

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**DIREITOS FUNDAMENTAIS E RELAÇÕES PRIVADAS À LUZ DO
ATIVISMO JURISDICIONAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

RAFAEL BRAVO GOMES

RIO DE JANEIRO

2008

RAFAEL BRAVO GOMES

**DIREITOS FUNDAMENTAIS E RELAÇÕES PRIVADAS À LUZ DO
ATIVISMO JURISDICIONAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio de Janeiro, como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Dr. José Ribas Vieira

RIO DE JANEIRO

2008

RAFAEL BRAVO GOMES

**DIREITOS FUNDAMENTAIS E RELAÇÕES PRIVADAS À LUZ DO
ATIVISMO JURISDICIONAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio de Janeiro, como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data da aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

José Ribas Vieira – Presidente da Banca Examinadora.
Prof. Dr. da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ – Orientador.

Gomes, Rafael Bravo.
Direitos Fundamentais e Relações Privadas à Luz do Ativismo Jurisdicional do
Supremo Tribunal Federal/ Rafael Bravo Gomes. – 2008.
72 f.

Orientador: José Ribas Vieira.
Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro,
Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.
Bibliografia: f. 69-72.

1. Direitos Fundamentais – Monografias. I. Vieira, José Ribas. II. Universidade
Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade
de Direito. III. Título.

CDD 341.27

AGRADECIMENTOS

Aos professores da Faculdade Nacional de Direito, em especial o professor José Ribas Vieira, pelo comprometimento com o meio acadêmico e atenciosa orientação, características fundamentais para o amadurecimento deste estudo.

A minha família, pelo constante incentivo e carinho incondicional.

First: each person is to have an equal right to the most extensive scheme of equal basic liberties compatible with a similar scheme of liberties for others.

(John Rawls, A Theory of Justice)

RESUMO

GOMES, R. B. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas à Luz do Ativismo Jurisdicional do Supremo Tribunal Federal*. 2008. 72 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

O presente estudo analisa as questões acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas, abordando de forma detalhada as divergências doutrinárias acerca dos princípios vistos como direitos subjetivos públicos do homem, pela doutrina clássica. Primeiramente, visualiza-se a evolução histórica destes direitos individuais, a fim de se entender a importância da discussão acerca da eficácia horizontal. Na segunda parte, são estudadas as divergências doutrinárias no direito comparado sobre o tema. Em uma terceira parte, analisa-se o desenvolvimento da discussão na doutrina pátria, bem como o posicionamento dos autores que escrevem sobre a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares e a solução para vinculação destes mediante uma ponderação de direitos. Por fim, a última parte dedica-se a promover um estudo descritivo acerca da aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal, erguendo-se uma correlação entre a eficácia como instrumento de direito material para se proceder ao ativismo do poder judiciário.

Palavras-chave: Constitucional; Direitos Fundamentais; Eficácia Horizontal; Ativismo.

ABSTRACT

GOMES, R. B. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas à Luz do Ativismo Jurisdicional do Supremo Tribunal Federal*. 2008. 72 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

This study examines the issues about the horizontal effectiveness of the fundamental rights in private relationships, addressing in detailed the doctrinal differences about the principles seen as public subjective rights of man, by the classic doctrine. Firstly, we visualize the historical evolution of these individual rights, to understand the importance of the discussion about the horizontal effectiveness. In a second part, the doctrinal differences are study in the comparative law. The third part analyses the development of the discussion in the homeland doctrine as well as the understanding of the authors who write about the effectiveness of fundamental rights between individuals and the solution to these ties through a balance of rights. Finally, the last part is dedicated to promoting a descriptive study on the application of fundamental rights in relations between individuals and the judicial activism of the Supreme Federal Court and to stands a correlation between the effectiveness as an instrument of substantive law in order to make the activism of the judiciary.

Keywords: Constitutional; Rights; Horizontal Effectiveness; Activism.

SUMÁRIO

REFERÊNCIAS.....	67
------------------	----

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo possui como objetivo principal a construção de uma ponte entre dois temas de grande relevância para a doutrina contemporânea. A saber: a eficácia horizontal dos direitos Fundamentais e o ativismo jurisdicional do Supremo Tribunal Federal.

De fato, no ano em que a Constituição da República de 1988 completa vinte anos de vigência e o caso paradigmático que deu origem a discussão acerca da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas no direito alemão, conhecido como caso Lüth, completa cinquenta anos de existência, impõe-se uma renovação da questão doutrinária.

Diante do quinquagésimo aniversário do caso Lüth, aponta Jacco Bomhoff:

Secondly, and, if possible, even more importantly, the *Lüth* decision can be regarded as the foundation of what has come to be called the ‘Postwar Paradigm’ of constitutional rights adjudication. With *Lüth* – and with the *Apotheken* decision of a few months later – a movement began on the part of increasing numbers of courts around the world to adopt the language of judicial balancing to justify their decisions on constitutional rights. The literature on the German model of rights adjudication – the model of ‘balancing rights and duties’, as in Donald Kommer’s recent description – and on the ‘Postwar Paradigm’ generally, is immense and extraordinarily rich. *Lüth’s* 50th anniversary, hopefully, should offer at least some justification for briefly reflecting, from a comparative perspective, upon the originality of a vision of rights adjudication that will undoubtedly continue to inspire judges and scholars for decades to come¹. (grifos do autor)

Através de uma metodologia pautada na análise bibliográfica de obras de autores nacionais e do direito comparado, além de uma abordagem jurisprudencial da Corte Constitucional, busca-se de forma descritiva criar uma conexão entre a tutela dos direitos fundamentais, em constante ampliação pelo STF e a conduta ativista que este vem adotando,

¹ BOMHOFF, Jacco. *Lüth’s 50th Anniversary: Some Comparative Observations on the German Foundations of Judicial Balancing*. German Law Journal, vol. 9, No. 02 (February 2008). Disponível em: <<http://www.germanlawjournal.com>>. Acesso em 13 mar. 2008.

Secundariamente, e, se possível, ainda mais importante, a decisão Lüth pode ser encarada como a fundação do que passou a ser chamado de paradigma do pós-guerra de adjudicação de direitos constitucionais. Com Lüth – e com a decisão Apotheken de alguns meses depois – um movimento começou de forma crescente nas Cortes por todo o mundo em adotar a linguagem da ponderação judicial para justificar as decisões acerca de direitos fundamentais. A leitura no modelo germânico de adjudicação de direitos – o modelo de ponderar direitos e deveres, como na recente descrição de Donald Kommer’s – e no paradigma do pós-guerra, é imensa e extraordinariamente rica. O aniversário de 50 anos do caso Lüth, esperançosamente, deverá oferecer no mínimo alguma justificação para uma breve reflexão, de uma perspectiva comparativa, sob a originalidade da visão de adjudicação de direitos que irá indubitavelmente continuar a inspirar os juízes e acadêmicos por décadas afora (tradução livre).

principalmente após a Emenda Constitucional nº 45/2004, onde se estabeleceu os institutos da súmula vinculante e da repercussão geral.

O primeiro capítulo traz a origem histórica dos direitos fundamentais, como ponto de partida para se entender a problemática acerca da incidência ou eficácia destes direitos, originariamente concebidos como direitos subjetivos públicos, nas relações entre particulares.

Cumprе ressaltar, neste momento, que, em que pese discussão terminológica sobre o qual termo o mais correto a ser utilizado (eficácia, validade ou vinculação?), qualquer uma das expressões, de certa forma, passa a informação e a compreensão necessária para se promover a discussão jurídica em tela, como bem asseverou Daniel Sarmento:

Mas, como disse Shakespeare, “O que são os nomes? O que chamamos de rosa, com outro nome, não teria igual perfume? Seguindo o bardo, não daremos maior importância à discussão terminológica em nosso ensaio, pois somos da opinião de que o rótulo bem pouco importa no estudo de qualquer controvérsia².

Por conseguinte, aborda-se a discussão doutrinária sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre particulares no direito comparado, a fim de observar a profundidade com que o tema é debatido, principalmente, em países cujas doutrinas influenciam sobremaneira o direito brasileiro.

O terceiro capítulo, por sua vez, se encarrega de abordar as influências do direito comparado e demonstrar o posicionamento da doutrina pátria sobre a incidência dos direitos fundamentais, considerando-se a Constituição de 1988, de notório cunho social e preocupação com a promoção da igualdade substancial.

Por fim, através de uma análise dos julgamentos do STF acerca da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, apontasse uma postura dos ministros da Suprema Corte em promover uma ampliação de sua competência ou de buscar o debate acerca da tutela dos preceitos constitucionais, realizando-se, assim, a ligação entre ativismo jurisdicional e eficácia horizontal.

Cumprе ressaltar que a análise dos julgados e a discussão doutrinária em tela se darão de forma descritiva, no intuito de se apontar uma preocupação sobre o rumo que a Suprema Corte poderá adotar futuramente se valendo de uma aplicação dos direitos fundamentais para ampliar sua competência em uma postura eminentemente ativista.

² SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e Relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 10.

2 A ORIGEM HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 Considerações Preliminares

Inicialmente, cumpre destacar a evolução histórica dos direitos fundamentais, que guarda importância para o estudo, não só da eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, como também, da interpretação constitucional.

Neste diapasão, *mister* destacar as lições do professor Ingo Wolfgang Sarlet sobre a relevância da abordagem histórica dos direitos fundamentais:

É necessário frisar que a perspectiva histórica ou genética assume relevo não apenas como mecanismo hermenêutico, mas, principalmente, pela circunstância de que a história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem³.

Logo, objetivando-se a busca pela maior completude do presente estudo, impõe-se no presente capítulo a evolução dos direitos fundamentais, que deve ser visualizado através das fases do constitucionalismo e a conquistas de direitos que surgem, segundo Daniel Sarmento, “com as mutações políticas, sociais e culturais”⁴.

Cumpre ressaltar que no presente estudo acerca dos direitos fundamentais e o ativismo da Corte Constitucional Pátria, não se pode abordar a origem histórica do surgimento dos direitos fundamentais como dimensões ou muito menos como gerações de direitos.

Nesse sentido, cabe ressaltar as palavras de Peter Häberle em entrevista com o professor Francisco Ballaguer Callejón:

O senhor conhece a teoria das três gerações de direitos humanos: o direitos humanos clássicos, econômicos, sociais, culturais e, agora, o direitos ao desenvolvimento do meio ambiente etc. Em minha opinião, essas três gerações são amostra da força e da necessidade de aperfeiçoamento da eficácia garantidora dos direitos fundamentais; da visão dos direitos fundamentais no sentido de sua evolução histórica e do seu desenvolvimento

³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9ª ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado ed., 2008. p. 42.

⁴ SARMENTO, DANIEL. Op. Cit. p. 19.

contínuo de maneira aberta. Não podemos separar, todavia, de maneira estrita, em compartimentos (1ª geração, 2ª geração e 3ª geração) os direitos humanos (...). Os compartimentos devem entender-se, portanto, em sentido relativo, visto que há múltiplas relações entre as gerações de direitos humanos⁵.

Desta forma, também ensina André de Carvalho Ramos, ao citar Cançado Trindade:

Há aqueles como CANÇADO TRINDADE que apontam outras falhas da teoria geracional. Para o citado autor, a metáfora da *sucessão no tempo* não é perfeita, havendo até descompasso em face do Direito Internacional, no qual alguns direitos sociais foram consagrados em convenções internacionais do trabalho (a partir do surgimento da Organização Internacional do Trabalho em 1919), antes meso que os próprios direitos de “primeira” geração (cujos diplomas internacionais são d pós-Segunda Guerra Mundial) Além disso, sustenta CANÇADO TRINDADE QUE a teoria geracional estimula uma ‘visão atomizada ou fragmentada do universo dos direitos humanos. Tal visão, a primeira vista utilizável para fins didáticos, serve para justificativa de realização progressiva de uma geração em detrimento da outra.
(...)
Nesse diapasão, a unidade dos direitos humanos é importante por estimular uma visão integral desse conjunto de direitos, todos essenciais para uma vida humana digna⁶ (grifos do autor).

Cumprida, ainda, o posicionamento de André Ramos Tavares:

É preciso anotar que os autores têm preferido falar em gerações, querendo significar gerações sucessivas de direitos humanos. A idéia de ‘gerações de direitos’, contudo, é equívoca, na medida em que dela se deduz que uma geração se substitui, naturalmente, à outra, e assim sucessivamente, o que não ocorre, contudo com as ‘gerações’ ou dimensões’ dos direitos humanos. Daí a razão da preferência pelo termo ‘dimensão’⁷.

No entanto, o professor levanta críticas à utilização do termo “dimensão”, senão vejamos:

Em segundo lugar, deve-se registrar que essa tripartição dos direitos fez com que os de primeira dimensão pudessem ser considerados como imediatamente exigíveis e implementáveis, ao passo que os de segunda dimensão necessitariam, para tanto, de uma disponibilidade orçamentária (e política) de cada Estado que os contemplasse em seus textos constitucionais. Ocorre que mesmo os direitos de primeira dimensão exigem uma *prestação positiva* do Estado (apesar de caracterizarem-se tecnicamente, como uma

⁵ Peter Häberle *apud* VALADÉS, Diego (Org.). *Conversas Acadêmicas com Peter Häberle*. Tradução do espanhol de Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 39.

⁶ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 87-88.

⁷ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, p. 426. 2007.

“não intervir”). Assim, v.g., com o direito de propriedade e a própria liberdade de locomoção, que estão a demandar um aparato policial (segurança pública, custeada pelo Estado) nas ruas. A preservação jurídica da propriedade privada exige, igualmente, um sistema de registros públicos que seja capaz de assegurar os títulos dominiais, que implica uma manutenção e, pois, uma despesa inevitável, ainda que seja para o Estado apenas manter uma fiscalização sobre eles (como ocorre no Brasil)⁸ (grifo do autor).

