece com os direitos de nacionalidade, não há que se discutir uma eficácia imediata desses direitos nas relações privadas. SARLET, Ingo Wolfgang: A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro. In: MONTEIRO, Antônio Pinto; NEUNER, Jörg e SARLET, Ingo (organizadores). **Direitos Fundamentais e Direito privado – uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 123

¹⁹ ESTRADA, Alexei Julio. Los Tribunales Constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. In: CARBONELL, Miguel (ed.). **Teoría del neoconstitucionalismo – Ensayos escogidos**. Madrid: Trotta, 2007, p. 121

(*Drittwirkung der Grundrechte*), em virtude da denominação que o Tribunal Constitucional Alemão utilizou no “caso Lüth”. Alexy, embora alemão, trata o tema como eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Canaris (Alemanha), Vieira de Andrade (Portugal) e Wilson Steinmetz (Brasil) utilizam o termo “vinculação aos direitos fundamentais”. Bilbao Ubillos, um relevante nome da doutrina espanhola, fala em “eficácia frente a terceiros”. Ainda encontramos menção a “eficácia externa” e “eficácia horizontal” dos direitos fundamentais.

Muitos termos utilizados pela doutrina merecem crítica, a exemplo do uso da nomenclatura “vigência dos direitos fundamentais”. Com efeito, questionando a tese de que se trata de um problema de vigência, temos os seguintes argumentos: a norma vigente em um determinado tempo o será para quaisquer sujeitos. Não se pode conceber vigente para alguns e não vigente para outros. É o que entende Wilson Steinmetz, quando anota:

Ora, se vigência refere-se ao poder de vinculação da norma jurídica e se há normas que vinculam os poderes públicos, mas não vinculam os particulares (no exemplo, determinadas normas de direitos fundamentais), então, com base nas definições de vigência e vigor antes estabelecidas, conclui-se que há normas jurídicas que são ao mesmo tempo vigentes e não vigentes em um determinado tempo e espaço, estão e não estão em vigor. (...) Ora, se a norma é vigente em um determinado tempo (e espaço) é no mínimo contraditório dizer que a norma é e não é vigente²⁰.

É claro que a norma de direito fundamental, para vincular particulares, deve ser vigente e válida. Mas o que forma a relação jurídica é a capacidade da norma para produzir efeitos jurídicos – sua eficácia.

Eficácia horizontal também é um termo questionado, pois, se tratarmos uma relação privada em que uma das partes detenha um poder maior que a outra (a exemplo da relação travada entre o empregador, dono de uma grande empresa de informática e de seu empregado), não estaremos mais em situação de horizontalidade, mas frente a uma relação vertical, tal qual ocorre entre o particular e o Estado.

²⁰ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p.50-51

Muitas são as reservas em relação às denominações utilizadas. Entretanto, não vamos nos ater a examiná-las de forma exaustiva, porque não conferimos grande importância à questão da denominação do problema.

Não obstante, vamos apenas expressar nossa concordância com a correção do uso do termo “eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas” ou “eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares” – termo que guarda muitas vantagens para designar o problema da aplicação dos direitos fundamentais entre particulares. Essa afirmação é corroborada pelas diversas possibilidades de irradiação da eficácia. Ela admite graus: quanto à amplitude (em total e parcial), quanto ao exercício (em plena e limitada), quanto à definitividade (em definitiva, resolúvel e interimística), quanto ao surgimento (em instantânea, sucessiva e protraída), quanto à origem (em própria, anexa e reflexa), quanto à atuação (em *ex nunc*, *ex tunc* e mista) e ainda há eficácia putativa atribuída a atos jurídicos nulos²¹.

Assim, embora Steinmetz aplique indistintamente o termo eficácia, ele entende que a eficácia é uma “condição de possibilidade de plena e efetiva vinculação”²², seja porque é a única que admite graus em sua aplicação, seja porque as normas de direito fundamental devem estar dotadas de eficácia para produzir efeitos frente aos particulares.

No mesmo sentido, Ingo Sarlet também entende que o tema deve ser tratado sob o prisma da eficácia, considerando-se que, para ele, este termo pressupõe a “vinculação jurídica dos destinatários, já que toda norma vigente, válida e eficaz (conceitos distintos, embora inter-relacionados), implica um certo grau de vinculatividade, embora se possa discutir quem e como está vinculado”²³.

Entretanto, embora cientes da correção do uso do termo eficácia, preferimos adotar neste trabalho o uso da expressão “aplicação dos direitos

²¹ MELLO, Marcos Bernades de. **Teoria do fato jurídico: Plano da eficácia - 1ª parte**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.38

²² STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p.53

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. A Constituição concretizada: Construindo Pontes entre o Público e o Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.115

fundamentais nas relações jurídicas privadas”. Essa escolha nos pareceu mais acertada porque tem a vantagem de servir ao propósito designativo do tema e, de outro lado, por ser um termo genérico, não polemiza esta questão da nomenclatura que, para nós, é secundária.

Nessa ordem de idéias, pela variedade de formas de se denominar este problema e também pelo caráter de menor importância que, cremos, tem a nomenclatura em face da amplitude do conteúdo do tema, preferimos, ao longo do trabalho, adotar, indistintamente, algumas denominações mais usuais na doutrina, a exemplo de “aplicação” e “eficácia” dos particulares aos direitos fundamentais.

3. Plano de trabalho

A discussão travada em torno do tema aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, conforme já dito quando enunciamos o problema a ser tratado neste trabalho, envolve relevantes questões atinentes ao Direito Constitucional e ao Direito Privado.

Optamos por começar o trabalho com o enquadramento histórico dos direitos fundamentais no âmbito do Estado Moderno. Essa análise pareceu relevante porque é a compreensão desse contexto que nos fará entender a originária concepção dos direitos fundamentais como contrapostos exclusivamente ao Estado. Ainda aqui, no primeiro capítulo, será desmistificada essa concepção original, em virtude do surgimento de poderosas organizações privadas, do fortalecimento dos direitos fundamentais e do processo de constitucionalização do Direito pelo qual o mundo vem passando. O ápice do capítulo dá-se com a análise do Caso Lüth, primeiro caso que abordou a questão da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares, julgado pelo Tribunal Constitucional da Alemanha e discutido profundamente por Canaris²⁴ – um dos mais importantes juristas a se debruçar sobre esta temática.

²⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2006.

No segundo capítulo, tratamos de abordar as justificativas dogmáticas que autorizam a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas. Este estudo é central para a compreensão do tema, visto que entendemos que a posição hierárquica privilegiada da Constituição é determinante para se aceitar a aplicação dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas. Além disso, outros argumentos trazidos nesse capítulo também abraçam essa tese, como a norma constitucional que determina que os direitos fundamentais têm aplicação imediata. Já no campo dogmático da Teoria Geral do Direito, uma análise da norma jurídica à luz da teoria de Pontes de Miranda também permite-nos afirmar que a inexistência de destinatário específico na norma de direito fundamental e o fato de que os direitos fundamentais formam relações jurídicas de direito absoluto, autorizam a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas.

No terceiro capítulo, analisamos o modo pelo qual os direitos fundamentais se aplicam nas relações entre particulares. Foram abordadas aqui as teorias mais importantes desenvolvidas pela doutrina e jurisprudência nacional e estrangeiras a respeito do tema.

O quarto capítulo trata dos conflitos de direitos fundamentais. Serão abordados aqui questões como a autonomia privada – que é um dos argumentos mais utilizados contra a aceitação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Para desmistificar esse princípio, defenderemos a sua tutela constitucional. Ainda defenderemos, tal qual Alexy²⁵, que os direitos fundamentais devem ser concebidos como princípios. Por fim, será analisado o método interpretativo da ponderação como apto a solucionar questões envolvendo colisão de princípios.

Finalmente, no capítulo cinco, baseamo-nos nos postulados teóricos desenvolvidos ao longo do trabalho para analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, ou seja, como o STF tem julgado as questões envolvendo a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas.

²⁵ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Trad. de Ernesto Gazón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

CAPÍTULO 1

ENQUADRAMENTO HISTÓRICO: O ESTADO MODERNO COMO MARCO PARA O SURGIMENTO DOS PRIMEIROS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

1. Considerações iniciais

Não é fácil precisar quando surgiu a primeira noção de Estado Moderno. Certo, porém, é que suas primeiras projeções deram-se na Europa, com a quebra gradual com os laços feudais e a consolidação do Estado Absolutista, que teve como sucessores o Estado Liberal e o Estado Social.

Inúmeros são os eventos históricos que contribuíram com a criação do Estado liberal e com a posterior substituição deste pelo Estado Social: o Renascimento, a Reforma protestante, a contra-reforma; condições espirituais que vão do humanismo ao racionalismo e do racionalismo ao romantismo; a revolução francesa, a evolução técnico-científica; a revolução industrial, dentre outros.²⁶

O Estado Liberal, marco do Constitucionalismo, consolidou a prevalência do Direito Privado sobre o Público – reflexo dos valores individualistas apregoados pela burguesia. A hegemonia do Direito Privado teve como principal característica, em praticamente todos os Estados Ocidentais, a regulação da sociedade a partir de valores burgueses.²⁷ É neste contexto, e sob estes princípios, que surgem os primeiros direitos fundamentais.

O Estado Social, terceiro momento do Estado Moderno, refletiu anseios de igualdade material que não foram concretizados pelo liberalismo burguês. Entre suas características, ganha destaque a regência por Constituições comprometidas com os direitos fundamentais e a atribuição de força normativa aos princípios.

²⁶ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 38-39.

²⁷ FACCHINI NETTO, Eugênio. Reflexões Históricas Evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 20.

2. O Estado Constitucional: das liberdades individuais ao Estado Social

Entre os eventos históricos que se apontam como deflagradores da condução ao Estado Constitucional, que surgiu como Estado Liberal, figuram a Revolução Gloriosa Inglesa, de 1688, seguida do “Bill of Rights”, de 1689, da Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, e da Revolução Francesa (1789-1799).

O que o Constitucionalismo que emergiu desses movimentos trouxe de inovador, em relação à codificação existente, foi o fato de ter em seu bojo a inserção de valores, de fins a serem perseguidos pelo Estado. Houve a transformação dos deveres dos súditos para os direitos dos cidadãos.

É certo, todavia, que esse constitucionalismo ainda era incipiente²⁸. Diga-se: a Constituição era mais política que social, mas as linhas do Estado Moderno que se pretendia seguir já estavam traçadas²⁹. Nesse sentido, averba Daniel Sarmiento:

Descontada a singular exceção norte-americana, a idéia que prevalecia no ‘mundo constitucionalizado’ até meados do séc. XX era a de que as Constituições eram proclamações políticas importantes, mas não autênticas normas jurídicas. As prescrições constitucionais não podiam ser aplicadas diretamente pelos juízes, nem geravam direitos subjetivos para os cidadãos. Só as leis editadas pelos parlamentos obrigavam e vinculavam; não as solenes e abstratas determinações constitucionais.³⁰

Esse momento de produção das Constituições escritas foi o meio encontrado para contenção dos desmandos cometidos pelo Estado absolutista. O que as Constituições liberais até meados do séc XX incorporavam em regra eram alguns direitos individuais concebidos como defesa do cidadão em face

²⁸ A exceção dos Estados Unidos, onde a Constituição sempre valeu como norma jurídica vinculante para todos. Um claro exemplo é o julgamento do famoso caso Marbury X Madison, ainda em 1803, onde foi declarada pela primeira vez a inconstitucionalidade de uma lei federal. Em razão, pois, dessas peculiaridades do *Common Law* norte-americano, as referências aqui feitas ao Estado Moderno sempre serão em relação à Europa e, em alguns casos, aos países latinos.

²⁹ É o que se vê do art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que dispõe: “Os homens nascem e são livres e iguais em direitos, as instituições políticas só podem fundar-se na utilidade comum”.

³⁰ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. **Livres e iguais. Estudos de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006, p.171.

do Estado. Essa foi, primordialmente, a principal perspectiva dos primeiros direitos fundamentais: direitos voltados para a contenção dos desmandos estatais.

De outro lado, em termos axiológicos, encontramos no constitucionalismo do Estado Liberal um forte reflexo do caráter individualista do iluminismo. A sociedade ainda não é vista como um todo, mas em fragmentos individuais que buscam a felicidade pessoal.

As críticas ao Estado Liberal, como se verá ao longo deste capítulo, são muitas. Entretanto, são inegáveis os aspectos positivos desse período, como a profunda modificação que houve no Direito com a supressão de privilégios de nascimento e a inserção de princípios que, em um momento posterior, passariam a regular o Direito e a servir a todas as classes.³¹

Na verdade, como bem informa o professor Paulo Lôbo, “houve duas etapas na condução do movimento liberal e na existência do Estado Liberal – a primeira, a da *conquista da liberdade*; a segunda, a da *exploração da liberdade*”.³² E foi neste contexto que se desenvolveu da teoria do contrato, “fundamentada na vontade livre dos particulares”.³³

Predominou no Estado Liberal, talvez como forma de certificar o não retrocesso ao absolutismo, a ideologia do *laissez-faire*, onde o Estado não interviria na vida social: a própria sociedade se auto-regularia de acordo com os interesses em jogo³⁴. Foi o auge do liberalismo e, por que não dizer, a razão de sua ruína.

O Estado Liberal, ao aplicar indistintamente a ideologia do *laissez-faire*, “respeitando” a vontade dos indivíduos, partiu da falsa premissa de que

³¹ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.48.

³² LÔBO, Paulo Luiz Netto. **O contrato – exigências e concepções atuais**. São Paulo: Saraiva, 1986. p.11

³³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Ob. cit., p.11

³⁴ Em relação a essa tão mencionada característica liberal de separação do público/privado, Eugênio Fachinni Neto, em relevante pontuação, observa que a separação absoluta entre os espaços públicos e privados na verdade nunca existiu, pois o Estado nunca deixou de ter ingerências sobre as relações privadas, seja fixando tarifas, seja orientando mercados, seja nas relações contratuais e familiares... (FACCHINI NETTO, Eugênio. Reflexões Históricas Evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 21)

todas as pessoas eram livres e iguais. Assim, somente quando latente a ilegalidade, ele interviria.

Entretanto, a realidade tratou de demonstrar que a liberdade de contratar, “que foi e é uma quimera fora do poder econômico, converteu-se em um jogo dominado pelos mais fortes.”³⁵ As duras regras advindas do capitalismo, começaram a refletir suas injustas conseqüências sociais.

Desta forma, este posicionamento do Estado teve que ser revisto, tendo em vista que o próprio sistema capitalista possibilitou o fortalecimento de entes privados, que, agora dotados de um poder cada vez maior, passaram a desequilibrar relações tidas como horizontais, onde pessoas livres e autônomas negociavam em iguais condições. São os poderes privados, mais detalhados no item a seguir.

2.1 O fenômeno dos poderes privados

O Estado Liberal, ao admitir uma noção de igualdade formal entre as pessoas, acabou por permitir, dentre outras coisas, a efetivação de inúmeras injustiças e arbitrariedades por diversas formas de organizações privadas. A sociedade, já protegida agora contra eventuais agressões estatais aos seus direitos fundamentais, viu-se cotidianamente lesada e desprotegida em virtude de agressões oriundas de particulares.

Percebeu-se que relações privadas também podem lesionar direitos fundamentais. O diferencial é que, nestas situações, nos dois pólos da relação, há entes privados – e, neste caso, ambos são detentores de direitos fundamentais (o que não ocorre quando a relação se dá entre um ente privado e o Estado).³⁶

A expressão poderes privados nos conduz às entidades ou pessoas privadas que, de qualquer forma, desequilibram a horizontalidade das relações

³⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **O contrato – exigências e concepções atuais**. São Paulo: Saraiva, 1986. p.11

³⁶ CANARIS. Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 2006, p.38

privadas. Tal quebra de igualdade entre particulares é devida à situação de poder que detém uma das partes em respectiva relação privada. A parte que está em situação dominante, seja por fatores sociais ou econômicos, inevitavelmente dita as “regras do jogo”. Essa desigualdade é resultado de uma “pulverização e democratização do fenômeno poder. O poder deixa de ser privilégio exclusivo do Estado, para passar a ser repartido e compartilhado pela própria sociedade”.³⁷

Perez Luño aborda essa questão tratando justamente da insuficiência do critério igualdade formal, que não supõe a igualdade material numa sociedade capitalista. Nesse sentido, o jusfilósofo espanhol admite que não se pode negar a existência de ameaças aos direitos fundamentais advindas

de centros de poder no menos importantes que los que corresponden a los órganos públicos. De ahí que el tránsito Del Estado liberal al Estado social de Derecho haya supuesto, em este plano, la extensión de la incidencia de los derechos fundamentales a todos los dectores del ordenamiento jurídico y, por tanto, también al seno de lãs relaciones entre particulares.³⁸

As relações horizontais entre entes privados são, em regra, marcadas pela autonomia, pela celebração de atos realizados com liberdade individual. Entretanto, não se pode desconsiderar que mecanismos de poder podem influir ou suprimir este mínimo de liberdade da parte.³⁹ Quando isto acontece, quando uma das partes assume traços de coação e autoridade, acaba por adotar características imperativas, que são próprias dos entes públicos. Nestes casos, a desigualdade se converte em falta de liberdade.⁴⁰

Não é, pois, sem propósito que o desenvolvimento mais fértil da aplicação dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas se deu no campo das relações laborais: porque a subordinação é uma característica implícita à prestação do trabalhador. De outro lado, os poderes dos

³⁷ SILVA, Vasco Manoel Pascoal Dias Pereira. **Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias**. Revista de Direito Público nº82, abr/jun 1987, ano XX, p.43.

³⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los derechos fundamentales**. 9ª ed. Madrid: Tecnos, 2007, p. 23

³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p 128

⁴⁰ BILBAO UBILOS, Juan Maria. Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 303-304

empresários são uma potencial ameaça aos direitos fundamentais dos trabalhadores.⁴¹

Acrescido a isso, a inserção dos direitos fundamentais nos textos constitucionais fez com que o Estado evoluísse da posição de adversário para a de guardião destes direitos⁴². Os direitos fundamentais, ao se inserirem na ordem jurídica objetiva da comunidade, resultaram no dever do Estado não apenas de abstenção de intervenção, mas também no dever de proteger estes direitos contra agressões de terceiros.⁴³

No contexto atual do capitalismo, em que as relações se massificaram de tal forma a retirar grande parte do poder de escolha de cláusulas contratuais por parte dos cidadãos comuns; em que as grandes organizações privadas exercem influência e determinam as diretrizes a serem seguidas de forma até de forma mais incisiva que o Estado, não se pode negar que hoje os direitos fundamentais são violados continuamente por entidades não estatais.

Nesse sentido, pondera Juan Maria Bilbao Ubillos:

Hoy, como ayer la realidad desmiente la existencia de una paridad jurídica em buena parte de los vínculos entablados entre sujetos privados. El Derecho privado conoce también el fenómeno de la autoridad, del poder, como capacidad de determinar o condicionar jurídicamente o de facto las decisiones de otros, de imponer la propia voluntad. Basta con mirar alrededor y observar atentamente la realidad que nos rodea.⁴⁴

Ora, a fragmentação do poder estatal em esferas menores e mais sujeitas ao controle social (com a queda do Estado absolutista) e o surgimento dos poderes privados tornou evidente a necessidade de se alargar o âmbito de incidência dos direitos fundamentais, de reformular a função a que foram originariamente concebidos.

⁴¹ BILBAO UBILOS, Juan Maria. Ob. cit., p.304

⁴² MENDES, Gilmar Ferreira. Ob. cit., p. 120

⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 119-120

⁴⁴ BILBAO UBILOS, Juan Maria. Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2ª ed., Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2006, p.303.

É mais uma vez a confirmação de que o processo histórico é o grande responsável pela mudança de concepção dos direitos fundamentais. Diga-se: a nova realidade do Estado Moderno, convivendo com organizações tão poderosas quanto o Estado, conduziu os direitos fundamentais a um inevitável redimensionamento de seu alcance.

Nesse contexto, as poderosas organizações privadas podem se constituir em um perigo real aos direitos fundamentais, pelo fato de que sua posição de superioridade predispõe-nas a abusar e cometer arbitrariedades tal qual o Poder Público. Em verdade, ditos poderes privados são, na realidade atual, ainda mais perigosos para a sociedade civil que o Estado. De fato, contra os desmandos estatais, de há muito se tinha a proteção do sistema jurídico, ao passo que os poderes privados gozam de relativa impunidade.⁴⁵

Não são poucos os aspectos que podem ser abordados quando tratamos da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. De um lado, a nova estrutura de poderes, típica do Estado Social, de certa forma obriga o Estado a se posicionar quando fortes entidades privadas atingem um direito fundamental de um particular. A agressão vinda de células de poder (mesmo que privados) suporta uma maior ingerência por estar caracterizada a quebra da horizontalidade da relação.

⁴⁵ BILBAO UBILOS, Juan Maria. Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.305.

2.2 O fracasso do Estado Liberal e o advento do Estado Social: como a Constituição se tornou a ordem de valores da comunidade.

A abstenção do Estado em intervir nos jogos de poder não poderia se sustentar por muito tempo. O capitalismo desenfreado não tardou a mostrar que os cidadãos iguais perante a lei não eram tão iguais assim. A exploração da classe operária, a falta de efetivação de políticas públicas em prol da melhoria da qualidade de vida da população, o incontrolado aproveitamento e deterioração do meio ambiente, o surgimento dos poderes privados urgiam por uma mudança de posição da função do Estado.

A centelha que faltava para comprovar o fracasso do Estado Liberal foram as crises bélicas do século XX, em especial a segunda guerra mundial, que chocou o mundo com as atrocidades cometidas pelo nazismo e, posteriormente, justificadas (no Tribunal de Nuremberg) por uma “inquestionável” autorização legal, presente na Constituição de Weimar, de 1919.

O mundo, perplexo, viu milhões de seres humanos sumariamente executados em campos de concentração, em que líderes de Países desenvolvidos mostraram até onde pode chegar a crueldade humana, sem o mínimo respeito aos direitos fundamentais já consagrados. Sentiu-se, por conseguinte, a necessidade de um Estado mais intervencionista, protetor, preocupado com o social – em contraposição ao papel desempenhado pelo Estado Liberal. Tais fatos foram determinantes para a posterior consolidação do Estado Social.

Da mesma forma, no âmbito internacional, houve a necessidade de se estruturar objetivos e traçar metas para a proteção de direitos fundamentais a serem efetivados por toda a comunidade mundial. Assim, os países começam a se agrupar em organizações internacionais, que visam, em especial, a proteção dos direitos do homem – tão desrespeitados pelo liberalismo e pelos já conhecidos eventos da segunda guerra mundial.

Numerosos pactos e declarações sucederam-se objetivando a proteção e positivação dos direitos humanos, como: a Declaração Universal

dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948⁴⁶; o Pacto Internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais, de 16 de dezembro de 1966⁴⁷ e o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966⁴⁸, dentre outros.

Esses pactos inauguraram uma nova fase do constitucionalismo do Estado Moderno (agora em sua fase social). Isso porque as novas constituições promulgadas a partir de então trazem, em seu bojo, a incorporação de direitos fundamentais e princípios morais com valor normativo. De certa forma, pode-se afirmar que as constituições passaram a normatizar princípios seculares baseados no respeito à dignidade da pessoa humana. “Ou seja, abandona-se a ética do individualismo pela ética da solidariedade, relativiza-se a tutela da autonomia da vontade e se acentua a proteção da dignidade da pessoa humana”, como afirma Eugênio Facchini Netto.⁴⁹

As constituições deixaram de ser meras orientações e se tornaram normas obrigatórias e propensas a incidir. Nesse sentido a oportuna lição de Vital Moreira:

Em certo sentido, a história do Constitucionalismo é a história dos direitos fundamentais, ou seja, a história da sua afirmação inicial e depois do seu alargamento e da construção e do aperfeiçoamento dos mecanismos da sua tutela. O Estado Constitucional moderno é cada vez mais um “Estado de Direitos Fundamentais” (um *Grundrechtsstaat*).⁵⁰

Com o advento do Estado Social, a Constituição passou a cumprir não só a sua clássica função negativa, de abstenção (não realizando ingerências em seus direitos individuais), mas também uma função prestacional e de tutela (visando à garantia da efetividade dos direitos fundamentais).

⁴⁶ Que foi assinada pelo Brasil na mesma data.

⁴⁷ Assinado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992.

⁴⁸ Ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992.

⁴⁹ FACCHINI NETTO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 25.

⁵⁰ MOREIRA, Vital. O futuro da constituição. In: Grau, Eros Roberto .Guerra Filho, Willis Santiago. **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001, p.322.

De fato, também Perez Luño afirma que na medida em que o Estado Liberal de Direito evoluiu para Estado Social de Direito, os direitos fundamentais também dinamizaram seu significado – sendo um dos reflexos disso, a função prestacional que passou a ser cumprida pelo Estado.⁵¹

Na verdade, o que se quer ilustrar é que o Constitucionalismo se fortaleceu com o advento do Estado Social; que foi a Constituição a grande responsável por pretender efetivar os direitos fundamentais, provenientes do Direito das Gentes⁵², no âmbito de proteção interna dos Estados.

Os limites que foram impostos à ação estatal à época do Liberalismo começaram a se enfraquecer e o Estado passou a se re-apropriar do espaço conquistado pela sociedade burguesa.⁵³

De fato, hoje é tão forte o poder do constitucionalismo que, em todos os ramos do direito, não só no Brasil, mas em diversos países, como Alemanha, Itália, França, Espanha e Portugal, vem ocorrendo o fenômeno da constitucionalização do ordenamento jurídico.

Acompanhando o entendimento de Daniel Sarmento, pode-se afirmar que a Constituição se tornou ubíqua⁵⁴ - influenciando todos os ramos da sociedade, sendo convocada não só em cortes superiores, mas também em contendas em juízos de primeiro grau. Não peca por excesso aqueles que afirmam que a constituição “irradia” sua força normativa em todos os ramos do direito⁵⁵.

⁵¹ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los derechos fundamentales**. 9ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2007, p. 21

⁵² A expressão “Direito das Gentes”, é comumente mencionada nas obras do jurista Pontes de Miranda, e é aqui adotada pelos relevantes fundamentos trazidos pelo autor como contributo a teoria dos direitos fundamentais. Noções sobre este entendimento serão explanadas no próximo tópico.

⁵³ FACCHINI NETTO, Eugênio. Reflexões Históricas Evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 24

⁵⁴ SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais. Estudos de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2006, p.167.

⁵⁵ Em sentido contrário, é bastante interessante a observação de Claus-Wilhelm Canaris (que será mais detalhada ainda neste capítulo) acerca do fortalecimento e influência da Constituição e da mencionada expressão de que a Constituição e os Direitos Fundamentais “irradiam sua força direito privado adentro”. O professor da Universidade de Munich entende que esse “não é um conceito jurídico, mas apenas uma expressão imagética da linguagem coloquial que pouco explica em termos dogmáticos”. Continua seu raciocínio afirmando que a eficácia que os direitos fundamentais exercem “trata-se de uma eficácia ‘normal’ e não apenas de um ‘efeito

No tópico a seguir vamos entender esse processo de universalização dos direitos fundamentais, para, em seguida, tocarmos em um ponto corrente entre os juristas atuais, que é o processo de Constitucionalização do ordenamento jurídico.

3. A Universalização e o conseqüente fortalecimento dos direitos fundamentais

Conforme já anotado anteriormente, a primeira expressão dos direitos fundamentais foi identificada como uma forma de proteção dos direitos humanos em face do Estado Absolutista, tendo em vista os privilégios injustificados e as transgressões cometidas por este contra a sociedade em geral.

Ocorre que essa primeira projeção dos direitos fundamentais não se manteve estanque durante os anos. Nasceu refletindo a realidade de uma época de luta contra o poder despótico dos monarcas, objetivando romper uma ordem política. Mas não ficou só nisso. Passou a alargar a proteção que conferia à sociedade civil, não só em razão de transgressões estatais.

Essa nova concepção de direitos fundamentais se efetivou em consonância com a já mencionada nova fase do constitucionalismo, em resposta ao massacre de milhões de judeus durante a segunda guerra mundial. O pós-guerra representou um contexto favorável para a discussão sobre os destinatários dos direitos fundamentais.⁵⁶

Assim, de um lado o constitucionalismo passou de mero coadjuvante a pilar de sustentação do Estado de Direito e, de outro, os direitos fundamentais passaram a ser vistos como uma forma de proteção do indivíduo contra as violações que viessem ou não do Estado.

por irradiação'." CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. **Revista Jurídica**, a. 51, nº312. Porto Alegre: Notadez, out/2003, p.21.

⁵⁶ PEREIRA, Jane Gonçalves Reis. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO. Luis Roberto (org.). **A nova interpretação Constitucional . Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2003, p.133

Nesse sentido, Perez Luño afirma que os direitos fundamentais são a principal garantia com que contam os cidadãos de um Estado de Direito orientado à promoção da pessoa humana.⁵⁷ Desta forma, os direitos fundamentais começaram a viabilizar uma nova noção de sociedade, que, por sua vez, originou uma gama de princípios norteadores que extrapolaram a esfera pública, inserindo-se na esfera privada.

Veja-se que não é preciso muito esforço para se vislumbrar, nesse contexto de transformação da função dos direitos fundamentais, que o desenrolar histórico e o processo civilizatório de uma sociedade torna os direitos fundamentais variáveis.

A função originária a que foram concebidos – proteção do cidadão em face do poder estatal – não se estagnou, e os direitos fundamentais, em face à nova realidade social, inevitavelmente admitiram novas interpretações acerca de suas funções.

Neste contexto de crescente importância da Constituição e de seus princípios como normas aptas a incidir, a posição tomada por Pontes de Miranda explicita que os direitos fundamentais ocupam posição privilegiada até mesmo em relação ao direito interno de um Estado.

Os direitos fundamentais, ditados pela comunidade internacional, ou direito das gentes, – denominação adotada pelo jurista alagoano, têm um valor superior. Assim, havendo conflito entre o direito interno e o direito das gentes, este deveria sempre prevalecer. Conforme sua afirmação, “ou o direito das gentes domina o direito interno ou não é. Ou lhe cabe o primado ou ele não existe”⁵⁸.

A visão de Pontes de Miranda sobre os direitos fundamentais é extremamente avançada, pois aborda questões como universalidade e efetividade dos direitos fundamentais, ainda sob a égide da Constituição de 1946, reflexão que só veio a ser aprofundada no Brasil após a Constituição de 1988.

⁵⁷ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los derechos fundamentales**. 9ª ed. Madrid: Tecnos, 2007, p. 20

⁵⁸ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**, Tomo I. São Paulo: RT, 1970, p. 217.

Pontes de Miranda continua sua análise discorrendo acerca das características do Direito das Gentes⁵⁹, que podem ser didaticamente agrupadas do seguinte modo:

a) são direitos que não suportam negação. Em verdade podem ser adaptáveis sempre em busca da realização do direito justo;

b) são direitos do homem, e não apenas do nacional ou do súdito;

c) são direitos que pretendem a efetividade universal, ou seja, pretendem incidir na escala jurídica da terra, visto ser ele próprio quem fixa seus limites e sua intensidade;

d) tem caráter envolvente, ou seja, por ser um direito superior, ele envolve e integra todos os círculos sociais existentes e tem mesmo a pretensão da criação de uma Constituição universal;

e) prevalece sobre o direito interno (PRIMADO). A questão do primado é condição de existência do direito das gentes. À vista disso, em caso de conflito, o Direito das Gentes tem que prevalecer;

f) mantém a superioridade e originariedade. Superior porque tem o primado sobre qualquer direito interno de qualquer Estado; originário porque ele é a esfera supra estatal distributiva de competência;

g) exerce distribuição de competências: A comunidade supra estatal procura salvaguardar, dentro dos Estados, os interesses humanos e minoritários.

Veja-se que os direitos fundamentais ditados pelo Direito das Gentes são direitos que possuem características peculiares em relação a qualquer norma de direito interna de um Estado.

Divisa-se, com esse elenco de características do direito das gentes, que a Comunidade Internacional pretendeu – e tem conseguido, a duras penas, universalizar os direitos fundamentais e torná-los normas de conduta indispensáveis às sociedades civilizadas.

⁵⁹ MIRANDA, Pontes de. ob. cit., p.215-227

Ainda sobre o caráter universal dos direitos fundamentais, o professor Christian Courtis, da Universidade de Buenos Aires, analisa a possibilidade dos direitos fundamentais produzirem eficácia nas relações privadas confrontando essa assertiva com o perfil universal que têm esses direitos. Essa noção de que o Estado é o destinatário exclusivo dos direitos fundamentais encontra raiz no fato de que o Estado é o principal responsável pelo cumprimento das normas internacionais⁶⁰. Ocorre que esse argumento não esgota a questão, porque se analisarmos o conteúdo das normas internacionais que dispõem sobre direitos humanos, a questão se torna bem mais complexa do que a precipitada afirmação de que há uma vinculação estatal exclusiva. Isso porque, continua o autor, é freqüente encontrar em tratados de direitos humanos normas em que o sujeito passivo é um particular, como, por exemplo, no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que estabelecem direitos trabalhistas que vinculam empregadores privados.

O professor argentino informa inclusive que a Corte Interamericana de Direitos Humanos veio a confirmar a correção dessa assertiva na Opinião Consultiva OC-18/03, que foi solicitada pelo governo mexicano, onde a Corte afirmou tacitamente:

Em una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes*). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser repetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en la relación con otros particulares (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, par. 140).⁶¹

⁶⁰ Entretanto o próprio autor menciona a exceção do Direito Penal Internacional, onde os indivíduos são os pessoalmente responsáveis pelas violações, embora essa não seja a regra. COURTIS, Christian. La eficacia de los derechos humanos el las relaciones entre particulares. In: MONTEIRO, Antônio Pinto; NEUNER, Jörg e SARLET, Ingo (organizadores). **Direitos Fundamentais e Direito privado – uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 83-84

⁶¹ COURTIS, Christian. La eficacia de los derechos humanos el las relaciones entre particulares. Ob. cit., p. 86

Desta forma podemos concluir que o caráter universal dos direitos humanos obriga a todos – Estados e particulares, principalmente porque guardam a característica de direito cogente e com oponibilidade *erga omnes*⁶².

Nesse contexto, questionar de onde veio a agressão a determinado direito fundamental é um contra-senso. Note-se que a pretensão de universalidade dos direitos fundamentais e o fato de não suportarem negação por si só são suficientes para a proteção contra qualquer violação, seja qual for a sua origem.

Cabe salientar que, embora no campo teórico possamos visualizar essa evolução da concepção dos direitos fundamentais de forma bastante clara, na prática, ainda hoje, há enorme resistência para se aceitar que os direitos fundamentais podem ser oponíveis não só contra a atuação estatal, mas também contra atos oriundos da própria esfera privada.

4. A influência do processo de constitucionalização do Direito na densificação dos direitos fundamentais

O professor Paulo Lôbo⁶³, ao tratar do processo de constitucionalização do Direito Civil, afirma que este pode ser entendido como a releitura de normas do Direito Civil sob a perspectiva constitucional. O milenar Direito Civil, que parecia intangível em todo o seu processo evolutivo, passou a receber forte influência (e porque não dizer diretrizes) da “recente” Constituição.

Paralelo a esse fortalecimento constitucional, houve um enfraquecimento dos códigos (totalizantes até então) e um aumento dos microssistemas legislativos, a exemplo do Estatuto da Criança e do

⁶² Reservamo-nos a não aprofundar neste momento esta característica *erga omnes* dos direitos fundamentais, porque ela será tratada mais adiante, no capítulo 2, item 2.4.

⁶³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. In: **Revista de Informação Legislativa. Nº 141**. Brasília: Senado Federal, Janeiro/Março 1999.

Adolescente e do Código de Defesa do Consumidor, que objetivam desenvolver metas de transformação social enunciadas na Constituição.⁶⁴

No mesmo sentido, Gustavo Tepedino⁶⁵, analisa o desenvolvimento do Direito Civil na experiência legislativa brasileira. Ele enfatiza que há uma relação direta entre a evolução na postura do Estado brasileiro e a forma de desenvolvimento da legislação civil.

