# A EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS: CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA UMA INCIDÊNCIA IMEDIATA

**Simielle Barros dos Santos,** Analista do Ministério Público do Estado de Sergipe, graduada em Direito pela Universidade Federal de Sergipe.

**RESUMO:** Desde meados do século XX, o tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas tem sido objeto de diversos estudos no direito estrangeiro, notadamente no direito alemão e no norte-americano. Nada obstante, no Brasil, a matéria é relativamente nova e poucos foram os trabalhos que enfrentaram o tema com a devida profundidade. Em apertada síntese, questiona-se se os particulares, ao lado do Estado, também estão obrigados a respeitar os direitos fundamentais. No direito norte-americano, por exemplo, sob a doutrina da *State Action*, defende-se que estes direitos vinculam exclusivamente o Estado e, portanto, os indivíduos não estão subordinados a eles. De forma diversa, prevalece na Alemanha a tese de que tais direitos incidem no âmbito privado através de uma mediação do legislador ordinário, a quem cabe decidir sobre a forma como e a intensidade com que eles deverão penetrar na esfera privada. No caso brasileiro, uma eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais no âmbito das relações particulares se afigura mais adequada.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos Fundamentais; relações particulares; eficácia direta.

**ABSTRACT:** Since the mid-twentieth century, the issue of the fundamental rights effectiveness in private relations has been object of many studies in Foreign Law, notably in Germany and in the U.S.A. However, in Brazil, the subject is relatively new and few were the works that faced the topic with proper depth. In sumary, the crux of the matter is whether the individuals, alongside the State, are also obliged to respect fundamental rights. In U.S.A., for example, under the State Action Doctrine, the studious defend that these rights only tie the State

and, therefore, the individuals are not subordinate to them. Differently, in Germany, predominates the thesis that the fundamental rights penetrate in the private ambit through a mediation of the ordinary legislator, to whom fits to decide about the form as and the intensity with these rights must be applied in the private field. In brazilian case, a direct effectiveness of fundamental rights in particular relations seems to be more adequate.

**KEYWORDS:** Fundamental Rights; particular relations; direct effectiveness.

## 1. INTRODUÇÃO

Os textos constitucionais contemporâneos – à exceção das Constituições de Portugal (1976), da Rússia (1993) e da Suíça (1998) – não se referem expressamente aos particulares como destinatários1 dos direitos fundamentais. Em regra, as Constituições contemporâneas, a exemplo da Constituição Brasileira de 1988, são omissas no que tange à possibilidade de vinculação dos particulares aos citados direitos.

Essa omissão do constituinte deu azo ao debate acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Mesmo em ordenamentos jurídicos como o de Portugal, em que há norma constitucional expressa impondo a vinculação de pessoas físicas e entidades privadas aos referidos direitos2, a controvérsia sobre a forma como se dá a referida vinculação perdura.

Na verdade, o objeto da discussão não mais consiste em saber se os direitos fundamentais devem ser aplicados às relações jurídicas privadas. Esse ponto é praticamente pacífico na doutrina e jurisprudência brasileira e alienígena. Admite-se, ressalvados pontuais entendimentos divergentes – notadamente o adotado pelo direito norte-americano, que os direitos fundamentais incidem no âmbito das relações privadas. Nada obstante, há uma celeuma quanto ao modo como e à intensidade com que os mencionados direitos emergem na esfera privada.

O presente artigo tem por objetivo a análise das principais teorias que tratam do tema da (in)oponibilidade dos direitos fundamentais aos particulares. Outrossim, examinar-se-á a abordagem da matéria na jurisprudência brasileira, debruçando-se sobre julgados do Supremo

Tribunal Federal e acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Por fim, serão apresentados argumentos favoráveis a uma aplicação imediata dos direitos fundamentais no âmbito privado e serão propostos parâmetros que permitam uma sistematização da incidência direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, com vistas à proteção dos princípios da segurança jurídica e da autonomia da vontade.

## 2. A EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

### 2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Ao longo do modelo liberal, era incontestável a premissa de que os direitos fundamentais vinculavam única e exclusivamente o Estado e visavam a assegurar uma esfera de liberdade dos indivíduos em face de condutas abusivas perpetradas pelos poderes públicos. Nesse contexto, não se cogitava da aplicação de direitos fundamentais às relações jurídicas estabelecidas entre particulares.

Assim, inicialmente os direitos fundamentais representavam tão somente um limite ao poder estatal, porquanto, nessa época, prevalecia a tese de que o poder era atributo exclusivo do Estado e de que a sociedade não representava qualquer ameaça à liberdade dos indivíduos. O papel de inimigo dos direitos fundamentais era protagonizado, de forma privativa, pelo Estado. Por outro lado, concebia-se a sociedade como o espaço onde todos os indivíduos eram livres e iguais e, por conseguinte, os entes públicos deveriam intervir o mínimo possível ao estabelecer regras de convivência entre os particulares.

Sem embargo, após o advento do Estado Social, verificou-se que "o fenômeno do poder não é exclusivo das relações com o Estado, mas também se manifesta no seio da sociedade civil" (PEREIRA, 2006b, p. 144). Superou-se a ideia de que o Estado é o poder e de que só há poder no Estado (STEINMETZ, 2004) ao se perceber que, na sociedade contemporânea, não só os entes públicos, mas também os atores da vida privada são responsáveis pela opressão dos indivíduos. Nesse passo, são de grande valia as lições de Daniel Sarmento (2006a, p. 26), que pondera:

> No Estado Social, o poder se pulveriza na

> sociedade, distribuindo-se por uma série de instituições intermediárias entre o Estado e o indivíduo. Este poder pode revelar-se ainda mais perigoso para os direitos humanos do que o exercido pelas autoridades públicas, por ser mais opaco, mais fugidio ao controle e não se encontrar democraticamente legitimado.

Desse modo, constata-se que o indivíduo, além de ser potencial vítima de abusos quando se relaciona com o Estado, também está sujeito a uma série de constrangimentos ao se relacionar com particulares que se encontram em franca posição de superioridade.

Partindo-se da premissa de que os direitos fundamentais foram concebidos como limites impostos ao poder e considerando, ainda, que este não é um fenômeno exclusivo do Estado, mas também de atores da vida social, começou-se a defender a incidência dos citados direitos nas relações entre particulares quando referidas relações pudessem ser qualificadas como desiguais ou de submissão.

Conquanto seja embaraçosa a tarefa de identificar o país no qual se manifestou de forma inédita o debate acerca da vinculação dos particulares a direitos fundamentais, há quem sustente que o referido tema é autêntico produto do direito alemão. Em sentido contrário, afirma-se que a discussão sobre a incidência de direitos fundamentais nas relações privadas surgiu nos Estados Unidos, país em que foi desenvolvida a *state action doctrine*.

Controvérsias à parte, admite-se, com certa tranquilidade, que na Alemanha do século XX o citado debate ganhou maior consistência e atenção da doutrina e da jurisprudência. Nesse sentido, pontua Sarlet (2005, p. 200):

> [...] não há como negar ter sido na Alemanha, especialmente a partir da Lei Fundamental de 1949, que o tema encontrou seu maior desenvolvimento, gerando acirrada controvérsia na doutrina e na jurisprudência, acabando por atrair (e influenciar) as atenções da doutrina em geral [...]