Portanto, em que pese as inclinações doutrinárias em tratar da matéria como dimensões de direitos fundamentais, adota-se no presente estudo o entendimento de Peter Häberle, para quem estes direitos seriam parte de uma universalidade, de conquistas das demandas sociais e políticas de cada época. Qualquer menção ao termo “dimensão” ou “geração” será meramente didático no presente estudo.

Igualmente necessário é o destaque da terminologia utilizada para tratar dos direitos fundamentais, não se adotando a expressão “direitos humanos”, em que pese ambos serem utilizados como sinônimos, uma vez que o último, conforme ensina o professor Ingo Wolfgang Sarlet: “guarda relação com documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independente de sua vinculação com determinada ordem constitucional.”⁹

De fato, afirma o eminente professor que: “o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado.”¹⁰

Assim, a par das considerações realizadas, assevera Daniel Sarmento, sobre a evolução histórica dos direitos fundamentais, que:

É possível dividir a trajetória histórica dos direitos fundamentais na Modernidade em duas grandes fases, que correspondem, reciprocamente, ao Estado Liberal e ao Estado Social. Cada um destes modelos apresenta características básicas que têm enorme relevo para a definição da incidência, ou não, dos direitos humanos nas relações privadas¹¹.

A divisão adotada pelo professor parecer ser a forma mais didática de se proceder a abordagem histórica dos direitos fundamentais à luz do direito positivo.

2.2 Estado Liberal

⁸ Ibid. p.432.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit. p. 35.

¹⁰ Loc. Cit.

¹¹ SARMENTO, Daniel. Op. Cit. p. 19.

A par dos direitos apontados pelo jusnaturalismo, como direitos naturais, inerentes a condição humana, observa-se o surgimento positivado destes, como a primeira dimensão de direitos fundamentais, na Declaração de Direitos do povo da Virgínia, de 1776, e na Declaração Francesa de 1789.

Como bem assevera Ingo Sarlet:

Tanto a declaração francesa quanto as americanas tinham como características comum sua profunda inspiração jusnaturalista, reconhecendo ao ser humano direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, direitos de todos os homens, e não apenas de uma casta ou estamento¹².

Em que pese a importância das cartas americanas, que reconheciam certas “liberdades” aos cidadãos, é necessária análise mais detida sobre o modelo europeu, originado do contexto da Revolução Francesa, que rompeu com o Estado Absolutista de Luiz XIV, que afirmava: *L'État s'est moi* (grifo nosso). A figura do monarca se confundia com a do próprio Estado, marcado pela arbitrariedade e opressão do campesinato, base da sociedade estamental.

Diante deste contexto, afirma Daniel Sarmento que: “Era necessário proteger o indivíduo do despotismo do Estado, garantindo-lhe um espaço de liberdade inexpugnável”¹³. Será através da revolução que o povo buscará sua liberdade, como proteção frente ao poder absoluto do governante.

Com a queda da monarquia, restou nítida a necessidade da positivação dos direitos que, até então, eram defendidos pelos jusnaturalistas, para sedimentar a liberdade do homem perante o Estado.

Ressalte-se que: “o apogeu do jusnaturalismo ocasiona também sua superação, pois os direitos, antes inatos e transcendentais, tinham recebido acolhimento pela ordem jurídica positiva”¹⁴, emergindo então o positivismo jurídico.

Ensina André Ramos Tavares, ao citar Pérez Luño, que: “foi assim que nasceu, historicamente, a categoria dos direitos públicos subjetivos, ‘como una alternativa pretendida técnica y aseptica a la noción de los derechos naturales’”¹⁵.

Assim, destaca Daniel Sarmento:

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit. p. 51.

¹³ SARMENTO, Daniel. Op. Cit. p. 21.

¹⁴ Ibid. p. 29.

¹⁵ TAVARES. André Ramos. Op. Cit. p. 417.

A fórmula utilizada para a racionalização e legitimação do poder pelo Iluminismo era a Constituição, lei escrita e superior às demais normas, que deveria estabelecer a separação dos poderes para controlá-los – *le pouvoir arrête le pouvoir*, como afirmou Montesquieu – e garantir os direitos do cidadão, oponíveis em face do Estado¹⁶ (grifo do autor).

Ainda, aponta o professor que:

A própria teoria contratualista das teorias sobre direitos humanos induz a idéia de que, na concepção dos filósofos inspiradores do constitucionalismo, tais direitos também valiam no âmbito das relações privadas. De fato, se os direitos eram naturais e precediam a criação do Estado, é evidente que eles podiam ser invocados nas relações privadas¹⁷.

Importante frisar, também, a lição de Paulo Bonavides acerca dos direitos de liberdade:

Se hoje esses direitos parecem já pacíficos na codificação política, em verdade se moveram em cada país constitucional num processo dinâmico de ascendente, entrecortado não raro eventuais recuos, conforme a natureza do respectivo modelo de sociedade, mas permitindo visualizar a cada passo uma trajetória que parte com frequência do mero reconhecimento formal para concretizações parciais e progressivas, até ganhar a máxima amplitude nos quadros consensuais de efetivação democrática¹⁸.

Entretanto, a doutrina liberal dos direitos humanos consolidou-se em outro sentido, sendo os direitos fundamentais concebidos como limites para a atuação dos governantes, em prol da liberdade dos governados, tendo em vista o enfoque da experiência absolutista.

Nesse sentido, no âmbito do direito público, vigoravam os direitos fundamentais, erigindo limites à atuação estatal enquanto no plano do direito privado, que disciplinava relações entre sujeitos formalmente iguais, o princípio fundamental era o da autonomia da vontade.

Assim, ensina Daniel Sarmento que:

No catecismo liberal, o *locus* exclusivo de regulamentação das relações privadas era o Código Civil, que, tendo como pilares a propriedade privada e o contrato, buscava assegurar a segurança e a previsibilidade das regras do jogo para os sujeitos de direito nas suas relações recíprocas.¹⁹ (grifo do autor)

¹⁶ SARMENTO, Daniel. Op. Cit. p. 24.

¹⁷ Ibid. p. 27.

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª Ed. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 563.

¹⁹ SARMENTO, Daniel. Op. Cit. p. 30.

2.3 Estado Social

Apesar do progresso que o advento dos direitos liberais representara, para a humanidade, a “industrialização, realizada sob o signo do *laissez faire, laissez passer*, acentuara o quadro de exploração do homem pelo homem, problema que o Estado liberal absenteísta não tinha como resolver”²⁰ (grifo do autor).

Como bem afirmou Canotilho, acerca do liberalismo clássico: “o homem civil precederia o ‘homem político’ e o ‘burguês estaria antes do cidadão”²¹.

Nesse sentido, asseverou Nelson Saldanha sobre os excessos do capitalismo que acabaram: “(...) por desnaturar a idéia de liberdade e por dar a deixa para a famosa pergunta de Proudhon: ‘*Où est la liberté du non propriétaire?*’ (Onde está a liberdade do não proprietário?)”²² (grifo do autor).

Será nesse período, marcado pela desigualdade material, de exploração do proletariado, que surgirá a idéia dos direitos sociais, de cunho preponderantemente prestacional. Nesse caminho, destaca-se a lição de Ingo Sarlet, sobre os direitos de segunda dimensão:

O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social.²³

Aponta Daniel Sarmento, como correntes contrárias ao regime liberal que surgem no período da desenfreada industrialização, o marxismo, o socialismo utópico e a doutrina social da Igreja, que: “sob perspectivas diferentes, questionavam o individualismo exacerbado do constitucionalismo liberal”²⁴.

Para o marxismo, segundo o professor fluminense:

Os direitos humanos do liberalismo compunham a superestrutura ligada à dominação econômica exercida pela burguesia sobre o proletariado (...) uma

²⁰ Ibid. p. 31.

²¹ CANOTILHO, José J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Almedina ed., 2008. p. 93.

²² SALDANHA, Nelson. “*O que é o Liberalismo?*”. In: *Estado de Direito, Liberdades e Garantias (Estudos de Direito Público e Teoria Política)*. São Paulo: Sugestão Literária, 1980. p. 89, *apud*, SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit. p. 55.

²⁴ SARMENTO, Daniel. Op. Cit. p. 31.

fachada, que visava conferir um verniz de legitimidade a uma relação de exploração, que só teria fim com a implantação do comunismo e o fim das classes sociais.²⁵

O socialismo utópico, por sua vez, menos radical, acreditava na possibilidade de convencimento da burguesia da necessidade de promoção de reformas sociais. Esta doutrina, posteriormente, desempenhará um papel relevantíssimo na criação do direito do trabalho.

Igualmente conservadora, se mostrava a doutrina social da Igreja que, ao contrário da idéia marxista, defendia, de forma moderada e pacífica, a instituição de direitos mínimos para o trabalhador.

Contudo, será pela influência das idéias marxistas que eclode na Rússia a Revolução de 1917, que visava a apropriação coletiva dos meios de produção. O medo dos processos revolucionários, de fato, será o motivo que facilitará a transação do Estado absenteísta para o *Welfare State* (Grifo nosso).

A democratização política, destacando como relevante a extensão paulatina do sufrágio, “rompera a hegemonia absoluta da burguesia no Parlamento, abrindo caminho, no plano político, para a afirmação de necessidades dos extratos mais desfavorecidos da população. Surge então, na virada para o século XX, o Estado do Bem-Estar Social”.²⁶

Nesse sentido, afirma o professor Paulo Bonavides:

Os direitos sociais fizeram nascer a consciência de que tão importante quanto salvaguardar o indivíduo, conforme ocorria na concepção clássica dos direitos da liberdade, era proteger a instituição, uma realidade social muito rica e aberta à participação criativa e à valoração da personalidade que o quadro tradicional da solidão individualista, onde se formara o culto liberal do homem abstrato e insulado, sem a densidade dos valores existenciais, aqueles que unicamente o social proporciona em toda a plenitude.²⁷

Observa-se a positivação dos direitos sociais e econômicos, sob a premissa de que, diante da desigualdade fática de fato existente entre o meio social, se o Estado não agir para proteger o mais fraco do mais forte, os ideais éticos de liberdade, igualdade e solidariedade em que se lastreiam iriam ruir.

Como exemplo de direitos de segunda dimensão, podemos destacar o direito à saúde, à previdência, à educação, salientando-se que esta geração, segundo Daniel Sarmento:

²⁵ Loc. Cit.

²⁶ Ibid. p. 33.

²⁷ BONAVIDES, Paulo. p. 565.

“impunha ao Estado o cumprimento de prestações positivas, que tinham de ser asseguradas através de políticas públicas interventivas”.²⁸

No entanto, assevera Ingo Wolfgang Sarlet que:

Há que atentar para a circunstância de que estes não englobam apenas direitos de cunho positivo, mas também as assim denominadas ‘liberdades sociais’, do que dão conta os exemplos de direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como o direito a férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho.²⁹

De fato: “os direitos fundamentais existem para a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana, e esta é ameaçada tanto pela afronta às liberdades públicas, como pela negação de condições mínimas de subsistência ao indivíduo”.³⁰

Assim, a positivação dos direitos sociais, em que pese serem compatíveis com as liberdades econômicas e individuais, irá gerar certa relativização destas últimas, observando-se que “a propriedade não vai merecer a proteção absoluta que lhe dispensava o Estado Liberal, pois será limitada condicionada por interesses coletivos e de não-proprietários”.³¹

Para André Ramos Tavares:

Enquanto o individualismo, que se fortaleceu na superação da monarquia absolutista, o Estado era considerado o inimigo contra o qual se deveria proteger a liberdade do indivíduo, com a filosofia social o Estado se converteu em amigo, obrigado que estava, a partir de então, a satisfazer as necessidades coletivas da comunidade³².

No contexto do Estado Social, a intervenção estatal se aprofunda através da multiplicação da produção de normas jurídicas, que ocasiona uma verdadeira: “inflação legislativa”.³³ A estabilidade das normas é substituída pela efemeridade e o direito positivo torna-se caótico.

A demanda crescente de intervenção do Estado no meio econômico e social, principalmente com o avanço tecnológico, fortalece o Poder Executivo, que absorve parcelas do poder normativo tradicionalmente afetos apenas ao Parlamento.

²⁸ SARMENTO, Daniel. Op. Cit. p. 35.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Op Cit. p. 55.

³⁰ SARMENTO, Daniel. Op. Cit. p. 36.

³¹ Loc. Cit.

³² TAVARES, André Ramos. Op. Cit. p. 428.

³³ Nesse sentido, destaca-se a expressão utilizada pelo Professor Daniel Sarmento *in*: Direitos Fundamentais e Relações Privadas, p. 39, sobre a intensificação da atuação regulamentar do estado, que foi convocado para disciplinar os mais variados campos da vida social.

Resta nítido, neste contexto, um processo de publicização do privado, que encerra perigos evidentes, como, o surgimento de regimes totalitários, que buscam legitimar suas condutas e ações opressoras com a afirmação de superioridade do coletivo sobre o individual.

Neste diapasão:

No afã de conformarem a realidade social, as constituições passam a valer-se com freqüência de normas de conteúdo programático, que traçam fins e objetivos a serem perseguidos pelo Estado, sem especificar, de modo suficientemente preciso, de que modo os mesmos devem ser atingidos.³⁴

Ainda neste contexto, observa-se o poder crescente de instâncias não-estatais como grandes empresas e associações, que, inclusive, irá ensejar a presente discussão da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Cumprе destacar, sobre o tema, a lição de Juan Maria Bilbao Ubillos:

“El Derecho no puede ignorar el fenómeno del poder privado. Tiene que afrontar esa realidad y dar una respuesta apropiada, que no podrá venir, desde luego, por la via de una adhesión incondicional al dogma de la autonomía privada. La sacralización de este principio, que hoy aparece seriamente erosionado em la experiencia del tráfico jurídico privado, há servido tradicionalmente para apuntalar la inmunidad de estos poderes, privando de garantías afectivas a quienes vem menoscabada injustificadamente su libertad”³⁵.

Assim, é no Estado Social que o poder se pulveriza pela sociedade, sendo certo que os atores privados, em muitos casos, revelam-se mais perigosos aos direitos humanos do que o poder exercido pelas autoridades públicas, que possui, até certo ponto, uma legitimação democrática e, por este motivo, é passível de certo controle social.