Inicialmente, com a edição do Código Civil de 1916, percebe-se o traço individualista e patrimonialista da época, ainda fortemente influenciada por preceitos liberais. Há, nesse momento, uma nítida separação entre Direito Público e Direito Privado. Nesta fase o Código Civil é visto como a fonte primordial das normas jurídicas destinadas aos particulares. Nos anos que se seguem após a sua promulgação, normas esparsas surgem sobre Direito Civil. Contudo, a centralidade do Código permanece.

A partir da década de 1930, este cenário começa a mudar. As legislações extravagantes passam a concorrer com o Código Civil, perdendo este a sua centralidade, mas ainda cumprindo a função de norma geral aplicável na ausência de lei específica. Tal fenômeno reflete o momento de decadência do liberalismo e ascensão do Estado Social, representado no direito pelo dirigismo contratual.⁶⁶

O aprofundamento deste fenômeno é percebido a partir da Constituição de 1988, momento a partir do qual as leis específicas deixam de ser meras leis especiais, passando a adotar um caráter universalizante. Explica-se: estas leis especiais, agora denominados estatutos, passam a trazer princípios próprios, regras interpretativas próprias e, ainda, normas de outros ramos do Direito.

Cabe salientar que esse processo de descentralização do Direito Civil não significa uma redução da autonomia privada, mas sim uma transformação

⁶⁴ FACCHINI NETTO, Eugênio. Reflexões Históricas Evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 25

⁶⁵ TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e relações de Direito Civil na Experiência brasileira. In: **Boletim da Faculdade de Direito. Studia Jurídica nº 48, Colloquia 6**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p.328.

⁶⁶ TEPEDINO, Gustavo. Ob. Cit, p. 328.

do conteúdo desta autonomia privada e dos principais institutos do Direito Civil, para que estes possam se adequar à nova realidade brasileira – qual seja, uma realidade em harmonia com a busca da justiça social.⁶⁷

Entretanto, bem sabemos que essa posição ainda encontra resistência na doutrina e jurisprudência pátria e alienígena. O apego a valores patrimonialistas e individualistas milenares reforçam a resistência em se aceitar a influência da Constituição (e dos direitos fundamentais) no Direito Civil. Conforme adverte com habitual precisão o professor Canotilho,

É, porém, o peso ideológico do proprietarismo individualista que ainda hoje intervém quando, perante a necessidade de fazer vigorar nas relações privadas os princípios e normas constitucionais referentes aos direitos fundamentais (o direito civil seria assim, e cada vez mais, um direito constitucional concretizado), se reage emocionalmente denunciando as metástases <<cancerígenas>> do direito constitucional no âmbito do ordenamento civil, se invoca a perversão do direito civil, da autonomia privada e do livre desenvolvimento da personalidade, perante a <<coacção>> feita nas relações privadas pelas normas constitucionalmente referentes a direitos fundamentais.⁶⁸

O objetivo deste processo de evolução legislativa é, em verdade, buscar a efetivação das demandas sociais reprimidas, empenhando-se na concretização de princípios e valores consagrados na Constituição. Tal é a impossibilidade de disjunção da Constituição e do Direito Civil que hoje esses dois Estatutos devem ser analisados em conjunto. É a Constituição irradiando seus efeitos em todo o ordenamento jurídico, inclusive no Direito Privado.

A supramencionada descrição histórica da evolução do constitucionalismo é também a razão da incorporação da Constituição pelos institutos civis (até então intangíveis a quaisquer mudanças históricas ou políticas). Isso só foi possível porque o fortalecimento da Constituição fez com que ela passasse a influenciar todo o ordenamento jurídico.

As normas civis que, até então, eram aplicadas diretamente, passaram a exigir uma consonância direta com as normas, inclusive principiológicas, insertas na Constituição, sob pena de ilegalidade ou invalidade.

⁶⁷ TEPEDINO, Gustavo. Ob. cit., p. 329-330.

⁶⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993, p.592

Desta forma, vários institutos civis passaram a ser vistos sob outra perspectiva, sempre objetivando não agredir a dignidade da pessoa humana – princípio mestre da Constituição e das Declarações Internacionais⁶⁹.

Observamos, por exemplo, a família, até então resguardada sempre sob a ótica patrimonial, ter uma nova concepção de proteção, qual seja a de proteger os laços afetivos que a formam; a propriedade ser relativizada pela função social que deve cumprir e os contratos serem obrigados a considerar as desigualdades materiais das partes.⁷⁰

O que se pretende com esse pequeno grupo de exemplos, é esclarecer que essa mudança de paradigma só foi possível com o advento do Estado Social e o conseqüente fortalecimento da Constituição, que hoje vive seu apogeu, em virtude da submissão de inúmeros institutos de Direito Privado aos valores e princípios nela inseridos.

5. O caso Lüth, a concepção de Canaris e o início das discussões sobre a aplicação dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas.

A discussão acerca da aplicação dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas ganhou relevância a partir da década de 50, com a afirmação da Constituição como norma suprema e fundamental. Neste contexto, a Alemanha é considerada o país precursor do debate em torno da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Este pioneirismo alemão em tratar o tema direitos fundamentais *versus* Direito Privado deve-se à construção, pelo Tribunal Federal Alemão da primeira jurisprudência relevante a tratar da matéria. Este foi o campo fértil para inúmeras produções doutrinárias sobre o tema e incansáveis análises sobre essa inovadora decisão.

O marco destas discussões é o famoso caso Lüth, de 1950. Foi, com efeito, o primeiro caso em que uma Corte Constitucional enfrentou diretamente

⁶⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. **Revista de Informação Legislativa. Nº 141**. Brasília: Senado Federal, Jan/Mar 1999, p. 103

⁷⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. ob. cit., p. 102-108.

a colisão entre direitos fundamentais. De fato, a histórica sentença do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha acerca do aludido caso ainda gera intensas análises e acirradas críticas da doutrina, a exemplo de Canaris, que elenca “consideráveis fraquezas” da decisão e propõe uma “reconstrução crítica” da mesma.⁷¹

Resumidamente, o caso Lüth pode ser descrito da seguinte forma: em 1950, Erich Lüth realizou boicote público contra o filme “Unsterbliche Geliebte” (amada imortal), sob o argumento de que o diretor deste filme, o cineasta Veit Harlan, já havia rodado um filme anti-semita durante o nazismo. Em primeira instância o Tribunal de Justiça de Hamburgo considerou o ato de Lüth ilícito e o condenou a se abster do boicote, baseando-se, para isso, no § 826 do Código Civil (BGB), que dispõe que quem causa dano a outro de maneira ofensiva aos bons costumes, está obrigado a indenizá-lo.⁷²

Em sede de recurso interposto por Lüth, o Tribunal Constitucional cassou a sentença do Tribunal Cível, afirmando que a aplicação do § 826 do BGB viola o direito fundamental a liberdade de opinião do Sr. Lüth, que é garantido pelo art. 5º, inciso I, da Lei Fundamental. O Tribunal Constitucional utilizou pioneiramente a fundamentação de que a Lei Fundamental erigiu os direitos fundamentais a uma “ordem objetiva de valores” que deve ter “efeitos de irradiação” por todas as áreas do Direito.⁷³

Neste caso, ainda que o Tribunal Constitucional tenha pretendido manter-se à margem da discussão doutrinária que já se formava entre Dürig e

⁷¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 2006, p.44.

⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **A Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.124.

⁷³ CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos Direitos Fundamentais sobre o Direito Privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006. p. 230.

Nipperdey⁷⁴(juristas alemães), a linha de argumentação que adotou se identificou com a teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais⁷⁵.

Muito embora o Tribunal Constitucional não tenha aplicado diretamente os direitos fundamentais nesta questão, a argumentação de que os direitos fundamentais se irradiam para outros ramos do Direito teve enorme repercussão e foi, pode-se mesmo afirmar, uma posição inovadora para a época.

Desde então Claus-Wilhelm Canaris tem dedicado muitos de seus escritos ao polêmico tema “Direitos Fundamentais e Direito Privado”. Sustenta o mestre alemão que a problemática não está esgotada, ao contrário, “encontra-se hoje virtualmente em todas as bocas”.⁷⁶ Na análise dessa decisão paradigmática, marco de enfrentamento da aplicação dos direitos fundamentais entre particulares, Canaris elenca severas e ácidas críticas.

Em breve síntese dessa célebre decisão, emerge que o Tribunal Constitucional assentou que os Direitos Fundamentais seriam aplicados no Direito Privado, através dos princípios gerais de Direito Privado, por meio de uma “eficácia de irradiação”, que se trata da eficácia mediata daqueles direitos, assunto a ser pormenorizado no capítulo III. Canaris afirma que é “até uma impossibilidade intelectual querer controlar a conformidade de uma norma de direito privado com os direitos fundamentais aferindo-a segundo outra norma de Direito Privado”⁷⁷, pois estas normas estão no mesmo nível.

A observação afigura-se precisa. É que se for aceito esse controle entre normas de Direito Privado, admite-se que uma norma ordinária seja elevada a nível constitucional para controle de outra norma também ordinária.⁷⁸

⁷⁴ Dürig foi quem pioneiramente desenvolveu a tese de que os direitos fundamentais se aplicam de forma apenas indireta nas relações entre particulares. Nipperdey advogou tese diversa, onde afirmava que eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas deveria ser direta e absoluta.

⁷⁵ ESTRADA, Alexei Julio. Los Tribunales Constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. In: CARBONELL, Miguel (ed.). **Teoria del neoconstitucionalismo – Ensayos escogidos**. Madrid: Trotta, 2007, p. 130

⁷⁶ CANARIS. Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 2006, p.19.

⁷⁷ CANARIS. Claus-Wilhelm. Ob. cit., p.30.

⁷⁸ CANARIS. Claus-Wilhelm. Ob. cit., p.30.

A *lex superior*, ou seja, a Constituição, é que deve despontar soberana como padrão de controle.⁷⁹

Na reconstrução crítica desta decisão, Canaris propõe soluções que substituiriam, ou seriam boas alternativas para a superação da clássica teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais, proposta pelo Tribunal Constitucional.

Em seu estudo da decisão Lüth, o primeiro grande vício apontado por Canaris é o fato de se aceitar essa “eficácia de irradiação” como escudo para afastar o risco de uma super-revisão. Na verdade este é um risco que atinge todas as áreas do direito (penal, administrativo, financeiro) e não apenas o Direito Civil – razão pela qual não se pode mitigar a aplicação dos direitos fundamentais quando se trata do Direito Privado.⁸⁰

Essa questão seria de ordem processual-constitucional e este problema de super-revisão seria atenuado se fosse exigido pelo Tribunal Constitucional a comprovação de que a decisão impugnada chegaria a outro resultado por força da Constituição.⁸¹

O segundo vício da decisão Lüth, trazido por Canaris, reside no fato de que o Tribunal Constitucional preferiu empregar o conceito desta “eficácia de irradiação” ao invés de aplicar os direitos fundamentais em suas reais – e normais – funções de proibições de intervenção e imperativos de tutela. A crítica a esta “eficácia de irradiação” está expressa quando ele afirma que este conceito “não constitui mais do que uma solução de recurso, desde logo, porque não é um conceito jurídico, mas antes, e tão só, uma formulação metafórica extraída da linguagem coloquial, e que é correspondentemente vaga”.⁸²

⁷⁹ A questão da posição hierárquica privilegiada da Constituição, um dos fortes argumentos a autorizar a aplicação dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada, será aprofundada no próximo capítulo.

⁸⁰ CANARIS. Claus-Wilhelm. Ob. cit., p.44-45.

⁸¹ CANARIS. Claus-Wilhelm. Ob. Cit., p.45.

⁸² CANARIS. Claus-Wilhelm. ob. cit., p. 48.

O que vem a lume nessa afirmação é que o Tribunal Constitucional poderia ter se saído bem melhor se tivesse fundamentado sua decisão apenas na clássica função de proibição de intervenção dos direitos fundamentais⁸³.

Entretanto, apesar de suas críticas à fundamentação da decisão do Tribunal Constitucional no caso Lüth, Canaris não é filiado à corrente da aplicação direta ou imediata dos direitos fundamentais. Esta corrente, que também será analisada de forma mais aprofundada no capítulo III, sustenta que os direitos fundamentais se dirigem não apenas contra o Estado, mas também, de forma direta, contra os sujeitos de Direito Privado. De sua vez, o Catedrático da Universidade de Munique, assenta que a generalização deste entendimento teria “conseqüências dogmáticas insustentáveis”, pois muitos institutos de direito privado seriam “guindados ao patamar constitucional e privados da sua autonomia”.⁸⁴

Devido a isto, adota o entendimento de que apenas o Estado é destinatário dos direitos fundamentais.⁸⁵ Ele é certamente adepto a uma aplicação indireta dos direitos fundamentais nas relações interprivadas. Ocorre que Canaris construiu sua própria fundamentação para justificar essa aplicação por intermédio do Estado, bem diversa daquela sustentada pelo Tribunal Constitucional da Alemanha e por parte significativa da doutrina que o segue – que se traduz na teoria dos deveres de proteção.

A aplicação dos direitos fundamentais no Direito Privado, sugerida por Canaris, é também uma aplicação mediata, mas não fundamentada em “efeitos de irradiação”, idéia esta que, para ele, não é “necessária nem apropriada”⁸⁶. A tese, como já mencionado, é de que não é necessário se utilizar deste artifício criado pelo Tribunal Constitucional na sentença proferida no caso Lüth. Para se permitir que os direitos fundamentais sirvam de controle para excessos do Direito Privado, basta que se apliquem suas funções normais, de proibição de

⁸³ CANARIS. Claus-Wilhelm. ob. cit., p.50.

⁸⁴ CANARIS. Claus-Wilhelm. ob. cit., p.54.

⁸⁵ CANARIS. Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Almedina, fevereiro/2006. p.55.

⁸⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos Direitos Fundamentais sobre o Direito Privado na Alemanha. In: SARLET. Ingo Wolfgang (org) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 243.

intervenção e imperativo de tutela. São essas funções que autorizam a sua aplicação na esfera privada.

Assim, reconstruindo criticamente a decisão Lüth, para Canaris, o Tribunal Constitucional deveria basear sua decisão no fato de que condenar o Sr. Lüth a se abster de realizar um apelo público para que não assistissem a um determinado filme é uma intervenção excessiva em seu direito fundamental de liberdade de expressão.⁸⁷ Isso viola os direitos fundamentais em suas clássicas funções de proibição de intervenção e imperativo de tutela – funções estas que devem ser protegidas pelo Estado, que é o real destinatário dos direitos fundamentais. Esta é, pois, a explicação dogmática encontrada por Canaris, na tentativa de solucionar o problema em questão.

⁸⁷ CANARIS. Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Almedina, fevereiro/2006. p. 132

CAPÍTULO 2

JUSTIFICATIVAS DOGMÁTICAS QUE AUTORIZAM A APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES

1. Breve contextualização

O problema da aplicação dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas tem algumas raízes, que têm sido mencionadas ao longo deste trabalho. A conexão com o fato de que a Constituição Federal não traz enunciado expresso que disponha a respeito é uma delas.

Observa-se, entretanto, que a inserção de dispositivo constitucional nesse sentido não basta para solucionar a questão, como bem leciona Vieira de Andrade. O argumento do Prof. de Coimbra apóia-se na Constituição portuguesa, que dispõe, no art. 18º, n. 1, que “os preceitos constitucionais referentes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”. Apesar dessa disposição, não se pacificou a celeuma em torno do tema, porque não está expresso em que termos se processa essa vinculação, razão pela qual o problema permanece aberto, sendo objeto de discussões doutrinárias⁸⁸.

De outro lado, pondera Wilson Steinmetz que, embora não conste em nosso texto constitucional qualquer menção a respeito da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, o fato é que a Constituição Federal também não proíbe que tal aplicação ocorra e que se faça possível uma fundamentação constitucional a autorizar isso.⁸⁹ Assim, essa aplicação poderia basear-se no exame de outros aspectos da Constituição, sem necessariamente uma determinação normativa expressa. É o que examinaremos neste capítulo, que trata de justificativas dogmáticas que autorizam o entendimento de que os direitos fundamentais podem ser aplicados nas relações privadas.

⁸⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 259

⁸⁹ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 100

2. A posição hierárquica privilegiada da Constituição e a unidade do ordenamento jurídico

O primeiro argumento a embasar a possibilidade da aplicação dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas é o da hierarquia constitucional. O primado da Constituição a coloca em posição preferencial perante todo o ordenamento jurídico. E o Direito Privado não escapa a esta regra, por se constituir em direito ordinário, infraconstitucional, que se encontra hierarquicamente subordinado à Constituição. É a posição defendida por Canaris, quando ele enfaticamente sustenta que “constitui, pois, um imperativo da lógica normativa, que a legislação no campo do Direito Privado esteja vinculada aos direitos fundamentais, segundo o princípio da primazia da *lex superior*”.⁹⁰

O princípio da supremacia da Constituição, que tem como conseqüências diretas a imposição de limites ao Poder Constituinte derivado e a instituição do controle da constitucionalidade, é uma das evidências de que a Constituição ocupa lugar privilegiado em nosso ordenamento jurídico.

Com efeito, desde o famoso caso *Marbury v. Madison*⁹¹, julgado pelo juiz John Marshall, da Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1803, divisor de águas no plano do controle de constitucionalidade, iniciou-se a argumentação acerca da supremacia da Constituição em face de outras leis. Foi a partir de então que a Constituição passou a gozar de maiores garantias, controladas pelo Poder Judiciário⁹². A este respeito, acentua Dirley da Cunha que a construção e desenvolvimento da idéia de supremacia da Constituição é

⁹⁰ CANARIS. Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Almedina, fevereiro/2006. p. 28.

⁹¹ Não iremos enunciar detalhes deste “*leading*” case porque, para o nosso objetivo, é suficiente informar a importância histórica do mesmo ao inaugurar a argumentação da supremacia constitucional e, por isso, apenas será transcrito, mais adiante, o trecho que diz respeito a essa construção doutrinária. Para maiores informações sobre o caso, ver CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodium. 2008. p 260-271

⁹² CUNHA JUNIOR, Dirley da. Ob cit., p. 297.

considerada a construção mais importante dos EUA, ao lado do sistema federal⁹³.

A partir da decisão de Marshall, houve a consagração da supremacia da Constituição em face de todas as demais normas jurídicas e a vinculação dos juízes a se negarem a aplicar qualquer norma que fosse contrária à Constituição⁹⁴. Com essa decisão da Suprema Corte norte-americana, consolida-se o sistema judicial de controle de constitucionalidade das leis. Vale transcrever, pela importância histórica e pela densidade dos argumentos que muito importam neste tópico, trecho da célebre decisão do *Chief Justice*, trazida à baila por Dirley da Cunha, citando uma versão traduzida por Rui Barbosa⁹⁵:

Se o ato legislativo, inconciliável com a Constituição, é nulo, ligará ele, não obstante a sua invalidade, os Tribunais, obrigando-os a executarem-no? Ou, por outras palavras, dado que não seja lei, substituirá como preceito operativo, tal qual se o fosse? Seria subverter de fato o que em teoria se estabeleceu; e o absurdo é tal, logo à primeira vista, que poderíamos abster-nos de insistir.

Examinemo-lo, todavia, mais a fito. Consiste especificamente a alçada e a missão do Poder Judiciário em declarar a lei. Mas os que lhe adaptam as prescrições aos casos particulares, hão de, forçosamente, explaná-la e interpretá-la. Se duas leis se contrariam, aos tribunais incumbe definir-lhes o alcance respectivo. Estando uma lei em antagonismo com a Constituição e aplicando-se à espécie a Constituição e a lei, de modo que o tribunal tenha de resolver a lide em conformidade com a lei, desatendendo à Constituição, ou de acordo com a Constituição, rejeitando a lei, inevitável será eleger, dentre os dois preceitos opostos, o que dominará o assunto. Isso é da essência do dever judicial.

Se, pois, os tribunais não devem perder de vista a Constituição, e se a Constituição é superior a qualquer ato ordinário do Poder Legislativo, a Constituição e não a lei ordinária há de reger o caso, a que ambas dizem respeito. Destarte, os que impugnaram o princípio de que a Constituição se deve considerar, em juízo, como lei predominante, há de ser reduzidos à necessidade de sustentar que os tribunais devem cerrar os olhos à Constituição, e enxergar a lei só. Tal doutrina aluiria os fundamentos de todas as Constituições escritas. E equivaleria a estabelecer que um ato, de todo em todo inválido segundo os princípios e a teoria do nosso Governo, é, contudo, inteiramente obrigatório na realidade. Equivaleria a estabelecer que, se a legislatura praticar o ato que lhe está explicitamente vedado, o ato, não obstante a proibição expressa, será praticamente eficaz.

⁹³ CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador/BA:Edições Juspodium. 2008, p. 260-261

⁹⁴ CUNHA JUNIOR, Dirley da. Ob. Cit., p. 260

⁹⁵ CUNHA JUNIOR, Dirley da. Ob. Cit., p. 262

Não se pretende, com essas observações, aprofundar o tema Controle de Constitucionalidade, por não ser o objetivo deste estudo. Com a menção ao instituto de proteção constitucional, apenas se quer enfatizar o argumento de que a Constituição é superior a qualquer ato legislativo, como enunciado pelo juiz Marshall em sua brilhante decisão.

O interessante, ao se analisar a *leading case Marbury v. Madison* é que, passados 200 anos, ainda se observam posicionamentos que questionam a supremacia constitucional, afirmando que o direito privado, em muitas situações, deve prevalecer sobre a Constituição.

A imposição de limites ao Poder Constituído é a segunda evidência da supremacia constitucional⁹⁶. Segundo Luís Roberto Barroso, quem, pela primeira vez, distinguiu Poder Constituinte e Poder Constituído, bem como afirmou a superioridade da Constituição, foi o padre Emmanuel Joseph Sieyès, autor do livro '*A constituinte burguesa. O que é o terceiro Estado?*'. Nesta obra, é afirmada a superioridade da Constituição, embasada na idéia de ausência de limitação jurídica ao poder constituinte⁹⁷.

Barroso ainda registra que a supremacia da Constituição só se verifica onde exista uma Constituição rígida, porque só na Lei Fundamental há o fenômeno de permanência e estabilidade, que contrasta com a mutabilidade da legislação ordinária.⁹⁸

Com efeito, as Constituições rígidas demandam um processo especial de revisão pelo Poder Constituinte derivado. Paulo Bonavides acentua que é este processo que lhe vai conferir estabilidade superior às leis ordinárias - é aí que reside a supremacia inquestionável da lei constitucional sobre as demais leis. "Compõe-se, assim, uma hierarquia jurídica".⁹⁹ Afirma o constitucionalista que "a conseqüência dessa hierarquia é o reconhecimento da 'superlegalidade

⁹⁶ A título de esclarecimento, será usado nesta parte da dissertação os termos Poder Constituinte como sinônimo de Poder Constituinte originário. E Poder Constituído como sinônimo de Poder Constituinte derivado.

⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 157

⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Ob.cit., p. 159.

⁹⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros. 2006, p. 296

constitucional', que faz da Constituição a lei das leis, a *lex legum*, ou seja, a mais alta expressão jurídica da soberania¹⁰⁰.

Wilson Steinmetz aponta outra dimensão do princípio da supremacia da Constituição. Ele descreve que as Constituições contemporâneas não se limitam apenas a regular relações intra-estatais e relações verticais entre o Estado e o indivíduo, "elas também normalizam âmbitos sociais, econômicos e culturais nos quais se estabelecem as relações interprivadas"¹⁰¹.

Assim, podemos concluir que as Constituições hoje são a estrutura da comunidade¹⁰². E isto autoriza suas normas a se aplicarem também nas relações interprivadas, visto que nenhum ato ofensivo aos preceitos constitucionais pode ser perpetuado, independente de quem seja a parte agressora (o próprio Estado ou um ente particular).

Outro aspecto que está intimamente relacionado com a supremacia da Constituição e que dela deflui, é o postulado da unidade do ordenamento jurídico.

O ordenamento jurídico é composto por normas constitucionais e infra-constitucionais – ambas formando um emaranhado de normas jurídicas regulando situações, delegando funções, impondo limites, garantindo direitos... A despeito desta pluralidade de domínios que existe no ordenamento jurídico, deve haver uma unidade – e a Constituição é o elo de ligação entre todos estes elementos.¹⁰³

O ordenamento jurídico é uno. Neste universo, as normas devem se relacionar de forma harmônica, mas, advirta-se, sempre respeitando a já mencionada supremacia da Constituição sobre as demais leis ordinárias.

Os muitos argumentos contrários à aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas invocam a questão da autonomia do Direito Privado, que seria severamente violada se a Constituição pudesse

¹⁰⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros. 2006, p. 296.

¹⁰¹ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 103.

¹⁰² STEINMETZ, Wilson. Ob.cit., p.103

¹⁰³ BARROSO. Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 188

se imiscuir em questões de sua competência. É o que defende Canaris quando afirma que este entendimento conduz a severas conseqüências, visto muitas instituições do direito dos contratos e da responsabilidade civil, seriam constitucionalizadas, perdendo a sua peculiar autonomia¹⁰⁴.

Entretanto, como adverte a jurista portuguesa Benedita Ferreira da Silva Mac Crorie, esta questão da autonomia do Direito Privado “trata-se de um muito contestável axioma, graças a supremacia da Constituição e à unidade do sistema jurídico”.¹⁰⁵

Ora, não se pode isolar a ordem jurídica privada e seus princípios, como a autonomia individual e contratual – isso vai de encontro ao princípio da unidade do ordenamento jurídico.¹⁰⁶

Vejamos por outro ângulo: todo ordenamento jurídico, inclusive o Direito Privado, tem íntima ligação com os direitos fundamentais. Basta que se observem as inúmeras proteções e garantias da legislação civil, que tem bases constitucionais, como é o caso da família e da propriedade. Tem-se, então, que esta conexão está concretizada em todo o ordenamento jurídico (penal, civil, tributário...) – e a Constituição é a bússola que irá guiar a legislação ordinária.

Desta forma, como alude Vasco Pereira da Silva, não se pode admitir que o Direito Privado se posicione como um “gueto”, à margem da Constituição, porque isso desvirtua o ordenamento jurídico como um todo. Isso seria aceitar uma “dupla ética na sociedade”, que uma análise de forma coerente e lógica do ordenamento jurídico não admite¹⁰⁷.

De outro lado, a manutenção da unidade do ordenamento jurídico é uma exigência que tem por objeto a concretização do valor justiça¹⁰⁸, tendo em vista que a unidade do ordenamento é a garantia da segurança jurídica. E não

¹⁰⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 53-54

¹⁰⁵ MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005. p.78

¹⁰⁶ MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. Ob.cit., p.79

¹⁰⁷ SILVA, Vasco Manoel Pascoal Dias da. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias . **Revista de Direito Público nº 82**, abr./jun 1987, ano XX. p. 44-45

¹⁰⁸ MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. Ob.cit., p.79

é demais enfatizar que a justiça é um valor caro ao Estado Social e Democrático de Direito.

3. A cláusula de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais contida no § 1º do art. 5º da Constituição Federal

Neste tópico, o primeiro aspecto que deve ser mencionado é o fato de que todas as normas constitucionais “são dotadas de certo grau de eficácia e aplicabilidade”.¹⁰⁹ Essa é uma característica intrínseca às normas jurídicas. O que vai variar é o grau de eficácia de cada norma jurídica. Assim, no caso das normas constitucionais, a eficácia dependerá do grau de normatividade outorgado pela própria Constituição¹¹⁰.

A doutrina traz diversas classificações acerca do tema. Tem-se, por exemplo, a norte-americana, que foi aqui divulgada por Rui Barbosa e que biparte o grau de eficácia normativa em disposições constitucionais auto-executáveis (*self executing provisions*) e não auto-executáveis (*not self executing provisions*). Vale enunciar o clássico entendimento de Pontes de Miranda, que divide as normas, quanto ao grau de eficácia, em bastante em si e não bastante em si. Não podemos também deixar de mencionar a famosa classificação de José Afonso da Silva, que deixou sua marca ao trazer, de forma sistemática e organizada, as seguintes denominações sobre o tema: normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada¹¹¹.

¹⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.280

¹¹⁰ CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodium. 2008, p.599.

¹¹¹ Quanto a essas clássicas divisões que foram discutidas por boa parte dos nossos constitucionalistas, e ganharam relevância a partir do sistema elaborado por José Afonso da Silva, Cláudio Pereira Souza Neto anota que o objetivo dessas elaborações foi exatamente a busca pela efetividade constitucional, muito embora os Tribunais tenham, posteriormente, deturpado esse propósito dos “autores do constitutucionalismo brasileiro da efetividade” com interpretações equivocadas. Quando não se queria aplicar a Constituição, bastava alegar que a norma era programática, por exemplo, e transferir a tarefa ao legislativo. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais: Uma Reconstrução Teórica à Luz do Princípio Democrático*. In: BARROSO, Luís Roberto (org). **A**

Para os objetivos do nosso estudo, escolheu-se utilizar a classificação enunciada por Paulo Bonavides, que classifica as normas, quanto a sua eficácia, em normas programáticas e normas não programáticas. As normas programáticas seriam as dirigidas ao legislador e, quanto ao objeto, têm eficácia sobre comportamentos estatais. Caracterizam-se por serem abstratas e imperfeitas, porque necessitam de operações integrativas para se completarem.¹¹²

No que tange às normas não-programáticas, leciona o mestre que estas são dirigidas ao cidadão e ao juiz e recaem sobre relações privadas. São normas concretas e completas, que podem ser aplicadas imediatamente – o que torna sua juridicidade incontestável.¹¹³

As normas não programáticas ainda aceitariam a divisão em normas de eficácia imediata e normas de eficácia diferida. As normas de eficácia diferida guardam certa analogia com as normas programáticas, mas não se confundem. Com efeito, as normas de eficácia diferida também necessitam de uma intermediação legislativa posterior, mas esta intermediação é apenas de ordem técnica ou instrumental – não vai interferir na eficácia desta norma. Além disso, as normas de eficácia diferida se dirigem tanto para o Estado como para a comunidade. A matéria, continua Bonavides em sua pontuação, é regulada pela Constituição, mas não de um modo completo¹¹⁴.

Por fim, concluindo a divisão das normas não programáticas, e chegando ao ponto que interessa para nosso estudo, tem-se as normas de eficácia imediata ou direta, ou normas imediatamente preceptivas (termo também utilizado pelo autor). Tais normas, “pela linguagem e pela incontestável normatividade de seu caráter jurídico”, têm uma forte ligação com as antigas *mandatory provisions*, do direito norte-americano, que são

Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro- São Paulo: Editora Renovar, 2003. p. 291-294

¹¹² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Malheiros. 2006, p. 239

¹¹³ BONAVIDES, Paulo. Ob. Cit., p. 239

¹¹⁴ Um exemplo trazido por Bonavides é a concreta organização dos entes regionais, que estão só parcialmente reguladas pela Constituição. Esta, ao mesmo tempo, exige que o exaurimento de todos os aspectos de desta disciplina sejam complementados pelo regulamento regional. BONAVIDES, Paulo. Ob.cit., p. 251-254

opostas às *directory provisions* (que são hoje denominadas de programáticas).¹¹⁵

As normas de eficácia imediata, portanto, não necessitam de qualquer mediação legislativa para alcançarem a sua efetividade. Podem ser desfrutadas diretamente.

Pois bem, quando o legislador acrescentou o § 1º ao art. 5º da CF e dispôs que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, pretendeu dar plena efetividade a estas normas. Em outras palavras, quis o legislador que as normas que tratassem de direitos fundamentais tivessem eficácia imediata, eficácia plena; que não dependessem de qualquer intermediação legislativa para serem fruídas plenamente.

Ocorre que a inserção de tal dispositivo no texto constitucional longe está de pacificar os entendimentos acerca do tema¹¹⁶. Por isso vale a pena examinar a abrangência e o alcance desta norma.

O primeiro passo a ser dado é esclarecer o alcance deste dispositivo. Vejamos: a cláusula que determina a aplicabilidade imediata dos direitos e das garantias fundamentais está expressa no § 1º do art. 5º, o que, em uma análise mais simplista, pode levar a crer que ela só se refere aos direitos e deveres individuais e coletivos.

Entretanto, deve-se levar em conta que o § 1º do art. 5º expressamente se refere aos direitos e garantias fundamentais – a TODOS. Não há porque se fazer uma interpretação restritiva deste dispositivo para entender que os direitos políticos, por exemplo, estão excluídos da abrangência desta norma.

Essa exegese restritiva, baseada unicamente na localização topográfica do dispositivo, não deve prevalecer, visto estar em desacordo com

¹¹⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros. 2006. p.250

¹¹⁶ Vale mencionar a crítica feita por Cláudio Pereira de Souza Neto, que afirma que tudo que a doutrina tem dito sobre a efetividade dos direitos fundamentais a partir dessa cláusula, poderia dizer sem ela, porque inclusive os critérios que a Constituição usou para pacificar a polêmica foram infrutíferos, já que a convivência da auto-aplicabilidade com o mandado de injunção é, no mínimo, complicada. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais: Uma Reconstrução Teórica à Luz do Princípio Democrático*. In: BARROSO, Luís Roberto (org). **A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro- São Paulo: Renovar, 2003, p. 286-287

a interpretação sistemática da Constituição Federal, que é aquela que busca concretizar os objetivos do Estado Democrático de Direito. No caso brasileiro, o Título I da Constituição Federal, que trata dos princípios fundamentais, enuncia em seu art. 1º, III, a dignidade da pessoa humana como fundamento do nosso Estado. E, no art. 4º, II, enuncia que a República Federativa do Brasil é regida pela prevalência dos direitos humanos.

Com base em tais premissas, faz-se mister aplicar os ensinamentos de Juarez Freitas quanto à melhor interpretação constitucional, quando ele afirma que a Constituição é uma “rede de princípios, de regras e de valores de ordem suprema, cuja função precípua é a de, evitando ou superando antinomias axiológicas, dar cumprimento aos objetivos do Estado Democrático, de maneira predominantemente substancial”¹¹⁷.

E, no caso do art. 5º, § 1º, só quando se aceita que, conforme a enunciação expressa, a obrigatoriedade da aplicação imediata vincula todos os direitos fundamentais, é que o intérprete cumpre sua função de concretizador dos objetivos expressos pelo Estado Democrático de Direito. “O direito é melhor que seus fragmentos, antes das suas vastas correlações.”¹¹⁸

O constituinte não pretendeu, certamente, excluir do âmbito do art. 5º § 1º, os demais direitos fundamentais (sociais, políticos e nacionalidade), que têm fundamentalidade inquestionável¹¹⁹. De outro lado, estender a aplicabilidade imediata a outros direitos fundamentais, que não apenas os contidos no art. 5º, ainda está em harmonia com a concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais, que está prevista no art. 5º, § 2º da Constituição Federal¹²⁰.

Superado este primeiro aspecto problemático que envolve a abrangência do art. 5º, § 1º, a próxima divergência a ser tratada aqui diz

¹¹⁷ FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional “versus” a única resposta correta. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org). **Interpretação Constitucional**. Malheiros: São Paulo, 2005, p. 318

¹¹⁸ FREITAS, Juarez. Ob.cit., p. 321

¹¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 275

¹²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Ob.cit., p. 276

respeito ao grau de eficácia deste dispositivo constitucional no âmbito dos direitos fundamentais.

Há oscilações doutrinárias entre posições extremamente conservadoras, de um lado, e idealisticamente otimistas, de outro. O primeiro grupo sustenta que a norma em exame não pode atentar contra a natureza das coisas. Assim, quem vai determinar o grau de eficácia de muitos direitos fundamentais será a medida estipulada pela lei. Isso porque, segundo esta corrente, se a Constituição remete a concretização do direito fundamental ao legislador, só ele poderá fazê-lo.¹²¹

Pondera, nesse passo, o Prof. Dirley da Cunha que, na prática, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais desempenham diferentes papéis no ordenamento jurídico e, por isso, não são dotadas da mesma carga eficaz. Entretanto, isso não seria motivo para que alguns autores declararem que este dispositivo Constitucional é inútil¹²².