Impende registrar que o tema da vinculação dos particulares aos

direitos fundamentais não recebeu a mesma abordagem na Alemanha e nos Estados Unidos. Neste país, adota-se a *State Action Doctrine*, teoria que recusa a eficácia de direitos fundamentais nas relações privadas.

Diferentemente, na Alemanha, a teoria que nega a vinculação dos particulares aos citados direitos não teve maior aceitação pela doutrina e pela jurisprudência. No direito alemão, prevalece o posicionamento de que os direitos fundamentais incidem nas relações jurídicas privadas, embora não haja um consenso no que tange à forma como se dá a referida incidência. Nesse passo, há duas teorias principais que buscam estabelecer o modo como se estabelece a vinculação dos particulares a direitos fundamentais, a saber: (*i*) teoria da eficácia indireta ou mediata; (*ii*) teoria da eficácia direta ou imediata.

Todas as teorias acima referidas serão minuciosamente analisadas nos tópicos que seguem.

## 2.2 A *STATE ACTION DOCTRINE*

Coube à doutrina e à jurisprudência norte-americana desenvolver, sob a designação de *State Action Doctrine*, a teoria que conclama a impossibilidade de os particulares invocarem proteção aos direitos fundamentais quando a ofensa não for perpetrada por um ente estatal. Ao discorrer sobre o tema, Jane Pereira (2006b, p. 170) expõe que, "como regra, a jurisprudência norte-americana só admite a invocação dos preceitos concernentes a direitos e liberdades constitucionais nos casos em que se identifique uma ação estatal (*state action*)".

Com efeito, nos Estados Unidos, sustenta-se que as normas constitucionais (ressalvada a 13ª Emenda, que foi responsável por abolir a escravidão) e, por conseguinte, os direitos fundamentais se dirigem exclusivamente às autoridades públicas. Esse posicionamento tem por base um pressuposto de caráter histórico, a saber: a Constituição e, mais especificamente, os direitos fundamentais surgiram no Estado Liberal com o fito de proteger os indivíduos contra arbitrariedades praticadas pelos poderes públicos. Sob esse fundamento, sustenta-se que, quando da elaboração das Constituições modernas, não se cogitou da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Essa visão, fundada em resquícios do liberalismo clássico, pressupõe que os direitos fundamentais são direitos públicos subjetivos (ou direitos

de defesa) e, portanto, só podem ser opostos em face do Estado.

A recusa em se admitir que os direitos fundamentais vinculam os particulares também se justifica pelo fato de o texto constitucional norte-americano, na maior parte de suas cláusulas, apontar expressamente o Estado como destinatário dos direitos individuais. De mais a mais, sustenta-se que a incidência dos citados direitos nas relações entre particulares aniquilaria o princípio da autonomia da vontade e, por via de consequência, desnaturaria o próprio Direito Privado.

Por fim, outro argumento que fundamenta a não incidência de direitos fundamentais nas relações privadas é o de que a possibilidade de o particular invocar os referidos direitos quando se relacionar com seus pares operaria o rebaixamento da Constituição e o consequente arrefecimento de sua força normativa.

Esses, basicamente, são os fundamentos utilizados por aqueles que recusam a eficácia de direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Registre-se que, a fim de evitar que determinadas lesões a direitos fundamentais praticadas por particulares ficassem imunes ao controle do Poder Judiciário, a jurisprudência norte americana socorreu-se de uma interpretação extensiva da *state action doctrine*. Através da ampliação do conceito de *state action*, possibilitou-se ao Judiciário controlar determinadas atuações privadas que, em princípio, não estariam sujeitas às limitações constitucionais.

Segundo construção da jurisprudência norte-americana, enquadra-se no conceito de *state action* as situações em que o particular esteja no exercício de uma função tipicamente estatal (*public fuction theory*), bem como os casos nos quais a atividade privada tenha alguma conexão ou implicação estatal[3]. Nessas situações excepcionais, admite-se a incidência dos direitos fundamentais nas relações *interprivatos*. Sobre o tema, leciona Steinmentz (2004, p. 179):

> O estratagema judicial é simples e inteligente: amplia-se o campo de abrangência do conceito de *state action* operando eficácia de direitos fundamentais nas hipóteses em que um particular demanda contra outro particular alegando

> violação de direito fundamental individual e, ao mesmo tempo, preserva-se a tese segundo a qual os direitos fundamentais vinculam somente os poderes públicos.

Com base na *State Action Doctrine*, a Suprema Corte, no caso *Marsh v. Alabama*, reconheceu a obrigatoriedade de uma empresa privada respeitar o direito fundamental à liberdade de religião de uma testemunha de Jeová. A referida empresa possuía terrenos sobre os quais foi construído um vilarejo e o administrava com certa autonomia. Ocorre que, em determinada ocasião, *Marsh*, praticante da religião testemunha de Jeová, professava a sua crença dentro da propriedade privada quando, então, foi convidada a se retirar. Por ter se recusado, a ela foi aplicada sanções penais com base em lei do Alabama que proibia a entrada e permanência de pessoas em propriedade alheia.

Narra Jane Pereira (2006b, p. 174) que "a Suprema Corte anulou a condenação, adotando o entendimento de que a empresa, ao atuar como poder público, devia obediência à liberdade de religião". Em suma, sustentou-se que, por se tratar de uma cidade privada e, portanto, aberta ao público, não poderia a empresa ter impedido que Testemunha de Jeová professasse sua religião no interior do vilarejo. Nesse caso, considerou-se que a atividade prestada pela empresa equiparava-se à atuação estatal e, por isso, estava vinculada ao direito à liberdade de culto.

Em sentido contrário, a Suprema Corte entendeu que os *shopping centers* privados, por não se enquadrarem no conceito de *state action*, não estariam obrigados a respeitar os direitos fundamentais.

Como se pode perceber, o conceito amplo de ação estatal fica à mercê do subjetivismo da Suprema Corte. Não há um critério objetivo que permita enquadrar, com segurança, determinada conduta privada na definição de *state action*. Por ser considerada volúvel, vez que sujeita ao discricionarismo dos juízes, a interpretação extensiva da *state action* tem sido alvo de inúmeras críticas. Não bastasse isso, são poucos os juristas que ainda negam a vinculação dos particulares a direitos fundamentais e, por isso, a construção norte-americana, ao menos para o direito brasileiro, não tem qualquer relevância prática, mas somente se presta para fins didáticos.

## 2.3 TEORIA DA EFICÁCIA MEDIATA OU INDIRETA

A teoria da eficácia mediata (ou indireta) é uma construção intermediária entre a teoria que simplesmente nega a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas e a teoria da eficácia imediata, que será estudada no tópico seguinte. Referida construção teórica foi formulada em 1956 por Günther Dürig na obra *Grundrechte und Zivilrechtsprechung* e é a concepção que mais conquistou adeptos na doutrina e jurisprudência alemãs.