Diante das mudanças sociais apontadas, podemos afirmar que: “toda a lógica inerente ao estado social reclama uma vinculação do particular aos direitos fundamentais”³⁶.

2.4 Estado Pós-Social

³⁴ SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas, p. 40.

³⁵ UBILLOS, Juan Maria Bilbao. *En qué medida vinculam a los particulares los derechos fundamentales?*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 303.

³⁶ SARMENTO, Daniel. Op. Cit. p. 43.

A partir dos choques do petróleo na década de 70, instaura-se uma crise no *Welfare State*. “O estado, que havia se expandido de modo desordenado, tornando-se burocrático e obeso, encontrava enormes dificuldades para se desincumbir das tarefas gigantescas que assumira”³⁷.

Cada vez mais, era difícil ao Estado obter recursos financeiros suficientes ao atendimento dos direitos sociais. Esta crise é acentuada, entre outros fatores, pela globalização econômica, que diluiu a importância das fronteiras, força os agentes econômicos a buscarem a redução, a qualquer preço, dos seus custos, sob pena de perda da capacidade competitiva.

Na verdade: “é a consciência de um mundo partido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas ou em fase de precário desenvolvimento deu lugar em seguida a que se buscasse uma outra dimensão dos direitos fundamentais, até então desconhecida”³⁸.

Como bem ensina Ingo Sarlet, essa nova dimensão de direitos:

Cuida-se, na verdade, do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico do segundo pós-guerra e suas contundentes conseqüências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais³⁹.

Dentre os direitos fundamentais de terceira dimensão consensualmente mais citados, cumpre referir os direitos à paz, à de autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito à comunicação⁴⁰.

Aponta o professor Ingo Sarlet que o direito de informática como direito de especial relevância e “cujo reconhecimento é postulado justamente em virtude do controle cada vez maior sobre a liberdade e intimidade individual mediante bancos de dados pessoais, meios de comunicação, etc”⁴¹.

De fato, a intensa inovação tecnológica, sobretudo no campo da informática, proporciona aos governos e a autores privados a possibilidade de se obter informações sobre os cidadãos, o que se configura como verdadeira ameaça ao direito à intimidade. Nesse sentido, destaca-se a lição do professor italiano Stefano Rodotà:

³⁷ Loc Cit.

³⁸ BONAVIDES, Paulo. Op. Cit. p.569.

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit. p. 56.

⁴⁰ Nesse sentido, Ingo W. Sarlet, Paulo Bonavides. Ainda, Karel Vasak. “*Léçon Inaugurale*”, sob o título *Pour les Droits de l’Homme de la troisième Génération: Les Droits de Solidarité*, ministrada em 02 de julho de 1979, em Estrasburgo.

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit. p. 57.

É bem evidente, de fato, que o enorme aumento da quantidade de informações pessoais coletadas por instituições públicas e privadas visa, sobretudo a dois objetivos: a aquisição dos elementos necessários à preparação e gestão de programas de intervenção social, por parte dos poderes públicos, e o desenvolvimento de estratégias empresariais privadas; e o controle da conformidade dos cidadãos à gestão política dominante ou aos comportamentos prevaletentes. Evocar a defesa da privacidade assume, portanto, significados diversos, dependendo de qual seja o objetivo perseguido através da coleta das informações⁴².

Revela-se importante, portanto, o direito à informação como meio de proteção ao direito à intimidade e à privacidade, principalmente diante da informatização e avanço tecnológico, que permitem aos agentes privados obterem dados pessoais e procederem a bancos de informações sobre determinados indivíduos.

Ainda neste contexto, cumpre destacar, segundo parte da doutrina constitucionalista⁴³, a existência de uma quarta dimensão de direitos fundamentais, que seria representado através das referências às garantias contra manipulação genética, ao direito de morrer com dignidade, ao direito à mudança de sexo.

Sobre o tema, é relevante ressaltar as palavras de Ingo Sarlet, ao citar a obra do professor Paulo Bonavides:

Contudo, há que se referir, no âmbito do direito pátrio, a posição do notável Prof. Paulo Bonavides, que, com a sua peculiar originalidade, se posiciona favoravelmente ao reconhecimento da existência de uma quarta dimensão, sustentando que esta é o resultado da globalização de direitos fundamentais, no sentido de uma universalização no plano institucional, que corresponde, na sua opinião, à derradeira fase de institucionalização do Estado Social.⁴⁴

Assim, o direito à informação, mencionado acima, estaria abarcado pela quarta dimensão de direitos fundamentais, assim como pelo direito ao pluralismo.

Cumpre ressaltar, por oportuno, entendimento de Augusto Zimmermann, que aborda uma quarta e quinta geração de direitos:

Os novos direitos surgiram do desenvolvimento histórico dos direitos fundamentais. São direitos de quarta e quinta gerações. Segundo José Alcebiades de Oliveira Júnior, os direitos de 4ª geração são os direitos de manipulação genética, relacionados a biotecnologia e bioengenharia, e que tratam de questões sobre a vida e a morte e que requerem uma discussão ética prévia. Os direitos de 5ª geração, por fim, representam os advindos

⁴² RODOTÁ, Stefano. *A Vida na Sociedade da Vigilância – A Privacidade Hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 28.

⁴³ Nesse sentido, podemos destacar as lições de Paulo Bonavides (*in*: Curso de Direito Constitucional, 22ª Ed.2008) e Ingo Wolfgang Sarlet (*in*: A Eficácia dos Direitos Fundamentais, 9ª Ed., 2007).

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.* p. 58.

com a chamada realidade virtual que compreendem o grande desenvolvimento da cibernética na atualidade, implicando o rompimento de fronteiras, estabelecendo conflitos entre países com realidades distintas, via Internet⁴⁵.

Esta posição, em relação àqueles que entendem esses direitos como pertencentes à terceira dimensão:

Oferece nítida vantagem de constituir, de fato, uma nova fase no reconhecimento de direitos fundamentais, qualitativamente diversa das anteriores, já que não se cuida apenas de vestir com roupagem nova reivindicações deduzidas, em sua maior parte, dos clássicos direitos de liberdade⁴⁶.

Os direitos de terceira e quarta dimensão se destacam no Estado Pós-Social, diante das intensas mutações sociais e econômicas desse período, como por exemplo, a Globalização, já mencionada anteriormente, e a intensa desestatização de setores econômicos, a fim de enxugar a máquina da administração pública.

Segundo Daniel Sarmiento:

Trata-se de um estado subsidiário, que restitui à iniciativa privada o exercício de atividades econômicas às quais vinha se dedicando através de privatizações e reengenharias múltiplas. De um Estado que também vai buscar parcerias com a iniciativa privada e com o terceiro setor, para a prestação de serviços públicos e desempenho de atividades de interesse público⁴⁷.

Assim, observa-se que o próprio monopólio estatal na produção de normas é flexibilizado, pois instâncias privadas nacionais ou supranacionais, detentoras de efetivo poder social, passam a ditar regras de comportamento, que se revestem de obrigatoriedade dentro de certos âmbitos específicos, com a complacência do Estado.

Acerca do fenômeno do poder privado, importante asseverar as palavras de Carlos Roberto Siqueira Castro:

Todavia, o agravamento dos antagonismos sociais que estremeceu definitivamente as premissas do liberalismo econômico no limiar do presente século, impôs, no plano do pensamento constitucional, a convicção de que os direitos fundamentais sediados na Constituição devem ser protegidos não apenas em face do Estado, mas especial e crescentemente em face da própria sociedade, nas multiformes relações entre particulares⁴⁸.

⁴⁵ ZIMMERMANN, Augusto. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 220.

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit. p. 59.

⁴⁷ SARMENTO, Daniel. Op Cit. p. 51.

Diante desse panorama, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, parece uma saída atraente. Desta forma:

Os poderes econômicos privados têm não apenas o dever moral de garantir certas prestações sociais para as pessoas carentes com que se relacionarem, mas também, em certas situações, a obrigação jurídica de fazê-lo⁴⁹.

2.5 Estado Moderno e Pós-Moderno

A abordagem da figura do Estado Moderno, também apresenta relevância a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, uma vez que: “os direitos fundamentais, a limitação dos governantes e a legitimação deste poder pelo consentimento dos governados são noções típicas da Modernidade”⁵⁰.

Na sociedade pós-industrial, característica da Era Pós-Moderna, o poder e a riqueza passam a residir não mais na propriedade dos meios de comunicação, mas na posse de conhecimento e de informações, tornando-se importante o destaque dos direitos de quarta geração, mencionados neste capítulo.

Segundo Daniel Sarmiento:

Fala-se, inclusive, no advento de uma ‘sociedade de risco’, pois se tornou necessário não apenas partilhar a riqueza, como no Estado do Bem-Estar, mas também os riscos decorrentes do comportamento humano, que se exarcebaram diante das inovações tecnológicas surgidas ao longo do século XX⁵¹.

Como exemplo, destaca o professor, a invenção da Bomba Atômica, da utilização da energia nuclear, os progressos na tecnologia de armamentos, na genética e em outras áreas de conhecimento.

No campo do Direito, projeta-se:

A aversão às construções de valores jurídicos universais, apontados como etnocêntricos, o que se aplica, por exemplo, aos direitos do homem. Prefere-se o relativismo ao universalismo, destacando-se a importância das tradições

⁴⁸ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 246.

⁴⁹ SARMENTO, Daniel. Op. Cit. p. 53.

⁵⁰ Ibid. p. 55.

⁵¹ Ibid. p. 57.

locais na identidade humana e revalorizando as experiências jurídicas das culturas não ocidentais.⁵²

O direito pós-moderno pretende-se também mais flexível e adaptável às contingências do que o direito coercitivo e sancionatório. Fala-se em desregulamentação e deslegalização. Ainda, busca-se a resolução de conflitos por instrumentos substitutivos da Justiça, como a arbitragem e a mediação.

No que diz respeito ao direito constitucional, destaca o professor que:

O pós-modernismo vai se revelar francamente incompatível com o projeto da Constituição dirigente, que sob a sua ótica, encarnaria uma visão totalitária, por subtrair a liberdade de ação das instâncias da sociedade, mas também quixotesca, porque desconhecadora dos limites da regulação jurídica sobre os universos econômico, político e social.⁵³

Nota-se, portanto, uma rejeição às dimensões substantivas da constituição, que passa a ser concebida como estatuto procedimental. Tal posição:

Projeta inequívocos efeitos sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. De fato, a extensão destes direitos à esfera privada traduz a intenção de redefinir as relações travadas na sociedade civil, no mercado e na família, a partir dos valores humanitários de igualdade, liberdade e solidariedade, inscritos nos textos constitucionais.⁵⁴

Assim, através do presente capítulo, demonstrou-se a importância da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que já se depreendia da filosofia jusnaturalista. Ao longo da evolução humana, observa-se a necessidade cada vez maior de aplicação desses direitos na solução de *hard cases* trazidos aos tribunais constitucionais (grifo nosso).

Apesar das críticas pós-modernas, a extensão dos direitos fundamentais na ordem civil se mostra como patrimônio jurídico da humanidade, não se podendo dela abdicar, sob pena de proceder a um flagrante retrocesso.

⁵² Ibid. p. 59.

⁵³ Ibid. p. 62.

⁵⁴ Ibid. p. 63

3 A EFICÁCIA HORIZONTAL NO DIREITO COMPARADO

3.1 Considerações Preliminares

A problemática sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas gira em torno da impossibilidade de se transplantar, de forma simples, o particular para a posição de sujeito passivo desses direitos, equiparando o seu regime jurídico aos dos Poderes Públicos, pois o indivíduo, ao contrário do Estado, é titular de direitos fundamentais, e está investido pela própria Constituição em um poder de autodeterminação de seus interesses particulares.

Por outro lado, torna-se patente que os indivíduos não estão isoladamente contrapostos ao Estado como pressupunham as teorias liberais-burguesas. Segundo José Carlos Vieira de Andrade que:

A sociedade deixa de ser (ou de poder ser vista como) o palco de actuações individuais, à medida que se verifica a profunda diversificação e imbricação entre os interesses das pessoas e se multiplica a actividade dos partidos e dos grupos de interesse – sindicatos, associações patronais, igrejas, grupos económicos, associações cívicas, profissionais, desportivas, etc. – que dispõem, cada vez mais, de elevado poder social e político⁵⁵.

Segundo Konrad Hesse, a Constituição: “não é mais apenas a ordem jurídico-fundamental do Estado”, tendo se tornado: “a ordem jurídico-fundamental da comunidade”, visto que “suas normas abarcam também – de forma especialmente clara garantias tais como o matrimônio, a família, a propriedade, a educação ou a liberdade da arte e da ciência – as bases de organização da vida não estatal”⁵⁶.

Superada a idéia de que o direito constitucional e o direito privado tinham campos de incidência diversos, emerge o problema da aplicação dos direitos fundamentais nas relações interprivadas.

⁵⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos, Liberdades e Garantias no Âmbito das Relações entre Particulares*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 274.

⁵⁶ HESSE, Konrad. *Concepto e Cualidade de La Constitución*. In: *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1992, p. 16.

Nesse sentido, averbou Ingo Von Münch que: “uma vez desmoronado o dique que, segundo a doutrina precedente, separava o direito constitucional do direito privado, os direitos fundamentais se precipitaram como uma cascata no mar do direito privado”⁵⁷.

O ponto nodal, como já apontou Daniel Sarmiento:

Consiste na busca de uma fórmula de compatibilização entre, de um lado, uma tutela efetiva dos direitos fundamentais, neste cenário em que as agressões e ameaças a eles vêm de todos os lados e, do outro, a salvaguarda da autonomia privada da pessoa humana⁵⁸.

Nesse sentido, surgem no direito comparado, teorias acerca dos efeitos dos direitos fundamentais, recebendo especial destaque a experiência alemã e a experiência americana, não se esquecendo, contudo, das demais influências existentes, sobretudo no direito europeu.