Com efeito, apesar dos muitos problemas enfrentados para vermos efetivados os direitos fundamentais, não há como se sustentar que este dispositivo seja uma letra morta. Conforme precisa lição de Canotilho, hoje se assiste “à deslocação da doutrina dos direitos fundamentais dentro da reserva da lei, para a doutrina da reserva da lei dentro dos direitos fundamentais”.¹²³

A aplicabilidade imediata evidencia a privilegiada posição dos direitos fundamentais dentro de todo o sistema jurídico, inclusive no que concerne às demais normas constitucionais. É um *plus* desta categoria de direitos.

É claro que não se propugna aqui a ingênua afirmação de que qualquer direito fundamental pode ser exercido da mesma forma e na mesma medida. A leitura do texto constitucional rapidamente evidencia isto, pois, conforme supracitado, há normas que necessitam de concretização legislativa para se fazerem valer.

¹²¹ SARLET. Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 276-277

¹²² CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodium. 2008, p.600

¹²³ CANOTILHO. J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 186.

De outro lado, bem se sabe que o §1º do art. 5º não é uma “varinha de condão” disposta a implementar direitos fundamentais de forma instantânea. É justamente nestes casos que a proteção e implementação dos direitos fundamentais é realizada por intermédio do Poder Judiciário, já que a Constituição prevê instrumentos processuais como o Mandado de Injunção, a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão e até mesmo o Mandado de Segurança.¹²⁴

A cláusula da aplicabilidade imediata não prescinde destes remédios constitucionais, como pretende a parte da doutrina que, de forma otimista, entende assim.

Esses remédios constitucionais são o meio constitucional instituído – os mecanismos – para fazer valer direitos fundamentais de acordo com a cláusula da aplicabilidade imediata. São a prova da funcionalidade desta cláusula. Neste ponto, vale transcrever a claríssima exposição de Sarlet:

Ainda que se queira negar – e não sem certa razão – a utilização da expressão ‘normas programáticas’, isso em nada altera o fato da existência, também na nossa Constituição vigente – em escalas sem precedentes no Constitucionalismo pretérito – de que normas que, em virtude de sua natureza (forma de positividade, função e finalidade), reclamam uma ação concretizadora dos órgãos estatais, especialmente do legislador, sem que, à evidência, se esteja a negar eficácia e aplicabilidade (inclusive imediata) a estas normas.¹²⁵

A jurisprudência dos Tribunais brasileiros tem dado significativos exemplos que ilustram a interpretação desta cláusula de modo a garantir a melhor efetividade dos direitos fundamentais – inclusive dos sociais (porque, repita-se, esta cláusula expressamente se dirige a todos os direitos fundamentais). É o caso, por exemplo, do recente Mandado de Injunção interposto pelo Sindicato dos Servidores Públicos do Pará, perante o Supremo Tribunal Federal (MI 712/PA). O impetrante reivindicou, para seus substituídos, a viabilização do direito de greve (art. 37, VII), visto que o Congresso ainda não legislou a respeito da matéria. Nesse julgamento, nossa Corte Constitucional

¹²⁴ SARLET. Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 278.

¹²⁵ SARLET. Ingo Wolfgang. Ob.cit., p. 279.

adotou posicionamento inovador e entendeu que enquanto o Congresso não editar a lei específica do direito de greve do servidor público, deve-se aplicar a legislação referente aos trabalhadores celetistas. Ou seja, o STF garantiu o gozo concreto e imediato do direito assegurado na lei fundamental, que vinha sendo preterido pela omissão do Poder Público em legislar.

E, repita-se, é isto que esta cláusula objetiva concretizar: a melhor efetividade dos direitos fundamentais.

Assim, se houver o descumprimento de um direito fundamental por omissão, os titulares dos direitos subjetivos podem se utilizar dos remédios constitucionais e requerer, de órgãos administrativos ou judiciários, a aplicação direta da norma em questão para lhe conferir eficácia – independente de eventuais providências de natureza legislativa¹²⁶.

Retomando a questão central, que é o da aplicação dos direitos fundamentais nas relações jurídicas inter-privadas, o §1º do art. 5º talvez seja um dos mais fortes argumentos a autorizar o entendimento de que a aplicação dos direitos fundamentais neste contexto é possível. Mais que isso, é desejável e necessária.

Isso porque, consoante entendimento de Steinmetz, se o Poder Constituinte previu textualmente que os direitos fundamentais têm aplicação imediata, ele decidiu que os direitos fundamentais “são uma categoria de direitos com uma força especial e que, por isso, devem ser tomados a sério”¹²⁷.

Nessa ordem de idéias, conceber, de forma séria e completa, os direitos fundamentais, requer que se aceite que eventuais lesados em seus direitos fundamentais, seja por ação, seja por omissão, possam reclamar a tutela estatal, objetivando a proteção/reintegração do direito fundamental ferido. E isso, anote-se, independente de ser a origem da lesão pública ou privada. Ademais, advirta-se, não há dispositivo que informe que a aplicabilidade imediata deve valer apenas para lesões advindas de órgãos estatais.

¹²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.279.

¹²⁷ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 123

É isso que pretende Juarez Freitas, quando advoga em favor da análise sistemática da Constituição e defende ser imprescindível que a “exegese sistemática promova e concretize os princípios fundamentais entrelaçadamente, não ampliando restrições excepcionalmente previstas no sistema”.¹²⁸ Desta forma, é certo que nosso sistema constitucional não objetivou uma restrição desta cláusula (se fosse o caso, teria o feito expressamente), porque isso, conforme já mencionado alhures, vai contra todos os objetivos e princípios em que se fundam o nosso Estado Democrático de Direito.

4. Norma de direito fundamental – seus valores, objetivos e destinatários como autorização à aplicação dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas.

Neste tópico serão enfrentadas questões referentes à norma de direito fundamental. Veremos que os valores ali inseridos, a inexistência de destinatário específico, bem como os objetivos peculiares desta espécie normativa autorizam o entendimento de que os direitos fundamentais produzem eficácia nas relações privadas.

Pretendemos demonstrar alguns aspectos relevantes da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais sob a perspectiva da teoria de Pontes de Miranda, que tem sido aprofundada pelo professor alagoano Marcos Bernardes de Mello, notadamente em sua obra “Teoria do Fato Jurídico”.

Limitamo-nos a utilizar, neste trabalho, apenas alguns dos pontos relevantes dessa teoria tão densa. O estudo da norma jurídica, seu conteúdo e seus pressupostos, são elementares para uma análise objetiva da aplicação dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas. Além disso, essa análise tem como culminância a conclusão de que a falta de um destinatário específico no pólo passivo da norma de direito fundamental é fator bastante

¹²⁸ FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional “versus” a única resposta correta. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org). **Interpretação Constitucional**. Malheiros: São Paulo, 2005, p.340.

para autorizar a inserção de particulares no pólo passivo da relação jurídica de direito fundamental.

A partir da teoria do fato jurídico, portanto, construída por Pontes de Miranda, que desdobra a norma em três elementos – fato, suporte fático e fato jurídico – é possível também justificar a aplicação dos direitos fundamentais, razão pela qual cabe um breve exame sobre alguns destes tópicos.

4.1 Norma jurídica

O conceito de norma jurídica é fundamental para o direito. Ela é o centro do mundo jurídico, a “causa do fato jurídico e este o é da eficácia jurídica”¹²⁹. O direito é um processo de adaptação social que não é natural. É uma imposição. As relações intersubjetivas é que necessitam ser reguladas pelo direito – é uma necessidade social.

Desde o nascimento, há inúmeros processos de adaptação social que também dispõem, ao lado do Direito, de normas de conduta, como a religião, a moral, a política, a ciência¹³⁰... Muitas vezes as pessoas cumprem essas normas inconscientemente, o que se explica, por exemplo, em razão da sociedade sempre se esforçar no sentido de cumprir o que é “socialmente desejável” em uma determinada época e em uma determinada civilização. O que é fundamental em um espaço/tempo, pode não sê-lo quando transplantamos a norma para outra realidade espaço/tempo.¹³¹

A norma é, então, um produto da valoração feita pela comunidade jurídica sobre os fatos da vida que considera relevantes¹³². O que não foi descrito no suporte fático da norma é apenas fato – não tem relevância jurídica.

¹²⁹ MELLO, Marcos Bernades de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da eficácia - 1ª parte**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, P.18.

¹³⁰ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Bookseller. Vol I, p.19.

¹³¹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: campus, 1992, p.19

¹³² Vale fazer uma breve explanação dos três elementos formadores da norma jurídica para Pontes de Miranda. Fato é um evento (sem o elemento volitivo humano) ou conduta (tudo que o homem produz, de forma volitiva ou avolitiva), tal qual ocorre. Suporte fático é o fato bruto qualificado. Descreve um fato que determinado grupo social considera relevante para disciplinar. É o que o Prof. Marcos Bernardes de Mello sintetiza quando afirma que “o suporte

Nesse ponto tem razão Miguel Reale¹³³, com o desenvolvimento da Teoria Tridimensional, ao afirmar que a norma é um produto da valoração dos fatos sociais (fato + valor = norma).

A partir dessas noções, podemos justificar a conexão da teoria do fato jurídico com a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

4.2 Os valores e objetivos agregados à norma de direito fundamental

Como visto, a incidência da norma irá gerar o fato jurídico. Para que essa incidência ocorra, o fato, que foi considerado relevante para uma sociedade e de acordo com os valores gerais do direito (justiça, paz, segurança) deve ser normatizado¹³⁴. É o momento político, axiológico, em que se questiona a legitimidade da norma – que deve refletir os valores de um grupo social.

Os direitos fundamentais são calcados num plano pré-jurídico em valores: os valores fundamentais da liberdade, igualdade, solidariedade e democracia. É a partir desses valores que será construída a norma de direito fundamental.

Para que uma norma seja considerada de direito fundamental, ela tem que pertencer ao direito objetivo e ser incorporada pelo ordenamento jurídico (seja por meio de constitucionalização, seja por meio da ratificação de tratados). Além disso, a norma de direito fundamental deve ter força vinculante e técnicas específicas, como aplicabilidade imediata, inclusão no cerne

fático é um plus em relação ao fato (real), porque é este qualificado e acrescido das circunstâncias outras definidas pela norma para completá-lo". É um "conceito pré-jurídico". Fato jurídico é o que ocorre após a incidência da norma, com a concreção do suporte fático nela descrito. Pontes de Miranda só trabalha o direito a partir do fato jurídico, ou seja, pós norma. É o que nos traz os ensinamentos do Prof. Marcos Bernardes de Mello, um dos maiores estudiosos da teoria ponteana, ao afirmar que o fato jurídico "já é conceito do mundo do direito, portanto, jurídico". MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato Jurídico: Plano da existência**. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.67-69

¹³³ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, *passim*.

¹³⁴ Esse aspecto sustenta a própria legitimidade e permanência de uma Constituição. É o que se extrai da leitura de Otto Bachof quando este afirma que "a permanência de uma Constituição depende em primeira linha da medida em que ela for adequada à missão integradora que lhe cabe face à comunidade que ela mesmo constitui." BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Coimbra: Almedina, 1994. p. 11

irrestringível e garantias específicas em forma de ações que visam a assegurar a efetividade dos direitos fundamentais.

A norma jurídica é condição essencial para a efetivação do direito fundamental. A sua incidência é a razão de criação do fato jurídico. Antes disso não se há de falar em direito subjetivo, pretensão ou ação envolvendo direitos fundamentais¹³⁵.

Ora, é certo que os valores agregados em qualquer norma de direito fundamental, inquestionavelmente, tomam caráter universal. Não há razão, pois, para se entender os direitos fundamentais como direitos oponíveis unicamente ao poder público. Nesse sentido, a lição de Luiz M. Cruz:

De esta forma, los derechos fundamentales son concebidos según una estructura dual: junto a su concepción tradicional como derechos subjetivos frente al poder público, aparecen como normas objetivas que expresan un contenido axiológico de validez universal y que, tomadas en conjunto, dan origen a un sistema de valores. Dicho sistema de valores afecta no solo al ordenamiento constitucional, sino también al ordenamiento jurídico en su conjunto. De ahí que exista no solo una obligación del Estado de abstenerse de injerencias en el ámbito que aquéllos protegen, sino también una obligación, em este caso positiva, de llevar a cabo aquello que sirva a la realización de los derechos fundamentales, incluso cuando no conste una pretensión subjetiva de los ciudadanos.¹³⁶

Desta forma, deve ser respeitado o objetivo da norma, e, em consequência, os valores que esta representa - ou estaríamos tratando de um direito ilegítimo, pois contrário ao pretenso objetivo a ser alcançado pela norma.

Na esteira desse entendimento, tem que se verificar qual o propósito da norma de direito fundamental, o que ela busca proteger. Nessa busca vemos que os direitos fundamentais foram concebidos para a proteção do cidadão face ao poder e, há muito, o poder deixou de ser privilégio do Estado.

¹³⁵ SARMENTO, George. Pontes de Miranda e a Teoria dos Direitos Fundamentais. In: **Revista do Mestrado em Direito da UFAL**. Nossa Livraria: Recife, 2005, p.36

¹³⁶ CRUZ, Luis M. **La Constitución como Orden de Valores**. Problemas jurídicos y políticos: Um estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo. Granada, 2005, p.15

Desta forma, não tem sentido não se alargar a abrangência dos direitos fundamentais à esfera privada¹³⁷.

Não há porque se conceber que os direitos fundamentais, ainda hoje, sejam contrapostos unicamente ao Estado. Aceitar isso é aceitar, por exemplo, que é dado apenas ao Estado o dever de respeito à liberdade ou à vida de seus cidadãos. Uma mesma pessoa poderia, absurdamente, ser livre perante o Estado e não sê-lo perante a sociedade¹³⁸. E isso não é concebível. Os direitos fundamentais irradiaram sua influência em todo o ordenamento jurídico, inclusive nas relações privadas.

4.3 As relações jurídicas de direito fundamental e a inexistência de destinatário específico ocupando o pólo passivo

Os fatos jurídicos, ao produzirem seus efeitos, criam situações jurídicas, das mais simples (estados pessoais) às mais complexas (as relações jurídicas), gerando direitos ↔ deveres, pretensões ↔ obrigações, ações e exceções ou os extinguindo¹³⁹.

Com raras exceções, qualquer manifestação de eficácia de um fato jurídico sempre irá configurar uma relação jurídica.

A relação jurídica é uma categoria eficaz. É caracterizada pela presença de alguns princípios essenciais. São eles: **a intersubjetividade**, que é a necessidade de dois sujeitos de direito presentes na relação jurídica (um ativo e um passivo); **a correspectividade de direitos e deveres**, ou seja, a presença de um credor e um devedor e a **essencialidade do objeto**, pois toda relação jurídica tem que ter um objeto a que se refira¹⁴⁰.

¹³⁷ SILVA, Vasco Manoel Pascoal Dias Pereira da. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. In: **Revista de Direito Público n°82**, abril/jun 1987, ano XX. p.43

¹³⁸ SILVA, Vasco Manoel Pascoal Dias Pereira da. Ob.cit., p.43

¹³⁹ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato Jurídico: Plano da existência**. 13ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007, p.101.

¹⁴⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: Plano da eficácia - 1ª parte**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. P 172-180

O cerne do problema ora proposto está posto no elemento subjetivo da relação jurídica de direito fundamental. Vejamos:

Algumas normas têm em seu suporte fático, o âmbito de valência pessoal já especificado. É o caso, por exemplo, de suportes fáticos em que estão presentes elementos subjetivos que caracterizam os crimes definidos no Código Penal (título XI da parte especial), em que o sujeito passivo está expressamente indicado como o órgão da administração pública e, em algumas espécies, a indicação do servidor público no pólo ativo.¹⁴¹

Ocorre que, em outras normas, por não haver indicação expressa do elemento subjetivo, diga-se, dos sujeitos, as relações tanto podem ter como sujeitos um particular, de um lado, e o Estado, do outro; como podem ter dois particulares ocupando os pólos passivo e ativo.

As normas de direitos fundamentais estão propensas a incidir e criar relações jurídicas também entre particulares, ou seja, correspectividade de direitos e deveres entre o sujeitos ativo e passivo envolvidos. Basta que haja a concreção do suporte fático nela abstratamente previsto. Isso é evidenciado por algumas observações:

Em primeiro lugar, não há no suporte fático de algumas normas de direito fundamental a explicitação do sujeito de direito a quem é destinada a norma¹⁴². Ele (o elemento subjetivo), obviamente existe, porque seria sem

¹⁴¹ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato Jurídico: Plano da existência**. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 51. Assim, cabe destacar que nem todos os direitos fundamentais se situam nesse problema. “Há direitos que são inoponíveis aos particulares (pessoas físicas e /ou jurídicas), notadamente quando têm por destinatários exclusivamente os órgãos estatais, como ocorrem, por exemplo, com os direitos políticos, assim como no caso do direito de nacionalidade, das garantias fundamentais processuais (...) e quando se tratar de normas de direitos fundamentais que expressamente têm por destinatário (ao menos também) entidades privadas e os particulares em geral (...) como o direito à inviolabilidade do domicílio (art. 5º , inciso XI) e o sigilo da correspondência e das comunicações”. SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A Constituição concretizada: Construindo Pontes entre o Público e o Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.115-116

¹⁴² E são essas as normas que nos interessam, visto que as que vinculam expressamente o Estado ou o particular não geram maiores problemas.

sentido a existência de um fato jurídico sem a referência a um sujeito de direito – até porque a eficácia jurídica tem que estar ligada a um sujeito¹⁴³.

Assim, nas normas que dispõem acerca dos direitos fundamentais, o sujeito de direito a ocupar o pólo passivo deve ser pressuposto. Entretanto, o que tem acontecido é que grande parte dos intérpretes e aplicadores do direito, ainda apegados à concepção inicial a que foram concebidos os direitos fundamentais, continuam (pela falta de explicitação da norma), a pressupor que, nessa relação de intersubjetividade, o pólo passivo será ocupado sempre pelo Estado.

Tal entendimento, entretanto, não encontra guarida em uma análise coerente do ordenamento jurídico, seja porque não há dispositivo que determine assim, seja porque a evolução dos direitos fundamentais caminhou em sentido diverso, objetivando sua universalização e plena eficácia.

É o que extraímos das precisas palavras do mestre português Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, quando ele afirma:

Ao atribuir direitos subjetivos fundamentais aos indivíduos, a ordem jurídica fica, desde esse momento, obrigada a tudo fazer para que eles não possam ser postos em causa e isto, quer nas relações com o Estado, quer nas relações inter-individuais¹⁴⁴.

Como visto, não há preceito expresso que vincule de forma exclusiva o Estado ao dever de não por em causa os direitos fundamentais individuais. Muito ao contrário, os particulares devem, se for o caso, ser admitidos como sujeitos passivos da relação jurídica que envolve direitos fundamentais.

Ser sujeito passivo é estar limitado em sua atuação pelo direito subjetivo. O dever correspondente a todo direito fundamental subjetivo deve

¹⁴³ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato Jurídico: Plano da existência**. 13ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007. p.50.

¹⁴⁴ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. In: **Revista de Direito Público nº82**, abril/jun 1987, ano XX. P.44.

ser suportado pelo Estado, sociedade, pessoas físicas ou jurídicas - atendendo ao princípio da correlatividade dos direitos e deveres¹⁴⁵.

5. Direitos fundamentais e relações jurídicas de direito absoluto

Neste tópico, que ainda se encontra no contexto do estudo da relação jurídica, será analisado o fundamento, trazido a lume pelo professor Marcos Mello, de que os direitos fundamentais constituem relações jurídicas de direito absoluto. Por assim o serem, as normas de direito fundamental podem ser aplicadas também nas relações jurídicas privadas¹⁴⁶.

Relações jurídicas de direito absoluto são aquelas que possuem sujeitos passivos totais, o *alter*. Portanto, “o direito que nasce de uma relação jurídica de direito absoluto (=direito absoluto) gera pretensão correlata de uma *obrigação universal*, portanto, exigível *erga omnes*”.¹⁴⁷

Esse é, diga-se o entendimento que foi acolhido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em Opinião Consultiva solicitada pelo governo Mexicano (e que já foi abordada neste trabalho no capítulo I, item 1.3), onde se concluiu que o caráter *jus cogens* dos direitos humanos obriga ao Estado e aos particulares. Pela importância da decisão e relevância temática, vale transcrever o trecho:

Finalmente (...) todo lo señalado em los párrafos anteriores se aplica a todos los Estados miembros de la OEA. Los efectos del principio fundamental de la igualdad y no discriminación alcanzan a todos los Estados, precisamente por pertenecer dicho principio al dominio del *jus cogens*, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos com respecto a terceros, inclusive particulares.¹⁴⁸

¹⁴⁵ SARMENTO, George. Pontes de Miranda e a Teoria dos Direitos Fundamentais . In: **Revista do Mestrado em Direito da UFAL**. Nossa Livraria: Recife, 2005, p.38.

¹⁴⁶ Em sentido inverso, as relações jurídicas de direito relativo tem o sujeito passivo determinado ou determinável.

¹⁴⁷ MELLO, Marcos Bernades de. **Teoria do fato jurídico: Plano da eficácia - 1ª parte**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.193.

¹⁴⁸ COURTIS, Christian. La eficacia de los derechos humanos el las relaciones entre particulares. In: MONTEIRO, Antônio Pinto; NEUNER, Jörg e SARLET, Ingo (org.). **Direitos Fundamentais e Direito privado – uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 87-88

Merece menção o fato de que a *alteridade* vale no âmbito espacial de vigência de determinada comunidade jurídica. Assim, só quem integre essa comunidade, de modo permanente ou transitório, pode ser incluído nos sujeitos passivos totais.¹⁴⁹

Desta forma, simplesmente porque os direitos fundamentais dão origem a relações jurídicas de direito absoluto, qualquer sujeito passivo que entre em contato com a esfera jurídica do titular do direito absoluto fundamental é obrigado em relação ao titular desse direito. Diga-se: Estado ou particular têm o dever de respeito em relação ao titular de determinado direito fundamental, sob pena de se obrigarem em relação ao dano eventualmente causado ao titular do referido direito fundamental.

¹⁴⁹ MELLO, Marcos Bernades de. **Teoria do fato jurídico: Plano da eficácia - 1ª parte**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2004. P.194.

CAPÍTULO 3

TEORIAS SOBRE O PROBLEMA DA APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

1. Delimitação da matéria

Este capítulo trata das teorias que tentam justificar a aplicação dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. Consoante precisa lição de Alexy¹⁵⁰, o fato é que, quando se trata deste tema, abordam-se duas questões diferentes: a primeira questão é como as normas jusfundamentais vão influir na relação cidadão-cidadão, que é um problema de construção; a segunda se trata de saber em que medida se dará esta influência, que é um problema de colisão.

Vejamos, então, o que tem sido dito de mais relevante pela doutrina nacional e estrangeira acerca do tema.

2. Teoria da inaplicabilidade dos direitos fundamentais

Essa é uma teoria que conta com cada vez menos adeptos¹⁵¹. Os a que a ela se agregam afirmam que os problemas procedentes de relações privadas se resolvem no âmbito privado – a Constituição não tem qualquer influência, porque ela deve disciplinar o poder público. Para eles, aceitar essa vinculação atingiria drasticamente a autonomia privada.¹⁵²

¹⁵⁰ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 511

¹⁵¹ Um dos adeptos desta corrente é Ernst Forsthoff em sua obra *el Estado de la sociedad industrial*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975; referido por MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, junho/2005, p. 20-21.

¹⁵² MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. Ob.cit., p. 20.

Assim, os direitos fundamentais só podem ser invocados numa típica relação vertical entre cidadão e Estado, porque só o Estado é o destinatário destes direitos.

Entretanto, ao contrário do que propugna essa tese, hoje é praticamente pacífico que os direitos fundamentais têm alguma eficácia nas relações entre particulares. É inaceitável pensar o contrário, *máxime* porque no atual perfil do Estado Democrático de Direito, não é razoável aceitar a perpetuação de lesões a direitos fundamentais, sob a alegação de que agressões privadas não podem ser controladas pelo Poder Judiciário. Além disso, todas as razões já elencadas no capítulo anterior, nos remetem a essa conclusão.

2.1 *State action doctrine*

Nos Estados Unidos desenvolveu-se uma peculiar teoria denominada *State action doctrine*, que se auto-assume como tese de recusa à possibilidade aplicação de direitos fundamentais nas relações jurídicas travadas entre particulares. Bilbao Ubillos informa que os juristas norte-americanos simplesmente ignoram essa polémica europeia sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais¹⁵³.

Apesar disso, o constitucionalista português Jorge Reis Novais aponta algumas ressalvas quanto a esta auto-inserção da teoria americana na concepção de inaplicabilidade dos direitos fundamentais entre privados¹⁵⁴. Isso porque, como veremos, de certa forma a *state action* não abandona os particulares de qualquer proteção contra agressões a seus direitos fundamentais. O que ocorre é que isso é feito de uma maneira velada, pois a autonomia privada, na sociedade americana, é princípio sagrado. A restrição à liberdade individual-negocial é quase inexistente no direito norte-americano.

¹⁵³ BILBAO UBILLOS, Juan María. Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 320

¹⁵⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais - Trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 72

Esse desenvolvimento de uma sociedade civil baseada no liberalismo econômico originou um sistema judicial que “carece do que conhecemos pelo ideal de justiça social, nas relações jurídicas entre particulares”.¹⁵⁵

De outro lado, vale afirmar, conforme observação do professor Eduardo Ribeiro Moreira, que a Constituição Americana é um “símbolo da inabalável fé da sociedade na liberdade e na democracia, é um diploma conhecido por qualquer dos seus cidadãos”¹⁵⁶. É, indubitavelmente, uma Constituição forte – o que remete o autor a um questionamento:

Como conciliar o desenvolvimento e o apego à Constituição e proteger a todo o custo a autonomia privada, sem desvirtuar nenhum preceito de sua totalidade? Simplesmente, negando proteção das normas constitucionais às relações entre particulares, isto é, a Constituição não pode ser invocada em processo exclusivamente entre particulares.¹⁵⁷

Para esta teoria, os princípios constitucionais só estabelecem limites para a ação estatal (*state action*), de modo que as condutas de particulares estão fora do alcance dessas garantias. Garantias constitucionais se tornam possíveis devido à interpretação extensiva da idéia de poder público que é feita pela jurisprudência. Assim, se houver pontos de contato ou aspectos comuns suficientes, é imputada ao Estado a responsabilidade por uma conduta que foi oriunda do particular.¹⁵⁸

Dito de outra forma, é exigida uma ação estatal como pressuposto para a obtenção de uma proteção constitucional – fórmula que substancialmente protege a autonomia individual e o pluralismo¹⁵⁹. Essa teoria sempre busca uma maneira de ligar a violação a uma ação estatal. Isso porque, a Constituição só pode ser invocada quando o Estado fizer parte da lide.

¹⁵⁵ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Obtenção dos direitos fundamentais nas relações entre particulares**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 94

¹⁵⁶ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Ob. Cit., p.94

¹⁵⁷ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Ob. Cit., p.95

¹⁵⁸ MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 38

¹⁵⁹ BILBAO UBILLOS, Juan María. Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: editora Livraria do Advogado, 2006, p. 320

Para ilustrar a problemática no contexto norte-americano, vale mencionar o caso *Shelley v Kraemer*, considerado o primeiro a tratar da *State Action*. Nesta lide, é abordado o caso de um condomínio de casas residenciais que tinha uma convenção contendo cláusula proibindo a venda de casas a afro-descendentes. Um proprietário descumpriu tal regra e vendeu uma casa a um afro-descendente. O condomínio questionou judicialmente a venda. Quando a contenda chegou à Suprema Corte, ela foi rejeitada sob o argumento de que a convenção do condomínio contrariava a Constituição e “as autoridades jurídicas máximas, como representantes do poder público, não poderiam perpetuar tal segregação”.¹⁶⁰

A conclusão a que chegou a Suprema Corte demonstra que quem deve respeito à Constituição são os poderes públicos, não as pessoas privadas. Vê-se que a aplicação da *State Action* observou a Constituição, mas utilizou-se, para tanto, de processo hermenêutico diverso daqueles que aceitam uma aplicação direta da Constituição em relações privadas. A aplicação da *State Action* cria, pois, uma ficção jurídica ao conectar a atuação de um particular com sua ligação com o Estado.

Neste ponto, não podemos negar que esta é uma nova forma de se ver o problema. Como bem adverte o constitucionalista espanhol Bilbao Ubillos, essa doutrina jurisprudencial americana, “es una prueba más de la profunda crisis de la dicotomía público-privado y constituye, al mismo tiempo, una temprana manifestación de la fuerza expansiva de los derechos fundamentales”.¹⁶¹

Entretanto, a *state action doctrine*, por ser exclusiva dos EUA, tem pouca relevância para o nosso estudo, principalmente porque é condizente com as peculiaridades do singular sistema constitucional norte-americano¹⁶²,

¹⁶⁰ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Obtenção dos direitos fundamentais nas relações entre particulares**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 97

¹⁶¹ BILBAO UBILLOS, Juan María. Ob.cit., p. 321

¹⁶² A teoria da *State Action* guarda similaridades com a teoria da Convergência estatista, que será tratada de forma mais profunda ainda neste capítulo e tem como cerne o fato de responsabilizar o Estado por todas as lesões a direitos fundamentais, mesmo as provenientes de sujeitos privados, porque entende que ou o Estado permitiu ou se omitiu de proteger o direito fundamental de ser lesionado.

razão pela qual nos limitamos a mencionar a sua existência e principais características.

3. Teoria da aplicabilidade indireta ou mediata dos direitos fundamentais

Preliminarmente, e trazendo a baila observação de Alexy¹⁶³, um aspecto que merece destaque em uma relação jurídica que envolve pessoas privadas em ambos os pólos (passivo e ativo), é o fato de que, quando a relação se dá entre Estado-cidadão, forma-se uma relação entre um titular de um direito fundamental, de um lado, e um não titular, do outro lado. Em contraposição, a relação cidadão-cidadão é uma relação entre titulares de direitos fundamentais.

Este é, portanto, o aspecto base do problema exposto e que tem gerado inúmeras dúvidas quanto ao alcance das normas jusfundamentais quando estas são contrapostas a outro titular de direitos fundamentais. Diferentemente do que ocorre quando a relação jurídica se dá entre Estado-cidadão, visto que o Estado é classicamente obrigado a respeitar e proteger direitos fundamentais de cidadãos¹⁶⁴.

Assim sendo, temos uma questão a ser resolvida: como e em que medida os direitos fundamentais vão atingir as relações jurídicas privadas. O que a teoria da eficácia mediata propõe é, em termos gerais, que o direito privado seja atingido pela força axiológica dos direitos fundamentais apenas mediatamente.

Existem várias propostas para que sejam aplicados os direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas de forma mediata – o que se diferencia são as variantes da medida dessa aplicação. Este trabalho escolheu

¹⁶³ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 511

¹⁶⁴ Deve-se esclarecer que, embora Alexy faça essa observação, ele traz em outro momento, uma solução para a questão, quando enuncia que o fato do legislador ordinário ser obrigado, diretamente, a observar os direitos fundamentais tem como consequência final a vinculação dos cidadãos aos direitos fundamentais. Assim, conclui o autor, independente de qual seja a construção, as normas jusfundamentais e as normas civis serão aplicadas na relação cidadão-cidadão. ALEXY, Robert. Ob.cit., p. 507

tratar das mais importantes, quais sejam, a dos deveres de proteção do Estado e a clássica. Este tópico irá tratar sobre a clássica teoria da eficácia mediata, aquela proposta e desenvolvida por Dürig e seguida pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha.

Contudo, cabe trazer a luz o esclarecimento feito pelo professor da Universidade Externado de Colombia, Alexei Julio Estrada, de que, atualmente, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, ao contrário do Tribunal Constitucional Espanhol, tem expandido a proteção aos direitos fundamentais de uma forma que parece não conhecer limites – fato que tem provocado preocupação e reação por parte da doutrina.¹⁶⁵

Esta teoria se funda principalmente na predominância da autonomia privada em caso de colisão de direitos fundamentais em relações jurídicas entre particulares. Assim, aqueles que aderem a esta corrente entendem que o princípio da liberdade – e, conseqüentemente, o do livre desenvolvimento da personalidade, deve continuar a ser o valor fundamental a ser considerado ao tratar-se do problema da aplicação dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas.¹⁶⁶

Por essa visão, os direitos fundamentais são apenas direitos de defesa contra o Estado.

Desta forma, os particulares não podem estar vinculados aos direitos fundamentais da mesma forma que o Estado, porque isso seria o mesmo que transformar direitos em deveres, invertendo seu sentido e prejudicando o princípio constitucional da liberdade.¹⁶⁷

A principal conseqüência desta formulação é a de que o Estado sempre será o único sujeito passivo dos direitos fundamentais. Com isso, ele deve, consoante a concepção originária dos direitos fundamentais já exposta no capítulo I, abster-se de qualquer ingerência indevida na esfera de direitos fundamentais positivados, cujos titulares são sempre sujeitos privados.

¹⁶⁵ ESTRADA, Alexei Julio. Los Tribunales Constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. In: CARBONELL, Miguel (ed.). **Teoria del neoconstitucionalismo – Ensayos escogidos**. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 131

¹⁶⁶ ANDRADE, Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 251

¹⁶⁷ ANDRADE, Vieira de. Ob.cit., p. 251

Todavia, isso nos leva a um questionamento: se o Estado é o sujeito passivo (sempre) dos direitos fundamentais, há, neste ônus, a obrigação estatal de proteger os direitos fundamentais contra quaisquer ataques (sejam eles provenientes da própria esfera estatal, sejam oriundos de agentes privados). Mas de que forma se dará essa proteção? Neste ponto, a solução encontrada por esta corrente é a de que a proteção a agressões que porventura vierem do direito privado deve se dar por meio do próprio direito privado, via interpretação de suas cláusulas gerais e de conceitos indeterminados próprios do direito privado. Tal abordagem, desenvolvida pioneiramente a partir das formulações de Günter Durig, objetiva manter a autonomia, que é um princípio característico do direito privado¹⁶⁸, em sua plena integridade.

Os direitos fundamentais, nesse sentido, precisariam de uma intermediação legislativa ou judicial para se fazerem valer nas relações jurídicas privadas. O intérprete deveria, portanto, filtrar as normas de direito fundamental para compatibilizar sua projeção no direito privado, onde houvesse consonância com esse ramo jurídico.

Em outras palavras, esta teoria enuncia que os direitos fundamentais, nas relações entre particulares, não são diretamente oponíveis como direitos subjetivos (tal qual como ocorre com o Estado) – sempre irão carecer de uma intermediação do legislador ou do poder judiciário, que irá realizar uma integração dos direitos fundamentais na interpretação de normas do direito privado.¹⁶⁹

A teoria abraçada por Durig prevê, assim, a autonomia privada como valor supremo a ser considerado quando houver colisão de direitos numa relação entre particulares.

Veja-se que, para esta teoria, os direitos fundamentais não serão desconsiderados, como se nada tivessem em comum com o ordenamento privado. Eles terão, sim, seu valor, mas de uma forma indireta, como prenuncia a própria denominação da teoria. É que, para essa parcela da doutrina, a

¹⁶⁸ MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, junho/2005. p. 24

¹⁶⁹ MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. Ob.cit., p.24

Constituição vai funcionar como uma ordem objetiva de valores, que vai “irradiar” sua influência por todo o direito privado.

Preleciona Vieira de Andrade, ao indicar o sentido e alcance pretendido pela teoria da eficácia mediata:

Quando muito, os preceitos constitucionais serviriam como *princípios de interpretação* das cláusulas gerais e conceitos indeterminados susceptíveis de concretização, clarificando-os, acentuando ou desacentuando determinados elementos do seu conteúdo, ou, em casos extremos, colmatando as lacunas, mas sempre dentro do <<espírito>> do direito privado.