Parte do pressuposto de que os direitos fundamentais ingressam no âmbito das relações privadas através de normas e parâmetros de aplicação e interpretação próprios do direito privado. Noutros termos, os direitos fundamentais "são protegidos no campo privado não através dos instrumentos do Direito Constitucional, e sim através de mecanismos típicos do Direito Privado, cujas normas têm de ser interpretadas ao seu lume" (SARMENTO, 2006a, p.199). Assim, sustenta-se que os referidos direitos não incidem diretamente nas relações entre particulares, visto que é imprescindível a intermediação legislativa para que produzam os seus efeitos na esfera privada.

Nessa senda, é tarefa do legislador determinar, através de mecanismos próprios do direito privado, o modo e a intensidade com que os direitos fundamentais vincularão os particulares. Por outro lado, em um segundo momento, cabe ao juiz, ante a ausência de norma infraconstitucional específica, possibilitar a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas mediante uma interpretação conforme das normas imperativas de direito privado, mormente daquelas normas que contém cláusulas gerais4 (STEINMETZ, 2004, p. 138). Em suma, nas palavras de Steinmetz (2004, p. 141):

> [...] compete ao legislador, ao criar as normas de direito privado, e ao juiz e aos tribunais, ao interpretarem os textos de normas imperativas de direito privado – sobretudo os enunciados legislativos com cláusulas gerais –, mediarem a eficácia das normas de direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Consoante Dürig, a irrupção dos direitos fundamentais na esfera privada promover-se-ia principalmente através das referidas cláusulas gerais. Estas são conceitos abertos que permitem ao juiz desenvolver, com certa discricionariedade, o seu significado, a partir de valores objetivos consagrados na Constituição.

Assim, verifica-se que a função do juiz é meramente subsidiária, complementar à atuação legislativa. Segundo a teoria da eficácia mediata, os juízes e os tribunais não podem invocar a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, visto que estão condicionados às disposições previstas nas normas de Direito Privado. A irrupção dos direitos fundamentais no âmbito privado só pode ser realizada pelo juiz mediante o recurso da interpretação conforme ou mediante o preenchimento das cláusulas gerais. Dito de outra forma, os direitos fundamentais, no âmbito das relações privadas, não podem ser tutelados *ex constituitione*, mas somente *ex lege*.

Um dos argumentos levantados por Dürig ao advogar a tese da eficácia mediata é o de que há um direito geral de liberdade a impedir que "os direitos fundamentais tenham um *efeito absoluto* nas relações privadas" (SILVA, 2008, p. 75). Dürig sustenta que o mencionado direito geral de liberdade inclui o direito dos particulares de disporem sobre a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, faculdade que não seria admissível nas relações Estado-indivíduo. Alega que, se fosse negada essa possibilidade de contornar a aplicação dos direitos fundamentais, a liberdade contratual restaria comprometida.

Outrossim, os defensores desse modelo sustentam que a relação entre particulares não pode ser equiparada à relação indivíduo-Estado, porquanto, naquela, ambas as partes são titulares de direitos fundamentais5. Nessa linha, afirmam que, diferentemente do que ocorre no âmbito das relações públicas, os direitos fundamentais não incidem nas relações privadas como direitos subjetivos, e sim como valores objetivos que devem ser observados pelo legislador no momento da edição de normas infraconstitucionais e pelo juiz ao aplicar as citadas normas. Sobre o tema, expõe Sarlet (2005, p. 222):

> Em última análise, isso significa que os direitos fundamentais não são – segundo essa concepção – diretamente oponíveis, como direitos subjetivos, nas relações entre particulares, mas carecem de

> uma intermediação, isto é, de uma transposição a ser efetuada precipuamente pelo legislador e, na ausência de normas legais privadas, pelos órgão judiciais, por meio de uma interpretação conforme aos direitos fundamentais e, eventualmente, por meio de uma integração jurisprudencial de eventuais lacunas, cuidando-se, na verdade, de uma espécie de recepção dos direitos fundamentais pelo Direito Privado.

A teoria da eficácia mediata ganhou maior notoriedade e aceitação ao ser adotada pelo Tribunal Constitucional Alemão no famoso caso Lüth (1958).

Eric Lüth, presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, liderou um boicote ao filme *Unsterbliche Gelibte* (Amante Imortal), do diretor Veit Harlam. O filme, que tinha previsão de estreia nos principais cinemas alemães, não continha nenhuma cena ofensiva. No entanto, o diretor Harlam havia produzido vários filmes anti-semitas na época do nazismo, em notável apoio ao regime em vigor. Em razão desses fatos, Lüth proferiu discurso no sentido de que os diversos produtores e distribuidores de filme não divulgassem a obra do cineasta, visto que, no passado, o diretor tinha patrocinado a causa nazista.

Diante do boicote, o produtor do filme ajuizou ação em face de Lüth a fim de que ele fosse obrigado a suspender a manifestação pública contrária à divulgação do filme, bem como para que ele fosse condenado a indenizar os prejuízos causados. A sentença julgou os pedidos procedentes com base no § 826 do Código Civil alemão, que prescreve: "aquele que, de forma contrária aos bons costumes, causa prejuízo a outrem, fica obrigado a indenizá-lo".

Inconformado com a sentença, Lüth recorreu ao Tribunal Constitucional, que anulou a citada decisão sob o argumento de que o § 826, especificamente em relação à cláusula geral dos "bons costumes", deveria ser interpretado à luz do direito fundamental à livre manifestação de pensamento. Assim, o Tribunal Constitucional assegurou a Lüth o direito de defender o boicote ao filme do diretor Veit Harlam.

Na famosa sentença proferida pelo Tribunal Constitucional no caso Lüth, perfilhou-se o entendimento de que "o conteúdo dos direitos

fundamentais como normas objetivas se desenvolve no direito privado por meio das disposições que diretamente regem esse âmbito jurídico" (STEINMETZ, 2004, p. 147), primordialmente através das cláusulas gerais, que constituem a principal forma de irrupção dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

## 2.4 TEORIA DA EFICÁCIA IMEDIATA OU DIRETA

A tese segundo a qual alguns direitos fundamentais incidem diretamente nas relações particulares foi formulada em meados do século XX pelo juiz do Tribunal Federal do Trabalho Hans Carl Nipperdey e, posteriormente, desenvolvida por Walter Leisner.

Consoante Nipperdey, determinados direitos fundamentais constituem autênticos direitos públicos subjetivos e, por conseguinte, são oponíveis somente em face do Estado. Sem embargo, sustenta haver outros direitos que, pela sua natureza, vinculam de forma imediata os particulares, independentemente de intervenção legislativa ou do preenchimento de cláusulas gerais pelo juiz.

Nipperdey invoca o fenômeno dos poderes privados como um dos fundamentos para defender a incidência direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. No entanto, expõe que não só nas relações entre particulares marcadas pelo poder têm os direitos fundamentais eficácia direta. Também nas relações privadas que têm por característica uma tendencial igualdade referidos direitos vinculam diretamente os particulares.