Sobre o tema, bem ressaltou José Carlos Vieira de Andrade:

As posições tradicionalmente defendidas a este propósito na doutrina, em especial na doutrina alemã, dividiram-se entre aqueles que advogavam a aplicabilidade imediata dos preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais nas relações entre sujeitos privados (posições monistas) e aqueles que só admitiam a relevância indirecta ou a aplicabilidade mediata dos direitos fundamentais nesta área, mediante a regulação legislativa do direito privado (posições dualistas)⁵⁹.

Em que pese a divisão das teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais supramencionada, podemos destacar ainda uma terceira teoria, que: “reduz a discussão sobre a eficácia interprivada dos direitos fundamentais à doutrina dos deveres estatais de proteção daqueles direitos”⁶⁰.

Dito isso, passamos a analisar detidamente as correntes mais relevantes sobre o tema, a fim de acentuar as dificuldades acerca da eficácia dos direitos fundamentais.

3.2 Teoria da Eficácia Indireta ou Mediata dos Direitos Fundamentais

A teoria da eficácia horizontal indireta ou imediata (*Mittelbare Drittwirkung*), segundo Daniel Sarmiento: “foi desenvolvida originariamente na doutrina alemã por Günther Dürig,

⁵⁷ MÜNCH, Ingo Von. *Drittwirkung de los derechos fundamentales em alemania*. In: CODERCH. Pablo Salvador. *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*. Madrid.: Civitas, 1997, p.25-54.

⁵⁸ SARMENTO, Op. Cit. p. 225.

⁵⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. Cit. p. 275.

⁶⁰ *Ibid.* p. 225.

em obra publicada em 1956, e tornou-se a concepção dominante no direito germânico, sendo hoje adotada pela maioria dos juristas daquele país e sua Corte Constitucional”⁶¹.

Essa tese, como bem assevera a professora Jane Reis:

Tem o mesmo ponto de partida que informa a teoria imediata, preconizando que os direitos fundamentais, além de estabelecerem direitos subjetivos públicos oponíveis ao Estado, são também ‘decisões valorativas’, configurando uma ordem de valores objetiva que irradia efeitos em todas as esferas do direito⁶².

José Carlos Vieira de Andrade, cita o entendimento de Dürig, que adotava posicionamento típico das concepções dualistas, para quem: “o princípio constitucional da liberdade (e do livre desenvolvimento da personalidade) devia continuar a ser o postulado básico, o valor fundamental para solução do problema”⁶³.

Assim, a teoria da eficácia mediata nega a possibilidade de aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas porque, segundo seus adeptos, esta incidência acabaria exterminando a autonomia da vontade, e desfigurando o Direito Privado, ao convertê-lo numa mera concretização do Direito Constitucional.

Sobre a teoria da eficácia indireta, destaca Vieira de Andrade que:

força jurídica dos preceitos constitucionais em relação aos particulares (terceiros) não se afirmaria de modo imediato, mas apenas mediamente, através dos princípios e normas próprios do direito privado. Quando muito, os preceitos fundamentais serviriam como princípios de interpretação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados susceptíveis de concretização, clarificando-os (*Wetverdeutlichung*), acentuando ou desacentuando determinados elementos do seu conteúdo (*Wertaksentuierung*, *Wertverschärfung*), ou, em casos extremos, colmatando as lacunas (*Wertschutzlückenschliessung*). Mas sempre dentro do ‘espírito’ do direito privado.⁶⁴

Para os adeptos desta teoria, caberia antes de tudo ao legislador infraconstitucional a tarefa de mediar a aplicação dos direitos fundamentais sobre os particulares, estabelecendo uma disciplina das relações privadas que se revele compatível com os valores constitucionais.

Para essa vertente, sempre há a necessidade de um órgão estatal, este sim, destinatário das normas que reconhecem direitos – atue como mediador da aplicação dos direitos

⁶¹ SARMENTO, Daniel. Op. Cit. p. 238.

⁶² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Apontamentos sobre a aplicação das normas de Direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares*. In: BARROSO, Luis Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2008, p. 159.

⁶³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. Cit. p. 275.

⁶⁴ Idem. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina ed. 1987. p. 276-277.

fundamentais. Limitar a atuação das pessoas privadas pelos mesmos preceitos que fundamentam as atividades estatais importaria em transformar os direitos em deveres, subvertendo o seu significado.

Segundo o professor Daniel Sarmento, restaria ao poder judiciário:

O papel de preencher as cláusulas indeterminadas criadas pelo legislador, levando em consideração os direitos fundamentais, bem como o de rejeitar, por inconstitucionalidade, a aplicação das normas privadas incompatíveis com tais direitos⁶⁵.

Nesse sentido, afirma a professora Jane Reis Gonçalves Pereira que: “os direitos fundamentais são os parâmetros de interpretação que o juiz há de ter em conta ao interpretar os preceitos do direito civil que veiculam conceitos dessa natureza”⁶⁶.

Ainda, destaca a professora que:

Günther Dürig, que sistematizou teoricamente essa concepção, entendia que as ‘portas de conexão’ pelas quais os direitos fundamentais ingressam na dinâmica jurídica privada são as cláusulas gerais e conceitos indeterminados legais, os quais ‘são capazes e carentes de ser preenchidos valorativamente’⁶⁷.

Assim, para a teoria da eficácia mediata, é por meio de cláusulas gerais – tais como bons costumes, moral, boa-fé, etc. – que se operam os intercâmbios valorativos entre direito público e direito privado.

3.3 Teoria dos Deveres de Proteção

Atualmente, cumpre destacar a construção doutrinária de um dever de proteção estatal dos direitos fundamentais, que não valeria apenas relativamente aos poderes públicos (incluindo outros Estados), mas também perante os privados.

A teoria dos deveres de proteção do Estado surgiu na jurisprudência germânica como um desdobramento da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais. Daniel Sarmento destaca como defensores desta teoria Joseph Isensee, Stefan Oeter, Klaus Stern e Claus-Wilhelm Canaris, que entendem que a tese de que a doutrina dos deveres de proteção do Estado em

⁶⁵ SARMENTO, Daniel. Op. Cit. p. 241.

⁶⁶ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Op. Cit. p. 161.

⁶⁷ Ibid. p. 159.

relação aos direitos fundamentais constitui a forma mais exata para solucionar a questão dos direitos no âmbito das relações privadas. Inclusive, Stefan Oeter manifesta sua preferência pela teoria dos deveres de proteção, sob o argumento de que ela evita o ativismo judicial, que as outras teorias sobre a eficácia horizontal permitem⁶⁸.

Segundo José Carlos Vieira de Andrade, para esta vertente:

Os preceitos relativos aos direitos fundamentais dirigir-se-iam em primeira linha às relações entre os particulares e os poderes públicos, mas estes, para além do dever de os respeitarem (designadamente de se absterem de os violar) e de criarem as condições necessárias contra quaisquer ameaças, incluindo as que resultam da actuação de outros particulares⁶⁹.

Nesse mesmo sentido, assevera a professora Jane Reis que “essa noção esta ligada a idéia de vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais, pressupondo que o Estado não apenas deve abster-se de lesar os bens jurídicos fundamentais, mas tem o dever de atuar positivamente promovendo-os e protegendo-os de quaisquer ameaças, inclusive as que provenham de outros indivíduos”⁷⁰.

Ainda, assinala Vieira de Andrade:

Estas teorias de dever de proteção, embora sejam tributárias de uma idéia de aplicabilidade mediata, alargam a aplicabilidade dos direitos fundamentais para além do tradicional preenchimento das clausulas gerais de direito privado, impondo aos poderes públicos (ao legislador, à Administração e ao Juiz) a obrigação de velarem efectivamente por que não existam ofensas aos direitos fundamentais por parte de entidades privadas⁷¹.

Merece ressalva também a doutrina de Jürgen Schwabe, denominada “teoria da convergência estatista”⁷² que entende que:

É sempre o Estado o responsável último pelas lesões a direitos fundamentais que têm origem nas relações privadas, razão pela qual, para ele, toda a discussão em torno da *Drittwirkung* na doutrina e na jurisprudência constituiria um grande equívoco, ou um problema meramente aparente⁷³ (grifo do autor).

⁶⁸ Ibid. p. 259.

⁶⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. Cit. p. 279.

⁷⁰ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Op. Cit. p. 161.

⁷¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Op. Cit. p. 248-249.

⁷² SCHWABE, Jürgen. *Die sorgennante Drittwirkung der Grundrechte*. Munich: Beck, 1971, conforme JULIO STRADA, Alexei. *La Eficacia de los Derechos Fundamentales* entre particulares. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2000. p. 131.

⁷³ Loc. Cit.

Esta teoria, por sua vez, também se encontra sujeita a críticas de diversas procedências.

Assevera Daniel Sarmiento que esta teoria:

Conferiria poderes em demasia ao juiz constitucional, permitindo que este, com base em valorações pouco objetivas, implantasse confusão entre as categorias tradicionais do Direito Privado, aumentando a insegurança jurídica⁷⁴.

Por outro lado, afirma-se que:

A teoria dos deveres de proteção encobre o fato de que, no contexto da sociedade contemporânea, só por mero preconceito se pode excluir os particulares, sobretudo os detentores de posição de poder social, da qualidade de destinatários dos direitos fundamentais⁷⁵.

Sobre o poder privado na sociedade contemporânea, ensina o professor Juan María Bilbao Ubillos que:

Correlativamente, se registran situaciones de virtual sujeción, em las que las partes contratantes no disponen realmente de la misma libertad para concertar o no una determinada relación, que se presume voluntaria, o de las mismas posibilidades de perfilar el contenido final de las cláusulas ‘pactadas’ y exigir su complemento. Esto sucede cuando, de hecho, uma de las partes no tiene más alternativa que aceptar una propuesta o unas condiciones dictadas unilateralmente. Es evidente, por ejemplo, que el estado de dependência econômica del asalariado le obligaría muchas veces a aceptar las condiciones impuestas por el empleador en el contrato individual de trabajo. En estos casos, la desigualdad se convierte em falta de libertad⁷⁶.

Ainda, assevera o jurista espanhol que:

El Derecho no puede ignorar el fenómeno del poder privado. Tiene que afrontar esa realidad y dar uma respuesta apropiada, que no podrá venir de la simple apelación al dogma de la autonomía privada, um principio seriamente erosionado em la experiencia del tráfico jurídico privado⁷⁷.

Assim, tanto a teoria da eficácia indireta, quanto a teoria dos deveres de proteção, tornam a proteção dos direitos fundamentais na esfera privada refém da vontade do legislador

⁷⁴ SARMENTO, Daniel. Op. Cit. p. 261.

⁷⁵ Loc. Cit.

⁷⁶ BILBAO UBILLOS, Juan Maria. *En 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, 2003. p. 301.

⁷⁷ Op. Cit., p. 303.

infraconstitucional, negando a eles uma proteção adequada, compatível com sua fundamentalidade, principalmente no contexto brasileiro, onde os instrumentos de controle de inconstitucionalidade por omissão revelam-se falhos, senão praticamente inócuos.

3.4 Teoria da Eficácia Direta ou Imediata dos Direitos Fundamentais

A teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações interprivadas foi defendida inicialmente na Alemanha por Hans Carl Nipperdey, a partir do início da década de 50 e, posteriormente, foi adotada e reforçada por Walter Leisner, detentor de relevante tese de cátedra sobre o tema.

Para Nipperdey, afirma José Carlos Vieira de Andrade que:

O perigo para os direitos fundamentais dos cidadãos na sociedade do século XX não vinha apenas do Estado, mas também dos grupos sociais, que detêm na sociedade de massas uma parcela cada vez maior do poder social e econômico, um poder real que se impõe aos indivíduos de várias maneiras e que é capaz de afectar intensamente zonas e aspectos relevantes da sua vida e da sua personalidade⁷⁸.

Observa-se que Nipperdey justifica essa sua afirmação com base na constatação de que os perigos que espreitam os direitos fundamentais no mundo contemporâneo não provêm apenas do Estado, mas dos poderes sociais e de terceiros em geral.

A doutrina de Nipperdey foi retomada e desenvolvida na Alemanha por Walter Leisner, na qual advogou a tese de que: “pela unidade da ordem jurídica, não seria admissível conceber o direito privado como um gueto, à margem da Constituição e dos direitos fundamentais”⁷⁹.

No entanto, deve-se destacar que os adeptos da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas não descartam a existência de peculiaridades nessa incidência, nem a necessidade de ponderar o direito fundamental em jogo com a autonomia privada dos particulares envolvidos no caso.

⁷⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos, Liberdades e Garantias no Âmbito das Relações entre Particulares*. Op. Cit. p. 276.

⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Direito Privado, uma Perspectiva de Direito Comparado*. Ed. Almedina, 2007. p. 117.

Assim, como bem observou Daniel Sarmento: “não se trata de uma doutrina radical, que possa conduzir a resultados liberticidas, ao contrário do que sustentam seus opositores, pois ela não prega a desconsideração da liberdade individual no tráfico jurídico-privado”.⁸⁰

A teoria da eficácia direta não logrou grande aceitação na Alemanha, mas é majoritária na Espanha e em Portugal.

Na Espanha, onde o texto constitucional é silente sobre a matéria, autores como Juan María Bilbao Ubillos⁸¹, Pedro de Vega Garcia⁸² e Antonio-Enrique Perez Luño⁸³, se manifestaram em prol desta doutrina.

Nesse sentido, afirma Juan Maria Bilbao Ubillos que:

Pode decirse, con carácter general, que el reconocimiento de la eficacia inmediata entre particulares sería una especie de cláusula de cierre del sistema de protección de los derechos fundamentales. Esta tutela derivada directamente del texto constitucional colmaría las lagunas de la regulación legal, cubriendo supuestos no contemplados específicamente⁸⁴.