Esta foi a posição adotada pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, no famoso caso Lüth.¹⁷⁰ Com efeito, apesar desta Corte ter, de certa forma, considerado a aplicação de um direito fundamental em uma relação jurídica que envolvia dois particulares, ela o fez de uma maneira peculiar.

De fato, o Tribunal Constitucional consolidou, a partir dessa célebre decisão, um posicionamento que tem tido considerável acolhida em boa parte da doutrina europeia, e deu impulso às formulações de Dürig. A sentença do Caso Lüth, dentre outras muitas inovações, desenvolveu uma concepção subjetiva e outra objetiva dos direitos fundamentais – esta última acabou por desembocar no argumento de que os direitos fundamentais têm efeito irradiante em todo o ordenamento jurídico. Esse “efeito irradiante”¹⁷¹ seria possível mediante direitos à proteção do indivíduo e deveres de atuação do Estado, bem como alcançaria a vinculação do legislador e dos particulares¹⁷².

Em sua concepção subjetiva, os direitos fundamentais visam assegurar a esfera de liberdade do Estado contra intervenções estatais. São direitos de defesa. Esta é, repita-se, uma concepção essencialmente liberal-

¹⁷⁰ O resumo do Caso Lüth e sua repercussão na construção da teoria da aplicação dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, constam do Cap. I, item 5, deste trabalho.

¹⁷¹ Como já mencionado no capítulo I, este termo de “efeito irradiante”, foi formulado pioneiramente pelo Tribunal Constitucional da Alemanha e teve forte repercussão, muito embora seja alvo de duras críticas por parte de doutrinadores, como Canaris. (CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos Direitos Fundamentais sobre o Direito Privado na Alemanha. In: SARLET. Ingo Wolfgang (org) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p. 230)

¹⁷² STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 105

burguesa dos direitos fundamentais¹⁷³, em que estes visavam salvaguardar a liberdade individual e social de abusos estatais.

Ainda no que tange ao caso Lüth, o Tribunal Constitucional averbou que, além da concepção subjetiva, ele não se colocaria neutro ante os valores característicos dos direitos fundamentais. Desta forma é que asseverou concebê-los também como uma ordem objetiva de valores que regem todos os âmbitos do direito¹⁷⁴⁻¹⁷⁵.

Alexy destaca que essa influência dos valores fundamentais é levada a cabo na concreção de cláusulas gerais de direito privado, mas pode ir além; fazendo-se presente na interpretação de todo o direito privado, podendo, em alguns casos, até justificar decisões contra o texto da lei¹⁷⁶. Entretanto, conforme adverte o jusfilósofo alemão:

No obstante la influencia iusfundamental, las normas del derecho privado deberían seguir siendo normas de derecho privado y los derechos y deberes por ellas fundamentados, derechos y deberes de derecho privado. Para la posición del juez, el efecto de irradiación debería fundamentar el deber de tener en cuenta en su interpretación la influencia iusfundamental em las normas de derecho privado.¹⁷⁷

Esse caráter jurídico-objetivo dos direitos fundamentais é fruto da teoria axiológica dos direitos fundamentais, que os têm como valores objetivos da comunidade, que foram constitucionalizados.¹⁷⁸

¹⁷³ Esse entendimento também é acolhido por Alexy quando ele afirma que a referência ao caráter defensivo pode entendida na linha da tradição liberal. ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Trad. de Ernesto Gazón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002. p. 442

¹⁷⁴STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 107

¹⁷⁵ Alexei Julio Estrada adverte que no “caso Lüth”, o Tribunal Constitucional Federal não se aprofundou no conceito de dimensão objetiva, se limitando a destacar sua principal consequência, que é o efeito de irradiação em todo o ordenamento jurídico. Esta Corte só veio a fazer isso a partir de outros célebres julgamentos que serão mencionados ao longo deste trabalho, como o “caso Lebach” e o “caso Blinkfüer”. ESTRADA, Alexei Julio. Los Tribunales Constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. In: CARBONELL, Miguel (ed.). **Teoría del neoconstitucionalismo – Ensayos escogidos**. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 131-132

¹⁷⁶ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Trad. de Ernesto Gazón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002. p. 512

¹⁷⁷ ALEXY, Robert. Ob.cit., p. 512

¹⁷⁸ STEINMETZ, Wilson. Ob.cit., p. 107.

Desta forma, para a tese da eficácia mediata, Jorge Reis Novais, enuncia que os efeitos dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas se esgotam através: a) da intervenção concretizadora do legislador ordinário, b) da interpretação das normas infra-constitucionais em conformidade com a Constituição e c) de uma interpretação constitucional dos preceitos básicos do direito privado, como as cláusulas gerais do direito civil (bons costumes, boa fé e ordem pública) e os conceitos indeterminados.¹⁷⁹

Como referido acima, a sistematização das características da teoria da eficácia mediata conduz ao entendimento de que essa teoria requer que os direitos fundamentais sejam aplicados no direito privado, de acordo com as cláusulas gerais de direito privado e conceitos indeterminados. Dito de outra forma, o Poder Judiciário e o legislativo, no caso concreto, aplicando as cláusulas gerais, deve admitir a influência ou irradiação dos direitos fundamentais no direito privado – visto que estas cláusulas oportunizam uma introdução de carga valorativa¹⁸⁰.

Diante disso, podemos concluir que, para a teoria da eficácia mediata, os direitos fundamentais não devem ser aplicados diretamente, como se fossem direitos subjetivos (como acontece quando uma das partes é o Estado), quando a relação jurídica envolver apenas entes privados. A incidência na relação jurídica privada deve ocorrer na forma de ordem objetiva de valores que eles são.

3.1 A mediação estatal: qual a função do juiz e do legislador na aplicação mediata dos direitos fundamentais

Conforme mencionado acima, a teoria da eficácia mediata pressupõe que haja uma mediação estatal para realizar essa influência ou preenchimento do direito privado, segundo normas jusfundamentais. Essa mediação estatal se dará por meio dos poderes públicos, Legislativo e Judiciário.

¹⁷⁹ NOVAIS. Jorge Reis. **Direitos Fundamentais – Trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 72-73.

¹⁸⁰ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 138.

Quanto à mediação realizada pelo poder legislativo, deve o legislador harmonizar as normas de direitos fundamentais nas relações entre particulares. Nesse sentido, tem-se a precisa lição de Konrad Hesse:

Ao legislador de direito privado, corresponde constitucionalmente a tarefa de transformar o conteúdo dos direitos fundamentais, de modo diferenciado e concreto, em direito imediatamente vinculante para os participantes em uma relação jurídico privada. A ele compete fundamentalmente criar das múltiplas modificações às quais obriga a influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado¹⁸¹.

Desta forma, os direitos fundamentais serão protegidos no direito privado através do respeito e harmonização dessa seara do direito com os preceitos constitucionais.

Observe-se que, em primeiro lugar, está o legislador vinculado aos direitos fundamentais. Deve, portanto, produzir suas normas sem ultrapassar os umbrais fixados por estes direitos, tão caros à Constituição. Neste aspecto, esse é também o ponto de vista adotado por Canaris, quando afirma que o legislador também está vinculado aos direitos fundamentais como direito imediatamente vigente. Isso se confirma no fato de que “para o cidadão, as leis de direito privado podem ter efeitos ofensivos inteiramente semelhantes aos das leis de direito público”,¹⁸² o que justificaria tal proteção.

Ocorre que, para Canaris - e, neste ponto, ele diverge do Tribunal Constitucional e da doutrina clássica da eficácia mediata – a vinculação do legislador privado aos direitos fundamentais deve ocorrer de forma imediata, porque, para ele, é óbvio que deve haver o total respeito à Constituição, pelo fato de que, entre outros motivos, esta se encontra em uma posição hierárquica superior. É com base nessas enunciações, que o professor alemão tece duras críticas a Günther Dürig e ao Tribunal Constitucional, que propõem que a vinculação do legislador deve se dar apenas considerando os “efeitos de irradiação” dos direitos fundamentais nesta área do direito. Confira-se: “Além disso, nunca compreendi o que realmente se pretendia dizer com essa variante

¹⁸¹ HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Trad. de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid, Civitas, 1995, p. 285, número de margem 355. *Apud* STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 143.

¹⁸² CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Almedina, fevereiro/2006. p. 24

da teoria da eficácia mediata em relação a terceiros, e designei-a, por isso, como verdadeiramente ‘misteriosa’”.¹⁸³

Na mediação legislativa a tarefa do legislador é regular especifica e criteriosamente todo o conteúdo, alcance e conseqüências da Constituição no Direito Privado.

A mediação do legislador, então, é a que primeiramente deve ser protagonizada para a garantia de que os direitos fundamentais terão alguma eficácia no âmbito das relações jurídicas privadas. Entretanto, há outra forma de mediação, a realizada pelo Poder Judiciário, que tem singular importância neste processo.

Com efeito, tanto o juiz singular quanto os tribunais são responsáveis pela concretização da vinculação dos direitos fundamentais nas relações inter-privadas. Essa ligação se dará: a) interpretando o direito privado de acordo com as normas de direitos fundamentais e b) preenchendo as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados e abertos do direito privado, de acordo com os princípios objetivos, que são os direitos fundamentais¹⁸⁴.

Como mencionado, a atuação do Poder Judiciário se dará quando o legislador não regular a situação de colisão entre direitos fundamentais. Nestes casos, o juiz vai introduzir os valores dos direitos fundamentais nas normas de direito privado, por meio da concretização destes valores inseridos no direito privado.

Em outras palavras, a teoria da eficácia mediata propõe que o direito infra-constitucional se ajuste ao conteúdo jurídico da Constituição. Porém, este ajuste se dará através da interpretação, feita pelo juiz, das normas de direito privado, naquilo em que elas convergem com a Constituição. Pode-se extrair destes pressupostos que o objetivo a ser alcançado é a manutenção da importância do direito privado, já que os casos concretos serão decididos tendo como marco o próprio direito privado¹⁸⁵.

¹⁸³ CANARIS. Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Almedina, fevereiro/2006, p.29

¹⁸⁴ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 145

¹⁸⁵ STEINMETZ, Wilson. Ob.cit., p. 147

3.2 Contraponto à teoria da eficácia mediata

É inegável que a teoria da eficácia mediata é sedutora, principalmente quando analisada tendo como pano de fundo uma sociedade capitalista, regida cotidianamente por negócios, atos e situações jurídicas que requerem segurança para se realizarem. De um lado, ela fornece uma certeza jurídica pelo maior grau de detalhamento e precisão das normas privadas¹⁸⁶. De outro, segurança de que o que foi pactuado, independente de seu conteúdo, será cumprido.

Assim sendo, não há como rebater o fato de que a preservação da autonomia da vontade em relações firmadas entre privados é um forte argumento em benefício da segurança jurídica. E, como se sabe, a segurança jurídica é elemento fundamental na construção do Estado Democrático de Direito.

Steinmetz, embora discorde dessa teoria, também visualiza aspectos positivos a ela concernentes, como a preservação da autonomia privada como princípio fundamental do direito privado; a manutenção da identidade, autonomia e função do direito privado como um todo; porque seu uso evita a “panconstitucionalização” do ordenamento jurídico – fato este que desencadearia, por si só, outras conseqüências indesejáveis, como a trivialização da Constituição e a sobrecarga da jurisdição constitucional.¹⁸⁷

Entretanto, concordamos com a bem pontuada lição de Juan María Bilbao Ubillos, de que a teoria da eficácia mediata parece uma teoria “forçada”, produto do medo da revisão de inúmeras categorias jurídicas privadas¹⁸⁸. Aponta o professor espanhol para uma contradição evidente em se adotar a teoria da eficácia mediata. Vejamos. Um recurso constitucional só é cabível frente a uma violação concreta de um direito fundamental. No caso Lüth, por exemplo, se foi recebido e julgado o recurso proveniente, essa sentença

¹⁸⁶ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 139

¹⁸⁷ STEINMETZ, Wilson. Ob.cit., p. 139-140

¹⁸⁸ BILBAO UBILLOS, Juan María. Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: editora Livraria do Advogado, 2006, p 318

exerceu o direito fundamental. Assim, ignorar que houve a aplicação imediata, que direitos fundamentais foram ponderados diretamente no caso concreto, é “uma peripécia especulativa artificiosa”, que não conduz a nenhuma parte¹⁸⁹.

Com efeito, não entendemos plausível a aceitação dos fundamentos dessa teoria, porque ela mascara um problema real, que é o concernente à colisão de direitos fundamentais. Não se pode pretender a aplicação de um direito fundamental apenas quando este direito estiver acolhido nas normas privadas. Isso é um contra-senso. Vale repetir a lição de Canaris quando ele afirma, ao tratar a Constituição como *lex superior*, que é até mesmo “uma impossibilidade intelectual” pretender a aferir a aplicação de direitos constitucionais baseando-se em leis infraconstitucionais¹⁹⁰.

De outro lado, a tão só aceitação de que os direitos fundamentais têm uma “força de irradiação” basta para caracterizar que os adeptos da teoria mediata admitem a posição privilegiada que os direitos fundamentais ocupam frente a todo o ordenamento jurídico. Se isso é indiscutível, como pretender que esses direitos superiores se condicionem a uma mediação baseada em norma privada, que é inferior?

Empenhar-se na aplicação da Constituição e na efetividade dos direitos fundamentais não é trivializar a Constituição. É, antes de tudo, consagrar a esta ordem normativa, o destaque que lhe é peculiar. A propósito, da inspirada doutrina do professor Paulo Lôbo, extraímos esta valiosíssima lição:

Quando a legislação civil for claramente incompatível com os princípios e regras constitucionais, deve ser considerada revogada, se anterior à Constituição, ou inconstitucional, se posterior à ela. Quando for possível o aproveitamento, observar-se á a interpretação conforme a Constituição. Em nenhuma hipótese, deverá ser adotada a disfarçada resistência conservadora, na conduta freqüente de se ler a Constituição a partir do Código Civil.¹⁹¹

¹⁸⁹ BILBAO UBILLOS, Juan María. Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 317-318

¹⁹⁰ CANARIS. Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 2006, p.30

¹⁹¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. In: **Revista de Informação Legislativa, Nº 141**. Brasília: Senado Federal. Jan/mar 1999, p. 108

Com efeito, não podemos mais negar o que o processo histórico nos trás à tona. A Constituição não é mais uma enunciação política - tem ela uma gama de regras propensas a incidir. Nesse ponto, se alguma de suas normas for malferida ou desconsiderada, não importa saber de onde adveio a agressão. O Estado atual não comporta mais esse tipo de interpretação restritiva. Ademais, o próprio caráter universal dos direitos humanos reflete a mais clara prova de que estes direitos produzem eficácia também em relações privadas.

4. Teoria dos deveres de proteção do Estado

A teoria dos deveres de proteção nada mais é que uma matização da teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas. Tem como pressuposto, assim como a teoria clássica da eficácia mediata, o fato de que os direitos fundamentais devem incidir nas relações privadas de forma indireta. Mas o cerne desta teoria está no fato de que o Estado deve proteger lesões a direitos fundamentais porque isso é intrínseco ao seu dever de tutelá-los (inclusive as advindas de particulares).

Vincular os poderes públicos à Constituição permite que se fale de um direito fundamental à tutela efetiva. Nessa concepção, os poderes públicos, além de se obrigarem a não intervir na esfera dos particulares, devem proteger esses particulares de intervenções de terceiros.

Vieira de Andrade esclarece que esse dever de proteção não se resume apenas ao cumprimento de imposições constitucionais, chegando a ser,

para além disso, um dever geral decorrente do princípio do Estado de Direito e do correspondente monopólio estatal da autoridade e do uso da força legítima, visto que os particulares, salvo situações excepcionais, só podem evitar ou defender-se das agressões dos seus direitos por outros particulares se os poderes públicos proibirem, prevenirem e reprimirem tais ofensas¹⁹².

¹⁹² ANDRADE, Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2006, p. 256

Para Canaris, os destinatários das normas de direitos fundamentais são, em princípio, apenas o Estado e seus órgãos e não os sujeitos de direito privado¹⁹³. Essa afirmativa conduz a uma outra conclusão, segundo a qual o objeto de controle dos direitos fundamentais são apenas os atos oriundos do Estado (leis e decisões judiciais, por exemplo), e nunca atos de sujeitos privados (negócios jurídicos e atos ilícitos).¹⁹⁴

A partir de tais assertivas, Canaris desenvolve um raciocínio que deságua em uma aplicação também mediata dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas. Neste contexto, o mestre alemão afirma que os direitos fundamentais devem ser aplicados como proibições de intervenção ou imperativos de tutela.¹⁹⁵

Esta vinculação dos cidadãos aos direitos fundamentais em suas relações privadas se daria por uma via oblíqua. Simplesmente porque o Estado ou o ordenamento jurídico são obrigados a proteger um cidadão contra o outro nas relações que mantém entre si.¹⁹⁶

O controle dos direitos fundamentais por meio do Estado é viabilizado pela aplicação do instituto da proibição do excesso. A intervenção nos direitos fundamentais de uma parte só será permitida desde que não onere excessivamente a outra parte. Canaris pondera que, apesar da relação privada ter titulares de direitos fundamentais em ambos os lados, a proibição do excesso deve sim ser aplicada.¹⁹⁷

¹⁹³ Vale ressaltar que, muito embora Canaris acolha a tese em defesa da obrigação estatal de proteção dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, de imputação estatal a lesões a estes direitos (o que lhe inclui como partidário da teoria dos deveres de proteção), ele usa algumas fundamentações diversas das de Schwabe para chegar ao objetivo proposto na teoria.

¹⁹⁴ CANARIS. Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 55.

¹⁹⁵ É esta a proposta de Canaris, quando ele sugere uma reconstrução crítica do Caso Lüth: afirmar que os direitos fundamentais ali envolvidos poderiam ser protegidos apenas com suas funções normais de proibição de intervenção e os imperativos de tutela. Conforme já visto no cap. 1, nesta ocasião ele afirma que a teoria da 'eficácia de irradiação' criada pelo Tribunal Constitucional Federal é, para ele, uma denominação misteriosa, que ele não consegue entender. CANARIS. Claus-Wilhelm. Ob. Cit., p. 56.

¹⁹⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos Direitos Fundamentais sobre o Direito Privado na Alemanha. In: SARLET. Ingo Wolfgang (org) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p.240.

¹⁹⁷ CANARIS. Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 2006, p 33-34.

Isso porque, conforme já foi mencionado neste trabalho, a história tem demonstrado claramente que entes privados também podem violar direitos fundamentais alheios. Leis de direito privado também podem ter natureza ofensiva. Assim, se houve a intervenção nos direitos fundamentais de uma parte, de forma a ofender a proibição de excesso, ou se uma lei ficou aquém do mínimo que a Constituição impõe para proteger a outra parte, deve haver o controle.¹⁹⁸ E este controle objetiva a melhor aplicação dos direitos fundamentais em suas funções normais de proibição de intervenção e imperativos de tutela.

É nesse sentido que Vieira de Andrade averba que esse dever de proteção é associado a um imperativo de proteção suficiente, sob a forma de um princípio de proibição do déficit, que deve pretender uma proteção equilibrada dos direitos fundamentais, baseada no princípio da proporcionalidade, mas sem subestimar a autonomia privada¹⁹⁹.

Jorge Reis, doutrinador assumidamente filiado à teoria dos deveres de proteção, leciona que a base dessa teoria reside na dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Diferente da sistemática adotada por Canaris, ele mistura essa teoria com a eficácia mediata clássica, afirmando que o resultado da dimensão objetiva é um efeito de irradiação dos direitos fundamentais na ordem jurídica. Afirma, inclusive, que a maior contribuição dessa teoria está no cumprimento do dever de proteção aos direitos fundamentais, quando o direito privado for insuficiente. Assim, os deveres de proteção, para o professor da faculdade de direito de Lisboa, são subsidiários a uma prévia proteção da legislação ordinária²⁰⁰.

Benedita Mac Crorie traz uma descrição do caso em que a Alemanha adotou, pela primeira vez de forma consciente, a teoria dos deveres de proteção²⁰¹. Foi pela ocasião da discussão em torno da legislação que previa

¹⁹⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 2006, p.33-34

¹⁹⁹ ANDRADE, Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2006, p. 257

²⁰⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais – Trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 73-74

²⁰¹ MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 29-32

alargar a abolição da punição penal da prática de aborto (*Abtreibungsurteil I* – ou *Schwangerschaftsabbruch* – BVerfGE 39, p. 1 ss.). Para o que nos interessa, a jurisprudência do Tribunal informou que os direitos fundamentais não contêm apenas direitos subjetivos de defesa em face do Estado, mas constituem também uma ordem objetiva que vincula todos os domínios do direito. Assim, o Estado estaria obrigado a proteger a vida do nascituro – o que se trata de um conteúdo objetivo dos direitos fundamentais. A proteção do Estado deve inclusive salvaguardar esta vida de intervenções ilegais de terceiros.

Alexei Julio Estrada assinala que o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha tem preferido nos últimos anos se fundamentar neste dever de proteção do Estado e, com isso, conforme já dito aqui, expandiu consideravelmente sua proteção aos direitos fundamentais – de uma forma jamais sonhada pelos teóricos da eficácia imediata²⁰².

O professor catedrático da Humboldt-Universität de Berlim, Reinhard Singer, um defensor da teoria dos efeitos de proteção do Estado, anota que também o Tribunal Federal do Trabalho da Alemanha segue esse viés protetivo do Estado. Com efeito, ele enuncia um ruidoso caso tratado por esta Corte, que declarou sem efeito uma ordem trabalhista dada a uma empregada, para que essa não utilizasse o véu de cabeça durante sua atividade como vendedora em uma loja de cosméticos, baseando-se na violação a um artigo da Lei

²⁰² Para além disso, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha tem protegido o particular através do desenvolvimento da “proteção frente a si mesmo”. Essa interessante doutrina protetiva vai ainda além do direito subjetivo do particular frente ao Estado ou a outro particular (onde cessa o alcance da eficácia horizontal) – usa os direitos fundamentais para defender o indivíduo contra consequências de suas próprias ações. É um problema que torna relevante a nível contratual, onde a pessoa afetada consentiu voluntariamente com as regras que vieram a violar seus direitos fundamentais. O tribunal tem exigido que as cláusulas contratuais devem cumprir requisitos impostos pela ordem de valores. Isso vai ocorrer quando for necessário buscar o equilíbrio entre as partes que não gozam da igualdade material, visto que a parte em vantagem estipula as regras do contrato de forma unilateral, em face da perda efetiva da autonomia privada. ESTRADA, Alexei Julio. Los Tribunales Constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. In: CARBONELL, Miguel (ed.). **Teoria del neoconstitucionalismo – Ensayos escogidos**. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 131, 132 e 143-145. Podemos facilmente ligar essa posição do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha a uma postura protetiva do particular frente a um poder privado, que é aquele que desequilibra a relação privada que foi constituída, a ponto de eliminar ou minorar a autonomia da parte débil.

Fundamental da Alemanha²⁰³. Essa limitação da competência privada do empregador foi baseada nos deveres de proteção do Estado, que deve intervir caso o empregador desconsidere posições protegidas do ponto de vista jurídico-fundamental²⁰⁴.

Inclusive anota o professor alemão que a Segunda Turma do Tribunal Federal do Trabalho expôs textualmente sua posição quando afirmou que "para determinação do conteúdo e dos limites de uma proteção contra demissão sem justa-causa à margem da Lei de proteção contra demissão sem justa-causa, há de se atentar para o significado dos deveres de proteção jurídico-fundamentais".²⁰⁵

Por conseguinte, é inegável que essa teoria baseia-se corretamente na idéia de que ao Estado cabe a função de proteger os direitos fundamentais dos particulares de ameaças de outros particulares. Entretanto, conforme bem adverte Daniel Sarmento, a premissa de que só o Estado está vinculado aos direitos fundamentais "parece francamente inadequada a realidade da vida moderna e eticamente injustificável".²⁰⁶

Além disso, Daniel Sarmento atenta para um outro aspecto contraditório desta teoria. Com efeito, o dever de proteção do Estado não pode negar a aplicação dos direitos fundamentais entre particulares, pois o Estado só pode proteger um direito fundamental de uma lesão causada por um particular "se se aceitar também que ao particular em questão não é lícito causar aquela lesão – vale dizer, que ele também está vinculado ao respeito do direito fundamental."²⁰⁷

Essa pertinente observação certamente nos leva a crer que, de certa forma, boa parte da doutrina estrangeira busca, às vezes forçosamente, comprovar que os direitos fundamentais devem ser respeitados por pessoas privadas (porque, afinal, a sua fundamentalização no corpo de uma

²⁰³ SINGER, Reinhard. Direitos Fundamentais no direito do trabalho. In: MONTEIRO, Antônio Pinto; NEUNER, Jörg e SARLET, Ingo (organizadores). **Direitos Fundamentais e Direito privado – uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Edições Almedina, 2007, p. 335

²⁰⁴ SINGER, Reinhard. Ob.cit., p. 335

²⁰⁵ SINGER, Reinhard. Ob.cit., p.336

²⁰⁶ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2006. p. 220

²⁰⁷ SARMENTO, Daniel. Ob.cit., p. 220

Constituição não admite outra interpretação), mas nunca de forma direta. Sempre com uma intermediação estatal (legislativa ou judiciária) a realizar esse intento.

5. Teoria da convergência estatista ou teoria de Schwabe

Essa teoria foi construída pelo jurista alemão Jürgen Schwabe como uma nova alternativa às teorias existentes. Schwabe ultrapassou a idéia de mero dever de proteção do Estado ao propor que os problemas relativos à vinculação de particulares devem ser resolvidos corretamente no marco teórico de direitos fundamentais como direitos de defesa frente ao Estado²⁰⁸. Em outras palavras, os direitos fundamentais – todos eles – podem ser englobados na esfera de direitos de defesa, direitos que obrigam diretamente o Estado.

Com efeito, conforme averba Alexy acerca desta teoria, “los efectos em la relación ciudadano-ciudadano son consecuencias de la sujeción del Estado a los derechos fundamentales em tanto derechos subjetivos públicos”.²⁰⁹ Isto significa que qualquer intervenção nos direitos fundamentais, mesmo que praticada por particulares, pode ser imputada ao Estado – porque o Estado, ao autorizar e viabilizar a existência de uma ordem jurídica privada, torna-se responsável pelas agressões que esse sistema perpetue na ordem jusfundamental²¹⁰.

Com amparo em lição de Alexy, pode-se afirmar que esta teoria encontra seus fundamentos nas vertentes de defesa e proteção dos direitos fundamentais. O primeiro é um direito frente ao Estado para que ele se omita de intervenções nos direitos fundamentais, ao passo que o segundo é um

²⁰⁸ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 177

²⁰⁹ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002. p, 513

²¹⁰ ALEXY, Robert. Ob.cit., p. 513

direito frente ao Estado para que este se encarregue que terceiros se omitam de intervenções.²¹¹

Esta teoria é construída da seguinte forma: o Estado, ao regular e proteger atividades privadas, torna-se partícipe da lesão que, portanto, deve-lhe ser imputada²¹². Ou seja, se ocorreu uma lesão a um direito fundamental qualquer, o Estado deve ser responsabilizado porque ou ele permitiu a lesão ou não a proibiu.

Desta forma, o problema da proteção dos direitos fundamentais frente a particulares se converte em um problema de defesa onde estas intervenções são consideradas, em última instância, estatais²¹³. Dito de outra forma, todos os meios do Estado regular juridicamente as relações privadas (como permissões, dever de tolerância, imposições) devem ser vistos como direitos de defesa – por isso as lesões advindas de privados podem ser imputadas ao Estado.

Alexy informa que, para essa teoria, a adstrição que converte uma intervenção privada em uma intervenção estatal tem um tripé de sustentação: 1) a permissão estatal, 2) os deveres de tolerância vinculados a essa permissão e 3) a imposição estatal do dever de tolerância.²¹⁴

Concordamos com Vieira de Andrade, que, tecendo crítica a esta teoria, considera-a insustentável, pelo fato de que os indivíduos são responsáveis por seus atos, e, portanto não atuam por delegação estatal²¹⁵.

Assim, podemos afirmar que o mero fato de uma ação não estar proibida não fundamenta uma participação do Estado em sua realização, pois isso levaria a crer que o Estado participa de toda ação humana não proibida²¹⁶.

²¹¹ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 441

²¹² ALEXY, Robert. Ob.cit., p. 442.

²¹³ ALEXY, Robert. Ob.cit., p. 442

²¹⁴ ALEXY, Robert. Ob.cit., p. 443

²¹⁵ ANDRADE, Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2006, p. 258

²¹⁶ ALEXY, Robert. Ob.cit., p. 443

6. Teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais

Essa doutrina foi elaborada, inicialmente, por Nipperdey, que considerou inquestionável a força vinculativa dos direitos fundamentais, afirmando que as Constituições visam, primordialmente, garantir as relações entre os cidadãos²¹⁷. Assim, porque a Constituição é *lex superior* e vincula todo o ordenamento jurídico, todos devem estar submetidos aos direitos fundamentais, que estão constitucionalizados.

A partir desta primeira constatação, podemos avançar para outros aspectos da teoria da eficácia imediata que merecem destaque. Um é que aceitar a teoria da eficácia imediata não exclui o fato da existência da dupla dimensão subjetiva/objetiva dos direitos fundamentais. Ocorre que os adeptos da teoria da eficácia imediata entendem que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais permite que estes sejam aplicados diretamente nas relações jurídicas privadas, ao contrário do que propõe a teoria da eficácia mediata.

Dito de outra forma, é claro que os direitos fundamentais têm uma dimensão objetiva, no melhor sentido exposto por Canotilho, de que possuem um “significado para a coletividade, para o interesse público, para a vida comunitária”²¹⁸. Ocorre que essa dimensão objetiva, para a teoria da aplicação direta, não necessita ser mediada por normas civis para ser aplicada nas relações jurídicas privadas. Incide imediatamente.

Os direitos fundamentais devem, pois, incidir como uma regra hermenêutica ou uma norma de comportamento que está apta também para incidir nas relações travadas entre particulares²¹⁹.

Desta forma, a concepção da vinculação direta dos particulares se baseia no fato de que os direitos fundamentais são normas que expressam valores aplicáveis a toda ordem jurídica, porque, de um lado, tem-se o princípio

²¹⁷ MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005, p.22

²¹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993, p. 535

²¹⁹ BILBAO UBILLOS, Juan María. Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 319

da unidade do ordenamento jurídico e, de outro, a força normativa da Constituição²²⁰.

Bilbao Ubillos, entende que essa tese afirma a virtualidade direta dos direitos fundamentais, como direitos subjetivos que são reforçados pela garantia constitucional, inclusive em face de violações oriundas de sujeitos privados²²¹. Na verdade, a análise da jurisprudência em torno da matéria (a exemplo dos casos que serão tratados no capítulo V deste trabalho) só leva a crer que a admissão da eficácia privada dos direitos fundamentais, mesmo com as variações de intensidade e cautela necessárias, é uma solução inevitável. Pode-se até discutir em que medida vai ser cabível essa vinculação, mas não desconsiderar o caráter normativo da Constituição²²².

Em outras palavras, é claro que inclusive a doutrina que propugna em favor de uma eficácia direta, o faz com diferentes matizações quanto à intensidade e forma que os direitos fundamentais devem ser aplicados nas relações jurídicas privadas²²³, mas, independente do grau que cada intérprete entende ser cabível, há um consenso em torno do fato de que deve haver uma aplicação direta destes direitos nas relações que se estabelecem entre particulares. Como preleciona Bilbao Ubillos, “la garantía constitucional operaría com el mismo título, aunque no necesariamente com la misma intensidad, em cualquier dirección”.²²⁴

Canotilho, por exemplo, adere à tese em questão, mas propõe que essa vinculação direta obedeça a alguns padrões: a) primeiramente, deve-se aplicar o direito privado, em uma interpretação conforme a Constituição b) se essa interpretação for insuficiente e acabar por violar os direitos fundamentais, os Tribunais devem considerar a lei violadora, inconstitucional e c) a

²²⁰ MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 22

²²¹ BILBAO UBILLOS, Juan María. Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 318

²²² BILBAO UBILLOS, Juan María. Ob.cit., p. 318

²²³ Uma variante albergada pela teoria da eficácia imediata é, por exemplo, aquela que entende que os direitos fundamentais só devem ser aplicados diretamente nas relações jurídicas privadas quando estiver configurada uma situação de poder inequívoco em um dos pólos da relação. Esta teoria será mais aprofundada no tópico seguinte.

²²⁴ BILBAO UBILLOS, Juan María. Ob.cit., p. 319

interpretação das normas privadas se baseará não apenas em cláusulas gerais e conceitos indeterminados típicos do direito privados, mas também em normas que consagram e defendem os bens jurídicos absolutos, como a vida e a liberdade²²⁵.

Baseado nessas premissas propostas pelo mestre português, de como deve ser racionalmente operada a aplicação dos direitos fundamentais em relações onde se encontram particulares em ambos os pólos, podemos extrair algumas conclusões. A primeira é a de que, ao contrário do que se tem dito, as teorias da eficácia mediata e imediata não são excludentes. Ora, se você admite que os direitos fundamentais vinculam diretamente as relações privadas, isto não é, de forma alguma, incompatível com a formulação (proposta pela teoria da eficácia mediata) de que os direitos fundamentais têm força irradiante em todo o ordenamento jurídico. O que propõe aditivamente à eficácia imediata é que, em caso de insuficiência legislativa, a Constituição seja aplicada diretamente.

Outra similaridade entre a teoria da eficácia mediata e imediata é a aceitação por ambas, de que os direitos fundamentais compõem uma ordem subjetiva e objetiva. Na ordem subjetiva, entretanto, os adeptos da teoria imediata entendem que os direitos fundamentais iram atuar como direitos subjetivos constitucionais – independente de serem públicos ou privados²²⁶. Ou seja, são contrapostos em face do Estado e em face de sujeitos privados. No que concerne à ordem objetiva, ambas as teorias (mediata e imediata), a aceitam como componente de uma ordem valorativa válida para toda a comunidade. O que ocorre, como já mencionado acima, é que a teoria da eficácia imediata não prescinde de intermediação legislativa para validar esses valores no ordenamento privado.

Steinmetz expõe algumas críticas relativas à teoria da eficácia imediata, em especial a acusação de que essa teoria delega demasiados poderes ao juiz na resolução da contenda.

²²⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993, p. 598

²²⁶ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 168

Entretanto, conforme anota o professor do Rio Grande do Sul, a teoria da eficácia imediata não contrapõe o valor do legislador. Se a legislação ordinária trazer disposição harmonizada à Constituição Federal, ela será plenamente aplicada. A Constituição só se aplicará diretamente se o disposto na ordem privada for contrário aos preceitos constitucionais.

A nosso ver a teoria da eficácia imediata é a que melhor soluciona as questões relativas a colisões de direitos fundamentais nas relações travadas entre particulares. Essa teoria protege a Constituição Federal, lhe atribui o status máximo a ser ocupado no ordenamento jurídico e realiza os propósitos de proteção ao cidadão contra qualquer lesão a seus direitos.

É claro que não concordamos que a eficácia imediata deve ser absoluta. Na verdade, as relações privadas têm nuances que devem ser consideradas, como a autonomia das partes envolvidas na lide. Assim, só na análise do caso concreto e das normas aplicáveis aos dois particulares, é que o julgador pode aferir que direito deve prevalecer. Acreditamos, portanto, que em uma colisão envolvendo direitos fundamentais, estes devem ser aceitos como aplicáveis ao caso, mas apenas no exercício da ponderação é que julgador vai decidir a medida em que se dará essa aplicação. Em caso de colisão, a ponderação não tem que se resolver, necessariamente, em favor do detentor do direito fundamental.²²⁷ Mas trataremos de nos aprofundar neste aspecto no capítulo IV, quando abordaremos a autonomia privada, o caráter principiológico dos direitos fundamentais e a ponderação como método hermenêutico aplicável para a solução da colisão de direitos fundamentais.

7. Teoria da eficácia imediata quando configurado um poder privado

Os poderes privados, fenômeno já tratado no capítulo I, item 2.1 deste trabalho, são caracterizados como pessoas ou organizações privadas poderosas que desequilibram a horizontalidade característica das relações

²²⁷ BILBAO UBILLOS, Juan María. Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: editora Livraria do Advogado, 2006, p. 338

privadas. De fato, a relação que deveria ter pesos iguais na balança, pende para um lado – aquele ocupado pelo particular poderoso.