A teoria da eficácia imediata parte da premissa de que os direitos fundamentais são direitos constitucionais subjetivos, públicos ou privados. Assim, podem ser invocados pelos particulares em face de outros indivíduos ou de pessoas jurídicas privadas.

Conquanto não tenha experimentado grande receptividade na doutrina e na jurisprudência alemãs, a teoria da eficácia direta encontrou em países como Portugal e Espanha um terreno fértil para desenvolver as suas premissas básicas. Com efeito, a Constituição Portuguesa de 1976 prevê, expressamente, em seu art. 18.1 a vinculação direta dos particulares a direitos fundamentais, nos seguintes termos: "os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas".

Por sua vez, na Espanha, embora o texto constitucional seja omisso quanto à incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, a teoria da eficácia imediata tem encontrado ampla aceitação doutrinária e jurisprudencial.

## 3. A VINCULAÇÃO DE PARTICULARES A DIREITOS FUNDAMENTAIS NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

A incidência de direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas ainda não foi objeto de sistematização pela jurisprudência brasileira. Conquanto haja algumas decisões nas quais se proclama a vinculação direta dos particulares a direitos fundamentais, não há uma análise mais aprofundada acerca da matéria nem dos critérios que devem servir de parâmetro para determinar o *modus vinculandi* dos referidos direitos no âmbito privado.

Nessa linha, Eduardo Ferreira Fischer (2006, p. 76), em tese de mestrado sobre o tema, expõe:

> [...] não raras são as decisões que, insufladas pela aplicação direta dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, simplesmente privam as partes da devida fundamentação teórica e até mesmo discussão acerca da eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais, ou seja, o intérprete/aplicador acaba na verdade praticando o modelo subsuntivo dos Direitos Fundamentais às relações interprivadas, sem tomar consciência de como isso está se realizando.

Feita essa consideração inicial, passa-se à análise de alguns dos casos de aplicação de direitos fundamentais nas relações entre particulares encontrados na jurisprudência brasileira.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 210.819-8/RJ, considerou que sociedade civil sem fins lucrativos estava obrigada a observar os princípios do contraditório e da ampla defesa ao promover a exclusão de um dos seus sócios. Referido recurso foi interposto pela União Brasileira de Compositores - UBC contra acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de

Janeiro que determinou a reintegração de sócio excluído da citada pessoa jurídica de direito privado sem que antes lhe fosse dada oportunidade de defesa.

No julgamento do citado recurso, a Ministra Relatora Ellen Gracie, acompanhada pelo Ministro Carlos Veloso, entendeu descabida a invocação do princípio constitucional da ampla defesa para declarar a nulidade da sanção aplicada pela UBC sob o argumento de que "a exclusão de um sócio de entidade privada resolve-se a partir das regras do estatuto social e da legislação civil em vigor".

De modo contrário, o Ministro Gilmar Mendes sustentou que, no caso sob análise, os direitos fundamentais deveriam ser aplicados direta e imediatamente nas relações entre particulares e, portanto, que a penalidade imposta pela associação deveria ser anulada. No mesmo sentido, pronunciaram-se os Ministros Joaquim Barbosa e Celso de Mello. Assim, a turma, por votação majoritária, negou provimento ao recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

No Recurso Extraordinário 158.215/RS6, o STF já tinha se manifestado sobre caso semelhante e, do mesmo modo, reconheceu a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais na esfera privada. Tratava-se de recurso em que se discutia a exclusão de associados de uma cooperativa sem que lhes fosse dada a oportunidade de exercer o direito de defesa. Consoante Daniel Sarmento (2006b, p. 261), no acórdão, "a discussão sobre a aplicabilidade das garantias constitucionais às relações privadas sequer foi travada, mas, de qualquer forma, acabou sendo acolhida a pretensão dos associados excluídos, por força da aplicação direta ao caso do direito fundamental à ampla defesa", nos seguintes termos:

> COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIADO - CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembleia geral no que toca à exclusão, não é

> de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa.

Nessa mesma linha de raciocínio, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário 161.243-6/DF7, entendeu que deveria ser estendido a trabalhador brasileiro da empresa aérea Air France os mesmos direitos trabalhistas assegurados pelo Estatuto Pessoal da Empresa aos trabalhadores de nacionalidade francesa. Permita-se transcrever a ementa do referido julgado:

> 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.

No âmbito dos Tribunais de Justiça dos Estados, também é possível encontrar casos de aplicação de direitos fundamentais nas relações

privadas. À guisa de exemplo, pode-se citar a Apelação Cível n.º 70024253312/RS8. A referida apelação foi interposta contra sentença cível que julgou improcedente pedido de anulação de penalidade aplicada, sem observância da garantia constitucional do devido processo legal, pelo Jockey Clube do Rio Grande do Sul a um de seus associados. No julgamento do mencionado recurso, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul deu provimento à apelação por entender que os direitos fundamentais vinculam também os particulares e, portanto, a associação deveria ter observado os princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa ao impor penalidade a um de seus associados. Não tendo procedido dessa forma, a sanção aplicada pelo Jockey Clube foi considerada nula pelo tribunal.

Ao julgar o citado recurso, a Desembargadora Relatora Judith dos Santos Mottecy discorreu, de forma clara e sucinta, sobre a possibilidade de violação de direitos fundamentais pelos particulares, nos seguintes termos:

> [...] encontra-se superada aquela visão de que apenas o Estado pode violar os direitos fundamentais dos cidadãos, isso porque os particulares (pessoas físicas e/ou jurídicas) também têm ampla aptidão para realizar tal transgressão, razão pela qual sua conduta, igualmente, deve respeitar os direitos fundamentais de terceiros. Entendimento contrário redundaria em autorizar pelos particulares a violação das normas jusfundamentais, o que vai de encontro à finalidade do ordenamento jurídico (pacificar conflitos sociais, defender o cidadão em face dos seus pares).

Como se vê, não são poucos os casos encontrados nos Tribunais Brasileiros que versam sobre a eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada. Nada obstante, as decisões proferidas não abordam a matéria com a profundidade que o assunto demanda. De fato, como sustenta Daniel Sarmento (2006b, p. 260):

> [...] na jurisprudência brasileira ocorre um fenômeno de certa forma curioso. Não são

> tão escassas as decisões judiciais utilizando diretamente os direitos fundamentais para dirimir conflitos de caráter privado. Porém, com raríssimas exceções, esses julgamentos não são precedidos de nenhuma fundamentação teórica que dê lastro à aplicação do preceito constitucional ao litígio entre particulares. Na verdade, ainda não encontrou eco nos nossos pretórios a fértil discussão sobre os condicionamentos e limites para aplicação dos direitos humanos na esfera privada.

Destarte, faz-se imprescindível a propositura de critérios objetivos que viabilizem uma incidência direta sistemática dos direitos fundamentais nas relações privadas. É justamente essa a proposta do tópico seguinte.