Segundo o professor espanhol, não existe uma homogeneidade entre todos os direitos fundamentais, de modo que se torna necessária uma análise de cada direito fundamental para verificar a existência e a extensão da sua eficácia horizontal. Contudo, como bem afirma Daniel Sarmento: “Ubillos também insiste na necessidade de se ponderar, caso a caso, o direito fundamental com a autonomia privada do particular, o que resultará numa proteção diferenciada dos direitos fundamentais no campo das relações públicas e privadas”⁸⁵.

Já Pedro de Vega Garcia considera a eficácia horizontal como um mecanismo essencial de correção de desigualdades sociais. Para ele, o grande equívoco da teoria da eficácia mediata consiste em confundir a liberdade constitucional com a autonomia privada contratual, já que, sob a ótica constitucional, não existe efetiva liberdade numa situação de flagrante desigualdade entre as partes⁸⁶.

De fato, na jurisprudência Espanhola a questão material da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais se confunde com a questão processual, concernente a possibilidade

⁸⁰ SARMENTO, Daniel. Op. Cit. p. 246.

⁸¹ BILBAO UBILLOS, Juan María. *En 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, 2003. p. 299-338.

⁸² VEGA GARCIA, Pedro de. *Dificultades y Problemas para la Construcción de un Constitucionalismo de la Igualdad (em caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales)*. In: PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique (Org.). *Derechos humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milênio*. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 270-280.

⁸³ PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los Derechos Fundamentales*. 6ª ed. Madrid: Tecnos, 1995.

⁸⁴ BILBAO UBILLOS, Juan María. Op. Cit., p. 317.

⁸⁵ SARMENTO, Daniel. Op. Cit. p. 247.

⁸⁶ *Ibid.* p. 272.

de julgamento pelo Tribunal Constitucional, de recurso de amparo concernente a litígios privados.

Sobre o referido recurso, importante frisar a lição de Daniel Sarmento:

Recurso de amparo é um instrumento processual de defesa de direitos fundamentais, que foi previsto apenas nos casos de violação ou ameaça de direitos constitucionais por parte dos Poderes Públicos. Mas para justificar a admissibilidade do amparo em questões envolvendo a violação de direitos fundamentais nas relações privadas, elaborou-se a construção de que a ofensa tutelada não é proveniente da conduta do particular, mas sim do Poder Judiciário, quando este, não tiver protegido adequadamente tais direitos na prestação jurisdicional⁸⁷.

Através desta construção, foi possível levar a apreciação do Tribunal Constitucional questões referentes à eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

No entanto, este artifício não é suficiente para que se conclua pela adoção da teoria da eficácia mediata ou imediata. Tal análise deve levar em consideração o conteúdo dos julgados da Corte Constitucional espanhola.

Nesse sentido, destaca o julgamento STC 18/1984, o Tribunal Constitucional se posiciona favoravelmente à teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais, como bem ressalta Bilbao Ubillos:

(...) no deve interpretarse en el sentido de que solo se sea titular de los derechos fundamentales y libertades públicas em la relación com los poderes públicos, dado que em um Estado social de Derecho como el que consagra el artículo 1 de la Constitución no puede sustenerse com carácter general que el titular de tales derechos no lo sea em la vida social⁸⁸.

Já no direito português, por sua vez, a extensão dos direitos fundamentais nas relações privadas é prevista de forma direta pelo próprio constituinte, através do art. 18.1 da Lei Maior, que reza: “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias constitucionais são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.”⁸⁹

No direito constitucional lusitano se destaca o professor José Joaquim Gomes Canotilho que, apesar de sustentar a eficácia mediata dos direitos fundamentais, recentemente vem adotando postura mais moderada, limitando-se a sugerir uma breve suspensão reflexiva sobre o tópico.

Ensina o professor que:

⁸⁷ Ibid. p. 248.

⁸⁸ BILBAO UBILLOS, Juan Maria. Op. Cit. p. 329.

⁸⁹ SARMENTO, Daniel. p. 250.

A ordem jurídica privada não está, é certo, divorciada da Constituição. Não é um espaço livre de direitos fundamentais. Todavia o direito privado perderá a sua irreduzível autonomia quando as regulações civilísticas – legais ou contratuais – vêm o seu conteúdo substancialmente alterado pela eficácia directa dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada. A constituição por sua vez, é convocada para as salas diárias dos tribunais com a consequência da inevitável banalização constitucional. Se o direito privado deve recolher os princípios básicos dos direitos e garantias constitucionais, também os direitos fundamentais devem reconhecer um espaço de auto-regulação civil, evitando transformar-se em ‘direito de não-liberdade’ do direito privado. A nosso ver, o problema não está apenas nos perigos que espreitam as duas ordens - constitucional e civil – quando se insiste na conformação estrita e igualitarizante das relações jurídicas privadas pelas normas constitucionais. Em causa está também o problema de saber se o apego a *Drittwirkung* não transporta um pathos ético e jurídico profundamente desconhecedor das rupturas pós-modernas. Propomos, assim, uma breve suspensão reflexiva sob o tópico⁹⁰.

Já outros juristas lusitanos como Ana Prata⁹¹ e José João Nunes Abrantes⁹² sustentam com maior vigor a teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Assim, observa-se que, embora não tenha prosperado a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações inter privadas na Alemanha, em países como a Espanha e Portugal esta doutrina tem ganhado força e relevo, irradiando-se para a doutrina constitucional brasileira.

Após a abordagem acerca das divergências doutrinárias quanto ao tema da eficácia das normas constitucionais nas relações entre particulares e a evolução da discussão da referida problemática, que envolve o temor pela limitação da autonomia privada e da liberdade dos particulares, cumpre destacar as influências e posições da doutrina pátria sobre o tema, salientando-se que, após tal abordagem sobre a doutrina, caberá a análise jurisprudencial do Tribunal Constitucional Brasileiro, em visão prática das ponderações dos preceitos fundamentais.

⁹⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? A eficácia dos direitos fundamentais no contexto do direitos pós-moderno*, apud SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações privadas*. p. 252.

⁹¹ PRATA, Ana. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Livraria Almedina, 1982.

⁹² ABRANTES, José João Nunes. *A Vinculação das Entidades Privadas aos Direitos Fundamentais*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990.

4 A EFICÁCIA HORIZONTAL NO DIREITO PÁTRIO

4.1 Considerações Preliminares

Após a análise das teorias acerca da eficácia horizontal das normas fundamentais no direito comparado, cuja origem e evolução doutrinária sempre se pautou no receio de limitar a autonomia privada e a liberdade de autodeterminação, constitucionalmente assegurados, *mister* se faz destacar a influência do tema para a doutrina e jurisprudência pátria.

O objetivo do presente capítulo é demonstrar a prevalência da eficácia dos direitos fundamentais de forma direta e imediata no direito brasileiro, ou seja, independentemente da atuação do legislador ordinário ou da limitação das cláusulas gerais do direito infraconstitucional.

De fato, ensina Daniel Sarmento que:

A Constituição brasileira impõe a extensão dos direitos fundamentais às relações entre pessoas e entidades privadas. Pelo menos no ordenamento brasileiro, que tem em seu cimo uma Constituição fortemente voltada para o social, não é possível conceber tais direitos como meros limites ao poder do Estado em favor da liberdade individual⁹³.

A Constituição de 1988, como a lei fundamental que comporta os principais valores e diretrizes da sociedade e do Estado, não pode se limitar ao papel clássico das Cartas liberais, de organização estatal e definição das relações entre governantes e governados.

Assim, se mostra importante a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas e a posição da doutrina e jurisprudência brasileira.

Igualmente relevante, são os traçados que a doutrina aponta para regulação da eficácia desses direitos nas relações interprivadas, a fim de evitar a esfacelamento da autonomia privada das entidades não-estatais.

4.2 Teoria Adotada

⁹³ SARMENTO, Daniel. Op. Cit. p. 277.

Como bem asseverou Ney Barros Bello Filho:

Em razão da própria evolução do instituto dos direitos fundamentais e da necessidade de ruptura com concepções individualistas, tão em voga na pós-modernidade, um número cada vez menor de teóricos tem advogado a tese da inaplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas⁹⁴.

Assim, destaca-se na doutrina pátria o reconhecimento da eficácia horizontal dos preceitos fundamentais, conforme veremos a seguir.

Sobre a teoria dotada no direito constitucional pátrio, afirma o professor Daniel Sarmento que: “no caso brasileiro, a eficácia dos direitos individuais nas relações privadas é direta e imediata, não dependendo da atuação do legislador ordinário, nem se exaurindo na interpretação das cláusulas gerais de direito privado”⁹⁵.

De fato, a Carta de 1988, com seu caráter flagrantemente intervencionista e social e seu generoso elenco de direitos fundamentais, sociais e econômicos (art. 5º, 6º e 7º, CRFB/88), não deixa depreender entendimento diverso.

A Constituição, em verdade, consagra um modelo de Estado Social, voltado para a promoção da igualdade substantiva, o que projeta inevitáveis reflexos sobre o tema em questão.

O texto constitucional é francamente incompatível com as teses que negam a eficácia direta das normas fundamentais na relação privadas, a saber, a tese radical da *state action*, adotada nos Estados Unidos, e a teoria conservadora alemã da eficácia mediata dos direitos fundamentais, que torna a eficácia desses direitos dependente da vontade do legislador ordinário ou os delega o papel de meros vetores interpretativos das cláusulas gerais de direito privado (grifo nosso).

Como bem destacou o Daniel Sarmento:

A Lei Fundamental de Bonn foi adotada em 1949, logo após o fim da traumática experiência do nacional-socialismo. Neste cenário, é natural que a grande preocupação do constituinte, ao edificar o sistema germânico de direitos fundamentais, tenha sido a relação ao arbítrio estatal⁹⁶.

No Brasil, dá-se o contrário, a doutrina pátria, de forma majoritária, entende pela eficácia imediata dos direitos fundamentais, em que pese as duras críticas tecidas por aqueles que rechaçam essa aplicação.

⁹⁴ FILHO, Ney de Barros Bello. *A Eficácia Horizontal do Direito Fundamental ao Ambiente*. In: SCHÄFER, Jairo. *Temas Polêmicos do Constitucionalismo Contemporâneo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 369.

⁹⁵ SARMENTO, Daniel. Op. Cit. 279.

⁹⁶ Ibid. p. 280.

Nesse sentido, bem observou a professora Jane Reis, ao afirmar que: “a teoria da eficácia mediata baseia-se, essencialmente, em críticas opostas à idéia de incidência direta dos direitos fundamentais em relações *inter privatos*”⁹⁷ (grifo do autor).

As principais críticas a esta teoria, apontadas pela professora⁹⁸ e por maioria da doutrina⁹⁹ que se debruça sobre o tema podem ser assim sintetizadas: (i) a admissão de uma eficácia direta dos direitos fundamentais importaria em total aniquilamento da autonomia privada; (ii) a incidência direta dos preceitos que veiculam direitos fundamentais nas relações entre particulares que comprometeria a segurança jurídica, já que haveria como postular a anulação de qualquer negócio jurídico com base em princípios vagos e abstratos; (iii) o “uso inflacionário” dos direitos fundamentais comprometeria a autonomia do direito privado; (iv) a eficácia direta subverteria o esquema de divisão dos poderes, porquanto dada a abertura das normas constitucionais, os juízes substituiriam o legislador democrático na tarefa de regular as relações sociais.

Neste diapasão, Emerson Garcia, ao citar o jurista alemão Gunther Dürig, destaca que:

Uma ampla e irrestrita incidência dos direitos fundamentais no âmbito do direito privado, sujeitando os agentes por ele alcançados às mesmas restrições impostas ao Estado, transmudaria os direitos em deveres, terminando por suprimir a própria liberdade que os assegura¹⁰⁰.

As críticas tecidas pelos opositores da eficácia imediata não se sustentam diante das propostas que a doutrina pátria apresenta.

Afirma a professora Jane Reis que:

Tais argumentos, como se vê, revelam que a oposição a uma eficácia direta dos direitos fundamentais não se funda nas inconsistências ou equívocos dessa teoria, mas nos potenciais efeitos que esta poderia acarretar e que, na visão dos partidários da eficácia mediata, devem ser evitados¹⁰¹.

No que tange a primeira e principal crítica, referente à mitigação da autonomia privada dos particulares, afirma Daniel Sarmento¹⁰² que eficácia horizontal dos preceitos constitucionais dependerá de uma ponderação de valores, a serem aferidos no caso concreto, no intuito de se buscar uma menor restrição da autonomia privada, salientando-se que esta

⁹⁷ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Op. Cit. p. 181.

⁹⁸ Ibid. p. 181-182.

⁹⁹ Nesse sentido, SARMENTO, Daniel. In: *Direitos Fundamentais e Relações Privadas* e SARLET, Ingo Wolfgang. In: *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*.

¹⁰⁰ GARCIA, Emerson. *Conflito entre Normas Constitucionais: Esboço de uma Teoria Geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 299.

¹⁰¹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Op. Cit. p. 182.

¹⁰² SARMENTO, Daniel. Op. Cit. p. 282.

ponderação será ferramenta importante a ser abordada no presente estudo em momento posterior. A autonomia privada não é de modo algum incompatível com a eficácia direta dos preceitos constitucionais nas relações entre particulares.

Ademais, como bem destacou o professor: “só existe efetivamente autonomia privada quando o agente desfrutar de mínimas condições materiais de liberdade”¹⁰³.

De fato, bem ressaltou Emerson Garcia:

Presente a desigualdade entre os interessados, a autonomia privada será sensivelmente enfraquecida, terminando por manter-se adstrita ao plano meramente formal. Ausente o seu pressuposto de proteção, vale dizer, o equilíbrio entre os interessados, será inevitável que a autonomia privada de um redunde na falta de liberdade do outro. Em situações dessa natureza, os direitos fundamentais assumirão singular importância, quer no restabelecimento do equilíbrio, quer na amenização dos efeitos deletérios que um intenso desequilíbrio pode acarretar¹⁰⁴.