Este tópico trata, na verdade, de uma das matizações da teoria da eficácia imediata. Neste caso, os adeptos dessa vertente afirmam que a aplicação direta dos direitos fundamentais entre particulares é possível desde que o outro particular, contra quem o direito fundamental é contraposto, seja um poder privado.

Em outras palavras, apenas quando estiver configurado uma situação de poder inequívoco em um dos pólos da relação, pode-se aceitar uma aplicação direta dos direitos fundamentais. É esse, por exemplo, o posicionamento do Professor da Universidade de Lisboa, Vasco Manoel Pascoal Dias Pereira da Silva, quando afirma que “destinatários privados dos direitos, liberdades e garantias só podem ser as entidades dotadas de poder”.²²⁸

Da mesma forma, parece ser esta a posição do constitucionalista espanhol Bilbao Ubillos. Ele afirma que a capacidade de penetração dos direitos fundamentais deve ser maior quando se tratar de uma relação assimétrica, análoga a que vigora entre cidadãos e Estado. É dizer, se uma parte ostenta superioridade fática em relação à outra, isso atinge a autonomia da parte débil – o que confere uma necessidade de maior proteção.²²⁹

Vieira de Andrade²³⁰, outro defensor desta vertente da eficácia imediata, traz, inclusive, advertência quantos às formas de poder que podem se estabelecer em uma relação privada – pode ser um poder econômico, um poder social, o poder dos grupos e organizações, os poderes normativos (tolerados ou institucionalizados). Enfim, uma gama de nuances que requer do aplicador um cuidado maior na análise do poder em questão e do caso

²²⁸ SILVA, Vasco Manoel Pascoal Dias Pereira da. Vinculação das entidades privadas pelos Direitos, Liberdades e Garantias. In: **Revista de Direito Público nº 82**. abr/jun de 1987, ano XX.

²²⁹ BILBAO UBILLOS, Juan María. Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: editora Livraria do Advogado, 2006, p. 336

²³⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 3ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2006, p. 263-265

concreto para se aferir o grau e a medida que deve se dar a aplicabilidade do pretendido direito fundamental.

Com efeito, assiste razão os argumentos trazidos pelos defensores dessa teoria, porque nas relações privadas em que os poderes privados compõem um dos pólos, é indiscutível que a autonomia da parte débil se compromete e não podemos mais conceber que há uma liberdade de fato. Ocorre que esse posicionamento ainda mostra-se insuficiente, porque não protege aqueles que tiveram seus direitos fundamentais feridos por um particular que não detenha poder inequívoco. O que queremos dizer com isso é que as ameaças ou lesões podem advir do Estado, de poderes privados e de particulares que não detém qualquer parcela de poder – e o Poder Judiciário deve estar apto a proteger o cidadão em qualquer uma dessas situações.

De fato, foi exatamente o que ocorreu na lide em que foi discutida a obrigatoriedade da realização do exame de DNA em sede de ação investigatória de paternidade: o STF julgou uma colisão de direitos fundamentais envolvendo dois particulares que não detinham qualquer poder um em face do outro (de um lado o direito do filho, ao conhecimento de sua origem genética, que pode também ser inserido nos direitos de personalidade, e, do outro, a proteção à integridade física do impetrante, que não queria submeter-se à realização do exame). Vejamos o teor da ementa:

HC 71373 / RS - RIO GRANDE DO SUL
HABEAS CORPUS
Relator(a): Min. FRANCISCO REZEK
Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO
Julgamento: 10/11/1994 Órgão Julgador: Tribunal Pleno
Publicação
DJ 22-11-1996 PP-45686 EMENT VOL-01851-02 PP-00397
Parte(s)
PACTE.: JOSE ANTONIO GOMES PINHEIRO MACHADO
IMPTE.: JOSE ANTONIO GOMES PINHEIRO MACHADO
COATOR: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
Ementa

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DNA - CONDUÇÃO DO RÉU "DEBAIXO DE VARA". Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório,

"debaixo de vara", para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos.

Vê-se, portanto, que a proteção dos direitos fundamentais nas relações privadas não pode cingir-se à presença de um poder privado. O STF, acertadamente, não adotou esse parâmetro e julgou o mérito da lide. Muito embora não tenhamos concordado com a conclusão a que chegou o Supremo sobre a questão, não iremos nos ater a este aspecto, por não ser objeto deste estudo. Efetivamente, o que importa é que o STF reconheceu expressamente a colisão de direitos fundamentais entre dois particulares e resolveu a lide. Uma prova jurisprudencial de que agressões a direitos fundamentais podem advir de simples particulares sem qualquer manifestação de poder subjacente.

Paulo Mota Pinto critica a teoria da aplicação direta quando houver a presença de um “poder privado”, mas fundamentado em outro aspecto, que não o acima identificado por nós. Afirma o autor português que não é a existência de um poder privado ou social que vai alterar qualitativamente a relação, que continua tendo caráter jurídico-privado (relação onde os dois pólos detêm direitos fundamentais). Além disso, ele sustenta que esse conceito é extremamente inseguro, podendo abranger qualquer relação contratual onde as partes não detenham idêntico poder negocial – o que acabará causando uma turbação da paridade entre as partes. Assim, para ele, a proteção da parte mais fraca deveria resultar do direito ordinário e da função protetiva do Estado²³¹.

Com efeito, também não podemos desconsiderar estes argumentos do Juiz do Tribunal Constitucional de Portugal, adepto da teoria dos deveres de proteção do Estado, que, diga-se, merece muitos elogios por pretender a efetividade dos direitos fundamentais.

Por outro lado, esses problemas enunciados por Paulo Mota Pinto podem ser resolvidos mediante a ponderação – momento em que o juiz vai

²³¹ PINTO, Paulo Mota. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado português. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg e SARLET, Ingo (organizadores). **Direitos Fundamentais e Direito privado – uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Edições Almedina, 2007, p. 156

analisar o caso concreto (e, com isso, também as pessoas envolvidas na lide) e as normas que se aplicam à situação, não desconsiderando os direitos fundamentais presentes em ambos os lados da relação. É o que veremos no capítulo IV.

8. Teoria integradora: o modelo de três níveis proposto por Alexy

A teoria do modelo de três níveis, formulada pelo jusfilósofo alemão Robert Alexy, surgiu a partir de suas observações em torno das teorias da eficácia mediata, imediata e da Teoria de Schwabe.

Em primeiro lugar, foi verificado que as três teorias têm aspectos positivos, mas cada uma analisa e defende a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, de acordo com os seus pressupostos – o que irá influenciar na gradação de sua eficácia. Nas três teorias, por exemplo, o exercício da ponderação poderá conduzir a regras gerais que, a depender do caso concreto, pode aceitar uma diminuição de um direito fundamental em relação a um outro valor. Alexy pretende, com isso, comprovar que não é a construção que importa, e sim a valoração.²³²

Além disso, consigna que essa polêmica em torno do problema da eficácia frente a terceiros tem sido conduzida em busca de uma dessas três teorias como correta. E esta é uma suposição equivocada, pois nenhuma dessas teorias consegue oferecer uma solução completa a este problema tão complexo²³³.

É neste ponto que o mestre alemão propõe um modelo que abarque todos os aspectos positivos dessas teorias, a fim de encontrar uma solução completa e adequada – o modelo de três níveis.

²³² ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 515

²³³ ALEXY, Robert. Ob.cit., p. 515

O modelo proposto por Alexy²³⁴ divide-se em três níveis: 1) o nível dos deveres do Estado, 2) o nível dos direitos frente ao Estado e 3) o nível das relações jurídicas entre sujeitos de direito privado. Esclarece que entre esses níveis não existe uma relação de gradação, mas de implicação recíproca.

A teoria da eficácia mediata está relacionada com o nível 1, dos deveres do Estado. Assim, o fato de o Estado conceber os direitos fundamentais como uma ordem positiva de valores, obriga-o a inseri-los e observá-los na ordem jurídica privada e na jurisprudência²³⁵.

No nível 2, inicia-se a proteção dos cidadãos ante o Estado – está ligado à já mencionada teoria de Schwabe. Esse nível torna possível o controle de lesões a direitos fundamentais porque o Estado, como destinatário dos direitos fundamentais, deve garanti-los através do Poder Judiciário. Se o juiz desconsidera direitos fundamentais que deveriam ser acatados em sua sentença, a lesão configurada será ocasionada pelo Estado – o que configura um direito do cidadão frente à administração. É neste ponto que Alexy analisa que essa construção dos direitos fundamentais como direitos de defesa tem um aspecto correto. Para elucidar, ele traz o exemplo da sentença que foi proferida no Caso Lüth e analisa que a proibição do Tribunal do Estado de Hamburgo, a que o cidadão Lüth se abstinera de realizar declarações contrárias ao filme de cineasta Veit Harlan, tratou-se de uma intervenção do Poder Público na liberdade de opinião de Lüth.²³⁶

Entretanto, Alexy²³⁷ bem observa que mesmo o segundo nível ainda se perfaz insuficiente para uma completa aplicação dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas. Com efeito, assinala o Mestre que a justiça não pode violar um direito fundamental de *status* negativo. Quando a Corte Constitucional não protege o particular contra uma ação privada que lhe é dirigida, isto é a violação de um direito de *status* positivo frente ao Estado, qual seja, a proteção contra agressões de terceiros. É por isso que a construção de direitos de defesa deve ser completada com a construção de direitos

²³⁴ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 515 e ss.

²³⁵ ALEXY, Robert. Ob.cit., p. 515

²³⁶ ALEXY, Robert. Ob.cit., p. 516-517

²³⁷ ALEXY, Robert. Ob.cit., p. 518-519

fundamentais como direitos a prestações ou proteções jurídicas. Aí, sim, temos a completa possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas.

Assim, a construção unitária formulada por Alexy é possível, primeiramente com a conjunção dos direitos de defesa, com os direitos a proteção jurídica. Além disso, devem ser aplicados os direitos fundamentais pela justiça civil, quando esta julga as contendas dos cidadãos. Essa construção gera vantagens em relação às outras em separado: por um lado, porque o Tribunal Civil tem que fazer valer os princípios jusfundamentais entre as partes; por outro, deve aplicar o direito privado só no que não for incompatível com os direitos fundamentais. Essa análise múltipla possibilita ao julgador julgar sempre na devida medida.²³⁸

Finalmente, o nível 3, que trata dos efeitos jusfundamentais nas relações jurídicas privadas, está situado na teoria da eficácia imediata²³⁹. Entretanto, Alexy entende que o efeito imediato não pode consistir apenas na troca de destinatários frente ao Estado. Consiste, sim, no fato de que a relação cidadão-cidadão (porque ambos são titulares de direitos fundamentais e por isso, a força de efeito deve ser diferente da que existe entre cidadão-Estado) está regida por direitos e não-direitos, liberdades e não-liberdades, competências e não-competências.

Há um paradigmático caso que foi julgado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, que ficou conhecido como caso “Blinkfuer”. Este caso é usado por Alexy para uma melhor compreensão dessa integração, por ele proposta. Neste litígio, o reclamante, editor de um pequeno jornal denominado “Blinkfuer” ajuizou uma ação contra os conglomerados editoriais da *Axel Springer* e *Die Welt*, pleiteando a condenação dos réus ao pagamento de uma indenização por perdas e danos, porque estes editoriais fizeram uma convocação ao boicote, do jornal “Blinkfuer”. O Tribunal Federal (BGH), que é o último órgão para recurso ordinário na Alemanha, enxergou que essa convocação era ilegítima, pois baseada no exercício da liberdade de imprensa. O Tribunal

²³⁸ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 519

²³⁹ ALEXY, Robert. Ob.cit., p. 520-521

Constitucional Federal (TCF), contrariamente ao BGH, considerou o recurso impetrado pelo editor da “Blinkfuer” procedente ao ponderar as liberdades de imprensa que estavam em colisão. Isso porque, no caso “Blinkfuer”, diferente do caso Lüth, em que também houve um apelo ao boicote, a parte que exerceu a liberdade de expressão abusou de seu poder econômico (no caso Lüth, o Sr. Lüth não se beneficiava de qualquer influência social ou econômica no seu apelo ao boicote)²⁴⁰.

Assim, repassados os principais fatos da lide, podemos transcrever a análise do caso “Blinkfuer” feita por Alexy, para melhor explicar sua teoria:²⁴¹

O Tribunal Constitucional Federal começa com a constatação de que subjaz à seção de direitos fundamentais influi na questão de saber o que é contrário ao direito no sentido do § 823.1 do BGB (que é o Código Civil da Alemanha). Isso responde a Teoria do Efeito mediato ante terceiros. A Corte da Justiça Federal tinha chegado a conclusão de que o apelo ao boicote da Editora Springer, não era contrário ao direito. Isso significa que o editor de “Blinkfuer” não tinha, frente a editora Springer, nenhum direito a que essa se omitisse de seu chamado ao boicote. Como se mostrou acima, esse não direito do editor de “Blinkfuer” a omissão, é equivalente à permissão a que a editora Springer leve a cabo o chamado ao boicote. De acordo com o Tribunal Constitucional Federal, os princípios jusfundamentais exigem justamente o resultado oposto. Isto significa que, sobre a base dos princípios jusfundamentais existe um direito do editor de “Blinkfuer”, frente à editora Springer, a que ela se omita do chamado ao boicote. Esse direito é equivalente à obrigação da editora frente ao editor em se omitir do chamado ao boicote. Portanto os princípios fundamentais conduzem a direitos e deveres em relações entre iguais que, devido a vigência destes princípios relativa a Constituição são necessários, mas que, sem essa vigência, não seriam. Esse é o efeito imediato ante terceiros. A teoria do efeito mediato ante terceiros tem, pois, como consequência, necessariamente o efeito imediato ante terceiros.

O mesmo vale para a teoria do efeito ante terceiros através da mediação do Estado. Como já exposto, a Corte da Justiça Federal lesou o direito do editor de “Blinkfuer” a uma proteção na relação entre iguais. Lesou esse direito porque não levou em conta a devida medida do princípio jusfundamental que apóia a posição do editor. Mas, isso pressupõe a existência de um direito definitivo do editor frente à editora, para que esta se omita do chamado ao boicote, exigido pelo princípio jusfundamental.²⁴² (Tradução livre da autora)

²⁴⁰ SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Trad.: Beatriz Henning, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho e outros. Uruguai: Fundación Konrad-Adenauer, Oficina Uruguay, 2005, p. 400-401

²⁴¹ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 518

²⁴² ALEXY, Robert. Ob.cit., p. 521-522

A análise de Alexy leva à conclusão de que, no final, o efeito dos direitos fundamentais ante terceiros acaba sendo sempre imediato. E, para ele, não existe apenas um nível do efeito imediato ante terceiros – existem os três. “Cada um deles se refere a um aspecto da mesma coisa”²⁴³. Assim, em cada caso, um dos níveis será eleito para realizar a fundamentação jurídica que vai justificar a aplicação dos direitos fundamentais, sem nenhuma primazia de um nível sobre o outro.

Nesta teoria o juiz não deve desconsiderar o direito privado, deve ponderá-lo sempre de acordo com os direitos fundamentais. Nas sempre lúcidas lições de Alexy, o julgador deve estar atento a uma *práxis* de decisão coerente, “que sirva aos postulados da segurança jurídica e da igualdade de tratamento”.²⁴⁴ Para isso, é óbvio que o juiz não pode sempre se vincular unicamente à Constituição, fechando os olhos à legislação ordinária – ele está sujeito, primeiramente, ao direito civil. A eficácia dos direitos fundamentais perante terceiros não torna supérfluas as normas civis²⁴⁵.

²⁴³ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002. p. 522

²⁴⁴ ALEXY, Robert. Ob.cit., p. 523

²⁴⁵ ALEXY, Robert. Ob.cit.,p. 523

CAPÍTULO 4

CONFLITOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES JURÍDICAS PRIVADAS

1. Considerações iniciais

Antes de abordarmos, neste capítulo, importantes tópicos que em muito auxiliarão na busca de uma solução para a questão da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, uma reflexão suscitada por Wilson Steinmetz²⁴⁶ merece ser considerada, que são as duas dimensões deste problema.

Trata-se, com efeito, da colisão de direitos fundamentais, em sentido estrito e em sentido amplo, nas relações privadas. Quando a colisão se dá nas relações extracontratuais, teremos uma colisão dos direitos fundamentais em sentido estrito - dois direitos fundamentais em oposição no caso concreto. De outro lado, quando o problema da vinculação dos particulares se dá em uma relação contratual, teremos uma colisão de direitos fundamentais em sentido amplo - direito fundamental, de um lado, e autonomia privada, de outro - porque, como se verá, a autonomia privada é um bem que goza de proteção constitucional, tal como os direitos fundamentais.

Veremos, contudo, no curso deste capítulo, que a articulação em torno do problema da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais longe está de levar a soluções diversas. Isso porque, seja a colisão advinda de uma relação contratual, seja advinda de uma relação não contratual, a metódica interpretativa da ponderação, oriunda da teoria dos princípios desenvolvida por Alexy, pode ser eficazmente aplicada em ambos os casos. Isso se justifica, conforme enuncia Steinmetz em uma das obras mais completas sobre o tema

²⁴⁶ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros editores, 2004, p. 188

no Brasil, porque o contexto temático-jurídico e a questão de fundo são os mesmos²⁴⁷.

Assim, analisaremos a autonomia privada, princípio basilar do direito privado, e poderemos constatar que este princípio não é óbice para a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas e, ainda, que esta aplicação não atinge nem descaracteriza o direito privado.

2. Liberdade, autonomia privada e sua tutela constitucional

A autonomia privada é um dos principais argumentos utilizados como contraponto à possibilidade da aplicação dos direitos fundamentais nas relações travadas entre particulares. Tal fato, portanto, justifica um breve estudo deste instituto.

A primeira observação a ser feita é a de que a autonomia privada é uma dimensão da liberdade, o que lhe confere proteção constitucional, assim como ocorre com os demais direitos fundamentais. Esse é um aspecto essencial para o desenvolvimento que será feito a seguir.

Este trabalho não pretende discutir, por óbvio, as bases filosóficas da liberdade, que, por si só, já renderia vultosa monografia. Contudo, alguma coisa deve ser dita a este propósito, que esteve sujeito a intensos debates filosóficos em busca de sua dimensão e seu real significado.

A longa discussão travada em torno da liberdade não se encerra no aspecto da liberdade física, tão enfaticamente defendida pela genialidade de Rui Barbosa, em conferência no Teatro Politeama do Rio de Janeiro, proferida no dia 28 de agosto de 1887, da qual, pela relevância, se extrai o seguinte excerto:

O inexorável credor de carne humana ringe os dentes, perde a demanda, perde quase a fortuna, e vê-se a pique de perder a vida. A escravidão é a usura de Shylock: o que ela quer é o coração vivo do homem. Não nos é lícito conceder-lhe, senão o que absolutamente não lhe pudermos arrancar. Arguciar contra ela é piedade, é religião, é

²⁴⁷ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros editores, 2004, p. 188

justiça. Quem não mentiria para salvar a vida a um justo? Quem não sofismará, para restituir a liberdade a um inocente? Não há direito contra direito; não há propriedade contra a liberdade; não há consciência contra a consciência. A escravidão é a força; pela força se alojou na lei; pela dialética se desalojará, toda a vez que a mínima falha, imperceptível como um ponto matemático, nos permita cravar-lhe no ferro da couraça a cunha de um argumento²⁴⁸.

O sentido da liberdade física do homem, defendido por Rui Barbosa há mais de um século, em nada perdeu a razão. Continua sendo esta concepção a base das demais liberdades.

Ocorre que hoje se fala também em novas concepções, características da visão do homem não no sentido político e físico, exclusivamente. Nesse sentido, a liberdade envolve comumente a abordagem da liberdade interna ou subjetiva, que é o livre arbítrio (ou liberdade de querer) e liberdade objetiva, que é o afastamento de obstáculos e coações para que o homem possa agir livremente (é a liberdade de fazer)²⁴⁹.

Como referido, a liberdade encontra em sua configuração, muitas variantes doutrinárias e filosóficas, que vão desde Montesquieu, que defendia uma noção extremamente positivista para a liberdade, afirmando que ela consiste no “direito de fazer tudo o que as leis permitem”²⁵⁰, à noção humanitária da liberdade inscrita na Declaração Francesa de 1789, que dispunha que “a liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique a outrem”.

Modernamente, a noção de liberdade tem ganhado novos contornos. Tem sido ligada à idéia de felicidade. A conceituação de José Afonso da Silva traduz essa nova dimensão. Para ele, a “liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal”.²⁵¹ Dito de outra forma, a liberdade, para José Afonso, é um conjunto

²⁴⁸ BARBOSA. Rui. **Escritos e discursos seletos**. Rio de Janeiro: Editora Nova Aguilar s.a., 1997, p. 294

²⁴⁹ SILVA. José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 68

²⁵⁰ MONTESQUIEU. O Espírito das leis. Trad. Jean Melville. São Paulo: Editora Martin Claret, 2007, p. 181.

²⁵¹ SILVA. José Afonso da. Ob. Cit., p. 69

de condições materiais (como educação e democracia) que possibilitam a luta pessoal em busca da felicidade.

Essa noção da liberdade parece ser a mais coerente com a estrutura atual do nosso Estado Democrático de Direito que, a todo tempo, busca conciliar a economia capitalista com a justiça social. Basta uma análise mais atenta à nossa Constituição para serem encontradas várias normas que são aparentemente contraditórias, a exemplo da garantia da propriedade (art. 5º, XXII) e também da determinação de que esta propriedade cumprirá sua função social (art. 5º, XXIII), a disposição de que os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa constituem fundamento do nosso Estado Democrático de Direito (art. 1º, IV), o estabelecimento dos princípios da livre concorrência e da defesa do consumidor como princípios da ordem econômica (art. 170)²⁵².

Na verdade, o que se pretende com esses e outros tantos dispositivos constitucionais que protegem a economia capitalista, de um lado, e valores sociais, de outro, é o alcance do equilíbrio. Equilíbrio entre o ter e o ser, entre concepções liberais e concepções sociais. É a tentativa de fazer a economia de mercado capitalista ser utilizada para concretizar o bem-estar social a toda comunidade.

Além disso, não há como negar que a liberdade, entendida como possibilidade de busca consciente da felicidade, tem íntima ligação com o desenvolvimento Kantiano acerca da dignidade humana.

Isso porque a dignidade humana envolve exatamente critérios característicos da liberdade para se configurar como tal. A autonomia está centrada na idéia de dignidade do homem²⁵³. Só tem dignidade aquele que pode autodeterminar os seus caminhos.

Assim também a liberdade é vista hoje. Com uma profunda ligação com a dignidade, já que é livre aquele que pode (tem autonomia para) buscar de sua felicidade.

²⁵² SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 176

²⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 32

A autonomia privada, que está fundamentada no direito geral da liberdade (Constituição Federal, art. 5º, *caput*), também encontra suas premissas fundamentadas em outros dispositivos constitucionais, como o princípio da livre iniciativa (Constituição Federal art. 1º, IV e art. 170, *caput*), no direito ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (Constituição Federal, art. 5º, XIII), no direito à herança (Constituição Federal, art. 5º, XXX), na liberdade de reunião (Constituição Federal, art. 5º, XVI) e associação (Constituição Federal, art. 5º, XVII), no direito à propriedade (Constituição Federal, art. 5º, XXII) e em outros direitos fundamentais de expressão tipicamente individual ou coletiva²⁵⁴. Isso é um reflexo da autonomia pessoal: autonomia para se reunir, autonomia para participar de uma associação, autonomia para possuir... Ou seja, torna-se inconteste que a liberdade tem na autonomia da pessoa seu fio condutor.

Em outras palavras, a liberdade, que é a base do direito privado, tem na sua dimensão da autonomia privada a mais importante bandeira deste instituto²⁵⁵.

É este também o ponto de vista defendido por Wilson Steinmetz, ao concluir que “se todos esses princípios e direitos constitucionais mencionados contém um conteúdo básico de autodeterminação e autovinculação da pessoa, então a autonomia privada também é constitucionalmente protegida”²⁵⁶.

Após essa breve explanação acerca da liberdade, passaremos agora a verificar mais atentamente a vertente da liberdade que especificamente nos interessa para este trabalho: a autonomia privada, que é, de um lado, a liberdade pessoal de fazer as escolhas e seguir os rumos da vida que melhor aprouver a cada um, e, de outro, a liberdade de firmar negócios jurídicos.

²⁵⁴ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 200

²⁵⁵ Sem fugir desse pilar de sustentação aqui defendido, é esse também o entendimento de Paulo Mota Pinto, quando afirma que “a autonomia privada funda-se na liberdade geral da pessoa, em particular, no seu aspecto de liberdade jurídica (a qual, no domínio privado, pode ser incluída nos direitos de personalidade). PINTO, Paulo Mota. *Autonomia Privada e discriminação: Algumas notas*. In: **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 381

²⁵⁶ STEINMETZ, Wilson. *Ob. Cit.*, p. 187

Usaremos aqui o termo autonomia em seu sentido amplo, abrangendo essas duas espécies, a exemplo do que faz Daniel Sarmento²⁵⁷.

Desta forma e seguindo lição do Juiz do Tribunal Constitucional de Portugal e professor de Coimbra, Paulo Mota Pinto, podemos aceitar a autonomia privada como a “possibilidade de os sujeitos jurídicos privados livremente governarem a sua esfera jurídica, conformando as suas relações jurídicas e exercendo as posições activas reconhecidas pela ordem jurídica”²⁵⁸.

A autonomia é, pois, um princípio jurídico fundamental, que resulta do valor de autodeterminação da pessoa, da coordenação espontânea da pessoa, em prol de seus interesses – que atuam na zona do direito privado, em especial da liberdade contratual.²⁵⁹

Entretanto, merece destaque a concepção do Professor Marcos Mello, que concebe a “norma jurídica como delimitadora do mundo jurídico”²⁶⁰. Essa concepção conduz a um entendimento de que a vontade vai agir apenas no espaço delimitado pela norma jurídica. Em outras palavras, “a exteriorização consciente de vontade somente poderá gerar um negócio jurídico se, estando prevista como suporte fático de norma jurídica, recebe sua incidência”²⁶¹.

Esse olhar do professor alagoano traz valiosa colaboração para o alcance do objetivo que pretendemos, pois evidencia que a autonomia encontra limites no próprio ordenamento jurídico. Começamos a perceber, portanto, que a autonomia não é, nem pode ser, absoluta. Como, da mesma forma, entendemos que não é absoluto nenhum dos direitos fundamentais. Neste sentido, o professor Paulo Lôbo, em obra que traz crítica sobre as tradicionais concepções liberais do contrato, anota: “quanto mais interesse social, menos autonomia da vontade. O avanço de um é a medida do recuo da outra”.²⁶²

²⁵⁷ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 142

²⁵⁸ PINTO, Paulo Mota. Autonomia Privada e discriminação: Algumas notas. In: **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 378

²⁵⁹ PINTO, Paulo Mota. Ob. Cit., p. 378-379

²⁶⁰ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato Jurídico: Plano da existência**. 13^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 171

²⁶¹ MELLO, Marcos Bernardes. Ob. Cit., P. 171

²⁶² LÔBO, Paulo Luiz Netto. **O contrato – exigências e concepções atuais**. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 32.

Para a jurista portuguesa Ana Prata, a autonomia privada é uma liberdade que pressupõe o reconhecimento de direitos privados, como a liberdade contratual. Neste ponto, a autora lembra que o contrato é o mecanismo do empresário utilizado para a captação de recursos e disponibilização dos produtos no mercado, o que pressupõe também o processo que envolve a força de trabalho e seu caráter de contraprestação com o empresário²⁶³.

Assim, a autorização do sujeito para a realização de negócios que são próprios da atividade econômica é um corolário necessário da iniciativa privada²⁶⁴. Duas observações, portanto, merecem destaque: a primeira é a de que a opção do sujeito atuar na esfera econômica é uma decisão livre. A segunda é que, a partir do momento em que o sujeito consentiu, ele se subordina às conseqüências desta atuação que lhe sejam impostas²⁶⁵.

Ana Prata²⁶⁶, em análise sobre a iniciativa econômica privada, observa que este conceito é derivado do de propriedade, que irá determinar suas necessidades e restrições. Assim, muitas limitações à iniciativa econômica privada conduzem a limitações à própria propriedade privada. Nesta linha de raciocínio, podemos concluir que a iniciativa privada (um aspecto da autonomia) não suporta limites dentro do que lhe é permitida, mas é inequívoco que ela tem que cumprir uma função social²⁶⁷ visando o cumprimento do progresso coletivo – que se sobrepõe e não se confunde com os interesses do empresário.

²⁶³ PRATA, Ana. **A tutela Constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982, p. 198

²⁶⁴ PRATA, Ana. Ob. Cit., p. 199

²⁶⁵ PRATA, Ana. Ob. Cit., p. 199

²⁶⁶ PRATA, Ana Ob. Cit., p. 201-203

²⁶⁷ Podemos afirmar que o artigo 173, §1º, I da nossa Constituição traduz clara evidência da submissão dos setores da atividade econômica com os interesses da coletividade. In verbis:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I – sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

O alcance deste “progresso coletivo” poderia ser traduzido no aumento da produção e dos meios de produção, no aumento quantitativo e qualitativo da satisfação das necessidades individuais e sociais, no objetivo constitucional de salvaguardar a independência nacional e também em um meio de se obter uma ordem social mais justa e menos desigual²⁶⁸.

Esse ponto de vista formulado pela autora portuguesa é, seguramente, reflexo do processo de humanização por que tem passado alguns institutos do direito privado, a exemplo da propriedade que, como já mencionado, teve que sofrer uma limitação com a determinação da obrigatoriedade do cumprimento de sua função social.

A autonomia privada como instrumento do progresso coletivo é o claro sinal de que os áureos tempos do liberalismo inconseqüente já se foram. Hoje, o que reina é a determinação, pelo Estado, de uma economia de mercado capitalista que seja condizente (e colabore) com o desenvolvimento de toda a comunidade.

Este é o ponto de vista de Aldacy Rachid Coutinho²⁶⁹, defendido em artigo que trata da autonomia privada. Afirma a professora paranaense que a contratualidade rompeu o paradigma liberal e inseriu-se na ordem constitucional para adequar-se ao Estado do Bem-Estar Social. A conseqüência disso foi que o contrato passou a assumir um perfil solidarista, servindo de instrumento para a implementação da justiça material através da “despatrimonialização do vínculo jurídico para preservação dos direitos fundamentais e, em especial, alocação da dignidade da pessoa humana como fundamento axiológico de toda a produção jurídica (...)”²⁷⁰.

Os fatos que levaram a mudança deste panorama foram aqueles que propiciaram a queda do Estado Liberal e o surgimento do Estado do bem-estar social, já estudados no capítulo I deste trabalho. As conseqüências desse processo, também já mencionadas, são, dentre outras, a mudança de postura

²⁶⁸ PRATA, Ana. **A tutela Constitucional da autonomia privada**. Coimbra: livraria Almedina, 1982. p. 204

²⁶⁹ COUTINHO, Aldacy Rachid. A autonomia privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores. In: **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 181

²⁷⁰ COUTINHO, Aldacy Rachid. Ob. Cit., p.181

do Estado, de abstencionista, para regulador; de garantidor de liberdades individuais para concretizador de anseios sociais; do que instituía a liberdade formal para o que garantia a igualdade material.

Efetivamente essas mudanças também influíram na seara privada de forma determinante. O foco jurídico, que era centrado no Direito civil, deslocou-se para a Constituição e os princípios constitucionais passaram a condicionar normas ordinárias e, conseqüentemente, relações privadas, baseadas na dignidade da pessoa humana – o que trouxe óbvios reflexos na estrutura e função da autonomia privada²⁷¹. Isso, obviamente, reflete-se no próprio entendimento da autonomia privada, que passa a ser vista através de uma noção conceitual, “adequada a visão publicista do direito privado e materializadora dos direitos fundamentais”²⁷².

Conclui-se, portanto, que, apesar da autonomia privada – princípio fundamental do direito civil – ter proteção constitucional²⁷³, o que já restou comprovado pela menção a alguns dos dispositivos que tutelam as diversas formas de liberdade, é certo também que esta autonomia não pode ser entendida como absoluta, tendo em vista o seu condicionamento ao cumprimento da função social, sendo instrumento do progresso coletivo.

A partir dessa assertiva, trazemos a noção de autonomia privada, princípio basilar do direito privado, como principal argumento daqueles que crêem que a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas aniquilaria essa seara do direito.

Com efeito, aceitar uma aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas não implica um sufocamento da liberdade individual ou uma

²⁷¹ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 161

²⁷² COUTINHO, Aldacy Rachid. A autonomia privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores. In: **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 183

²⁷³ Neste ponto vale anotar que Ana Prata considera que não é possível encontrar na Constituição qualquer norma que expressamente consagre o princípio da autonomia privada. PRATA, Ana. **A tutela Constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982, p. 200. Já para Paulo Mota Pinto, a autonomia privada, além de ser um princípio fundamental do direito civil, é também objeto de proteção constitucional (seja pelo viés da liberdade, seja porque é a autonomia privada uma das dimensões do direito ao livre desenvolvimento da personalidade). PINTO, Paulo Mota. *Autonomia Privada e discriminação: Algumas notas*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 379

desconsideração da autonomia privada. Isso porque a autonomia privada também é um valor jurídico que está constitucionalmente tutelado²⁷⁴.

Desta forma, podemos certamente afirmar que a colisão de um direito fundamental qualquer com o princípio da autonomia privada, pode ser entendida como “colisões de direitos fundamentais em sentido amplo: direito fundamental *versus* bem constitucionalmente protegido”²⁷⁵.

De fato, esse argumento de que a autonomia também é objeto de proteção constitucional é a base da teoria da eficácia imediata. Com ele podemos provar que o temor de uma eliminação da autonomia privada é infundado, já que a autonomia, bem constitucionalmente protegido, tal como os direitos fundamentais, não pode ser levemente desconsiderada de forma automática.²⁷⁶

De outro lado, no que tange aos defensores de uma eficácia mediata dos direitos fundamentais, observamos que seu propósito é o de preservação integral da autonomia do direito privado – razão pela qual entendem que os direitos fundamentais só devem incidir nas relações privadas através de cláusulas gerais previstas pelo próprio direito privado. Porém, como bem enuncia Jane Reis, “tal recurso hermenêutico – que visa basicamente evitar a usurpação da função legislativa pelo juiz – resulta em evidente comprometimento da força normativa da Constituição”²⁷⁷.

Assim, no nosso entender, a autonomia privada vincula os particulares da mesma forma que qualquer outra norma constitucional. Se, mediante exercício hermenêutico realizado pelo intérprete, for verificado que a autonomia deve ser restringida, em face de outro direito no litígio, isso deve ser feito sem maiores traumas. Isso porque, da mesma forma que os direitos fundamentais não podem ser tidos como absolutos, assim também não pode acontecer com

²⁷⁴ MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos Particulares aos Direitos fundamentais**. Coimbra: Livraria Almedina, 2005, p. 82

²⁷⁵ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros editores, 2004, p. 202

²⁷⁶ STEINMETZ, Wilson. Ob. Cit., p. 202

²⁷⁷ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos fundamentais**. Rio de Janeiro- São Paulo- Recife: Editora Renovar, 2006, p. 489

a autonomia privada – tê-la como absoluta só para confirmar a intangibilidade do direito civil é incoerente com a lógica do ordenamento jurídico.

Na verdade a crítica dos que afirmam que a eficácia direta agride drasticamente a autonomia é, conforme registra Jane Reis, uma maneira de se acobertar a verdadeira divergência, que é a de saber se a autonomia privada deve prevalecer em face dos direitos fundamentais, quando se tratar de uma relação entre particulares²⁷⁸. É por isso que, ao se admitir a eficácia direta nas relações privadas, “a autonomia não é amesquinhada, e sim colocada no mesmo plano dos demais bens jurídicos fundamentais”.²⁷⁹

O que queremos demonstrar é que tanto a autonomia privada quanto os direitos fundamentais podem prevalecer em face um do outro num caso concreto. As circunstâncias, os direitos envolvidos, o valor atribuído pelo intérprete, enfim, o uso da ponderação pelo intérprete é que vai indicar o caminho a ser seguido e o resultado alcançado em cada caso.