## 4. INCIDÊNCIA DIRETA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES

### 4.1 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À TEORIA DA EFICÁCIA IMEDIATA

Poderia uma universidade particular impedir que um grupo de estudantes organizasse, dentro de suas instalações, uma manifestação pacífica contra o aumento exorbitante da mensalidade? É permitido a locais abertos ao público, como, por exemplo, cinemas, bares e restaurantes, restringir a entrada de pessoas em razão de raça, sexo ou religião? Poderia uma escola privada se recusar a receber determinado aluno portador de deficiência física? Pode uma escola islâmica ser compelida a acatar matrícula de alunos não mulçumanos? (PEREIRA, 2006b, p.189) É legítimo defender publicamente boicote a determinada obra de arte? (PEREIRA, 2006b, p. 140) Uma associação pode excluir um de seus sócios sem antes lhe dar a oportunidade de defesa? Esses são, dentre muitos, os exemplos formulados pela doutrina para ilustrar a complexidade que permeia o tema da eficácia de direitos fundamentais nas relações privadas.

Como já se pôde observar ao longo deste trabalho, a controvérsia

não se assenta na possibilidade de extensão dos direitos fundamentais às relações privadas. Conforme salientado outrora, a teoria que recusa a eficácia de direitos fundamentais no âmbito privado não tem grande prestígio nos dias atuais e é praticamente pacífico o entendimento de que tais direitos também são oponíveis aos particulares.9 Em verdade, o cerne da questão consiste em saber como e com que intensidade se dá a vinculação dos particulares aos mencionados direitos.

A teoria da eficácia mediata e a teoria da eficácia imediata apresentam diferentes soluções para esses questionamentos. Para a primeira teoria, por exemplo, os particulares não podem invocar a aplicação direta da Constituição para anular penalidade imposta por determinada associação. A anulação da pena só seria possível se houvesse descumprimento de algum dispositivo do Código Civil ou mesmo do estatuto da pessoa jurídica de direito privado. Diferentemente, para a teoria da eficácia imediata, a não observância dos direitos constitucionais da ampla defesa e do contraditório gera a nulidade da sanção aplicada por entidade privada.

Contrapondo-se à incidência imediata dos direitos fundamentais nas relações *inter privatos*, defensores da teoria da eficácia mediata sustentam que a vinculação direta dos particulares a direitos fundamentais provocaria o aviltamento do princípio da autonomia da vontade e, por conseguinte, a perda de identidade do Direito Privado, que seria subjugado pelo Direito Constitucional.

De outra banda, defende-se que a eficácia imediata constitui um processo antidemocrático, vez que atribui ao juiz, e não ao legislador, o poder de decidir sobre a forma como e a intensidade com que os direitos fundamentais incidirão no âmbito privado. Nesse passo, argumenta-se que o legislador, eleito pelo povo através de sistema democrático, teria maior legitimidade do que o Judiciário para determinar a maneira pela qual os direitos fundamentais penetrariam nas relações entre particulares.

Outrossim, afirma-se que a segurança jurídica restaria comprometida acaso prevalecesse a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais, sob o argumento de que as normas constitucionais, diferentemente das regras de Direito Privado, são dotadas de um maior grau de abstração e indeterminabilidade.

Ocorre que esses argumentos não resistem a uma análise mais aprofundada do tema. Ao contrário do que argumentam os defensores da teoria oposta, a adoção da teoria imediata não traz consigo o gérmen

revista 13.indd 251 29/11/2010 15:15:03

da insegurança jurídica. Ora, se forem propostos critérios objetivos para determinar a incidência direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, o princípio da segurança jurídica estaria preservado. Nessa linha, Daniel Sarmento (2006a, p. 343) lembra que "existem várias formas e fórmulas para reduzir a incerteza decorrente da aplicação judicial de normas constitucionais abertas, como as que consagram direitos fundamentais."

Demais disso, calha recordar que as cláusulas gerais também são conceitos vagos e indeterminados que conferem ao juiz uma certa margem de discricionariedade ao preencher o seu conteúdo. Como bem obtempera Steinmetz (2004, p. 162), "do ângulo da segurança jurídica, qual é o ganho real ao afastar a aplicação imediata das normas de direitos fundamentais em favor da aplicação de cláusulas gerais 'preenchidas' pelo conteúdo valorativo-objetivo dos direitos fundamentais?"

Também não merece guarida o argumento consoante o qual a incidência direta dos direitos fundamentais na esfera privada é um procedimento antidemocrático. Não se nega que o legislador ordinário tem a função de decidir sobre a forma de vinculação dos particulares a direitos fundamentais. No entanto, essa tarefa também é atribuída ao juiz quando se deparar com o caso concreto, independentemente da utilização de cláusulas gerais ou de norma de direito privado que regule a relação privada.

De outro turno, rebatendo o argumento de que a incidência direta dos direitos fundamentais nas relações privadas provocaria uma dominação do Direito Constitucional sobre o Direito Privado, Steinmetz (2004, p. 156) aduz que, embora não seja desejável uma "jusfundamentalização" do direito civil, mais indesejável ainda é uma legalização dos direitos fundamentais ou, em outros termos, a substituição do princípio da constitucionalidade pelo princípio da legalidade.

Ora, negar a eficácia de direitos fundamentais nas relações entre particulares ou condicioná-la à vontade do legislador ordinário é recusar a própria força normativa da Constituição. É considerar que a Lei Maior, ao menos quanto às normas consagradoras de direitos fundamentais, tem caráter normativo e vinculante somente no âmbito público, porém jamais no âmbito do direito privado. É dizer: a Constituição somente pode ser

tida como norma suprema de um Estado nas relações indivíduo-poder público ou poder público-poder público. Nas relações entre particulares, a legislação civil é que deve ocupar o patamar de norma superior e somente ela deve inspirar a atividade privada.

Essa concepção, fruto do ranço do liberalismo burguês ainda entranhado nas sociedades contemporâneas, representa verdadeiro menoscabo aos princípios da força normativa e da máxima efetividade da Constituição. A supremacia e a normatividade da Constituição fundamentam e, mais do que isso, impõem a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Professar o contrário é retroceder à época do Estado Legislativo de Direito e negar, ainda que parcialmente, a tão aclamada força normativa das normas constitucionais.

É bem verdade que a aplicação irrestrita dos direitos fundamentais nas relações entre particulares configura uma ameaça preocupante ao princípio da autonomia da vontade e ao próprio Direito Privado. Nesse sentido, Luís Virgílio Afonso da Silva (2005, p. 175) expõe que "os direitos fundamentais, nessas relações, tendem a sufocar a autonomia privada se não houver uma forma de compreender ambos em harmonia".

Entretanto, a teoria da eficácia imediata não ignora que a autonomia privada também é um bem constitucionalmente protegido e, ainda, que a incidência assistemática de direitos fundamentais nas relações particulares provocaria o esvaziamento desse princípio. Nessa senda, a referida teoria, sem desprezar a relevância e o *status* constitucional atribuído à autonomia da vontade, apenas propõe uma limitação a esse princípio quando houver lesão a direito fundamental. Sobre o tema, oportunas as lições de Jane Reis Gonçalves Pereira (2006b, p. 181-182), que consigna:

> [...] a proteção constitucional da autonomia privada não é, de modo algum, incompatível com a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. Se a tutela da autonomia for posta como um obstáculo intransponível à incidência direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, o que se tem, em verdade, é uma regra abstrata de preferência em favor daquela.