Quanto à segunda crítica relativa a insegurança jurídica e a problemática da valoração dos preceitos fundamentais no caso concreto, ensina Gilmar Ferreira Mendes:

Quanto à fundamentação dogmática, afirma-se que a doutrina da eficácia mediata dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas padece dos mesmos problemas da jurisprudência sobre Constituição enquanto ordem valorativa (*Wertordnungsrechtspredchung*). A ausência de uma ordem objetiva de valores dificulta senão impossibilita uma decisão clara sobre os valores que hão de prevalecer em uma dada situação de conflito. A incerteza quanto aos critérios de ponderação e a existência de múltiplos critérios quase permitiriam afirmar que uma orientação pelos valores básicos poderia fundamentar qualquer decisão¹⁰⁵.

Ainda, quanto a crítica concernente ao caráter antidemocrático, a mesma deve ser refutada. De fato, é pacífico o entendimento de que a prioridade na concretização dos direitos fundamentais é do legislador, razão pela qual as normas de direito privado gozam de presunção de constitucionalidade.

No entanto, afirma o professor Daniel Sarmento que:

Isto não obsta a aplicação da Constituição aos casos concretos, quando inexistir regra ordinária específica tratando da matéria, ou quando a aplicação da mesma relevar-se em descompasso com as normas e valores constitucionais¹⁰⁶.

¹⁰³ Ibid. p. 283.

¹⁰⁴ GARCIA, Emerson. Op. Cit. p. 316.

¹⁰⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade* (Celso Bastos ed.). São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998. p. 224.

¹⁰⁶ SARMENTO, Daniel. Op. Cit. p. 284.

Ainda, se mostra relevante e oportuna a posição de Ney de Barros Bello Filho quanto à autonomia do direito privado:

A hipertrofia do direito público, representada pelo direito fundamental aplicável entre partes privadas poderá sufocar outro caro princípio constitucional, que é o princípio do livre desenvolvimento da personalidade. Essa sufocação, no entanto, é apenas aparente, na medida em que os direitos privados são referenciáveis aos direitos fundamentais, e o direito à autonomia privada e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade são, em si mesmos, direitos fundamentais¹⁰⁷.

Por fim, quanto à crítica concernente à violação da separação de poderes, uma vez que o judiciário estaria se imiscuindo na seara do poder legislativo, ao proceder a aplicação de direitos fundamentais nas relações entre particulares, *mister* destacar a lição da professora Jane Reis, que afirma que:

As demais críticas dirigidas à tese da eficácia direta dos direitos fundamentais encontram-se estreitamente inter-relacionadas. Com efeito, a aventada diminuição da segurança jurídica nas relações privadas está intimamente conectada com a redução do papel do legislador de direito privado e a correlata ampliação do poder judicial que decorreria da admissão da eficácia direta¹⁰⁸.

Desta forma, entende a maioria da doutrina brasileira serem as críticas aventadas frágeis, incapazes de afastar o entendimento pela eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Dentre a doutrina pátria, podemos apontar as posições de diversos juristas sobre o tema que vem assumindo grande relevância diante do constitucionalismo moderno.

Nesse sentido, destaca-se a doutrina do professor Ingo Wolfgang Sarlet, que, após enfrentar todas as críticas mencionadas, se posiciona favoravelmente à eficácia direta dos direitos fundamentais e conclui:

Na medida em que se poderá questionar quais são as normas de direitos fundamentais relevantes para efeitos de uma vinculação dos particulares, notadamente no que diz com os direitos sociais, importa firmar posição no sentido de que todos os direitos fundamentais (mesmo os assim denominados direitos a prestações) são, ademais, eficazes (vinculantes) no âmbito das relações entre particulares, inexistindo, em princípio, distinção entre os direitos de cunho defensivo e os direitos prestacionais, em que pese o seu objeto diverso e a circunstância de que os direitos fundamentais do último grupo possam até vincular, na condição de obrigado, em primeira

¹⁰⁷ FILHO, Ney de Barros Bello. Op. Cit. p. 363.

¹⁰⁸ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Op. Cit. p. 183.

linha os órgãos estatais. Com efeito, consoante já tivemos oportunidade de afirmar, não vislumbramos razão para afastar, desde logo, uma vinculação direta dos particulares – seja qual for a natureza do direito fundamental em questão – a não ser quando se cuide de direitos fundamentais que tenha por destinatário precípua o poder público¹⁰⁹.

Ainda, observa-se o posicionamento, ainda que tímido, de André Ramos Tavares, ao asseverar a cautela necessária para se aplicar uma eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares:

Realmente, com a eficácia direta e imediata corre-se o grave risco, especialmente no Brasil, de constitucionalizar todo o Direito e todas as relações particulares, relegando o Direito privado a segundo plano no tratamento de tais matérias. Como produto dessa tese ter-se-ia, ademais, a transformação do S.T.F. em verdadeira Corte de Revisão, porque todas as relações sociais passariam imediatamente a Sr relações de índole constitucional, o que não é desejável. Mas, de outra forma, não se pode negar, em situações de absoluta omissão do legislador, que os direitos “apenas” constitucionalmente fundados sejam suporte para solução imediata de relação privada.

A Constituição do Brasil não previu a vinculação dos particulares, mas também não a proibiu expressamente. Se o problema é a abstratividade, as “cláusulas gerais” da legislação (porta de entrada para os direitos fundamentais) são tão imprecisas quanto as previsões constitucionais desses direitos. Ademais, não se pode negar a inércia legislativa que tem sepultado diversos direitos constitucionais¹¹⁰.

Também caminha nesse sentido, a doutrina de Carlos Roberto Siqueira Castro, ao abordar a eficácia externa dos direitos fundamentais como uma vinculação direta destes preceitos nas relações privadas.

Assim, afirma o professor que:

O sentimento constitucional contemporâneo passou a exigir que o princípio da dignidade do homem, que serve de estrutura ao edifício das Constituições da era moderna, venha fundamentar a extensão da eficácia dos direitos fundamentais às relações privadas, ou seja, a eficácia externa, também denominada direta ou imediata, que na prática coincide com o chamado efeito horizontal do elenco de direitos de liberdade e garantias que através dois tempos granjearam assento nos estatutos supremos das nações. O postulado da dignidade humana passou, assim, a embasar a reivindicação, que já hoje assume foros de universalidade na teoria constitucional, de que os preceitos relativos aos direitos e deveres individuais e coletivos, segundo

¹⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Direito Privado: Algumas considerações em torna da vinculação dos particulares ao direitos fundamentais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição Concretizada: Construindo pontes com o Público e o Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 154. 2000.

¹¹⁰ TAVARES, André Ramos. Op. Cit. p. 459.

ementa adotada pelo constituinte brasileiro no Capítulo I do Título II de nossa Carta Política, vinculem também a esfera privada¹¹¹.

O professor Ney de Barros Bello Filho também se posiciona pela adoção de uma teoria acerca da vinculação imediata dos preceitos fundamentais ao abordar o direito ao meio ambiente equilibrado, afirmando que:

Alguns direitos fundamentais, malgrado sejam originariamente direcionados para relações de direito público, podem incidir diretamente sobre as relações de direito privado porque os direitos fundamentais não são sempre direitos subjetivos de natureza pública¹¹².

Ainda, ressaltem-se as lições de Emerson Garcia, que demonstram a simpatia do Jurista pela eficácia direta dos direitos fundamentais, inclusive em relações de igualdade entre os particulares:

Conquanto simpática à tese de que os direitos fundamentais teriam eficácia direta nas relações privadas, não dependendo da mediação legislativa, essa teoria exige a presença de dados circunstanciais indicativos de que a debilidade na preservação desses direitos não derivou propriamente da autonomia da vontade, mas do acentuado desequilíbrio entre as partes. Uma real autonomia privada pressupõe, além da simetria de poder entre as partes e da ausência de pressões externas, que as circunstâncias fáticas iniciais não sofram alterações (não previstas) de modo a descaracterizar esse quadro, o que justificaria a intervenção na relação privada para fins de proteção dos direitos fundamentais excessivamente restringidos¹¹³.

O tema foi também abordado por Paulo Gustavo Gonet Branco, que após abordar as duas principais correntes do debate doutrinário e jurisprudencial europeu, da eficácia direta e indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas, não se posiciona com nenhuma delas, afirmando que ambas: “(...) baseiam-se em valores encarecidos pela ordem constitucional”¹¹⁴.

Portanto, em que pese a escassez doutrinária sobre o tema, depreende-se uma certa simpatia e tendência doutrinária em se adotar a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais entre os particulares.

A jurisprudência pátria também reflete, ainda em que diante de um escasso repertório de decisões, uma posição favorável à eficácia dos direitos fundamentais, uma vez que, se há

¹¹¹ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Op. Cit. p. 247.

¹¹² FILHO, Ney de Barros Bello. Op. Cit. p. 382.

¹¹³ GARCIA, Emerson. p. 317.

¹¹⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. “Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais”. In: MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica. 2000. p. 174.

poucos acórdãos reconhecendo esta incidência imediata, não há nenhum que a afaste, pelo menos implicitamente.

No entanto, a par da necessidade de uma análise mais detida sobre a jurisprudência da Corte Constitucional Brasileira, reservamo-nos momento posterior como mais oportuno, em vista da proposta do presente estudo.

Assim, *mister* destacar a solução apontada pela doutrina que se debruça sobre a vinculação imediata dos direitos fundamentais entre particulares, no que tange a principal crítica à esta teoria.

4.3 Ponderação: Direitos Fundamentais x Autonomia Privada

Conforme mencionada anteriormente, a reconhecimento da vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais não significa dizer que estes podem ser aplicados da mesma forma que vigoram nas relações entre o particular e o poder público.

A vinculação direta dos preceitos fundamentais impõe a observância de certas especificidades quanto ao momento de sua aplicação, uma vez que estamos diante de pessoas privadas, presumidamente iguais, cuja autonomia particular é assegurada constitucionalmente.

Por tudo isso, afirma o professor Daniel Sarmiento que: “tem-se entendido que a fixação de limites para a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares envolve um problema de ponderação com a autonomia privada”¹¹⁵, que, no caso brasileiro, onde a inércia do legislador prejudica a tutela destes direitos, será realizada pelo juiz.

Assim, a fim de se evitar uma aplicação intersubjetiva descontrolada e alicerçada em inclinações espirituais e ideológicas dos magistrados, entende a doutrina pela necessidade de traçar parâmetros ou *standards* para estes casos de colisão de direitos entre particulares.

Portanto, destaca a doutrina pátria que um dos fatores primordiais que deve ser considerado nos casos em que se exige uma aplicação horizontal dos direitos fundamentais é o grau de desigualdade fática entre os particulares envolvidos. Quanto maior for a desigualdade, mais intensa será a proteção do direito fundamental em jogo em detrimento da autonomia privada.

Nesse sentido, *mister* destacar as lições de Emerson Garcia sobre a solução das colisões entre direitos fundamentais nas relações privadas:

O direito privado e a autonomia da vontade que lhe é característica não ocupam um espaço isolado, dissociado de todo o sistema, em especial dos

¹¹⁵ SARMENTO, Daniel. Op. Cit. 302.

direitos fundamentais. Partindo-se de construções moderadas, como a teoria dos três níveis, de Robert Alexy, é possível conferir maior versatilidade à coexistência desses vetores, permitindo que os direitos fundamentais permeiem as relações privadas, sem desconsiderar os seus aspectos característicos. De qualquer modo, reconhecendo-se a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, surgem as zonas de tensão, decorrentes não só da contraposição desses direitos, como também dos valores que lhes são inerentes, em especial a concepção de igualdade, como aqueles próprios da autonomia da vontade. À técnica da ponderação de bens ou valores, opção natural para a solução de contraposições axiológicas dessa natureza, somar-se-ão o auxílio da produção normativa inerente ao próprio direito privado e o recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana¹¹⁶.

Note-se, neste momento, que a colisão de direitos fundamentais analisada no presente estudo, seria uma colisão em sentido estrito, caracterizada pela incompatibilidade entre direitos fundamentais¹¹⁷.

Nesse caminho, também afirma Ney de Barros Bello Filho:

Em última análise, se são compreendidos os direitos fundamentais como expressões que tendem a impor valores e direitos contramajoritários às partes de um negócio privado; e se são tomados tais direitos como expressão da igualdade que não pode ser agredida por desigualdades privadas, fica claro que a igualdade restará posta em consideração superior à liberdade quando do choque entre direitos fundamentais e a autonomia privada. O núcleo dos direitos fundamentais tem mais peso e deve ser aplicado sobre a autonomia privada. Para tanto, não se faz necessária qualquer intervenção do legislador¹¹⁸.

Portanto, a desigualdade material justifica a ampliação da proteção dos direitos fundamentais na esfera privada, porque se parte da premissa de que a assimetria de poder prejudica o exercício da autonomia privada das partes mais débeis.

Na verdade, o princípio da igualdade material, que se infere da conjugação da cláusula da isonomia (art. 5º, caput, CRFB/88) com a diretriz constitucional, apontada como um dos fundamentos da República, de redução das desigualdades sociais (art. 3º, inciso III, CRFB/88), não apenas permite, mas antes impõe, na ordem jurídica brasileira a proteção das partes mais enfraquecidas.

¹¹⁶ GARCIA, Emerson. Op. Cit. p. 319.

¹¹⁷ Nesse sentido, Robert Alexy divide as colisões entre direitos em duas categorias básicas: a) colisões em sentido estrito, e b) colisões em sentido amplo, indicando a dissonância entre direitos fundamentais e normas de proteção dos interesses da comunidade. “Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático”, in RDA nº 217, p. 67, 1999.

¹¹⁸ FILHO, Ney de Barros Bello. Op. Cit., p. 384.

No entanto, assevera Daniel Sarmiento que: “os direitos fundamentais não vinculam diretamente apenas os chamados ‘poderes sociais’, mas também os demais particulares, mesmo em casos de relações paritárias”¹¹⁹.

Cumprido destacar que a violação aos direitos fundamentais pode decorrer de uma decisão unilateral, de um agente privado, ou de um negócio bilateral. Neste último caso, o particular consente em celebrar determinado ato que, à princípio, não acarretará qualquer prejuízo aos seus interesses. Nessa hipótese, por óbvio, a autonomia privada terá maior valor do que a situação de violação do direito fundamental por uma ato unilateral.