É justamente pelos caminhos interpretativos da ponderação que iremos nos aprofundar mais um pouco no item 4 a fim de buscar uma solução razoável para o problema da aplicação dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas.

E esta ponderação deve ser feita tomando em consideração o importante aspecto de que os direitos fundamentais são princípios. É o que veremos no próximo item.

3. Colisão das normas definidoras de direitos fundamentais: um problema de princípios

De início, cabe salientar que não é objeto nem propósito deste trabalho aprofundar a discussão sobre o problema das regras e dos princípios, o que nos autoriza ao estudo apenas dos elementos que servirão de base teórica à

²⁷⁸ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos fundamentais**. Rio de Janeiro- São Paulo- Recife: Renovar, 2006, p. 488

²⁷⁹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Ob. Cit., p. 488

melhor compreensão do nosso tema, que é a colisão de direitos fundamentais nas relações privadas.

O que nos interessa, pois, é fixar a diferença entre princípios e regras para que saibamos qual a posição do intérprete em caso de conflito/colisão. Esse é, certamente, o ponto de partida para um correto entendimento das possibilidades e limites dos direitos fundamentais, além do que ajudará a clarificar o problema da colisão de direitos fundamentais²⁸⁰. Ir além disso extrapolaria os limites do nosso estudo.

O próprio papel a ser cumprido pelos direitos fundamentais depende dessa definição/distinção entre regras e princípios – em especial porque as normas jusfundamentais devem ser reconhecidas como princípios²⁸¹. Esse caráter principiológico encarnado nas normas de direitos fundamentais não é em vão. Com efeito, estas normas trazem, em seu conteúdo, uma indiscutível carga axiológica, proveniente de séculos de luta pela efetivação dos direitos humanos no ordenamento jurídico dos Estados.

O caráter principiológico dos direitos fundamentais parece inquestionável também na obra de Jane Reis Gonçalves Pereira, quando ela afirma que “os direitos fundamentais, mesmo quando enunciados através de formulações precisas, estabelecem princípios. As antinomias envolvendo normas de direito fundamental, portanto, são colisões de princípios”²⁸².

Foi com essa concepção que o jusfilósofo alemão Robert Alexy desenvolveu sua Teoria dos Princípios, em contraposição à teoria axiológica defendida pelo Tribunal Constitucional Alemão desde o caso Lüth, conforme vimos no capítulo I deste trabalho²⁸³. Essa teoria defende os caráter objetivo dos princípios jusfundamentais. É nesse sentido que ALEXY afirma “lo que importa em la construcción del Tribunal es justamente que los principios jusfundamentales influyan em el sistema jurídico en tanto principios objetivos.”

²⁸⁰ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 82

²⁸¹ ALEXY, Robert. Ob. Cit., p. 82. No mesmo sentido: SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito – os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 29

²⁸² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos fundamentais**. Rio de Janeiro- São Paulo- Recife: Renovar, 2006, p. 223

²⁸³ ALEXY, Robert. Ob. Cit., p. 508

Em face disso e cientes que as regras e os princípios são subespécies da norma jurídica, podemos partir para a distinção em si. Assim, ainda conforme doutrina de Alexy,²⁸⁴ os princípios ordenam que algo seja realizado “em la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”. Isso os inclui como mandados de otimização. Neste ponto, podemos concluir que os princípios são cumpridos em diferentes graus, da melhor forma possível, a depender das possibilidades reais e jurídicas. As possibilidades reais serão definidas pelo caso concreto. As possibilidades jurídicas, pelos princípios e regras opostos na colisão.

De outro lado, as regras são taxativas, “son normas que solo pueden ser cumplidas o no”²⁸⁵. A regra, sendo válida, deve ser cumprida exatamente como expresso no seu comando.

O ponto central dessa diferenciação vai ser visualizado nos casos de conflito. Ou melhor, na expressão de Alexy, quando houver colisão de princípios ou conflito de regras.

O conflito entre regras será solucionado com a cláusula de exceção ou a declaração de invalidade – o que eliminaria o conflito com a declaração de invalidade de uma das regras. No primeiro caso é declarado que uma regra faz exceção em relação a outra. Assim, poderia ser alcançada a solução do problema através das tão conhecidas regras de que ‘a lei posterior derroga a anterior’ ou de que a lei especial derroga a lei geral’ ou até mesmo de acordo com a importância das regras no conflito. Quando não for possível a aplicação da cláusula de exceção, uma das regras deve ser declarada inválida e eliminada do ordenamento jurídico²⁸⁶. Repita-se, quando se trata de conflito entre regras, resolve-se pelo exato cumprimento ou não de uma delas, porque elas são mandamentos definitivos, do tipo tudo ou nada.

Já nos casos em que houver colisão de princípios, que é o que nos interessa, já que, para nós, as normas jusfundamentais devem ser encaradas como princípios, a solução dar-se-á de maneira distinta, conforme precisa lição

²⁸⁴ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 86

²⁸⁵ ALEXY, Robert. Ob. Cit. p. 87

²⁸⁶ ALEXY, Robert. Ob. Cit., p. 88

de Alexy²⁸⁷. Com efeito, em caso de colisão, um dos princípios vai ceder frente ao outro, mas não será declarado inválido e desprezado porque houve uma cláusula de exceção, tal qual ocorre com as regras. Tudo dependerá do caso concreto. Em certas circunstâncias um princípio pode ser aplicado em detrimento de outro. Já em outras circunstâncias, o mesmo princípio pode ser preterido. Os princípios irão atuar “em la dimensión del peso”.

Isso nos conduz ao fato de que a colisão de princípios é realizada através da ponderação²⁸⁸ de bens ou da ponderação dos interesses opostos²⁸⁹. E é neste ponto que vai ser aplicada a dimensão do peso em cada caso concreto. Vejamos então de forma mais acurada, o método hermenêutico da ponderação.

²⁸⁷ ALEXY, Robert. Ob. Cit., p. 89

²⁸⁸ Esse entendimento de que a colisão de princípios deve ser solucionada mediante ponderação encontra uma advertência em autores como Ana Paula de Barcelos, tendo em vista que ela entende que a ponderação é um método interpretativo que deve ser aplicado não apenas quando houver colisão de princípios, mas inclusive quando a relação se der entre princípios e regras ou apenas entre regras. Defende a autora que, “na verdade, os casos típicos dos quais se ocupa a ponderação são aqueles nos quais se identificam confrontos de razões, de interesses, de valores ou de bens por normas constitucionais (ainda que o objeto imediato do exame seja uma disposição infraconstitucional)”. BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (org. **A nova interpretação Constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2003, p. 56-57. No mesmo sentido, encontramos a importante obra de Humberto Ávila, que, ao discutir a elaboração da interpretação e aplicação das regras e princípios, desenvolvida por Dworkin e Alexy, demonstra que não pode haver um entendimento absoluto de que as regras devem ser aplicadas mediante subsunção e os princípios mediante ponderação, porque a prática traz exemplos (enunciados pelo autor) de exceções a esse entendimento. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2006. Com efeito, apesar de concordar com a elaboração dos autores, não optamos por basear nosso estudo em exceções, onde regras são também ponderadas, tal qual princípios. O fato é que o trabalho desenvolvido por Dworkin e Alexy, em nada perdeu o seu valor, pois, de forma majoritária, as regras são aplicadas mediante subsunção e os princípios mediante ponderação – essa é uma formulação até hoje plenamente válida.

²⁸⁹ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 89-90

4. A ponderação como método interpretativo a ser seguido para encontrar soluções razoáveis para a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas diante do caso concreto.

Apesar de nossa Constituição não trazer nenhuma norma expressa indicando a adoção de algum método interpretativo (nem mesmo da ponderação), não há nada que obste tal realização. Desta forma, e como consequência do próprio sistema, deflui a necessidade de se sopesar normas que estão em tensão.²⁹⁰

Isso porque, na prática, comumente observamos que duas normas podem ser abstratamente aplicadas a um mesmo caso (antinomia normativa), mas, quando partimos para o caso concreto, verificamos que a aplicação simultânea de ambas conduz a resultados diametralmente opostos. Daí ocorre a colisão dessas normas, já que o caso concreto deve ter apenas uma solução.

Jane Reis Gonçalves Pereira²⁹¹, antes de se aprofundar no tema da hermenêutica constitucional, esclarece a diferença entre o método interpretativo tradicional de subsunção e o método da ponderação. A subsunção ocorre com a aplicação da norma (premissa maior) aos fatos (premissa menor), donde se origina a sentença. É insuficiente porque não informa os métodos utilizados para se chegar à premissa maior – e sabemos que a norma (premissa maior), para ser aplicada ao caso, necessita de uma prévia interpretação. Assim, conclui a autora que o Tribunal, além de criar a norma particular, que é a sentença, cria também a norma geral.

Neste sentido, bem adverte a professora da Universidade Estadual do Rio de Janeiro que, ao contrário do que advoga a doutrina tradicional, “o conceito de ponderação não se opõe ao de subsunção, mas o complementa.”²⁹² Com efeito, o juiz sempre vai finalizar o processo hermenêutico com uma operação subsuntiva. Ou seja, o intérprete, utilizando-se da ponderação, vai escolher qual a melhor norma a ser aplicada ao caso

²⁹⁰ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos fundamentais**. Rio de Janeiro- São Paulo- Recife: Renovar, 2006, p. 215-216

²⁹¹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Ob. Cit., p. 217

²⁹² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Ob. Cit., p. 217

concreto²⁹³ e, após essa escolha, o processo hermenêutico será concluído através da subsunção da norma adequada ao caso concreto. Assim, a ponderação não é uma alternativa à subsunção “mas constitui uma etapa da interpretação destinada a identificar e formular a norma jurídica aplicável, mediante subsunção, ao caso concreto”.²⁹⁴

A ponderação é a técnica interpretativa que tem sido utilizada modernamente pelas Cortes Constitucionais para encontrar a norma aplicável ao caso concreto em caso de colisão de direitos fundamentais, em contraposição aos esquemas tradicionais²⁹⁵. É utilizada para a solução dos casos difíceis (*hard cases*) e fundamenta-se na lei de colisão, desenvolvida por Alexy e já mencionada no item anterior. O desafio atual, então, é estabelecer critérios para a ponderação, já que, como sabemos, em uma relação jurídica privada, há titulares de direitos fundamentais em ambos os pólos da relação.

É interessante estabelecermos um conceito sobre o método interpretativo da ponderação para seu melhor entendimento. Conforme lição de Jane Reis Gonçalves Pereira,

O vocábulo ponderação, em sua acepção mais corrente, significa a operação hermenêutica pela qual são contrabalançados bens ou interesses constitucionalmente protegidos que se apresentam em conflito em situações concretas, a fim de determinar, à luz das circunstâncias do caso, em que medida cada um deles deverá ceder ou, quando seja o caso, qual deverá prevalecer²⁹⁶.

²⁹³ Esse sentido é o que também se encontra nas lições de Peter Häberle, quando ele enuncia ser este o primeiro passo da interpretação. Afirmo o professor da Universidade de Augsburg: “Originariamente, indica-se como interpretação apenas a atividade que, de forma consciente e intencional, dirige-se à compreensão e à explicitação de sentido de uma norma (de um texto)”. Entretanto, merece ser ressaltado que o processo interpretativo elaborado pelo autor não se cinge a este aspecto. Com efeito, ele defende a democratização da interpretação constitucional e afirma que os destinatários da norma constitucional fazem também parte do processo hermenêutico. Seriam os destinatários os intérpretes em sentido *lato*. HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1997, p. 14-17

²⁹⁴ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos fundamentais**. Rio de Janeiro- São Paulo- Recife: Editora Renovar, 2006. p. 218

²⁹⁵ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Ob. cit., p. 220

²⁹⁶ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Ob. cit., p. 261

Não é difícil encontrar, neste conceito, semelhança com a teoria desenvolvida por Alexy. Com efeito, conforme já mencionado, a ponderação encontra seus fundamentos na teoria dos princípios e na Lei de colisão elaborada pelo jusfilósofo germânico.

Essa 'lei de colisão', que é baseada na teoria dos princípios de Alexy, tem relevante importância para nosso estudo, tendo em vista que os direitos fundamentais são também entendidos como princípios. Sinteticamente temos²⁹⁷:

- a) Os princípios são mandados de otimização.
- b) Quando houver colisão de princípios, não é possível aceitar que vai haver precedências incondicionadas (que são relações abstratas ou absolutas de precedência) de um princípio frente a outro, serão sempre as circunstâncias que determinarão qual princípio irá prevalecer. Dito de outra forma, na colisão de princípios, um fator determinante será a circunstância do caso concreto, podendo um princípio P1 ter precedência sobre P2 em uma situação C1 e, frente a uma situação C2, o princípio P2 passar a ter precedência sobre P1.

Com efeito, encontramos na formulação desenvolvida por Alexy, a base da ponderação – método este, inclusive, referido pelo autor como aplicável quando da ocorrência de colisão entre princípios.

Não podemos nos afastar desse entendimento, sob pena de contrariarmos a própria estrutura dos princípios. Com efeito, é inegável que esta espécie normativa guarda, em seu contexto, densa carga axiológica – que, repita-se, foi fundamentalizada após séculos de luta em prol dos direitos humanos. Esse conteúdo valorativo, portanto, não pode ser desconsiderado de plano quando houver uma querela envolvendo direitos fundamentais (em sentido amplo ou em sentido estrito). É por isso que a lei da colisão – e

²⁹⁷ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 94-95

também a ponderação – devem considerar o caso concreto como determinante para o estabelecimento do peso a ser dado a cada elemento em discussão.

Deve-se ressaltar que os elementos ponderados são ambos vigentes no Estado de direito, mas que, no momento da incidência, colidem a ponto de se excluírem reciprocamente. Assim, a ponderação vai submeter esses enunciados a um exame que vai verificar “a conveniência de sua aplicação ao caso a despeito de o juízo acerca de prós e contras já ter sido feito pelo legislador”.²⁹⁸

Ana Paula de Barcellos descreve, simplificada, a ponderação em três etapas²⁹⁹: 1) A primeira etapa seria a de identificação das normas em conflito. Neste caso, se a colisão ocorrer entre normas infraconstitucionais que têm sua constitucionalidade questionada por uma norma constitucional, todos os elementos a favor e contra, devem ser identificados para que se passe à segunda fase. Ainda nesta fase, as normas que indicam a mesma solução devem ser agrupadas, formando conjuntos de argumentos. 2) A segunda fase vai se voltar ao caso concreto e sua interação com os elementos normativos. Os fatos terão importância determinante ao valor que será dado aos elementos normativos. 3) A terceira fase se constitui na fase da decisão e serão examinadas em conjunto as normas já previamente identificadas e a repercussão dos fatos sobre elas, para que se possa, então, quantificar o peso de cada elemento. É a terceira fase o momento de verificar qual peso deve ter cada elemento analisado. Nela será definido qual grupo de normas deverá prevalecer. Após isso, ainda será definida que intensidade esse grupo de normas deve ter diante das demais, ou seja, será graduada a intensidade da solução escolhida para o caso – o que é feito através do princípio da proporcionalidade.

No caso específico do tratamento da ponderação para a solução de problemas concernentes à aplicação dos direitos fundamentais nas relações

²⁹⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro- São Paulo-Recife: Renovar, 2005, p. 6

²⁹⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação Constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2003. p. 57-58

privadas, Jane Reis³⁰⁰ elenca algumas pautas argumentativas que podem ser usadas:

- 1) Se a ação puder ser imputada a órgãos e agentes públicos, os direitos fundamentais devem ser aplicados, porque estes órgãos têm o dever de respeito.
- 2) As pessoas privadas que detém poder³⁰¹ devem ocupar o pólo passivo da relação jurídica fundamental. Em outras palavras, têm suas ações limitadas por esses direitos. Quanto maior o poder, maior a limitação.
- 3) As relações jurídicas entre particulares devem determinar-se segundo os direitos fundamentais quando se aproximam da esfera pública. Assim, um pai pode dar presentes diferentes de natal aos filhos, porque não está obrigado ao comando da igualdade. Já uma escola não pode preterir meninas para o preenchimento das vagas de seu curso de verão, por estar a escola obrigada (devido a sua inserção social, que a aproxima da esfera pública), a respeitar o princípio da não discriminação.
- 4) A incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas deve se ater à “necessidade de preservar a pluralidade no âmbito social” porque não se pode pretender uma homogeneização da comunidade. Na aplicação dos direitos fundamentais, deve-se preservar a identidade da pessoa ou da entidade afetada. Não se pode, por exemplo, obrigar uma escola islâmica a aceitar alunos não-muçulmanos.

³⁰⁰ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos fundamentais**. Rio de Janeiro- São Paulo- Recife: Renovar, 2006, p. 493-494

³⁰¹ São os conhecidos ‘poderes privados’, cuja origem e essência foram discutidos no capítulo 1 deste trabalho.

Não é difícil vislumbrar que, mesmo diante de tais “comandos”, que buscam uma solução coerente e harmônica com o Estado Democrático e Social de Direito, preservando o pluralismo social e a parcela de autonomia inevitável para a realização pessoal, é complexa a busca de uma solução.

Isso porque, conforme precisa lição de Ana Paula de Barcellos, é inegável que a ponderação fornece ao intérprete “poderes extraordinários: ele é capaz de afastar a aplicação de dispositivos válidos em benefício da aplicação de outros, restringir o exercício de direitos fundamentais e até mesmo relativizar regras constitucionais”.³⁰²

As críticas à ponderação são muitas, e, infelizmente, não poderemos nos aprofundar nessa abordagem, que, por si só, já renderia extensa dissertação, mas não podemos desconsiderar a afirmação de que a ponderação ainda é “metodologicamente inconsistente, enseja excessiva subjetividade e não dispõe de mecanismos que previnam o arbítrio”.³⁰³

Essas críticas advêm inclusive dos autores que propõe a ponderação como método hermenêutico a ser seguido na ocorrência de colisão. O próprio Alexy admite as dificuldades do exercício da ponderação, quando afirma que “o ponderar no Direito Constitucional conduz a tantos problemas, que nem sequer é possível enumerá-los aqui”.³⁰⁴ Entretanto, Alexy bem observa que não se pode admitir que “a perda da categoria da correção é o preço para se ponderar”, porque admitir isso é o mesmo que admitir um golpe da ponderação. Para ele “o direito está necessariamente unido com uma pretensão de correção. Se a ponderação fosse incompatível com correção e fundamentação, não haveria para ela lugar no direito”.³⁰⁵

Com efeito, a ponderação não pode ser tida como algo irracional, visto que sua correta realização exige a adoção de técnicas – algumas das quais estão sendo tratadas nesse trabalho. Na verdade, o que se deve extrair dessas “fórmulas de ponderação”, é que a doutrina tem efetivamente buscado

³⁰² BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro- São Paulo-Recife: Editora Renovar, 2005. p. 6

³⁰³ BARCELLOS, Ana Paula de. Ob. Cit., p. 53

³⁰⁴ ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, ponderação e racionalidade. **Revista de direito privado nº24**. São Paulo:RT, Out/dez 2005. p. 337

³⁰⁵ ALEXY, Robert. Ob. Cit., p. 338

soluções que sejam controláveis para que haja um nível de segurança quanto ao conteúdo esperado de uma decisão.

Objetivando um controle maior da ponderação, autores como Ana Paula de Barcellos defendem que deve ser utilizado o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, em especial na sua variante da vedação de excesso, como meio de se aferir se o julgador foi justo e cauteloso ou se exorbitou na aplicação da norma em vista do que pedia o caso concreto³⁰⁶.

Inicialmente, cabe observar que o princípio da proporcionalidade não se encontra explícito e autônomo no Ordenamento Jurídico da maioria dos países que o adotam.

As idéias de proporcionalidade e também da razoabilidade se encontram subjacentes, no direito europeu, a diversas técnicas de controle, que foram construídas jurisprudencialmente e que, conquanto tenham acepções diversas, vão originar a mesma idéia de controle do conteúdo de decisões. São os já conhecidos na Europa, erro manifesto de apreciação, *bilan coût-avantages*, discricionariedade técnica, interdição de arbitrariedade e imparcialidade³⁰⁷.

O Princípio da Proporcionalidade se consolidou primeiramente no direito germânico, onde assumiu *status* constitucional, sustentado sobre a chamada “proibição do excesso” (*Übermass*). O princípio da proporcionalidade requer o respeito a três atributos da decisão, que são a adequação (*Geeignetheit*), a exigibilidade (*Erforderlichkeit*) e a proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*).³⁰⁸

A conjugação destes três atributos permite verificar e controlar a justeza e a razoabilidade das decisões, objetivando a efetivação mais adequada e, por que não dizer, controlável, do método hermenêutico da

³⁰⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação Constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2003, p. 58-59

³⁰⁷ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 97.

³⁰⁸ BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. 2ª ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 72.

ponderação. Desta forma, será verificado, de acordo com essa tríplice vertente da proporcionalidade, se o ato judicial foi adequado ao fim buscado, ou seja, se o ato contribuiu à consecução do resultado pretendido (foi eficaz?); se o ato foi exigível, ou seja, se não havia um outro meio menos gravoso que pudesse alcançar o mesmo fim visado na norma; e, por fim, se o ato foi proporcional, onde se confirmará a adequação entre os meios e os fins.

A adequação deve ser o primeiro aspecto da proporcionalidade a ser analisado. Será analisada a relação meio-fim, verificando-se se o meio escolhido de alguma forma contribuiu para o alcance do fim objetivado. Nesta análise não será observado se haveria um outro meio menos gravoso (que só será verificado quando avaliado o atributo necessidade), mas sim se o meio escolhido foi a efetiva causa do resultado buscado.

Na exigibilidade ou necessidade será verificada a indispensabilidade da medida, bem como a análise da existência de um outro meio menos gravoso de onde se pudesse obter igual eficácia: são os núcleos deste princípio. De outro lado, só será possível verificar a necessidade ou exigibilidade de determinada decisão judicial, de acordo com a análise do caso concreto, onde será realisticamente avaliado o meio eleito para a perseguição do fim visado da norma e “dá-se tanto qualitativa quanto quantitativamente”.³⁰⁹

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito revela-se como o complemento necessário para se entender o princípio da proporcionalidade em toda a sua amplitude. Esse princípio permite ponderar os interesses em questão, para, avaliando aspectos materiais e formais, verificar qual o mais apto a alcançar a solução ótima. É aqui que Alexy anota que vai haver a otimização das possibilidades jurídicas, “pois quanto mais alto é o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”.³¹⁰

Agir de acordo com o princípio da proporcionalidade é, pois, evitar excessos, pois não cabe ao julgador restringir direitos em litígio mais do que o

³⁰⁹ BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. 2ª edição, Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p.81.

³¹⁰ ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, ponderação e racionalidade. **Revista de direito privado nº24**. São Paulo:RT, out/dez 2005, p. 339

indispensável para bem realizar a tutela jurisdicional – que se coaduna perfeitamente com a busca da melhor realização da ponderação em conflitos de direitos fundamentais.

Neste momento, vale trazer a lume um famoso julgamento do Tribunal Constitucional da Alemanha, em 1973, que serve de boa medida para se confrontar o uso da proporcionalidade quando da ponderação realizada pelo julgador. Trata-se do caso que ficou conhecido como “o assassinato de soldados de Lebach”.³¹¹

O autor da Reclamação Constitucional tinha participado, como coadjuvante, de um latrocínio que teve muita repercussão pública, ocorrido no ano de 1969. Neste crime quatro soldados foram assassinados e um ferido, para o roubo de armas e munições. Os dois autores diretos do crime foram condenados à prisão perpétua e o reclamante, por sua participação na preparação do crime, foi condenado a seis anos de reclusão. Ocorre que um canal de televisão alemão, ZDF, produziu um documentário sobre o crime, onde o reclamante seria mostrado com foto e nome e depois seria realizada uma reconstituição detalhada da história com atores. Este documentário iria ser exibido um pouco antes da soltura do reclamante, que já havia cumprido sua pena. O reclamante então tentou, em vão, impedir a transmissão no Tribunal Estadual de *Mainz* e no Superior Tribunal Estadual de *Koblenz*. Sua pretensão só foi acolhida junto ao Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que entendeu que os Tribunais, ao autorizarem a transmissão, estavam violando o direito ao livre desenvolvimento à personalidade do autor – o que justificaria a intervenção na liberdade de radiodifusão.

Conforme dito acima, essa decisão aplicou a ponderação baseando-se no postulado da proporcionalidade. Alexy analisa essa relação da seguinte forma: em primeiro lugar houve um evidente confronto entre a proteção à personalidade e a liberdade de informação – a aplicação daquele conduziria à proibição, enquanto este, a permissão da emissão. Essa colisão foi resolvida

³¹¹ SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Trad.: Beatriz Henning, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho e outros. Uruguai: Fundación Konrad-Adenauer, Oficina Uruguay, 2005, p. 486-487

através da ponderação, visto não haver uma precedência básica de um princípio sobre o outro³¹².

Assiste razão essa observação de Alexy. Com efeito, os pressupostos desenvolvidos pelo mestre alemão podem ser encontrados na íntegra da decisão do TCF. Destacamos o seguinte trecho, abaixo transcrito, pela pertinência com as observações que têm sido feitas nesse tópico:

A solução do conflito deve partir do pressuposto de que, segundo a vontade da Constituição, ambos os valores constitucionais configuram componentes essenciais da ordem democrática livre da *Grundgesetz*, de forma que nenhum deles pode pretender a prevalência absoluta. O conceito de pessoa humana (*Menschenbild*) da *Grundgesetz* e a configuração a ele correspondente da comunidade estatal exigem tanto o reconhecimento da independência da personalidade individual como a garantia de um clima de liberdade que não é imaginável atualmente sem comunicação livre. Ambos os valores constitucionais devem ser, por isso, em caso de conflito, se possível, harmonizados; se isso não for atingido, deve ser decidido, considerando-se a configuração típica e as circunstâncias especiais do caso particular, qual dos dois interesses deve ser preterido. Ambos os valores constitucionais devem ser vistos, em sua relação com a dignidade humana, como o centro do sistema axiológico da Constituição.³¹³

O segundo ponto desta decisão, examinado por Alexy, trata da precedência geral da liberdade de informação da emissora, visto que nem toda informação atual é permitida. A decisão foi tomada no terceiro grau, onde o Tribunal ponderou que a repetição da divulgação de um delito grave não corresponde aos interesses atuais de informação, que iram atingir o livre desenvolvimento da personalidade, na medida em que colocaria em perigo a ressocialização do autor.³¹⁴

Foi realizada, indiscutivelmente a ponderação, onde a justeza da decisão foi aferida com base na proporcionalidade. Com efeito, a transmissão de documentário sobre um crime ocorrido há mais de seis anos não traduz nenhum interesse social (que é a base da liberdade de imprensa) – portanto

³¹² ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p 96.

³¹³ SCHWABE, Jürgen. **Cinqüenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Trad.: Beatriz Henning, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho e outros. Uruguai: Fundación Konrad-Adenauer, Oficina Uruguay, 2005, p. 491-492.

³¹⁴ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p 97.

não é exigível. Seria sim um excesso autorizar a transmissão, pela importância menor de se repetir uma notícia já amplamente divulgada quando, de outro lado, essa autorização violaria importantíssimos direitos do requerente.

Finalizada essa análise do viés da proporcionalidade, podemos concluir que a ponderação permite critérios razoáveis, mas não absolutos de controle da correção da decisão. Vale repetir que a ponderação de princípios ou direitos fundamentais que colidem, não pode permitir precedências absolutas.

O que observamos, e não sem certa razão, é o temor presente em parte da doutrina que defende uma eficácia indireta, de que os direitos fundamentais sufoquem a autonomia individual a ponto de retirar-lhe a mínima parcela de arbítrio. E, nesse ponto, embora sejamos filiados à idéia de que os direitos fundamentais devem ser aplicados diretamente nas relações privadas, concordamos com a reticência de Bilbao Ubillos, quando ele defende que a aplicação dos direitos fundamentais deve ser atenuada pela “necesidad de se respectar la lógica interna del Derecho privado”³¹⁵.

E é esta a função a ser alcançada pela ponderação: alcançar um equilíbrio entre os direitos fundamentais e a liberdade individual. Porque, dentre outras razões, querer uniformizar a sociedade baseando-se irrestritamente no princípio da isonomia, por exemplo, é absolutamente irracional. Desta forma, é possível tratamentos desiguais entre as pessoas, desde que tenham uma justificativa racional e objetiva³¹⁶. As diferenças, dentro de uma sociedade democrática, devem também ser respeitadas dentro do que é razoável, ou seja, buscando-se um equilíbrio entre a autonomia individual e o respeito aos direitos fundamentais – bens constitucionalmente protegidos.

³¹⁵ BILBAO UBILLOS, Juan María. Em que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.334

³¹⁶ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 238

CAPÍTULO 5

APLICAÇÃO IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

1. Palavras iniciais

Fixados ao longo deste trabalho os pressupostos doutrinários da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas, pudemos observar que entre os autores brasileiros que estudam a matéria, prevalece, de um modo geral, a tese da vinculação direta dos particulares aos direitos constitucionais. Passamos agora a uma segunda fase do nosso estudo, que é a verificação e análise de como tem se posicionado o Supremo Tribunal Federal diante desse tema, nos casos concretos submetidos ao seu exame.

Embora não seja difícil rastrear nos repertórios de jurisprudência nacionais casos de aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, notadamente nos tribunais ordinários, no STJ e no TST, raras são as decisões precedidas de embasamento teórico explicitando a colisão de direitos e a razão da eficácia do preceito constitucional ao caso concreto.

Em que pese a evolução da jurisprudência do STF no exame do tema, como se verá adiante, não se pode afirmar categoricamente que a nossa Corte Suprema tenha formulado uma doutrina ou teoria em torno da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas³¹⁷.

Com propriedade, assinalou Daniel Sarmento, em sua obra sobre o tema, que “estes julgamentos não são precedidos de nenhuma fundamentação teórica que dê lastro à aplicação do preceito constitucional ao litígio entre particulares”.³¹⁸

³¹⁷ STEIMENTZ, Wilson . **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 293.

³¹⁸ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 250

Elegemos quatro casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal que merecem referência, seja em razão da riqueza dos temas discutidos, seja em face da demonstração da evolução de como o STF passou a enfrentar a matéria.

O primeiro caso tem como parte ré a fábrica de *lingeries De Millus*. Foi julgado em 1999 e questionou a afronta a direitos constitucionais personalismos cometidos pela revista íntima praticada na empresa *De Millus*. Este julgamento demonstra como segmentos importantes do Poder Judiciário, ainda fortemente ligados a preceitos liberais, valorizavam institutos civilistas acima dos direitos fundamentais.

O segundo caso envolveu a empresa aérea francesa *Air France*. Nesta contenda, foi requerido pelo autor, um ex-empregado da empresa, a aplicação de vantagens do estatuto pessoal da *Air France* que, por sua vez, só o aplicava a cidadãos franceses. O empregado preterido pleiteou as vantagens que lhe foram negadas baseando-se no princípio da isonomia, que, para ele, devia vincular também a *Air France* – empresa privada.

O terceiro caso foi escolhido pela densidade dos votos e por se tratar, inclusive de forma assumida por alguns Ministros, de uma colisão de direitos fundamentais em sentido estrito. Foi o famoso caso do empresário Law Kin Chong (que posteriormente foi acusado formalmente do cometimento do crime de contrabando), que queria ver seu direito à imagem preservado em face do direito à imprensa de divulgar sua imagem, em um depoimento que prestaria à Comissão Parlamentar de Inquérito, no caso à CPI da Pirataria.

O último caso tratou-se de escolha obrigatória para esse estudo, visto que foi nele que o STF se posicionou, pela primeira vez, de forma clara e profunda acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Foi um caso envolvendo a União Brasileira de Compositores que, cumprindo norma de seu estatuto, excluiu um associado sem respeitar o devido processo legal – direito fundamental previsto constitucionalmente.

2. O direito à intimidade e à privacidade e o caso *De Millus*

Os direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal no artigo 5º, inciso X,³¹⁹ são aqueles que mais comumente encontramos violados em casos concretos trazidos pela jurisprudência, nas relações travadas entre particulares. Um caso que ganhou bastante notoriedade no mundo jurídico é a submissão de empregados à revista íntima.

A revista íntima é um procedimento de revista do funcionário realizado por ordem da empresa, que vai do exame de bolsas à exigência absurda de se despir ao fim do expediente, com finalidade fiscalizadora e para evitar a ocorrência de furtos.

Na jurisprudência do STF, o primeiro caso tratando desta matéria enfrentado pela Corte, com exame do mérito, foi o 'caso *De Millus*³²⁰. Este *leading case* tem como núcleo o fato da indústria fabricante de *lingerie*, a *De Millus s/a* realizar em suas funcionárias o referido procedimento da revista íntima, mediante sorteio ao fim do expediente. Aquelas que tivessem o azar de serem sorteadas deveriam se submeter à revista, que, diga-se, encontrava-se prevista em contrato. Finalizado o vínculo empregatício com a *De Millus s/a*, as funcionárias impetraram ação que chegou ao Supremo, devido à alegação de violação de dispositivos constitucionais protetivos da personalidade e dignidade humanas.

Com efeito, em sede de Agravo Regimental em agravo de instrumento nº 220.459/RJ, foi questionada a licitude da revista íntima realizada sob ordem

³¹⁹ “**Art. 5º** - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

³²⁰ De fato, a primeira ação contra a *De Millus* que envolvia a revista íntima foi o Recurso Extraordinário nº 160.222-RJ (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 01/09/1995). Neste RE, discutiu-se se cometeria o crime de constrangimento ilegal, o gerente que exige das empregadas de certa indústria de *lingeries* o cumprimento de cláusula constante nos contratos individuais de trabalho, segundo a qual, elas deveriam se submeter a revistas íntimas, sob ameaça de dispensa. Entretanto, infelizmente o mérito deste processo não pôde ser apreciado em razão da ocorrência de prescrição intercorrente.

dos dirigentes da *De Millus s/a*, por ofensa aos incisos II, III, LVII e X do art. 5º da Constituição Federal³²¹.

Em decisão que fez história, a Primeira Turma do STF, rechaçou a tese de violação a direitos fundamentais no caso de revista íntima, em acórdão assim ementado:

AI-AgR 220459 / RJ - RIO DE JANEIRO
 AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO
 Relator(a): Min. MOREIRA ALVES
 Julgamento: 28/09/1999 Órgão Julgador: Primeira Turma
 Parte(s)
 AGTES. : ADRIANA PICANÇO DUTRA E OUTRAS
 ADVDOS. : LEONARDO ORSINI DE CASTRO AMARANTE E
 OUTROS
 AGDAS. : DE MILLUS S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO

EMENTA: - Agravo regimental. Revista pessoal em indústrias de roupas íntimas. - Inexistência, no caso, de ofensa aos incisos II, III, LVII e X do art. 5º da Constituição. Agravo a que se nega provimento.

Nesta oportunidade o mérito foi apreciado. Entretanto, ao contrário do que se poderia esperar de nossa Corte Constitucional, foi negado provimento ao agravo, porque o Supremo entendeu que não houve ofensa aos incisos II, III, LVII e X do art. 5º da Constituição Federal.

Para negar seguimento ao Agravo de Instrumento, o Ministro Moreira Alves sustentou em despacho:

Inexistem, no caso, as alegadas ofensas aos incisos II, III, LVII e X do art. 5º da Constituição, porquanto as revistas pessoais em causa, dada a natureza dos produtos fabricados pelas ora agravadas e feitas por amostragem, não infringem, por si sós, os citados dispositivos constitucionais, não dando margem a danos morais como salientou o acórdão recorrido, examinando o caso concreto:

A chamada revista dos empregados de indústria do ramo da empresa apelada tem sido considerada procedimento rotineiro e, inclusive, de previsão contratual. Não deve ser rotulada de deprimente, aprioristicamente, se colocada em prática com resguardo dos atributos da dignidade da pessoa, sem constrangimentos, mas, de modo previamente divulgado e aprovado pelo empregado da empresa.