> Nessa perspectiva, a crítica de que a eficácia direta compromete o valor constitucional da autonomia escamoteia o verdadeiro ponto de divergência: a questão não se encontra em saber se a autonomia privada deve ou não ser protegida, mas sim se esta deve *prevalecer* em face dos demais direitos fundamentais quando se tratar de relações jurídicas entre particulares. Ao admitir-se a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações *inter privatos*, a autonomia não é amesquinhada, e sim colocada no mesmo plano dos demais bens jurídicos fundamentais.

Acrescente-se, ainda, que a finalidade da teoria imediata não é pré-estabelecer a prevalência dos direitos fundamentais sobre a autonomia privada em todo e qualquer caso. Como dito alhures, concebe-se a problemática da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas como uma questão de conflito entre normas de direitos fundamentais que deve ser solucionada mediante um juízo de ponderação.

Assim, não se pretende determinar a precedência definitiva de um direito fundamental sobre o princípio da autonomia da vontade. A solução para o conflito entre normas de direito fundamental deve ser construída ante o caso concreto, e não em abstrato. A prevalência de uma ou de outra norma somente é possível de ser determinada em função das peculiaridades do caso concreto.

Nessa linha, a teoria da eficácia imediata apenas parte do pressuposto de que a autonomia da vontade não é princípio absoluto e, portanto, comporta restrições quando em confronto com outros direitos fundamentais. Sustenta-se que a autonomia da vontade pode ser limitada quando colocar em risco um direito constitucionalmente assegurado a uma das partes.

E a decisão sobre a forma como se dará essa limitação não é tarefa exclusiva do legislador. Os juízes, mesmo que não haja norma de direito privado regulando a relação privada nem cláusula geral a ser preenchida, também podem restringir o princípio da autonomia da vontade quando, ante o caso concreto, verificarem lesão a direito fundamental.

Sem embargo, saliente-se que essa restrição ao princípio da autonomia

da vontade não pode ser realizada de forma indiscriminada, desordenada. Com efeito, como registrado por Daniel Sarmento (2006a, p. 261):

> É preciso avançar neste ponto, para construir alicerces mais firmes na [...] matéria, tornando a aplicação dos direitos fundamentais no âmbito privado intersubjetivamente controlável e, na medida do possível, relativamente independente dos humores e das inclinações espirituais e ideológicas dos magistrados.

Nessa senda, não pode o juiz, ao lidar com um conflito entre normas de direito fundamental, simplesmente alegar que determinado direito prevalece sobre a autonomia da vontade, sem, todavia, proceder à devida fundamentação. De fato, não é admissível que o magistrado determine a prevalência de um certo princípio sobre outro e sepulte a questão sem ao menos apresentar as justificativas plausíveis que o fizeram chegar a esse entendimento.

A ausência de fundamentação – entenda-se aqui uma fundamentação verdadeira, e não apenas a simples invocação de uma norma de direito fundamental – furtaria às partes a possibilidade de controlar os atos judiciais que restringissem a autonomia da vontade, princípio estruturante de todo o Direito Privado. Possibilitar que o juiz resolva um conflito de normas mediante singela alegação de que o princípio da autonomia da vontade, em determinado caso que está sob o seu crivo, deve sucumbir ante um direito fundamental é permitir uma verdadeira tirania do Judiciário sobre as relações privadas.

Pelo exposto, em que pese não seja possível eliminar completamente o subjetivismo do julgador, faz-se mister estabelecer certos critérios que permitam um maior controle das decisões judiciais, sob pena de estas se tornarem intangíveis e insuscetíveis de questionamentos.

É preciso encontrar parâmetros que propiciem uma maior segurança jurídica e um menor subjetivismo judicial quando da aplicação direta dos direitos fundamentais no âmbito privado. Enfim, critérios que possibilitem o controle desse procedimento, evitando, assim, o excesso de subjetividade e a quase total liberdade dos juízes na solução dos casos concretos (SILVA, 2005, p. 175-176).

revista 13.indd 255 29/11/2010 15:15:03

## 4.2 CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA UMA APLICAÇÃO IMEDIATA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

No presente tópico, serão elencados alguns parâmetros que permitem uma sistematização da incidência direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Como registrado alhures, a ausência de critérios objetivos que possibilitem a aplicação da teoria imediata poderia acarretar uma verdadeira tirania do Judiciário sobre as relações privadas. É preciso controlar o subjetivismo dos juízes, embora não seja possível eliminá-lo completamente. Outrossim, não se pode negar às partes a devida fundamentação teórica e a possibilidade de controlar a justiça das decisões.

Antes de propor os critérios citados acima, cumpre, com base nas lições de Jane Reis Gonçalves Pereira, fazer uma advertência:

> A possibilidade de invocar os direitos nas relações privadas não deve ser pautada por critérios de exclusão, mas de gradação. Isso significa dizer que a presença ou não de certos fatores poderá implicar uma maior ou menor intensidade da vinculação das pessoas privadas aos direitos fundamentais, não sendo possível cogitar de um aplicação incondicionada destes ou da existência de setores completamente imunes à sua incidência. (PEREIRA, 2006b, p. 187)

O primeiro critério proposto pela doutrina para possibilitar a incidência direta dos direitos fundamentais no âmbito privado é a desigualdade material entre as partes de uma relação. Sustenta-se que quanto maior for a desigualdade entre os indivíduos, quanto mais evidente for o fenômeno do poder privado, menor será a proteção outorgada ao princípio da autonomia privada. Assim, estabelece-se uma precedência *prima facie* do direito fundamental em relação à autonomia da vontade quando as partes não estiverem em posição de igualdade.

Aqui, cabe uma ressalva. A disparidade entre os particulares só deve assegurar uma maior proteção ao direito fundamental quando não houver

sinceridade no exercício da autonomia da vontade (SILVA, 2005, p. 176). Noutros termos, se a posição de superioridade de uma das partes não influenciar no poder de decisão da outra, não é necessariamente o direito fundamental que deverá prevalecer.