Ademais, ressalta Daniel Sarmiento que, no campo das relações econômicas, a essencialidade do bem também é um critério de aferição da intensidade da proteção conferida à autonomia privada. Assim, entende o professor que: “quanto mais o bem envolvido na relação jurídica em discussão for considerado essencial para a vida humana, maior será a proteção do direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada”¹²⁰.

Desta forma, após a análise da influência da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas no direito brasileiro, por parte da doutrina, e os apontamentos acerca de como se deve proceder a aplicação da vinculação destes direitos nas relações entre particulares, torna-se possível e oportuna a abordagem do enfoque do presente estudo, através de uma abordagem da jurisprudência do Tribunal Constitucional pátrio e a ligação do uso desta ferramenta de direito material perante o ativismo jurisdicional do STF..

¹¹⁹ SARMENTO, Daniel. Op. Cit. p. 306.

¹²⁰ Ibid. p. 309.

5 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À LUZ DO ATIVISMO JURISDICIONAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

5.1 Considerações Preliminares

O presente capítulo possui como finalidade uma abordagem mais detida sobre o Supremo Tribunal Federal e sua postura ativista, principalmente após a Emenda Constitucional nº 45/2004, que veio a ampliar as atribuições institucionais da Suprema Corte especificamente no que tange ao controle de constitucionalidade como é o caso do instituto da súmula vinculante e do requisito de admissibilidade de repercussão geral para o Recurso Extraordinário.

No entanto, a abordagem acerca do ativismo jurisdicional do Supremo Tribunal Federal se dará através da análise da aplicação da eficácia horizontal de direitos fundamentais pela Corte Constitucional, como um instrumento de direito material para a proteção da Constituição de 1988, de notório cunho social, e como forma de ampliar sua competência diante da ineficácia do legislador infraconstitucional brasileiro.

5.2 O Ativismo Jurisdicional e a Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais

Acerca do ativismo jurisdicional ou judicial, imprescindível destacar a lição de Peter Häberle sobre o tema e o papel das Cortes Constitucionais:

Ao parlamento e ao governo corresponde a prioridade no labor de concretização da justiça social. Porém, no âmbito do Estado de direito – isto é, dos direitos fundamentais clássicos e da democracia pluralista, a saber, de suas condições formais – os novos tribunais constitucionais deveria arriscar-se – desde o início – no exercício do ativismo judicial¹²¹.

Conforme se depreende das palavras do professor de Direito Público e Filosofia da Universidade de Bayreuth, hoje aposentado, o mesmo possui posicionamento favorável a um

¹²¹HÄBERLE, Peter. Op. Cit. p. 03.

ativismo jurisdicional das Cortes Constitucionais, construindo uma relação deste comportamento ativista com a tutela de direitos fundamentais.

Neste diapasão, *mister* ressaltar a lição de Daniel Sarmento ao afirmar que as posições que defendem um maior ativismo judicial:

Endossam as teses que advogam uma aplicação mais ampla e direta dos direitos humano na esfera privada, enquanto os defensores de um papel mais recatado para o Judiciário tendem a afinar-se com as correntes que minimizam as possibilidades de aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares¹²².

Como exemplo mais nítido da corrente que rechaça a eficácia direta dos preceitos fundamentais, destaca-se a lição de Stefan Oeter¹²³, que manifesta sua preferência pela teoria dos deveres de proteção na doutrina alemã, sob o argumento de que ela evita o ativismo judicial, que as outras teorias sobre a eficácia horizontal permitem.

Em que pese as críticas contra a eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais e o ativismo jurisdicional, a doutrina pátria, conforme anteriormente analisado, demonstra inclinação em prol desta vinculação imediata.

No entanto, essa mesma doutrina pouco se debruça sobre a questão referente à aplicação da teoria da eficácia horizontal das normas fundamentais e a posição ativista que vem assumindo o Supremo Tribunal Federal. De fato, quando os constitucionalistas tratam do ativismo jurisdicional da Corte Constitucional pátria, abordam o tema no campo do direito processual, citando instrumentos como o Mandado de Injunção ou Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF.

A visualização desta escassez doutrinária foi o motivo que ensejou o presente estudo, buscando-se uma abordagem relativamente nova na doutrina, a saber, promover a construção de uma ponte entre ativismo jurisdicional e eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Sobre o ativismo jurisdicional do Supremo Tribunal Federal, *mister* destacar as lições do professor José Ribas Vieira, que possui obra detalhada sobre o tema e que logo no início levanta questão referente ao próprio sentido da palavra “ativismo”:

A consulta a duas fontes elementares – ainda que prestigiadas – de conceituação no Direito norte-americano, *Merriam-Webster's Dictionary of Law* e *Black's Law Dictionary*, evidencia que, já na origem o termo “ativismo” não encontra consenso. No enunciado da primeira referência, a ênfase se dá ao elemento finalístico, o compromisso com a expansão dos

¹²² SARMENTO, Daniel. p. 224.

¹²³ Cf. JULIO STRADA, Alexei. *La Eficácia de los Derechos Fundamentales entre Particulares*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2000. p. 140-141.

direitos individuais; no da segunda, a tônica repousa em um elemento de natureza comportamental, ou seja, dá-se espaço à prevalência das visões pessoais de cada magistrado quanto à compreensão de cada qual das normas constitucionais¹²⁴ (grifos do autor).

Assevera o professor que o significado da expressão “ativismo” não possui consenso na doutrina, contudo, aponta obra de Keenan Kmiec, que sistematiza as definições traçadas ao termo – em sede doutrinária e em sua utilização jurisdicional.

Nesse sentido, ensina José Ribas Vieira, ao citar a doutrina de Keenan Kmiec, cinco principais conceituações do ativismo judicial de maior destaque na atualidade:

É ainda de Keenan Kmiec a sistematização das definições traçadas ao termo – em sede doutrinária, e mesmo em sua utilização jurisdicional -, ao reconhecer as cinco principais conceituações do ativismo judicial de uso corrente na atualidade: a) prática dedicada a desafiar atos de constitucionalidade defensável emanados em outros poderes; b) estratégia de não-aplicação dos precedentes; c) conduta que permite aos juízes legislar “da sala de sessões”; d) afastamento de cânones metodológicos de interpretação; e) julgamento para alcançar resultado pré-determinado¹²⁵.

Diante das conceituações apontadas por Keenan Kmiec, revela-se particularmente interessante ao tema do presente estudo o terceiro sentido do termo “ativismo” como uma conduta que se assemelham a um poder legiferante do Judiciário.

Assim, afirma o professor José Ribas Vieira que

O terceiro sentido emprestado ao termo ativismo, que leva em conta os juízes-legisladores, diz respeito à própria concepção que se tem do direito. Para alguns, o papel dos tribunais não é criar, mas relevar o sentido implícito do texto normativo¹²⁶.

Neste diapasão, uma corte ativista, seria a que ultrapassa os limites dados pelo texto normativo, ao impor sua própria eleição de meios e fins ao tratamento de temas relevantes.

A problemática caminha através da controvérsia acerca do conceito de “direito”. Sobre esse tema, desta o professor as lições de três expoentes da Filosofia do Direito: a) para Holmes, todo direito é criado pelos tribunais; b) para Hart, a criação judicial do direito esta circunscrita à penumbra que envolve o núcleo de certeza das proposições jurídicas em geral;

¹²⁴ VIEIRA, José Ribas (Org.). *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF*, a ser editado pela ed. Juruá, 2008 (no prelo).

¹²⁵ KMIEC, Keenan D. *The origin and current meanings of judicial review*. California Law Review, oct. 2004. In: VIEIRA, José Ribas. *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF*, a ser editado pela ed. Juruá (no prelo).

¹²⁶ Ibid.

c) para Dworkin, toda interpretação do direito, embora criativa, está apoiada tanto em *standards* jurídicos quanto da distinção aplicativa entre regras e princípios¹²⁷.

Importante destacar, de forma sucinta e aproveitando-se o ensejo proporcionado pelo tema, a lição de Ronald Dworkin sobre a distinção entre regras e princípios.

Sobre a doutrina de Ronald Dworkin, bem asseverou Humberto Ávila ao asseverar:

A finalidade do estudo de Dworkin foi fazer um ataque geral ao positivismo, principalmente no que se refere ao modo aberto de argumentação Permitido pela aplicação do que ele viria a definir como princípios (“*principles*”). Para ele, as regras são aplicadas do modo “tudo ou nada” (“*all-or-nothing*”), de forma que se a hipótese de incidência da regra for preenchida e a regra for válida, a consequência normativa deve ser aceita. No caso de colisão entre regras, uma delas deverá ser considerada inválida. Já no que tange aos princípios, destaca o professor que os mesmos não determinam vinculativamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios. Portanto, pode-se afirmar que os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso (“*dimension of weight*”), demonstrável no caso de colisão entre princípios, hipótese em que o princípio de maior “peso” sobrepõe-se ao outro, sem que este perca sua validade¹²⁸ (grifos do autor).

Observa-se que a aplicação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre particulares pelo Supremo Tribunal Federal como uma forma de ativismo judicial ou jurisdicional é resultado de uma interpretação do conceito de “ativismo” de Keenan Kmiec, como conduta que permite ao judiciário legislar em casos difíceis (*hard cases*) e da evolução da doutrina de Ronald Dworkin, sobre a ponderação de princípios e valores que, no caso concreto, se dará nas relações privadas.

O objetivo deste estudo de construir uma análise descritiva sobre o ativismo jurisdicional através da aplicação da eficácia horizontal, em verdade, só pode ser alcançado através de uma análise mais detida da jurisprudência do Tribunal Constitucional, quando da aplicação da *Drittwirkung* dos preceitos individuais.

5.3 Uma Análise Jurisprudencial

¹²⁷ Nesse sentido, destaca o professor José Ribas Vieira, apontando as seguintes obras: HOLMES, Oliver W. Jr. O caminho do Direito. In: MORRIS, Clarence. Os grandes filósofos do Direito. 2002, p. 425-439.; HART, H. L. A., O conceito de Direito. 2005.; DWORKIN, Ronald. O império do Direito. 2002.

¹²⁸ ÁVILA, Humberto. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. Revista *Diálogo Jurídico*. ano I, v. I, nº 4, jul.2001.

Após breve, porém necessária análise do fenômeno do ativismo jurisdicional e os significados que o termo “ativismo” comporta, impõe-se uma abordagem descritiva de julgados da Corte Constitucional brasileira que reconhecem a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Cabe ressaltar que há poucas decisões acerca da matéria referente à eficácia horizontal dos direitos fundamentais, sendo certo que, por este motivo, foram selecionados três julgados mais relevantes que inclusive são citados pela doutrina pátria que aborda o tema.

Insta rememorar, neste momento, que o objetivo do presente estudo é tão-somente o de realizar uma análise descritiva dos julgados, ressaltando o ativismo do Supremo Tribunal Federal, a fim de se levantar uma preocupação para o futuro quanto ao papel da Corte e uma eficaz tutela dos direitos fundamentais.

A abordagem dos julgados a ser realizada será dividida cronologicamente em: a) julgamento do Recurso Extraordinário nº 161.243-6/DF, em 29 de outubro de 1996; b) julgamento do Recurso Extraordinário nº 241.554/GO, julgado em 03 de julho de 2000; e c) julgamento do Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ, em 11 de outubro de 2005.

Ainda, cumpre ressaltar ao final, no intuito de detalhar o presente estudo e destacar o ativismo jurisdicional da Corte Suprema, o julgamento do habeas corpus nº 82.424/RS, também conhecido como caso Ellwanger.

Assim, após breves considerações, passa-se a analisar o primeiro julgado referente à aplicação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, a saber, o julgado do Recurso Extraordinário nº 161.243-6/DF.

De fato, trata-se de relação jurídica entre empregado brasileiro e empresa empregadora francesa instalada no território nacional, sendo certo que, entre os particulares envolvidos, a empresa nitidamente se mostra detentora de um determinado poder social.

O trabalhador pretendia o reconhecimento de direitos trabalhistas presentes em estatuto da empresa *Compagnie Nationale Air France*, que concedia uma série de benefícios aos empregados de nacionalidade francesa, mas que não se aplicava aos empregados brasileiros, configurando-se, assim, flagrante violação ao Princípio da Isonomia, consagrado no art. 5º, *caput* e inciso I, da Constituição Federal de 1988.

Na hipótese, resta nítido conflito de direitos fundamentais, a saber, o direito à igualdade ou isonomia contra o direito da livre iniciativa e autonomia privada.

Nesse sentido, destaca-se o acórdão do julgamento do Recurso Extraordinário em tela:

“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.”¹²⁹

Observa-se que o STF, após ponderação dos direitos em questão, se posicionou pela prevalência do direito à isonomia, previsto no art. 5º, caput e inciso I, da CRFB/88, em detrimento da autonomia privada da empresa em conceder benefícios a certos trabalhadores da empresa, pelo motivo de terem nacionalidade francesa.

Cumprido destacar, neste momento, a lição do professor Daniel Sarmiento sobre o princípio da igualdade material, ao afirmar que:

Se infere da conjugação da cláusula da isonomia (art. 5º, caput, CF) com a diretriz constitucional apontada como um dos fundamentos da república, de redução das desigualdades sociais (art. 3º, inciso III, CF), não apenas permite, mas antes impõe, na ordem jurídica brasileira, a proteção das partes mais débeis¹³⁰.

Note-se a postura ativista da Corte Suprema ao estabelecer parâmetros que ferem a isonomia, como crença, raça, sexo ou nacionalidade, que não se encontram explicitados de forma nítida no dispositivo constitucional sufragado, a fim de se tutelar o direito fundamental em risco.

Haveria aqui, de certa forma, a incidência do terceiro significado do termo “ativismo”, apontado por Keenan Kmiec, como já mencionado antes, a saber, a postura dos juízes em legislar das “salas de sessões”.