³²¹ II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória

Com o devido respeito à posição firmada pelo relator, no que foi acompanhado pela Turma que julgou o agravo de instrumento, creio ser tal ponto de vista absolutamente equivocado e em descompasso com a proteção aos direitos fundamentais expressos na Constituição.

Da análise do voto, pode-se extrair alguns pressupostos que foram selecionados como preponderantes para, no julgamento, ser entendido que inexistiu ofensa ao art. 5º em seus incisos, II, III, X, LVII da Constituição Federal.

Com efeito, para o Ministro Relator não houve ofensa aos preceitos Constitucionais, “dada a natureza dos produtos fabricados”. Ou seja, entendeu o Ministro que peças como lingerie podem ser furtadas de maneira mais fácil, o que autorizaria a empresa a se precaver contra possíveis prejuízos. Ora, em primeiro lugar esse argumento protegeu apenas o quesito lucratividade da empresa, quando acolheu a tese de que a natureza dos produtos permite que se realize revista íntima nos funcionários. Com isso, houve a sumária desconsideração de importantes preceitos constitucionais, tais quais a intimidade, vida privada e honra, os quais deveria o STF proteger em primeiro plano. Despir-se perante um estranho, ao final do expediente, é procedimento incontestavelmente agressivo à intimidade de cada pessoa. O corpo, as vestes fazem parte de nossa esfera íntima – o que torna essa exposição extremamente humilhante e vexatória, mesmo se realizada por pessoa do mesmo sexo e em ambiente reservado. Acrescido a isso, ainda sobressai-se o fato de que há, sobre as pessoas revistadas, o peso de suspeição de um crime. Cotidianamente. Isso atinge a honra e a imagem de cada revistado – não só perante outras pessoas, mas diante de si próprios³²².

Ainda em sede de argumentos colhidos no acórdão, o fato das revistas íntimas serem feitas por amostragem ajudaria a desconfigurar a lesão aos dispositivos constitucionais e a ensejar danos morais. Ou seja, o fato da escolha ser aleatória não feriria a intimidade da pessoa “escolhida”, “sorteada”

³²² Isso porque, na esteira do entendimento de Kildare Gonçalves Carvalho, o direito à honra “alcança tanto o valor moral íntimo do homem como a estima dos outros”, assim como o direito a imagem em seu sentido imagem-atributo, que reflete “o conjunto de atributos cultivados pelo indivíduo e reconhecidos pelo meio social”. CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional – Teoria do Estado e da Constituição, Direito constitucional positivo**. 13ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 601

para ser submetida ao vexame. Nesse passo, a lesão ao direito protegido constitucionalmente só se configuraria quando alcançasse todos os empregados da empresa. A nós, parece ser absolutamente irrelevante a revista íntima ser realizada por sorteio ou em todas as funcionárias diariamente. A tensão no ambiente de trabalho atinge a todas, até porque, ninguém sabe previamente, quem será a sorteada.

Outra questão trazida a lume nessa decisão foi o argumento de que “a chamada revista dos empregados de indústria do ramo da empresa apelada tem sido considerada procedimento rotineiro e, inclusive, de previsão contratual”. Essa decisão expôs uma visão extremamente contratualista acerca da interpretação de preceitos civilistas sob a ótica constitucional. Será que ainda podemos afirmar que o contrato faz lei entre as partes de forma indiscutível e imutável? Sabe-se que a relação de trabalho é uma relação marcada pela desigualdade fática entre as partes, onde a um cabe o poder de direção (empregador) e ao outro (empregado), marcado pela subordinação, cabe obedecer ou perder o emprego. Poderíamos afirmar que a previsão em contrato, de cláusula prevendo 15 horas de trabalho diárias, é lícita mesmo se acordada previamente? Certamente não. O mesmo ocorreu no aludido caso. A previsão em contrato em nada muda a ofensa aos direitos fundamentais das funcionárias.

Por fim, aduziu o Ministro Relator que “não deve ser rotulada de deprimente, aprioristicamente, se colocada em prática com resguardo dos atributos da dignidade da pessoa”. Entendemos que o argumento encerra uma antinomia. Não há possibilidade de se preservar a dignidade da pessoa humana com revista íntima. Esta prática, por si só, já configura um ato que viola frontalmente os direitos da personalidade e, conseqüentemente, a dignidade humana daquele que é revistado. Não há, a nosso ver, maneira digna de se realizar revista íntima de um empregado, levando-se em consideração que, como já dito, esse procedimento expõe a pessoa física e emocionalmente frente a um estranho, agride a sua intimidade e viola sua honra, já que põe o empregado em posição de suspeito de um crime.

Outro aspecto relevante que merece menção nesta decisão, além da completa desconsideração de preceitos constitucionais vinculantes, é o fato de

que, em nenhum momento, houve a referência explícita à colisão de direitos fundamentais que ocorrera efetivamente no caso em exame. De um lado direitos das funcionárias da empresa, tais quais privacidade, intimidade, honra, proteção contra tratamentos degradantes. De outro, direitos da empresa, como autonomia privada e direito de propriedade.

Conforme mencionado, no acórdão foram selecionados argumentos “guias” para o julgamento do caso – diga-se, os expostos pela empresa. Em face destes argumentos, notadamente defensores da proteção à atividade empresarial, concluiu-se que não houve ofensa aos preceitos constitucionais.

De outro lado, não podemos negar que, de fato, houve um enfrentamento da questão ‘colisão de direitos fundamentais entre particulares’. A particularidade de que nesta decisão foi exercida equivocadamente a ponderação, quando não se examinou convenientemente os direitos envolvidos na lide, não exclui o tratamento do caso pelo STF. A preferência a normas com forte carga individual em detrimento de preceitos constitucionais, apenas destaca a posição ainda conservadora de nossa Corte constitucional à época. Entretanto, não podemos negar que o mérito de uma lide envolvendo direitos fundamentais de dois particulares foi julgado pelo Supremo.

É claro que o julgamento foi feito de forma intuitiva, sem embasamento na produtiva doutrina que tem escrito sobre o tema.

Não que um juiz, ao exercer a atividade jurisdicional, necessite se apoiar em densas bases doutrinárias para decidir uma lide. Ocorre que, em casos desse jaez, é certo que a doutrina que tem se desenvolvido na Europa desde a década de 50 sobre o tema, e no Brasil há aproximadamente 10 anos, muito ajudaria a encontrar soluções.

Entender os mecanismos de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, as teorias existentes, o alcance de uma interpretação ponderativa e a importância da correta aplicação da Constituição, faz parte de um processo que deveria ser o realizado por todo o Poder Judiciário – não somente pelo STF. Só assim podem ser efetivados objetivos de busca pela igualdade e justiça material entre as pessoas – traçados pela Constituição Federal, que, como sabemos, é a base do Estado Democrático de Direito. Os

preceitos constitucionais não são mais meras recomendações – são normas propensas a incidir. Se assim tivesse pensado a Primeira Turma do STF no ‘caso *De Millus*’, certamente teríamos uma decisão diversa a abrilhantar o nosso Supremo Tribunal Federal. Uma decisão, acima de tudo, protetora da Constituição.

3. O princípio da igualdade e o caso *Air France*

Este caso discute a violação do princípio da isonomia, que tem grande influência nas relações privadas – tema que já foi discutido no capítulo IV e que revela algumas facetas que merecem reflexão. A primeira o coloca como limitador do exercício de alguns direitos fundamentais e da autonomia privada, visto que relações privadas balizadas em discriminações infundadas ou desarrazoadas devem ser extirpadas pelo Poder Judiciário.

A segunda faceta deste princípio, tratada comumente pela doutrina que escreve sobre a relação direitos fundamentais *versus* direito privado, revela-se no fato de que a interpretação e aplicação do princípio da isonomia na relações travadas entre particulares deve ocorrer de forma diversa de quando o Estado se encontra em um dos pólos da relação. Dito de outra forma, não se pode pretender que os particulares, em relações que travam com outros particulares, sejam submetidos ao princípio da isonomia tal qual o Estado, porque as pessoas privadas são regidas pelo princípio da autonomia – que não favorece o Estado.

O problema que visualizamos nessa dúlice concepção – protetiva e limitadora – do princípio da isonomia é encontrar um equilíbrio a fim de que não haja uma direção excessiva na vida dos particulares e também para que estes não tomem decisões que firam a dignidade de outros particulares. Para isso, mais uma vez, a utilização do método interpretativo da ponderação pode ser de grande valia para o encontro de soluções justas, proporcionais e razoáveis.

É neste contexto, circundado pelo princípio da isonomia, que nos apresenta o segundo caso a envolver colisão de direitos fundamentais. Neste recurso extraordinário foi discutida a aplicação do princípio da isonomia em

uma relação jurídica privada de origem trabalhista – travada entre empregado e empregador. Neste caso, assim como no caso *De Millus*, a matéria foi tratada de forma automática, sem se reconhecer expressamente que se tratava de uma colisão de direitos fundamentais.

Resumidamente podemos descrever o caso envolvendo a empresa francesa *Air France* da seguinte forma: o Sr. Joseph Halfin, cidadão brasileiro, trabalhou para a empresa aérea francesa *Air France* no Brasil por trinta e quatro anos. À época da rescisão de seu contrato laboral, não obteve a concessão de vantagens do estatuto pessoa da empresa, tal qual ocorre com funcionários de nacionalidade francesa, que exercem a mesma função do autor, também no Brasil. A negativa da *Air France* para a não concessão dos aludidos benefícios ao funcionário brasileiro, foi baseada no fato de que estas vantagens só seriam válidas para os funcionários franceses que trabalhassem na empresa. O funcionário brasileiro então propôs ação que chegou ao Supremo Tribunal Federal em face da discussão, na lide, da vulneração do princípio constitucional da isonomia. O acórdão teve como relator o Min. Carlos Velloso e foi assim ementado:

RE 161243 / DF - DISTRITO FEDERAL
RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Julgamento: 29/10/1996 Órgão Julgador: Segunda Turma
Publicação DJ 19-12-1997 PP-00057 EMENT VOL-01896-04 PP-00756

Parte(s)

RECTE. : JOSEPH HALFIN

ADVDO. : ROBERTO DE FIGUEIREDO CALDAS E OUTROS

RECDO. : COMPAGNIE NATIONALE AIR FRANCE

ADVDO. : FERNANDO NEVES DA SILVA E OUTROS

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput. I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do PESSOAL da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput). II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846(AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. - R.E. conhecido e provido.

Nesta decisão, a Segunda Turma do STF entendeu que a restrição da aplicação do estatuto pessoal da empresa *Air France* apenas aos funcionários de nacionalidade francesa configurava ofensa ao princípio da igualdade, disposto no *caput* do art. 5º da Constituição Federal. Assim, foi determinada a aplicação do estatuto pessoal da empresa ao funcionário brasileiro.

Podemos afirmar que o princípio da isonomia foi aplicado da melhor maneira possível no caso concreto, apesar de se tratar, inequivocamente, de uma relação privada – o Sr Joseph Halfin, empregado, de um lado e a empresa *Air France*, de outro. Isso porque a autonomia que goza a *Air France* para reger seus negócios, encontra limites expressos no texto constitucional. Essa foi a interpretação do STF ao acolher a pretensão do autor, tendo em vista que a discriminação perpetrada pela empresa *Air France* ultrapassou os limites constitucionais ao aplicar discriminação “baseada em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc...”, razão pela qual a discriminação foi considerada inconstitucional.³²³

No caso em exame, a discriminação foi baseada exclusivamente no critério nacionalidade do empregado. Exibe-se oportuno, nessa linha de raciocínio, transcrever um recorte do voto, que reafirma o argumento:

Brasileiros e franceses, empregados da empresa francesa sujeita às leis brasileiras, não exerciam, uns em relação a outros, tarefas diferentes, ontologicamente, mais importantes ou mais difíceis, especiais, uns em relação a outros. Não há, aliás, nos autos, uma só palavra a esse respeito. O fator desigualizador foi, não custa repetir, apenas isto: a nacionalidade.

De fato, mesmo uma pessoa privada não está autorizada a utilizar um critério que não possa ser justificado lógica e racionalmente para discriminar.

³²³ Virgílio Afonso da Silva, entretanto, faz uma relevante crítica quanto à fundamentação dessa decisão, afirmando que o Supremo adotou uma fundamentação generalizada e absolutizante, de modo a pretender abarcar todos os problemas relativos à igualdade nas relações entre particulares, sem considerar peculiaridades dos casos concretos que, como sabemos, pode sim autorizar uma posição anti-isonômica. SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. Rio de Janeiro: Malheiros editores, 2005. p.94

Foi o que ocorreu com a escolha de atributo pessoal a fim de justificar a negativa da concessão de vantagens ao trabalhador, por ser ele brasileiro.

Desta forma, concluiu o relator, cumprindo o papel atribuído ao STF de guardião da Constituição:

No caso, porque não ocorrentes os fatores que justificariam o tratamento diferenciado, tem-se que iguais foram tratados desigualmente, o que é ofensivo ao princípio isonômico que a Constituição consagra e que é inerente ao regime democrático e à República.

Emerge do voto, como visto, que não houve justificativa para o tratamento diferenciado. Por isso, neste caso, a autonomia privada da empresa *Air France* não pôde prevalecer por ferir o princípio da isonomia.

Ponderando-se os interesses em jogo, a autonomia foi preterida em face da isonomia, pelas razões já expostas. O critério discriminador não pôde prevalecer, por desarrazoado. É o que extraímos da lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

As discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição³²⁴.

A partir desta assertiva do professor da PUC de São Paulo acerca do conteúdo jurídico do princípio da igualdade que, diga-se, foi acolhida pelo acórdão em exame, podemos aferir que a ponderação dos interesses conflitantes foi determinante para a conclusão em favor da proteção ao princípio da isonomia – malferido pela empresa aérea *Air France*.

³²⁴ MELLO. Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 17

No mesmo sentido, no âmbito da comunidade europeia, por exemplo, Carsten Herresthal³²⁵ informa que os particulares também estão vinculados à proibição de discriminação em virtude da nacionalidade – o que não afeta a concepção liberal do mercado interno europeu, nem a autonomia privada. A única justificativa de um tratamento desigual entre particulares se dá mediante a utilização de critérios objetivos que devem se manifestar “como medida adequada, necessária e proporcional”.³²⁶

O Ministro Maurício Corrêa acompanhou o relator, e em seu voto explicitou o alcance do princípio:

evidentemente, como o tom da nossa Constituição é de igualdade de tratamento, não podendo haver desigualdade entre iguais, razão pela qual, quem aqui se instala, há de obedecer o nosso ordenamento legal, máxime no que diz respeito aos ditames ordenados pela Constituição Federal.

Evidenciou o Ministro Maurício Corrêa que a discriminação feita não se coadunou com a razoabilidade e muito menos com a Constituição. Pensamento este, diga-se, contrário ao que foi proferido pelo TRT, e pelo TST, visto que estes Tribunais manifestaram, respectivamente, o seguinte entendimento: o TRT decidiu ser correta a inaplicabilidade do estatuto pessoal da empresa *Air France*, tendo em vista o fato de que o funcionário não era de nacionalidade francesa. De outro lado o TST não acolheu o recurso de revista por entender que não restaram preenchidos os pressupostos de admissibilidade recursal, já que a questão abrangia apenas normas regulamentares da empresa.

Por fim, vale ressaltar que em nenhum dos votos proferidos, foi mencionado que a lide tratava de colisão de direitos fundamentais entre pessoas privadas – da mesma forma que ocorreu no caso *De Millus*. O conhecimento e julgamento da lide, deu-se com a análise quase que exclusiva da questão constitucional, a sustentar a aplicação do princípio da isonomia.

³²⁵ HERRESTHAL, Carsten. A Eficácia jurídico-privada das liberdades fundamentais no direito comunitário. In: MONTEIRO, Antônio Pinto; NEUNER, Jörg e SARLET, Ingo (organizadores). **Direitos Fundamentais e Direito privado – uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 262

³²⁶ HERRESTHAL, Carsten. Ob. Cit., p.272.

Não fosse a rápida menção, no voto do Ministro Néri da Silveira, do direito fundamental de propriedade a escorar a pretensão da *Air France*, a colisão existente, seria apenas subentendida pelos intérpretes. Vejamos o trecho do voto a que nos referimos, que, diga-se, acompanhando os demais votos, reconheceu a ofensa ao princípio da isonomia:

Estabelece a Constituição em vigor, reproduzindo nossa tradição constitucional, no art. 5º, *caput*:

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. No genérico âmbito do conceito propriedade, compreendem-se os chamados direitos econômicos e direitos salariais.

De outra parte, no que concerne aos direitos sociais, nosso sistema veda, no inciso XXX do art. 7º da Constituição Federal, qualquer discriminação decorrente – além, evidentemente, da nacionalidade – de sexo, idade, cor ou estado civil. Dessa maneira nosso sistema constitucional é contrário a tratamento discriminatório entre pessoas que prestam serviços iguais a um empregador.

Este voto explicitou sutilmente o direito de propriedade da empresa,³²⁷ como contraposto ao direito fundamental de tratamento isonômico. Não houve, infelizmente, maior aprofundamento pelo ministro Néri da Silveira quanto a amplitude e alcance do direito de propriedade da empresa, nem uma observação mais acurada acerca da colisão destes princípios.

A posição do Supremo, entretanto, no que tange ao reconhecimento da colisão de direitos fundamentais entre privados, começou aos poucos a se delinear com embasamentos doutrinários. Escolhemos dois casos que bem refletem o enfrentamento da colisão de direitos fundamentais: o caso *Law Kin Chong* (Ms 24706/DF) e, em especial, o caso da União Brasileira de Compositores, UBC (RE 201819/RJ), que serão estudados a seguir.

³²⁷ Conforme estudamos no capítulo 4, o direito de propriedade é um reflexo da autonomia privada.

4. O direito à imagem e o caso Law Kin Chong

Conforme já mencionado quando analisamos o caso De Millus, os direitos de personalidade são os que mais comumente se conflitam com direitos (fundamentais ou não) de outros particulares. Seja pela abrangência protetiva destes direitos (intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas), seja pela importância de cada direito abarcado pelo art. 5º, X, da Constituição Federal, ações advindas da esfera privada devem ter como limites os direitos de personalidade das demais pessoas.

Assim, a garantia constitucional da liberdade da manifestação de pensamento (tratada no inciso IV do art. 5º), que também é um direito fundamental, encontra freios em sua extensão, visto que, se a expressão do pensamento atingir, por exemplo, a honra ou imagem alheias, pode dar ensejo à indenização por danos morais e/ou materiais ao ofendido.

Foi o que aconteceu, por exemplo, com a atriz Cássia Kis, que teve sua foto impressa em capas de revista, pôsteres e publicidade de propriedade da Editora Ediouro, sem que tivesse autorizado a publicação de qualquer fotografia sua. A atriz, em sede de Recurso Extraordinário para o Supremo Tribunal Federal (RE 215.984-1), pleiteou a indenização por danos morais e danos materiais, já que o STJ entendeu serem apenas indenizáveis os danos materiais. Sua pretensão foi acolhida pelo STF, em acórdão que teve a seguinte ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 251.984-1 RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. CARLOS VELLOSO

RECORRENTE: CÁSSIA KIS

ADVOGADOS: PEDRYLVIO FRANCISCO GUIMARÃES FERREIRA E OUTROS

RECORRIDA: EDIOURO S/A

ADVOGADO: RICARDO BARROS BARRETO

ADVOGADOS: MARIO ROBERT MANNHEIMER E OUTROS

EMENTA: CONSTITUCIONAL. DANO MORAL: FOTOGRAFIA: PUBLICAÇÃO NÃO CONSENTIDA: INDENIZAÇÃO: CUMULAÇÃO COM O DANO MATERIAL: POSSIBILIDADE. Constituição Federal, art. 5º, X.

I. Para a reparação do dano moral não se exige a ocorrência de ofensa à reputação do indivíduo. O que acontece é que, de regra, a publicação da fotografia de alguém, com intuito comercial ou não, causa desconforto, aborrecimento ou constrangimento, não importando o tamanho desse

desconforto, desse aborrecimento ou desse constrangimento. Desde que ele exista, há o dano moral, que deve ser reparado, manda a Constituição, art. 5º, X.

II. R.E. Conhecido e provido.

O direito à imagem, no caso em exame, a imagem-retrato, tem proteção constitucional, inclusive limitando o alcance de direitos de terceiros. Dito de outra forma, uma editora não pode usar de sua garantia constitucional de liberdade de comunicação (art. 5º, IX da Constituição Federal), se este uso atinge a esfera de direitos de terceiros.

Houve, inegavelmente, uma colisão de direitos fundamentais em sentido estrito (direito fundamental *versus* direito fundamental), quando o direito a imagem (C.F, art. 5º, X) se confrontou com a liberdade de imprensa (art. 5º, IX). Entretanto, o Supremo Tribunal Federal não aproveitou esta oportunidade para reconhecer expressamente essa colisão – limitando-se tão somente a fundamentar o cabimento dos danos morais em cumulação com os materiais, em face da violação ao direito a imagem perpetrada.

O caso que iremos tratar neste tópico, se refere também ao direito à imagem, mas em abordagem diversa, visto que o dano à imagem ainda não havia se configurado – razão pela qual o autor da ação, o empresário Law Kin Chong, requereu uma tutela preventiva do STF.

Em 2003³²⁸ o empresário Law King Chong impetrou mandado de segurança preventivo (MS 24706 MC / DF - DISTRITO FEDERAL) em favor dele e de sua mulher, Hwu Su Chiu Law, contra ato do presidente da CPI da Pirataria, o deputado Luís Antônio de Medeiros (PL/SP) objetivando a proibição de acesso, ao local em que iria depor (Assembléia Legislativa de São Paulo) juntamente com sua mulher, de câmaras de tv, gravadores e máquinas fotográficas. Destaque-se o fato de que o empresário não se negou a depor,

³²⁸ Este foi ano em que a CPI da pirataria, baseada em dados da Polícia Federal, investigou o empresário Law King Chong, pela existência de indícios de que o empresário realizava contrabando de mercadorias em suas atividades negociais. Nesta ocasião, ele ainda era ouvido como testemunha pela CPI da pirataria. A saga de Law Kin Chong teve “fim” com a sua prisão após cinematográfica gravação, em vídeo, de sua tentativa de subornar o presidente da CPI, o deputado Luís Antônio de Medeiros. A operação foi feita em conjunto com a Polícia Federal, que já investigava os chefes do contrabando e da pirataria de produtos no Brasil. Para nosso estudo, entretanto, a prisão de Law Kin Chong é fato superveniente que não interfere na análise da colisão de direitos fundamentais a embasar o julgamento deste mandado de segurança.

mas apenas requereu preventivamente o resguardo do seu direito à imagem, formulado no argumento de que

a distorção dos fatos, sua avaliação precipitada e o juízo de valor emitidos por profissionais da imprensa, muitos sem nenhum conhecimento técnico-jurídico, conduzem, inexoravelmente, a um processo de destruição da imagem e da honra das pessoas noticiadas, sem proporcioná-las o mais elementar direito de defesa³²⁹.

Podemos extrair deste *leading case* mais uma vez a controvérsia entre dois direitos fundamentais de pessoas privadas. De um lado, o direito fundamental à imagem do empresário Law Kin Chong e de sua mulher (CF, art. 5º, X). Do outro, o direito fundamental à liberdade de imprensa (CF, art. 5º, IX), garantido a todas as empresas de telecomunicação.

A colisão é latente e merece, de início, que o intérprete consiga abstrair as pré-concepções negativas que pesam em desfavor do empresário Law Kin Chong, que no caso, é investigado pela prática do crime de contrabando. Temos que olhar o fato 'cru' de que uma pessoa, depondo ainda como testemunha, pretende ver o seu direito à imagem e à honra preservados. A nosso ver, essa é a forma mais neutra de se ponderar os interesses em jogo.

De fato, a medida liminar concedida pelo Ministro Cezar Peluso, relator do mandado de segurança foi brilhantemente conduzida. O relator visualizou e expressou a existência de uma colisão de direitos fundamentais e, então, realizou a ponderação em face do caso concreto. O trecho da decisão, abaixo transcrito, traduz essa visão:

É grave e delicada a questão posta no requerimento de liminar, porque, com envolver modalidade de colisão de princípios constitucionais, implicará o reconhecimento da limitação do âmbito de um deles, ponderada no exame das circunstâncias do caso concreto, qualquer que seja o teor da resposta, que há de ser pronta.

Nesta decisão, o Relator, além de admitir tratar-se da modalidade colisão de princípios constitucionais, declarou que em casos tais, a solução é

³²⁹ <http://www1.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=72870&tip=UN¶m=>
Acesso em 13/8/2007

encontrada mediante ponderação, que implica na limitação de um destes direitos.

O Relator, ainda na decisão concessiva da liminar para proibir o acesso de câmeras de televisão, gravadores e máquinas fotográficas nas dependências do recinto em que os ora impetrantes seriam ouvidos, bem observou que

É freqüente assistirmos pela televisão à exibição, pela polícia, de pessoas detidas por envolvimento em fatos criminosos, ainda na fase de apuração de autoria, e que se vêem precocemente submetidas a verdadeiro julgamento público. Essas pessoas, meros suspeitos, podem não ser culpadas e conseguir a prova de sua inocência. Mas a divulgação de rostos pela imprensa, a sugerir que se tratam de criminosos, é fato irreparável, que lhes imprime uma 'marca indelével de desonestidade e até de periculosidade que dificilmente será desfeita. E deixam por certo um dano de difícil reparação" (ESTELA CRISTINA BONJARDIM, "O Acusado, Sua Imagem e a Mídia", SP, Max Limonad, 2002, p. 113-114). A restrição à exposição abusiva da imagem, enquanto possibilidade que não pode descartada a priori e contra a qual o único remédio é preventivo, em nada sacrifica o interesse público, figurado no livre trabalho de apuração da CPI e na publicidade dos atos processuais, que os impetrantes, aliás, não tencionam impedir, de modo que não faz agravo nenhum ao Poder Legislativo no exercício legítimo de suas funções. (...) Tal raciocínio agrava-se na hipótese em que a pessoa deva ser ouvida como testemunha, a qual não pode ser exposta a risco de dano indenizável, mas irreparável.

Essa decisão do Ministro César Peluso, merecedora de elogios em todo o seu teor, realizou, a nosso ver, o método interpretativo da ponderação de maneira irrepreensível e concluiu pelo bom direito do autor. No que concerne a ponderação, convém trazer à lume a lição de Ana Paula de Barcellos³³⁰, já examinada no capítulo 4, e confrontá-la com a decisão concessiva da liminar em Mandado de Segurança que estamos estudando.

A primeira fase da ponderação foi efetivada quando a decisão reconheceu a colisão e identificou as normas conflitantes: de um lado o direito a imagem e à honra do empresário Law Kin Chong (CF, art. 5º, X) e, do outro, o direito à liberdade de imprensa (CF, art. 5º, IX).

³³⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (organizador). **A nova interpretação Constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2003, p. 57-58

A segunda fase da ponderação também foi realizada, quando da análise do caso concreto e sua interação com os elementos normativos. Essa fase também é facilmente identificada na liminar do Ministro Relator. Com efeito, da análise da decisão, emergem que foram levados em conta os seguintes elementos:

a) a existência de uma intimação para o depoimento do empresário Law Kin Chong e sua mulher, perante a CPI da pirataria;

b) o fato de que eles seriam ouvidos como testemunha;

c) o fato de que os depoentes não se negaram a prestar depoimento – apenas exigiram o respeito ao direito fundamental à imagem;

d) o fato de que a não publicização do trabalho da CPI não causa nenhum agravo ao Poder Público, visto que o dever de depor será cumprido com o comparecimento das partes ao interrogatório;

e) o fato, sustentado no despacho pela citação de categorizada doutrina, de que os danos causados pela divulgação precipitada de rostos, feita pela imprensa, ligando-os a um fato criminoso ainda não conclusivamente apurado, resultam em conseqüências que podem até ser indenizáveis, mas são irreparáveis.

Com base no que foi colhido na segunda fase da aplicação da ponderação pelo julgador, também identificamos a terceira fase da ponderação na decisão, que consiste no exame do conjunto de normas já previamente identificadas e a repercussão dessas normas nos fatos.

Decidiu-se, com efeito, que a prevalência do direito à liberdade de imprensa, em detrimento ao direito à imagem, traria conseqüências irreparáveis para a parte autora que, repita-se, ainda era ouvida como testemunha.

De outro lado, o reconhecimento de que o direito fundamental à imagem deve ser protegido contra inserções lesivas de terceiros, tornaria efetivo um direito fundamental, sem prejuízo da ordem pública ou do cumprimento do dever pelo autor.

Analisadas as conseqüências, finalizou-se o exercício da ponderação pelo julgador. Em face às prováveis conseqüências normativas nos fatos,

preferiu o julgador, a nosso ver acertadamente, proteger o direito personalíssimo à imagem, tendo em vista as graves e irreparáveis conseqüências advindas da lesão a este direito.

Entretanto, o conteúdo deste Mandado de Segurança impetrado pelo empresário Law Kin Chong não se findou nesta decisão. De fato, como veremos, as circunstâncias levaram o julgamento da ação de segurança ao plenário do STF, que, por maioria, se posicionou de forma contrária ao entendimento do Relator³³¹. Porém, em razão da perda do objeto, o pedido foi julgado prejudicado, tendo em vista que antes da finalização do julgamento do Mandado de Segurança, chegou notícia ao STF, de que o empresário Law Kin Chong e sua esposa já estavam sendo ouvidos pela CPI. Para nós, apenas merece registro que a maioria dos ministros votou contra a concessão de referendo à liminar que já havia sido concedida pelo Ministro Cezar Peluso. Analisaremos o fundamento desse entendimento e sua adequação à interpretação ponderativa.

Com efeito, a mudança no rumo do processo se deu porque o presidente da CPI requereu, na manhã em que o empresário Law Kin Chong seria ouvido, a reconsideração da liminar concedida pelo Ministro Cezar Peluso – razão que o fez levar ao plenário a decisão liminar, que, após novo julgamento, seria reformada, caso não tivesse ocorrido a perda de objeto.

O debate que se estabeleceu em torno dessa decisão³³² foi muito rico, porém em razão do objeto deste estudo, nos deteremos em alguns aspectos que entendemos relevantes em derredor do pedido de reconsideração feito pelos Presidentes da Câmara de Deputados e Presidente da CPI, bem como aos motivos que levaram a maioria dos Ministros do STF a não referendar a

³³¹ Os ministros que acompanharam o voto do Ministro Cezar Peluso, relator do Mandado de Segurança, foram o Ministro Joaquim Barbosa e o Ministro Gilmar Mendes.

³³² Merece destaque a discussão que se travou em torno da própria necessidade e cabimento de se levar a liminar para discussão no pleno, levando-se em consideração que a decisão concessiva de liminar em mandado de segurança cabe exclusivamente ao relator do processo. Esse fato, inclusive causou indignação no ministro Marco Aurélio, pois ele defendeu enfaticamente que a liminar concedida pelo relator deveria ser mantida sem o julgamento pela corte. Entretanto, a repercussão e importância do caso, assim entendeu a maioria dos ministros, tornou relevante a apreciação pelo Plenário, para referendar ou não a concessão da liminar.

liminar concedida em favor do autor – mesmo levando-se em consideração que o pedido restou prejudicado pelo acontecimento do depoimento.

O pedido de reconsideração alegou, em resumo, o seguinte:

Primeiro que o caso não seria de colisão de direitos, mas de invasão de competência constitucional do Poder Legislativo, porque vulnerados o art. 93, IX da Constituição, o art. 792, *caput*, § 1º do Código de Processo Penal, e ao art. 48, c/c 51, III, e 78 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados... (Lê fls.)...censura prévia, sendo inexequível a decisão no capítulo que impede qualquer gravação de imagem ou voz em outro recinto da Câmara.

O Ministro Cezar Peluso entendeu não proceder nenhum desses argumentos em face do princípio da universalidade de jurisdição que “garante que nenhuma lesão a direito individual fica imune à apreciação judicial”.

Em outro trecho da decisão, o Ministro Peluso (relator) fechou com chave de ouro o tratamento da questão de invasão de competência legislativa, afirmando ironicamente, a fim de ressaltar o absurdo pretendido no pedido de reconsideração: “Não há, não vejo, não enxergo, nem com lupa, Sr. Presidente, invasão de competência legislativa. Trata-se, em tese, de violação a direitos individuais: direitos à honra objetiva e direitos à própria imagem.”³³³

De fato, o pedido de reconsideração exibiu-se, a nosso ver, absolutamente infundado e em descompasso com os objetivos e valores traçados pelo Estado Democrático de Direito consagrado na Constituição. O apego ao formalismo da tripartição de poderes é insustentável na atualidade, como averba Andreas Krell:

Torna-se evidente que o apego exagerado de grande parte dos juízes brasileiros à teoria da Separação dos Poderes é resultado de uma atitude conservadora da doutrina tradicional, que ainda não adaptou as suas ‘lições’ às condições diferenciadas do moderno Estado Social e

³³³ Merece registro o fato de que o Ministro Cezar Peluso manteve a posição já externada quando da concessão da liminar, porém enriqueceu ainda mais o conteúdo de sua decisão na discussão travada no Pleno do STF agregando outros fundamentos (como a proteção aos direitos irrenunciáveis da personalidade encontrada também no código civil, em seus art. 20 e 21). Finalizou seu brilhante voto afirmando: “É para isso que serve o Poder Judiciário: permitir a cada cidadão realizar, mediante resguardo dos seus direitos fundamentais, seu projeto histórico de convivência, sem o que ninguém pode manter uma vida digna e ninguém teria direito de dormir tranqüilo, como lembrou Couture.”

está devendo a necessária atualização e re-interpretação de velhos dogmas do constitucionalismo clássico.³³⁴

Assim sendo, esta idéia da total independência dos poderes, não procede de forma tão rígida, visto que “todos os três poderes exercem atribuições que, não obstante a distinção sugerida na argumentação tradicional, são sempre aspectos de uma única função estatal, que é o exercício da vontade soberana”.³³⁵

Desta forma, concluímos a análise desse frágil argumento apresentado pelos presidentes da Câmara de Deputados e da CPI: se há lesão ou ameaça de lesão, o Poder Judiciário deve agir. Sempre. Não existe questão *interna corporis* a excepcionar o controle jurisdicional.

Pois bem, passaremos agora à análise dos argumentos que selecionamos como principais que serviram de embasamento para que não fosse referendada a liminar concedida pelo Ministro Cezar Peluso.

Antes disso, entretanto, devemos lembrar que a discussão travada nesse Mandado de Segurança está inserida naquilo que a doutrina inglesa denomina de *hard cases*, os casos difíceis. Nestes casos, há, em geral, dois valores constitucionais igualmente importantes. E o exercício da ponderação pelo intérprete ajuda na busca pela melhor solução. Entretanto, como é da essência dos casos difíceis, cada intérprete está livre para estabelecer pesos diferentes a cada elemento fático e normativo da lide. Foi o que ocorreu no caso em exame, visto que nossa Corte constitucional se dividiu quanto ao sopesamento dos interesses em questão, tendo sido majoritário o entendimento contrário ao exposto pelo Ministro relator do Mandado de Segurança.

O ministro Carlos Britto, por exemplo, entendeu que a proteção constitucional à liberdade de comunicação é extremamente garantista, e que a

³³⁴ KRELL, Andreas J.. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha – Os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: SAFE, 2002, p. 91.

³³⁵ PASSOS, Lídia Helena Ferreira da Costa. “Discricionariedade Administrativa e Justiça ambiental: Novos desafios do Poder Judiciário nas ações Civis Públicas”. In: MILLARÉ, Edis (coord.). **Ação civil Pública, lei 7347/85 – 15 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 463.

inviolabilidade dos direitos de personalidade disposta no art 5º, X, não deve ser considerada *a priori*, tendo em vista que é próprio do exercício da democracia o exercício da informação.