Nessa mesma linha, Steinmetz sustenta não ser correto utilizar o *quantum* do poder de que dispõe o particular-violador dos direitos fundamentais como causa para se justificar a incidência direta e imediata dos mencionados direitos nas relações privadas. Aduz que proceder dessa forma significa ignorar a lesão ao direito fundamental e focalizar tão somente a posição de vantagem da parte que viola esse direito. Permita-se, nesse passo, transcrever excerto de sua obra:

> Ter o *quantum* de poder do particular-violador e não a própria violação como critério para determinar a eficácia imediata é um equívoco. Pouco importa se o particular-violador tem mais ou menos poder do que o particular-violado. O pressuposto de que quanto maior o poder econômico e/ou poder social do particular maior será a intensidade da lesão é incorreto. Não há uma relação necessária entre uma coisa e outra. É algo que só pode ser verificado *a posteriori*. Um particular, sem poder econômico e/ou social, pode causar lesões a direitos fundamentais tão ou mais graves do que um particular com poder social e econômico. Lesão de direito fundamental é lesão de direito fundamental e, portanto, inconstitucional e, por consequência, razão suficiente para impedir, anular ou invalidar, total ou parcialmente, *e.g.*, um ato de autonomia privada. (STEINMETZ, 2004, p. 159)

Consoante Steinmetz, a desigualdade fática entre os particulares não deve ser tomada como fundamento a justificar a incidência direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, pois, segundo ele, a aplicação imediata dos referidos direitos no âmbito privado deve ocorrer sempre, mesmo que as partes estejam em verdadeira situação de igualdade. Sustenta o citado autor que a desigualdade substancial10 entre

as partes deve apenas servir de parâmetro no momento da ponderação dos interesses colidentes em uma relação privada. Assim, afirma que somente nessa conjuntura "a desigualdade fática é um importante elemento empírico a ser considerado" (STEINMETZ, 2004, p. 159).

Sarlet faz uma relevante distinção quanto aos destinatários dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. O citado autor sustenta que existem "as relações (manifestamente desiguais) que se estabelecem entre o indivíduo e os detentores de poder social (também sujeitos particulares) e as relações entre particulares em geral, caracterizadas por uma pelo menos tendencial igualdade" (SARLET, 2005, p. 17).

Em ambos os casos, os direitos fundamentais devem incidir direta e imediatamente no âmbito privado. No entanto, a solução de conflitos entre as normas de direitos fundamentais será diferente a depender do tipo de relação estabelecida entre os particulares.

Como exposto alhures, quando a desigualdade entre as partes for sincera, autêntica, será outorgada uma menor proteção ao princípio da autonomia privada. Caso contrário, se uma das partes detém poder social, mas não faz uso deste quando se relaciona com outro particular, deverá prevalecer a liberdade contratual das partes. Dito de outra forma, se a desigualdade material não interferir, necessariamente, na autenticidade das vontades (SILVA, 2005, p. 176), ao se proceder à técnica da ponderação, à autonomia da vontade será assegurada uma maior proteção.

Outro critério a que faz referência a doutrina é a natureza da autonomia privada. Consoante lição de Daniel Sarmento (2006a, p. 267), a autonomia privada pode estar relacionada a aspectos existenciais ou a questões contratuais. Nesse viés, sustenta o citado autor que quanto mais a autonomia da vontade estiver ligada a questões existenciais, maior a proteção que deverá ser outorgada a este princípio. De outro turno, se o princípio da autonomia da vontade estiver relacionado a questões contratuais, será estabelecida uma precedência *prima facie* em favor do direito fundamental em jogo.

Calha registrar, demais disso, que, se a relação contratual envolver bens essenciais ao desenvolvimento da dignidade do outro contratante, também será conferida maior proteção ao direito fundamental. Se, ao revés, a relação eminentemente patrimonial referir-se a bens supérfluos,

será outorgada maior proteção ao princípio da autonomia da vontade. Nesse sentido, leciona Daniel Sarmento (2006a, p. 267):

> Além disto, no campo das relações econômicas, a essencialidade do bem é um critério importante para aferição da intensidade da proteção conferida à autonomia privada. Portanto, quanto mais o bem envolvido na relação jurídica em discussão for considerado essencial para a vida humana, maior será a proteção ao direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada. Ao inverso, quando o bem sobre o qual versar a relação privada puder ser qualificado como supérfluo, a proteção da autonomia negocial será maior, e menos intensa se fará a tutela ao direito fundamental contraposto.

Outro parâmetro a ser levado em consideração é a proximidade entre a relação particular e a esfera pública. Quanto mais acentuada for a característica privada da relação, menor proteção será conferida ao direito fundamental em jogo. Noutros termos, "quanto mais próxima à esfera privada revelar-se uma relação jurídica, menor a possibilidade de um direito fundamental vir a prevalecer sobre a autonomia privada" (PEREIRA, 2006b, 189).

Ademais, particularmente em relação ao princípio da igualdade, a doutrina propõe como parâmetro para aplicação da teoria imediata a razoabilidade do critério discriminatório (BARROSO, 2005, p. 39). Nesse toar, defende-se que, se o elemento discriminante for plausível, a autonomia da vontade deverá prevalecer no caso concreto. Por outro lado, se a discriminação for desarrazoada, será concedida uma maior proteção ao princípio constitucional da igualdade.

Por fim, Jane Pereira defende a necessidade de se preservar a pluralidade no âmbito social. Afirma que a eficácia direta de direitos fundamentais nas relações entre particulares não pode conduzir à homogeneização da sociedade, devendo-se preservar a identidade dos diversos atores sociais.

Elencados os critérios objetivos a serem observados no momento da ponderação de interesses, retorne-se ao exemplo da manifestação de

estudantes face ao aumento exorbitante da mensalidade. De tudo quanto exposto, novamente indaga-se: poderia uma universidade particular proibir a realização de protesto pacífico em suas instalações?

A resposta que se impõe é negativa. A universidade particular, indubitavelmente, goza de uma posição de superioridade em relação aos seus alunos. Mas não é só isso. As universidades particulares, muitas das vezes, usam do atributo do poder para limitar a autonomia da vontade dos seus alunos e limitar, restringir ou condicionar o exercício de direitos pela outra parte contratante.

Percebe-se que, nesse caso, a liberdade de uma das partes é puramente formal. Como bem salienta Daniel Sarmento (2006a, p. 240), "só existe efetivamente autonomia privada quando o agente desfrutar de mínimas condições materiais de liberdade".

Assim, mesmo que não haja dispositivo no Código Civil que respalde a realização do protesto e ainda que as normas da universidade proíbam expressamente manifestações pacíficas dentro do estabelecimento, seria legítima a manifestação contra o aumento da mensalidade, com base no art. 5º, IV da Constituição Federal. Ilegítimo seria proibir a realização do citado protesto, em evidente afronta ao direito fundamental à livre manifestação de pensamento.

Como se pode observar, a solução a ser adotada depende das peculiaridades do caso concreto. Não é possível determinar *a priori* se tal ou qual direito deverá ser respeitado. Os critérios supra-referidos apenas constituem uma carga de argumentação em favor de um princípio e, por conseguinte, contra outro princípio. Por outro lado, permitem um maior controle da justiça das decisões judiciais e preservam o princípio da segurança jurídica, mas não proporcionam uma solução *in abstrato* para conflitos de normas de direitos fundamentais, já que a solução deverá ser construída ante as peculiaridades do caso concreto.

## 5. CONCLUSÃO

Longe de tentar exaurir e solucionar a complexa problemática da eficácia de direitos fundamentais nas relações entre particulares, o presente trabalho teve apenas a modesta pretensão de suscitar um tema que ainda não recebeu a merecida atenção por parte da doutrina e da jurisprudência brasileiras. Como consignado ao longo deste

estudo, uma aplicação imediata dos direitos fundamentais no âmbito privado se mostra mais adequada à realidade constitucional brasileira. Admitir que os direitos fundamentais se aplicam somente às relações Estado-indivíduo e Estado-Estado ou, ainda, atribuir exclusivamente ao legislador ordinário a tarefa de determinar a forma da vinculação dos particulares aos referidos direitos é o mesmo que tornar a Constituição letra morta.