Esses argumentos levaram o ministro Carlos de Britto a entender que “não existe direito líquido e certo do impetrante de ver sua imagem subtraída do televisamento direto”.

Os ministros que votaram também contra o Ministro Cezar Peluso, relator do Mandado de Segurança, defenderam, em linhas gerais os mesmos argumentos tratados pelo ministro Carlos Britto.

De outra parte, a Ministra Ellen Gracie, ao votar, reconheceu a colisão de importantíssimos direitos fundamentais quando averbou “que se pondera contraposição entre dois direitos de estatura constitucional, ambos válidos, ambos extremamente importantes no Estado democrático: um deles o direito à informação; o outro, o direito que o convocado pela CPI tem a inviolabilidade da sua própria imagem”.

Entretanto, o exercício de ponderação feito pela ministra considerou mais relevante, no sopesamento das questões da lide, o direito à informação em detrimento do direito à imagem. Isso porque, segundo a Ministra Ellen Gracie, a sessão é pública e por, em consonância com Carlos Britto, vivermos na era da mídia.

O ministro Carlos Velloso, inclusive, entendeu em seu voto, que negar o acesso à mídia é voltar à censura prévia, proibida constitucionalmente. Entendeu ainda o Relator, que se os jornais injuriarem ou difamarem o impetrante, ainda tem ele as ações indenizatórias e penais contra a imprensa.

Por fim, para não nos alongarmos mais do que necessário na análise deste Mandado de Segurança³³⁶, a nossa crítica à predominância do direito à

³³⁶ Neste ponto, justificamos a longa análise feita até agora acerca desta decisão, por duas razões: a primeira é o fato de que os votos deste Mandado de Segurança totalizam 70 laudas, o que, só pela extensão da decisão, já nos forçou a exercer o poder de síntese ao máximo, mas sem prejuízo do tratamento dos argumentos mais relevantes. A segunda razão é a própria densidade da questão tratada neste Mandado de Segurança, que requer uma análise mais minuciosa, por se tratar da colisão de dois direitos fundamentais de extrema relevância em uma relação privada.

informação, traduzido na liberdade de imprensa, em prejuízo ao direito personalíssimo à imagem, se fundamenta nas razões a seguir expostas.

A ponderação, exercida da maneira mais justa pelo intérprete, ou seja, a ponderação exercida em conformidade com a proporcionalidade, no sentido “proibição do excesso” desenvolvido pelo direito germânico (decisão adequada, exigível e proporcional), não pode aceitar a violação de um relevante direito fundamental, que se traduza irreparável para o detentor deste direito.

De outro lado, entendemos que em se preferindo proteger o direito à imagem do impetrante, o exercício da ponderação estaria em consonância com a proibição do excesso. Isso porque o direito à informação não estaria prejudicado, já que a mídia teria acesso ao depoimento e poderia até fazer anotações, vedando-se tão-somente o uso de instrumentos como filmadoras, máquinas fotográficas e gravadores, visto terem a possibilidade de violar o direito fundamental à imagem do autor da ação.

5. A garantia do devido processo legal e da ampla defesa e o caso da União Brasileira de Compositores – UBC

Finalizamos a nossa análise de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal com a produtiva discussão que se desenvolveu em torno do Recurso Extraordinário 201819/RJ. Essa decisão, precedida de denso debate em torno da colisão de direitos fundamentais – tal qual o ocorrido no Caso Law Kin Chong – carrega o aspecto positivo de que, na sua análise, o STF finalmente declarou de forma expressa que o tema da contenda era o da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Mais do que isso, além de alguns Ministros, a exemplo de Gilmar Mendes, terem se aprofundado no detalhamento da doutrina que se desenvolve há mais de 50 anos na Europa, o STF decidiu, no mérito, que os direitos fundamentais vinculam também os particulares.

A nosso ver, uma inegável contribuição para o estudo da matéria.

Conforme já demonstrado ao longo deste capítulo, em diversas oportunidades o STF também aplicou diretamente direitos fundamentais em face de relações jurídicas privadas. Ocorre que, e aqui reside a novidade desta decisão, a aplicação se dava, até então, de forma intuitiva, automática, sem o aprofundamento da discussão em torno da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais entre os particulares. O julgamento deste caso mudou esse paradigma do Supremo Tribunal Federal, e a nosso ver, abriu um fértil caminho para o aprimoramento da aplicação dos direitos fundamentais no Brasil.

O caso envolvendo a União Brasileira de Compositores (UBC) pode ser assim descrito: o Sr. Arthur Rodrigues Villarinho, membro da UBC, foi considerado por esta entidade, como autor de uma infração prevista em seu estatuto. Após reunir uma comissão para apurar o caso, a UBC concluiu pela sua exclusão da sociedade. Ocorre que, o afastamento se deu de forma automática e sequer o associado foi ouvido no processo interno. Um detalhe que deve ser mencionado é que, aquele que não for associado à UBC, fica impossibilitado de perceber direitos autorais relativos a execução de suas obras.

Em face disso, o Sr. Arthur Rodrigues Villarinho propôs ação judicial pretendendo a anulação de sua expulsão, alegando, para tanto, que a UBC descon siderou princípios constitucionais importantíssimos, tais os de garantia processual, do contraditório, do devido processo legal e da ampla defesa.

Em sua defesa, a UBC argumentou que a exclusão foi baseada no regulamento interno da associação, que previa tal forma de procedimento. Sustentou, ainda que pelo fato de possuir personalidade jurídica de pessoa privada, não estaria vincula às garantias constitucionais que são dirigidas a órgãos do Poder Público.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro decidiu em favor do associado, por entender que houve infringência ao art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal. A UBC interpôs então Recurso Extraordinário pleiteando a reforma da decisão do TJ do Rio de Janeiro.

Após um breve “iter” percorrido pelo processo até sua chegada ao STF, vamos então abordar o ponto interessa ao nosso trabalho, que é o

posicionamento de nossa Corte Constitucional diante do evidente conflito de direitos fundamentais em uma relação jurídica privada – de um lado um particular e, de outro, uma sociedade detentora de personalidade jurídica de direito privado.

A Ministra Ellen Gracie foi relatora do processo³³⁷ e, em seu voto, aludiu que a UBC, tendo aplicado regra de seu estatuto interno,³³⁸ não ofendeu o princípio da ampla defesa, conforme de afere do trecho abaixo transcrito:

Entendo que as associações privadas têm liberdade para se organizar e estabelecer normas de funcionamento e de relacionamento entre sócios, desde que respeitem a legislação em vigor. Cada indivíduo, ao ingressar numa sociedade, conhece suas regras e seus objetivos, aderindo a eles.

A controvérsia envolvendo a exclusão de um sócio de entidade privada resolve-se a partir das regras do estatuto social e da legislação civil em vigor. Não tem, portanto, o aporte constitucional atribuído pela instância de origem, sendo totalmente descabida a invocação do disposto no art. 5º, LV da Constituição para agasalhar a pretensão do recorrido de reingressar nos quadros da UBC.

A liberdade de associação, uma das vertentes da autonomia privada, alcançou, para a Ministra, status de intangibilidade pelas normas constitucionais. Isso porque a Ministra Ellen Gracie sequer admitiu que o caso em exame se tratava de uma colisão de direitos fundamentais. A nosso ver melhor teria sido adotar posição inversa, pois ao menos teria exercido a ponderação e, depois de atribuir pesos aos elementos fáticos e normativos da lide, teria escolhido aquele que deveria prevalecer diante do caso concreto. Mas não. O que se observa no voto, é a conclusão de que o direito fundamental à ampla defesa não se aplica à entidade privada. Podemos concluir que o voto da Ministra relatora se filiou, neste caso concreto, à teoria da inaplicabilidade dos direitos fundamentais às pessoas privadas.

³³⁷ Cabe, neste ponto, abrir um parênteses para esclarecer, a exemplo do que fez a Ministra Ellen Gracie, que os motivos para a exclusão do associado são irrelevantes para o julgamento do RE – o que interessa para o STF é a questão central de se questionar se a observância de um direito fundamental, como o devido processo legal, vincula também uma entidade com personalidade jurídica de direito privado.

³³⁸ O estatuto da UBC em seu art. 16 determina que: “a diretoria nomeará comissão de inquérito composta de três sócios, a fim de apurar indícios, atos ou fatos que tornem necessária a aplicação de penalidades aos sócios que contrariem os deveres prescritos no Capítulo IV destes estatutos.”

Mas este não foi o entendimento da maioria dos Ministros que integravam a Segunda Turma, encarregada do julgamento deste Recurso Extraordinário.

O Ministro Gilmar Mendes, após pedir vistas dos autos, proferiu voto analítico no qual averbou que se tratava de um caso que, “necessariamente deve ser apreciado sob a perspectiva de uma jurisdição de perfil constitucional”, aprofundando-se sobremaneira no tema da colisão dos direitos fundamentais nas relações privadas. O Ministro mencionou farta doutrina nacional e estrangeira que trata da matéria e teceu relevantes considerações necessárias à solução de casos como este.

Entretanto, tratou de ressaltar que sua preocupação não era discutir qual a forma que a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas tem se dado na jurisprudência dessa Corte Constitucional – a exemplo do que ocorre na Alemanha, por exemplo, desde o julgamento do famoso Caso Lüth.

Um dos pontos relevantes, mencionado no voto divergente, é que a exclusão do associado o onerava consideravelmente, porque ele ficaria impedido de receber direitos autorais.

De fato, a UBC integra a estrutura do ECAD, órgão que, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI (ADI 2.054-DF), foi considerado pelo STF como prestador de serviço público por delegação legislativa. Nessa ADI Foi considerada legítima decisão legislativa que fixou normas de organização e procedimento, viabilizando a cobrança de direitos autorais por uma entidade central. Então, tanto a UBC quanto o ECAD, apesar de entidades privadas, cumprem um inegável papel público. Conforme enuncia o Ministro Gilmar Mendes, “trata-se de entidade que se caracteriza por integrar aquilo que poderíamos denominar como espaço público ainda que não estatal”.

É em face desses fatos que o Ministro, em uma das últimas considerações em seu voto, conclui que

Logo, as penalidades impostas pela recorrente ao recorrido, extrapolam, em muito, a liberdade do direito de associação e, sobretudo, o de defesa. Conclusivamente, é imperiosa a observância das garantias constitucional do devido processo legal e da ampla defesa (art. 45º, LIV e LV, da CF)

Com efeito, a exclusão de um membro de uma associação privada, do porte da UBC, não se traduz apenas em uma restrição ao direito de se associar. Vai além disso. Atinge o próprio exercício profissional, já que o não associado não recebe os direitos autorais que são repassados à associação.

Gilmar Mendes, em seu voto densamente fundamentado, conclui que o caráter público da UBC legitima a aplicação direta dos direitos fundamentais a essa entidade. Deixou claro que as particularidades do caso o levaram a essa conclusão. Com essa ressalva, feita já nos dois últimos parágrafos do voto, verifica-se que ele acolheu a teoria da aplicação direta dos direitos fundamentais quando configurado um poder privado³³⁹.

Percebe-se que o fator relevante para a definição do voto foi o caráter público do serviço prestado pela UBC – o que a vinculava diretamente aos direitos fundamentais.

Entretanto, embora concordemos que essa vertente é também verdadeira, a consideramos insuficiente. Isso porque, conforme já foi demonstrado neste estudo, a lesão a um direito fundamental pode advir de dois particulares que assumem igual posição na relação jurídica, como é o caso de um particular que, exercendo sua liberdade de expressão, atinja a honra de outro particular.

O Ministro Joaquim Barbosa, ao proferir seu voto, averbou que o entendimento de que a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas é possível e decorre, além do rompimento das barreiras que separavam o público do privado, da constitucionalização do direito privado:

Da minha parte, a exemplo do Ministro Gilmar Mendes, penso, ao contrário, que os direitos fundamentais têm, sim, aplicabilidade no âmbito das relações privadas. Tomo a cautela de dizer que não estou aqui a esposar o entendimento de que essa aplicabilidade deva verificar-se em

³³⁹ O exercício de uma atividade que tenha relevante interesse público, ou mesmo o poder de uma empresa ou se um empregador, os qualificam como poderes privados. Estes poderes, como vimos, começaram a questionar se os particulares poderiam também ocupar o pólo passivo dos direitos fundamentais. Conforme vimos no capítulo III, que trata das teorias que discutem o tema, há uma teoria, que recebe apoio de nomes como Vieira de Andrade e Bilbao Ubillos, que entende que a aplicação direta só pode ocorrer quando estiver configurada a existência de um poder privado.

todas as situações. No campo das relações privadas, a incidência das normas de direitos fundamentais há de ser aferida caso a caso, com parcimônia, a fim de que não se comprima em demasia a esfera de autonomia privada do indivíduo.

Fez bem, inclusive em ressaltar que o seu entendimento não é de uma aplicação irrestrita dos direitos fundamentais na esfera privada, porque isso implicaria em uma grande restrição à autonomia de cada indivíduo. De fato, a aplicação deve ser aferida em cada caso, observando o julgador às circunstâncias concretas que, conforme vimos no estudo da ponderação feito no capítulo anterior, podem ter um grande peso para decidir a lide.

O Ministro Carlos Velloso, entretanto, seguiu o entendimento da Ministra Relatora, Ellen Gracie, e concluiu que neste caso a situação se circunscreve apenas ao estatuto da UBC, que foi aplicado de forma correta.

A decisão da lide ficou, portanto, a cargo do Ministro Celso de Mello, já que a controvertida questão dividiu a Segunda Turma – a Ministra relatora, Ellen Gracie e o Ministro Carlos Velloso entenderam que o caso não tinha qualquer ligação com a Constituição Federal, adstringindo-se ao estatuto da UBC, que foi aplicado corretamente. De outro lado, os Ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa, vislumbraram uma colisão de direitos fundamentais e aceitaram que estes se aplicam à UBC, pessoa privada, em face da atividade de caráter público realizada pela mesma.

No decisivo voto do Ministro Celso de Mello, logo em suas primeiras considerações, fica evidente que o caso envolvendo a UBC se tratava de um tema "impregnado do mais alto relevo constitucional": a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas. Realizou também, tal qual os Ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa, um estudo do histórico da doutrina dos direitos fundamentais e de sua vinculação aos particulares.

Ao final, definiu o Ministro Celso de Mello, como correta a decisão do TJ do Rio de Janeiro, lembrando, inclusive, que essa controvérsia da eficácia horizontal dos direitos fundamentais tem se refletido na jurisprudência do STF.

Fundamentado nestes, e em outros tantos argumentos doutrinários mencionados, que não cabe aqui reproduzir, dado o objeto do estudo, o Ministro Celso de Mello proclamou de forma irretocável:

É por essa razão que a autonomia privada – que encontra claras limitações de ordem jurídica – não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia normativa também se impõe, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

Concluiu ele que os direitos fundamentais do contraditório e da ampla defesa constituem prerrogativas indisponíveis, visto que se trata de “cláusula mandatória”. Este argumento remete ao que já foi dito aqui a respeito da força normativa da Constituição e do princípio da aplicabilidade dos direitos fundamentais previsto no art. 5º, IV, CF, no capítulo II.

Deve ser observado que, embora o Ministro detentor do voto de Minerva tenha mencionado o argumento trazido por Gilmar Mendes, de que as associações têm uma liberdade “vigiada”, pelo caráter público desses organismos, não nos pareceu que ele aceitasse a aplicação dos direitos fundamentais apenas se fizer parte da relação privada um poder privado.

A sua aceitação, à tese de que os direitos fundamentais vinculam também particulares, nos pareceu irrestrita. Dito de outra forma, o Ministro Celso de Mello, assim como os Ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa, entendeu que os direitos fundamentais vinculam também particulares nas relações que mantêm entre si. Um avanço, tanto pelo fato de que se tocou e aprofundou o tema da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares, quanto pelo fato de que a Segunda Turma, ainda que por maioria, se filiou a uma eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. O que mereceu relevo no voto do Ministro Celso de Mello é o fato de que ele aceitou que os direitos fundamentais vinculam qualquer particular, em virtude da força normativa da Constituição e da aplicabilidade imediata desses direitos.

CONCLUSÃO

Nesta conclusão, evitaremos utilizar tópicos numerados, porque não queremos meramente repetir as conclusões parciais que já foram tratadas ao longo do trabalho. De outro lado, porque queremos aproveitar essa oportunidade para fazer algumas reflexões em torno do problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas.

Com efeito, o tema proposto neste trabalho merece um atento olhar dos intérpretes da Constituição, e aqui me refiro não só aos juízes ou legisladores, mas a todos nós que vivemos sob a égide da Constituição, em consonância com a melhor doutrina de Peter Häberle, ao afirmar que “todo aquele que vive num contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma”.³⁴⁰

Desta forma, como intérpretes que somos, não nos cabe a cega aceitação dos direitos fundamentais de forma absoluta e, muito menos, a sua automática desconsideração, em benefício da sacralidade da autonomia privada. Não vejo também razão para o apego irrestrito a uma doutrina ou teoria. A devoção às vezes ilude. A história tem nos dado provas disso.

É por essa e tantas outras razões que entendemos que os intérpretes devem sempre se aprofundar no objeto de estudo. No que se refere ao nosso tema, o conhecimento da estrutura, do histórico e dos institutos dos direitos fundamentais é indispensável para que se possam interpretar eventuais colisões da melhor forma. Nas sempre bem traçadas palavras do Professor Luís Roberto Barroso, atentando-se para a necessidade do conhecimento do instrumental teórico, princípios, conceitos e mecanismos de atuação do Direito, aduz o mestre que “a ignorância não é boa conselheira e induz, antes ao preconceito que à participação transformadora”.³⁴¹

³⁴⁰ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 15.

³⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional. Tomo I**. 2ª ed. Rio de Janeiro-São Paulo- Recife: Renovar, 2006, p. 607.

No caso específico do Poder Judiciário, essa necessidade é ainda mais latente, visto que a interpretação dali advinda julga não somente “casos concretos”, mas vidas. E uma decisão equivocada, arrogante, preconceituosa ou infundada pode trazer prejuízos irreparáveis àqueles que foram lesados, que não tiverem seu direito fundamental devidamente protegido – de acordo com a função inerente ao Poder Judiciário.

Neste trabalho, tentamos demonstrar que a adoção da teoria da eficácia imediata é a que mais se coaduna com todos os propósitos e fundamentos que circundam os direitos fundamentais. O caráter universal destes direitos requer uma proteção irrestrita, que abarque qualquer lesão, seja esta de origem pública ou privada.

O panorama para a aceitação de uma aplicação direta dos direitos fundamentais intensifica-se no quadro do nosso país, que é notoriamente um contumaz autor de lesões a direitos e garantias fundamentais – seja por ações ou omissões. Essa afirmação não se trata de um discurso político infundado. Infelizmente encontramos comprovação deste triste retrato social em manchetes de jornais denunciando desvios de verba de merenda escolar, em inquéritos na polícia federal apurando a corrupção cometida por políticos, no trabalho escravo perpetuado em fazendas e, cenário mais próximo, em um simples passeio, quando nos deparamos com as crianças drogadas ou famintas nos sinais de trânsito.

Desta forma, em um país que ainda não conseguiu concretizar direitos fundamentais básicos de seus cidadãos, a luta pela efetividade e proteção integral de todos os direitos fundamentais, em quaisquer situações de agressão, deve ser ainda mais intensa.

De outro lado, é a meta de todos os países consolidar o compromisso expresso na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, da qual foram signatários. Não podemos aceitar que os princípios básicos ali traçados para as nações civilizadas, sejam desconsiderados. Neste ponto, concordamos com a precisa análise do jusfilósofo espanhol Perez Luño, quando ele afirma que esta Declaração, marco da tentativa de efetividade dos direitos fundamentais, provoca sentimentos distintos:

De um lado, conforta comprobar la creciente instalación del espíritu que informo ese texto em la conciencia cívica de los hombres y de los pueblos. Pero, esse logro se ve contrapuntado por um hecho insoslayable: la marginación de grandes sectores de la humanidad del goce pleno de los derechos y libertades allí proclamados. La Declaración sigue siendo, por tanto uma bella promesa incumplida para importantes sectores de la humanidad todavía no emancipados de la dominación, el temor, el hambre o la ignorancia.³⁴²

Com efeito, essa dolorosa análise dos direitos fundamentais como uma promessa descumprida para parte da humanidade, não deve nos suscitar indignação sucedida de letargia. Os direitos fundamentais devem cumprir o caráter universal que lhes é inerente. E ações ativas de todos os aplicadores do direito podem propiciar a concretização deste propósito. Aceitar-se a aplicação imediata dos direitos fundamentais quando a lesão se configurar no âmbito privado, é ação que em grande medida busca concretizar a plena eficácia dos direitos fundamentais.

A vantagem que do uso da teoria da eficácia imediata para dirimir as colisões de direitos fundamentais, é que esta teoria não usa vias oblíquas para aplicar os direitos fundamentais nas relações privadas. É simples e direta. Apega-se tão somente à lógica constitucional que foi desenvolvida ao longo dos séculos. Assim, se a Constituição é hoje uma ordem normativa que rege o Estado e a sociedade, se ela ocupa o ápice do ordenamento jurídico, condicionando todas as normas ordinárias, com o perdão do truísmo, inclusive o direito privado, se seus princípios são normas propensas a incidir, não há razão para questionar a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Entretanto, apesar de crermos ser a teoria da eficácia imediata a que melhor se coaduna com o Estado Democrático de Direito, não podemos negar que, muitas vezes, a utilização de outra teoria chega ao mesmo resultado prático. Um exemplo claro é a bem fundamentada teoria dos deveres de proteção, que imediatamente nos reporta ao mestre Canaris. Essa teoria, afora as ressalvas já realizadas quando do seu estudo, é uma brilhante tentativa de proteção integral dos direitos fundamentais.

³⁴² PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional**. Colômbia: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 21-22

Com efeito, o Estado tem que proteger os cidadãos nas relações que mantêm entre si³⁴³. Assim, se o excesso for cometido por particulares nas relações que travam, o Estado deve controlar esse excesso, a fim de garantir que os direitos fundamentais possam cumprir suas naturais funções de proibição de intervenção e imperativos de tutela.³⁴⁴ Nada mais lógico, correto e desejável. Independente da teoria que o intérprete escolha adotar.

Talvez o que falte para os intérpretes da Constituição ainda reticentes quando à possibilidade de uma aplicação imediata dos direitos fundamentais, seja, conforme lição de Paulo Lôbo, “uma certa dose de humildade epistemológica” para aceitar que o direito civil, sempre responsável “por fornecer as categorias, os conceitos e classificações que serviram para a consolidação dos vários ramos do direito público, inclusive o constitucional, em virtude de sua mais antiga evolução”, submeta-se agora “aos valores, princípios e normas consagradas na Constituição”.³⁴⁵

Talvez a razão de tanta resistência para aceitar que passamos por um processo de constitucionalização do direito vá um pouco além da mencionada falta de humildade. Talvez seja medo. Sim, medo de que o direito privado seja tragado pela esfera pública. Que a autonomia privada fique de tal forma encapsulada, que impossibilite ao cidadão fazer mínimas escolhas arbitrárias, como escolher a qual dos amigos dará um presente, ou, uma suposição mais factível, poder um pai escolher dar a parte disponível da herança a um filho mais terno. Medo de que institutos do direito privado sejam revisados sob a ótica constitucional³⁴⁶.

Esses são alguns dos entraves que deduzimos como possíveis para encontrarmos posições tão conservadoras em nossa doutrina e jurisprudência.

Mas, infelizmente, não são os únicos.

³⁴³ CANARIS, Claus-Wilhelm . A influência dos Direitos Fundamentais sobre o Direito Privado na Alemanha. In: SARLET. Ingo Wolfgang (org) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006. p.240.

³⁴⁴ CANARIS. Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 2006, p 33-34

³⁴⁵ LÔBO, Paulo Luiz Neto. Constitucionalização do direito civil. In: **Revista de Informação Legislativa, Nº 141**. Brasília: Senado Federal. Jan/mar 1999. p.100

³⁴⁶ BILBAO UBILLOS, Juan María. Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p 318

Na verdade, esse estudo nos permitiu observar que há um problema bem maior do que a mera aceitação da força normativa da Constituição ou do processo de constitucionalização pelo qual vem passando o ordenamento jurídico. Com efeito, a aceitação de eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas dá margem à alegação da usurpação de poderes que seria realizada pelo Poder Judiciário e envolve o antigo problema da tripartição de poderes.

Pudemos ver a clara manifestação desse problema quando, no estudo do controvertido “caso Law Kin Chong”, chegou à mesa do STF um pedido de reconsideração da liminar concedida por esta Corte em benefício da proteção ao direito de imagem do empresário – benefício esse que limitaria a divulgação, por toda a imprensa (inclusive a TV Senado), de imagens ou fotografias e gravações do depoimento.

Para o que nos interessa, devemos lembrar que o requerimento formulado pelo Presidente da Câmara de Deputados e pelo Presidente da CPI alegou que o caso não era de colisão de direitos, mas de invasão de competência constitucional do Poder Legislativo. Ora, o STF nada mais fez do que julgar a lide, envolvendo colisão de direitos fundamentais, que lhe foi proposta. A eventual intervenção em esfera de outro poder faz parte do ônus de ser o Poder responsável por resolver as lides de forma absoluta, em virtude do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, conforme já foi tratado quando da análise dessa decisão.

Este é, certamente, um argumento frágil que, como vimos, foi rebatido vigorosamente por todos os Ministros do Supremo. Mas sua fraqueza revela o temor de se ter um Poder Judiciário ativo que coíba irregularidades, extirpe ilegalidades e supra omissões.

De outro lado há, ainda, nessa sobrecarga dada ao Poder Judiciário, o receio traduzido no uso (ou mal uso) da ponderação pelo Juiz. Vimos que a ponderação é o método mais adequado para a solução de lides envolvendo colisão de direitos fundamentais. O que envolve este método hermenêutico são os muitos problemas para se controlar a correção da decisão.

Na verdade, esta é uma questão que tem que ser enfrentada, visto que o juiz não pode se abster de julgar um *hard case*. Justamente visando a tornar a ponderação mais objetiva é que a doutrina construiu alternativas como o estabelecimento de pesos ou precedências, a exemplo do que fez Alexy³⁴⁷, ou a criação de algumas regras para serem seguidas, como sugere Ana Paula de Barcellos³⁴⁸, a fim de guiar os intérpretes.

Com efeito, a utilização de critérios objetivos, como os didaticamente selecionados pela professora Ana Paula de Barcellos³⁴⁹, torna a ponderação mais controlável. Assim, quando o intérprete analisa previamente as normas em conflito e, em um segundo momento, verifica a interação das normas com o caso concreto, para, já em fase de decisão, verificar a repercussão das normas nos fatos – momento esse em que o intérprete irá definir a intensidade em que as normas serão aplicadas, sempre tendo em mente a repercussão destas sobre os fatos – a ação arbitrária do julgador se torna mais controlável.

Desta forma, a realização de uma ponderação racional e harmônica com todo o sentido refletido pelo ordenamento jurídico, é critério que reduz significativamente o risco de decisões desarrazoadas e/ou desproporcionais. Neste ponto, certamente as alternativas doutrinárias que buscam objetivar esta atividade hermenêutica, ajudam muito o intérprete.

É certo que, muitas vezes, a decisão está além destas regras objetivas. Há situações extremamente delicadas para o julgador, em que a solução de casos difíceis vai depender do exercício da ponderação da forma mais cuidadosa possível. Essas situações envolvem, em regra, dois princípios constitucionais de igual relevância (a exemplo do que ocorreu no “caso Law Kin Chon”), o que requer do julgador uma ampla visão que lhe permita analisar

³⁴⁷ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Trad. de Ernesto Gazón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 94-95

³⁴⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (organizador). **A nova interpretação Constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2003, p. 57-58

³⁴⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (organizador). **A nova interpretação Constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2003, p. 57-58

quais as conseqüências normativas mais razoáveis para as vidas que lhe foram dadas naquela lide.

Entendemos, entretanto, que a possibilidade de eventual erro do julgador não é motivo bastante para se afastar uma aplicação imediata dos direitos fundamentais. Se assim fosse, a simples não aplicação em todos os casos de conflito, configuraria equívoco ainda maior, pois teríamos particulares lesados e desprotegidos em todas as situações, visto que os direitos fundamentais não se aplicariam às relações privadas.

O fantasma do ativismo judiciário ronda as portas dos conservadores intérpretes.

Mas queremos ir um pouco além dessa visão reducionista porque cremos em um Poder Judiciário ativo, mas justo. E é isso que tem se delineado, pouco a pouco, na construção jurisprudencial da nossa Corte Constitucional. De fato, com a decisão, analisada pelo STF, da União Brasileira dos Compositores, podemos afirmar que o horizonte que se abre aos direitos fundamentais é claro e cheio de esperança. Aqueles direitos que ganharam discreta força pós Segunda Guerra Mundial finalmente estão conseguindo, em nosso país, alcançar o status de normas que protegem também particulares em face de outros particulares.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Trad. de Ernesto Gazón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

_____. Direitos Fundamentais, ponderação e racionalidade. **Revista de direito privado nº24**. São Paulo:RT, Out/dez 2005.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2006.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2006

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Coimbra: Almedina, 1994.

BARBOSA, Rui. **Escritos e discursos seletos**. Rio de Janeiro: Editora Nova Aguilar, 1997.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro- São Paulo-Recife: Renovar, 2005.

_____. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (organizador). **A nova interpretação Constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2003.

BARROSO. Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Temas de Direito Constitucional. Tomo I**. 2ª ed. Rio de Janeiro-São Paulo- Recife: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. 2ª edição, Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BILBAO UBILLOS. Juan María. Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?. In: SARLET. Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos fundamentais e direito privado**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: **Revista Jurídica, a. 51, nº312**. Porto Alegre: Notadez, out.2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional – Teoria do Estado e da Constituição, Direito constitucional positivo**. 13ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

COURTIS, Christian. La eficacia de los derechos humanos el las relaciones entre particulares. In: MONTEIRO, Antônio Pinto; NEUNER, Jörg e SARLET, Ingo (organizadores). **Direitos Fundamentais e Direito privado – uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007.

COUTINHO, Aldacy Rachid. A autonomia privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores. In: **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodium. 2008.

CRUZ, Luis M. **La Constitución como Orden de Valores. Problemas jurídicos y políticos: Um estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo**. Granada, 2005.

ESTRADA, Alexei Julio. Los Tribunales Constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. In: CARBONELL, Miguel (ed.). **Teoría del neoconstitucionalismo – Ensayos escogidos**. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

FACCHINI NETTO, Eugênio. Reflexões Históricas Evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional “versus” a única resposta correta. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org). **Interpretação Constitucional**. Malheiros: São Paulo, 2005.

HERRESTHAL, Carsten. A Eficácia jurídico-privada das liberdades fundamentais no direito comunitário. In: MONTEIRO, Antônio Pinto; NEUNER, Jörg e SARLET, Ingo (organizadores). **Direitos Fundamentais e Direito privado – uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007.

HESSE, Konrad. **Derecho constitucional y derecho privado**. Trad. de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid, Civitas, 1995

_____. **A força normativa da Constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1997.

KRELL, Andreas J.. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha – Os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: SAFE, 2002.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Constitucionalização do direito civil. In: **Revista de Informação Legislativa, Nº 141**. Brasília: Senado Federal. Jan/mar 1999.

_____. **O contrato – exigências e concepções atuais.** São Paulo: Saraiva, 1986.

MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.** Coimbra: Almedina, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: Plano da eficácia - 1ª parte.** 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Teoria do fato Jurídico: Plano da existência.** 13ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967,** Tomo I. São Paulo: RT, 1970.

_____. **Tratado de Direito Privado.** São Paulo: Bookseller. Vol I, 1970.

MONTESQUIEU. O Espírito das leis. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública.** São Paulo: Malheiros, 2002.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Obtenção dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MOREIRA, Vital. O futuro da constituição. In: Grau, Eros Roberto e Guerra Filho, Willis Santiago (org.). **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides.** São Paulo: Malheiros, 2001.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais – Trunfos contra a maioria.** Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

PASSOS, Lídia Helena Ferreira da Costa. Discricionariedade Administrativa e Justiça ambiental: Novos desafios do Poder Judiciário nas ações Cíveis Públicas. In: MILLARÉ, Edis (coord.). **Ação civil Pública, lei 7347/85 – 15 anos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos fundamentais.** Rio de Janeiro- São Paulo- Recife: Renovar, 2006.

_____. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: **A nova interpretação Constitucional . Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2003.

PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los derechos fundamentales.** 9ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2007.

_____. **La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional.** Colômbia: Universidad Externado de Colombia, 2002.

PINTO, Paulo Mota. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado português. In: MONTEIRO, Antônio Pinto; NEUNER, Jörg e SARLET, Ingo (organizadores). **Direitos Fundamentais e Direito privado – uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007.

_____. Autonomia Privada e discriminação: Algumas notas. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

PRATA, Ana. **A tutela Constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995,

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 13ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: O caso brasileiro. In: MONTEIRO, Antônio Pinto; NEUNER, Jörg e SARLET, Ingo (organizadores). **Direitos Fundamentais e Direito privado – uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007.

_____. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: **Constituição concretizada: Construindo Pontes entre o Público e o Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2006.

_____. **Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda**. In: Livres e iguais. Estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

SARMENTO, George. **Pontes de Miranda e a Teoria dos Direitos Fundamentais**. In: Revista do Mestrado em Direito da UFAL. Nossa Livraria: Recife, 2005.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Trad.: Beatriz Henning, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho e outros. Uruguai: Fundación Konrad-Adenauer, Oficina Uruguay, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Vasco Manoel Pascoal Dias Pereira. **Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias**. In: Revista de Direito Público nº82, abr/jun 1987, ano XX.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito – os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SINGER, Reinhard. Direitos Fundamentais no direito do trabalho. In: MONTEIRO, Antônio Pinto; NEUNER, Jörg e SARLET, Ingo (orgs.). **Direitos**

Fundamentais e Direito privado – uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Almedina, 2007.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais: Uma Reconstrução Teórica à Luz do Princípio Democrático.* In: BARROSO, Luís Roberto (org). **A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** Rio de Janeiro- São Paulo: Renovar, 2003.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. *Normas Constitucionais e relações de Direito Civil na Experiência brasileira.* In: **boletim da Faculdade de Direito. Studia Jurídica nº 48, Colloquia 6.** Coimbra: Coimbra Editora, Universidade de Coimbra, 2000.

Decisões judiciais³⁵⁰:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 161.243-6. Recorrente: Joseph Malfin. Recorrida: Compagnie Nationale Air France. Relator: Ministro Carlos Veloso. Brasília, DF, 29 de outubro de 1996, D.J. 19 de dezembro de 1997.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 220.459-2. agravantes: Adriana Picanço Dutra e outras. Agravadas: De Millus S/A Indústria e Comércio e outra. Relator: Ministro Moreira Alves. Rio de Janeiro, 28 de setembro de 1998, D.J. 29 de outubro de 1999.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 71.373-4. Impetrante: José Antônio Gomes Pinheiro Machado. Coator: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Marco Aurélio. Rio Grande do sul, 10 de novembro de 1994, D. J. 22 de novembro de 1996.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 201.819. Recorrente: União Brasileira de Compositores – UBC. Recorrido: Arthur Rodrigues Villarinho. Relatora: Min. Ellen Gracie. Brasília, DF, 21 de maio de 1996, D. J. 11 de outubro de 2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 24706 MC / DF - Distrito Federal. Impte.(s): Law Kin Chong e Outro(a/s). Impdo.(A/S): Presidente Da Comissão Parlamentar De Inquérito Da Câmara Dos Deputados - CPI da Pirataria. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 10/11/2003, D.J. 14/11/2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 215984/RJ. Recorrente: Cássia Kis. Recorrida: Ediouro S/A. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF, 04/06/2002, D. J. 28/06/2002.

³⁵⁰ A consulta aos relatórios e votos foi feita através da página do Supremo Tribunal Federal, na rede mundial de computadores.