Ao longo do presente trabalho, foram apresentados alguns julgados encontrados na jurisprudência brasileira que tratam, embora de maneira superficial e assistemática, da vinculação dos particulares a direitos fundamentais. Além disso, foram propostos alguns critérios objetivos para viabilizar a moderada e racional aplicação dos referidos direitos às relações privadas e, ainda, para possibilitar às partes o controle da justiça das decisões. Cumpre registrar que os critérios expostos no tópico antecedente são apenas exemplificativos, pois, certamente, uma análise mais aprofundada do tema pode ensejar a propositura de novos parâmetros.

Por fim, frise-se que os referidos critérios têm por finalidade apenas estabelecer precedências *prima facie* entre a autonomia privada e outros direitos fundamentais. A solução do problema, no entanto, deve ser formulada ante as peculiaridades do caso concreto.

**Notas**

[1] O termo "destinatários" quer designar os sujeitos que estão obrigados a respeitar os direitos fundamentais.

[2] Dispõe o art. 18. 1 da Constituição da República Portuguesa de 1976, *in verbis*: "os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas".

[3] No que concerne à interpretação extensiva da *State Action Doctrine*, pondera Bilbao Ubillos (2006, p. 320): "Simplificando mucho, la cuestión que se plantea es, en la primera hipótesis, si la actividad desarrollada por actores privados puede considerarse, analogicamente, uma función própria del Estado; y en la segunda, si el poder público está suficientemente involucrado em esa actividade: los tribunales se encarregarían de medir la intensidad de los contactos o las complicidades que pueden descubrirse. Son dos enfoques diferentes, aunque muchas decisiones aparecen yuxtapuestos. Y ambos conducen al mismo resultado: una prolongación de esa especial tutela de las libertades constitucionales, de tal suerte que determinadas controversias surgidas entre particulares, excluidas, en principio, de este âmbito, quedan compreendidas finalmente en mismo. Y esto se consigue mediante una interpretación extensiva del concepto de "poder público", que se dilata hasta cubrir um gran número de actividades em apariencia privadas, que someten entonces a ciertas limitaciones

constitucionales".

[4] Steinmetz (2004, p. 147) esclarece que "no direito privado, as cláusulas gerais são havidas como recurso interpretativo-aplicativo, que o legislador põe à disposição do juiz, para a restrição, *in concreto*, da autonomia privada e do exercício de direitos ou interesses subjetivos legais".

[5] No que concerne à diferença entre as relações particulares e as relações indivíduo-Estado, Bilbao Ubillos (2006, p. 310) leciona que "en la esfera de las relaciones Estado-ciudadano el conflicto se plantea entre el titular de un derecho fundamental y un poder público que, en principio, no lo es. En cambio, el conflicto en la esfera de relaciones ciudadano-ciudadano surge normalmente entre titulares de derechos fundamentales que entran en colisión".

[6] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 158.215/RS. Recorrentes: Ayrton da Silva Capaverde e outros. Recorrido: Cooperativa Mista São Luiz Ltda. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 07 de junho de 1996.

[7] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 161.243-6/DF. Recorrentes: Joseph Halfin. Recorrido: Compagnie Nationale Air France. Relator: Ministro Carlos Veloso. Brasília, 19 de dezembro de 1997.

[8] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70024253312/RS. Apelante: Marcos Rizzon. Apelado: Jockey Clube do Rio Grande do Sul. Relatora: Desembargadora Judith dos Santos Mottecy. Porto Alegre, 11 de setembro de 2008.

[9] Nesse sentido, Jane Reis Gonçalves Pereira (2006b, p. 180) esclarece que "na teoria constitucional contemporânea, há relativo consenso no sentido de admitir alguma forma de incidência dos direitos fundamentais nas relações entre pessoas privadas. As concepções que negam qualquer forma de vinculação dos particulares a direitos fundamentais encontram, no diálogo jurídico, cada vez menos ressonância, refletindo hoje uma abordagem mais ideológica do que descritiva do ordenamento".

[10] Por desigualdade substancial deve-se entender a situação em que uma das partes, detentora de um poder e, portanto, em franca posição de superioridade, utiliza dessa prerrogativa para aniquilar ou restringir a liberdade da outra.

## 6. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. "Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)" *In*: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.* 2 ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006a, p. 01-48.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição.* 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006b.

_____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio*

*do direito constitucional no Brasil). In:* Interesse Público – Revista Bimestral de Direito Público. 2005.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. "Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais" *In:* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais.* 1ª ed, 2ª tiragem. Brasília: Bookseller, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 201.819-8/RJ. Recorrente: União Brasileira de Compositores. Recorrido: Arthur Rodrigues Villarinho. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Rio de Janeiro, 27 de outubro de 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 158.215/RS. Recorrentes: Ayrton da Silva Capaverde e outros. Recorrido: Cooperativa Mista São Luiz Ltda. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 07 de junho de 1996.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 161.243-6/DF. Recorrentes: Joseph Halfin. Recorrido: Compagnie Nationale Air France. Relator: Ministro Carlos Veloso. Brasília, 19 de dezembro de 1997.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70024253312/RS. Apelante: Marcos Rizzon. Apelado: Jockey Clube do Rio Grande do Sul. Relatora: Desembargadora Judith dos Santos Mottecy. Porto Alegre, 11 de setembro de 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 8ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

FISCHER, Eduardo Ferreira. *Hermenêutica para vinculação dos particulares a direitos fundamentais.* Itália, fevereiro de 2006. Disponível em: http://www.unisc.br/cursos/pos_graduacao/mestrado/direito/corpo_discente/2006_dissertacoes/fischer.pdf Acesso em: 01 de fevereiro de 2010.

MARTINS, Samir José Caetano. *Neoconstitucionalismo e seus reflexos nas relações jurídicas privadas: em busca de parâmetros de aplicação direta dos direitos fundamentais. In:* Revista Forense. Vol. 393 – 2007 (setembro/outubro). Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 173/204.

MENDES, Gilmar Ferreira. "Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões." *In:* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais.* 1 ed, 2ª tiragem. Brasília: Bookseller, 2002.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Obtenção dos Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares.* São Paulo: Lúmen Iuris, 2007.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais.* 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006a.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2006a.

_____. *Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. In:* Boletim Científico. Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília: ESMPU, ano 4, n.14, jan./mar. de 2005. p. 167/217.

_____. "A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil." *In*: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.* 2ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006b, p. 193-284.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares.* São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Direitos fundamentais e relações entre particulares. In:* Revista Direito GV. Vol. 1, nº 1, p. 173-180, 2005.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.* São Paulo: Malheiros, 2004.

UBILLOS, Juan María Bilbao. "¿ En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?" *In:* Sarlet. Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado.* 2ª ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.