Ademais, a própria decisão do ministro Maurício Corrêa, ex-presidente da Corte Constitucional, em entender que a matéria do recurso de revista estava prequestionada e deveria ter sido reconhecida no TST e entrar no mérito do recurso e não enviá-lo ao referido

¹²⁹ Decisão obtida do sítio eletrônico <http://www.stf.jus.br>, acessado em 08 de novembro de 2008.

¹³⁰ SARMENTO, Daniel. Op. Cit. p. 305.

Tribunal Trabalhista, demonstra o ativismo que se busca tratar neste estudo, mas sob a forma procedimental da Corte Suprema em tutelar direitos fundamentais.

Destacam-se as palavras do Eminentíssimo ministro da 2ª Turma do STF:

Reconhecendo, portanto, a existência do prequestionamento, no que diz respeito ao mérito, se o Tribunal Superior teria de julgar a revista, ou não, a essa altura pouco importa; importa sim é que a *questio iuris* está posta nesta instância superior para que a decidamos. Assim sendo, tenho que devemos entrar no mérito do pedido e darmos a devida equação reclamada, sem a necessidade do retorno dos autos à instância de origem¹³¹ (grifo do autor).

Assim, restou vencido o ministro relator do recurso, que votava a favor do envio do mesmo para o Tribunal Superior do Trabalho para que esse apreciasse a matéria trabalhista em tela.

Por conseguinte, temos o julgamento do Recurso Extraordinário nº 241.554-/GO, relatado pelo Ministro Celso de Mello e julgado em 03 de julho de 2000. O julgado consiste em voto paradigmático que vincula a eficácia de princípio-garantia, de caráter processual, aos atos perpetrados por particulares.

Na hipótese, um particular teria furtado fotos pornográficas do consultório profissional de um dos acusados e entregue a polícia e ao Ministério Público que deflagrou ação penal em face do dono das referidas fotografias buscando a condenação do mesmo pela prática delitiva do art. 241, da Lei nº 8.069/90.

O tribunal, no caso em tela, reconheceu que a obtenção das fotos que fundamentavam a ação penal foi ilícita, uma vez que o particular interessado na condenação do acusado invadiu o escritório do mesmo, já que não possuía qualquer ordem judicial, e furtou o material fotográfico do cofre da recorrida.

Nesse sentido, destaca-se a ementa do referido julgado:

EMENTA: PROVA ILÍCITA. MATERIAL FOTOGRÁFICO QUE COMPROVARIA A PRÁTICA DELITUOSA (LEI Nº 8.069/90, ART. 241). FOTOS QUE FORAM FURTADAS DO CONSULTÓRIO PROFISSIONAL DO RÉU E QUE, ENTREGUES À POLÍCIA PELO AUTOR DO FURTO, FORAM UTILIZADAS CONTRA O ACUSADO, PARA INCRIMINÁ-LO. INADMISSIBILIDADE (CF, ART. 5º, LVI).

- A cláusula constitucional do *due process of law* encontra, no dogma da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras, pois o réu tem o direito de não ser denunciado, de não ser processado e de não ser condenado com apoio em elementos probatórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os

¹³¹ Voto sem preliminar de conhecimento, obtido do sítio eletrônico <http://www.stf.jus.br>, acessado em 08 de novembro de 2008.

limites ético-jurídicos que restringem a atuação do Estado em sede de persecução penal.

- A prova ilícita - por qualificar-se como elemento inidôneo de informação - é repelida pelo ordenamento constitucional, apresentando-se destituída de qualquer grau de eficácia jurídica.

- Qualifica-se como prova ilícita o material fotográfico, que, embora alegadamente comprobatório de prática delituosa, foi furtado do interior de um cofre existente em consultório odontológico pertencente ao réu, vindo a ser utilizado pelo Ministério Público, contra o acusado, em sede de persecução penal, depois que o próprio autor do furto entregou à Polícia as fotos incriminadoras que havia subtraído. No contexto do regime constitucional brasileiro, no qual prevalece a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, impõe-se repelir, por juridicamente ineficazes, quaisquer elementos de informação, sempre que a obtenção e/ou a produção dos dados probatórios resultarem de transgressão, pelo Poder Público, do ordenamento positivo, notadamente naquelas situações em que a ofensa atingir garantias e prerrogativas asseguradas pela Carta Política (RTJ 163/682 - RTJ 163/709), mesmo que se cuide de hipótese configuradora de ilicitude por derivação (RTJ 155/508), ou, ainda que não se revele imputável aos agentes estatais o gesto de desrespeito ao sistema normativo, vier ele a ser concretizado por ato de mero particular. Doutrina¹³².

Observa-se, portanto, o entendimento favorável do Tribunal Constitucional à aplicação do princípio-garantia da vedação das provas ilícitas nas condutas perpetradas por particulares.

Esse posicionamento, de fato, demonstra, não somente o ativismo do STF em tutelar o direito fundamental esculpido no art. 5º, LVI, da CRFB/88, como também um aparente avanço nesta tutela no que tange às posições doutrinárias.

Nesse sentido, afirma Ingo Wolfgang Sarlet que: “excluem-se da discussão, notadamente no que diz com uma eficácia direta, todos os direitos fundamentais que, por sua natureza, têm por destinatário única e exclusivamente os órgãos estatais”¹³³.

O professor da PUC/RS cita como exemplos de preceitos voltados para a atividade estatal os direitos políticos e algumas das garantias fundamentais na esfera processual, como habeas corpus e o mandado de segurança, excepcionando-se o princípio do devido processo legal, conforme restará demonstrado no presente estudo em momento posterior.

Assim, ao entender que a garantia da vedação da utilização das provas ilícitas, cuja natureza seria a de liberdade pública clássica, também possuiria eficácia diante da conduta de terceiros particulares, a Corte Constitucional foge ao entendimento doutrinário mencionado, no intuito de dar máxima efetividade ao preceito fundamental em jogo.

Pode-se mencionar uma conduta ativista do Tribunal, uma vez que, por ser a demanda uma ação penal pública, movida pelo Ministério Público, caberia apenas destacar a

¹³² Decisão retirada do informativo nº 197, do STF.

¹³³ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit. p. 397.

imprestabilidade das provas ilícitas. No entanto, a Corte vai além e busca a eficácia dessa garantia entre particulares

Em seguida, impõe-se a análise de julgado relativamente recente da Corte Constitucional, que aborda, conforme uma escala evolutiva dos precedentes, de forma clara a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Trata-se do voto da lavra do ministro Gilmar Ferreira Mendes, no Recurso Extraordinário nº 201.819-8/RJ, de relatoria da ministra Ellen Gracie, onde uma associação de direito privado, a saber, União Brasileira de Compositores – UBC, excluiu, de forma sumária, determinado associado de seus quadros, sem oportunizar qualquer processo administrativo pautado na ampla defesa ou contraditório.

Note-se, portanto o entendimento do Tribunal Supremo exarado no acórdão transcrito abaixo:

EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. 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 e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado

âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO¹³⁴.

Observa-se que, no caso concreto, o Tribunal reconheceu que a referida sociedade civil sem fins lucrativos, em que pese ter regime jurídico de direito privado, exercia poder de natureza pública por estar vinculado ao ECAD e exercer função fiscalizatória dos direitos autorais de seus associados, que aparentemente não poderiam exercer a profissão sem o referido cadastro nos quadros profissionais da entidade em questão.

No entanto, em que pese as considerações acerca da sociedade como uma entidade que ocupa espaço público e possui atividade de caráter estatal, os ministros do entenderam pela análise da eficácia direta dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, destacam-se as palavras do ministro Gilmar Mendes, voto-vencedor do referido julgado:

Todavia, afigura-se-me decisivo no caso em apreço, tal como destacado, a singular situação da entidade associativa, integrante do sistema EECAD, que, como se viu na ADI nº 2.054/DF, exerce uma atividade essencial na cobrança de direitos autorais, que poderia até configurar um serviço público por delegação legislativa.

Esse caráter público ou geral da atividade decisivo aqui para legitimar a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF) ao processo de exclusão de sócio de entidade¹³⁵.

Note-se, portanto, que havia outra forma de se buscar a solução para o caso concreto, através de uma equiparação da União Brasileira de Compositores como órgão estatal, evadindo-se da problemática da eficácia dos direitos fundamentais.

¹³⁴ Decisão obtida do sítio eletrônico <http://www.stf.jus.br>, acessado em 10.11.2008.

¹³⁵ Voto extraído do sítio eletrônico <http://www.stf.jus.br>, acessado em 10.11.2008.

Essa preocupação em delinear a tutela do princípio-garantia do devido processo legal, direito este de cunho processual, como já visto anteriormente, demonstra o ativismo jurisdicional do STF, que afasta a autonomia privada para prestigiar o direito fundamental de ampla defesa e exercício do contraditório.

Cumpram ressaltar, ainda, a divergência do voto da Relatora ministra Ellen Gracie, que votou pelo provimento do recurso da sociedade civil, afirmando que “as associações privadas têm liberdade para se organizar e estabelecer normas de funcionamento e de relacionamento entre os sócios, desde que respeitem a legislação em vigor”¹³⁶.

De fato, o voto paradigmático pertence à lavra do ministro Gilmar Ferreira Mendes, que traz a discussão doutrinária de forma detalhada e expressamente afirma a possibilidade da vinculação dos preceitos constitucionais nas relações privadas.

No entanto, o ministro, após citar os precedentes da Corte Constitucional já abordados no presente estudo, não se posiciona sobre de que forma essa incidência dos direitos fundamentais deve se dar nas relações privadas, diante da discussão doutrinária vista anteriormente acerca da restrição da autonomia privada, que é a principal crítica dos opositores da eficácia horizontal direta ou imediata.

Cumpram ressaltar, neste momento, que o ministro aponta o julgamento do Recurso Extraordinário nº 158.215/RS, relatado pelo ministro Marco Aurélio, em 07.06.1996, em que também foi reconhecida a incidência dos direitos fundamentais do contraditório e da ampla defesa entre particulares:

DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. 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 assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de

¹³⁶ Decisão obtida do sítio eletrônico <http://www.stf.jus.br>, acessado em 10.11.2008.

processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa¹³⁷.

O referido julgado também trata da hipótese de um membro expulso de cooperativa sem o atendimento da garantia do contraditório e da ampla defesa no âmbito do devido processo legal, e a Corte Constitucional entendeu pela aplicação dos direitos fundamentais, porém, não se deteve em considerações acadêmicas sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, o que, segundo Paulo Gustavo Gonet Branco: “o torna ainda mais sugestivo”¹³⁸.

No entanto, não cabe análise mais detalhada acerca do julgado da lavra do ministro Marco Aurélio, no presente estudo, até porque o direito tutelado em tela é o mesmo do julgamento do Recurso Extraordinário nº 201.819-8/RJ, que aborda o tema acerca da eficácia horizontal de forma mais detida.

Retornando a análise do referido julgamento pela Corte Constitucional, *mister* se faz asseverar que a ministra Ellen Gracie, mesmo tendo votado pela não incidência do direito ao devido processo legal no caso em concreto, manifesta-se favoravelmente ao reconhecimento de que os preceitos fundamentais podem incidir nas relações entre particulares, conforme a confirmação de voto de fls. 628 dos autos:

Quanto à aplicação ao indivíduo, e, no caso, às associações de direito privado, das mesmas restrições que se colocam ao Estado e aos entes públicos, guardo bastante reserva. Creio que, toda vez que se verificar um efetivo prejuízo à ordem de interesses do indivíduo, sim, poder-se-ia fazer inserir as garantias constitucionais. Mas, no caso, pelo que recordei, houve a exclusão de um determinado sócio por não cumprimento de obrigações previstas no estatuto, foi ele, então excluído; Agora pretende fazer valer sua garantia de plena defesa, contraditório, etc., em um procedimento que é interno à associação, o qual me parece estar, aí sim, dentro dessa esfera de disponibilidade que o Estado ainda reserva ao indivíduo e àqueles que se associam livremente numa entidade particular¹³⁹.

Parece que, neste caso, quase todos os ministros reconhecem a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, mas não se posicionam sobre tal incidência de maneira clara. A divergência se dá no que tange à ponderação entre autonomia privada e direito à ampla defesa e ao contraditório, no âmbito do devido processo legal, salientando-se que a ministra Relatora

¹³⁷ Decisão obtida do sítio eletrônico <http://www.stf.jus.br>, acessado em 10.11.2008.

¹³⁸ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Associações, Expulsão de Sócios e Direitos Fundamentais*, Direito Público v. 1, nº 2 (out./dez. 2003) Porto Alegre: Síntese. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2003, p. 170-174.

¹³⁹ Declaração retirada da confirmação de voto de fls. 628 dos autos do Recurso Extraordinário 201.819-8/RJ, conforme jurisprudência extraída do sítio eletrônico <http://www.stf.jus.br>, em 10.11.2008.

entendeu pela prevalência da liberdade de associação quando da ponderação entre os valores suscitados, até porque a inscrição do recorrido no quadro de sócios era facultativo, o que aumenta o peso da autonomia entre as partes.

Já o entendimento do ministro Carlos Velloso não contribui para a discussão doutrinária do presente caso, se posicionando pela não vinculação do direito fundamental ao devido processo legal pelas particularidades do caso concreto.

Ainda, cabe ressaltar o entendimento do ministro Joaquim Barbosa, que afirma o posicionamento favorável ao reconhecimento da vinculação dos preceitos constitucionais nas relações privadas e explica:

O fato é que, entre nós, a aplicabilidade dos direitos fundamentais na esfera privada é consequência de diversos fatores, muitos deles observáveis na prática jurídica contemporânea, inclusive entre nós. O primeiro deles, o paulatino rompimento das barreiras que separavam até final do século XIX o direito público e o direito privado. Por outro lado, um fenômeno facilmente observável em sistemas jurídicos dotados de jurisdição constitucional – a chamada “constitucionalização do direito privado”, mais especificamente do direito civil. Noutras palavras, as relações privadas aquelas que há até bem pouco tempo se regiam exclusivamente pelo direito civil, hoje sofrem o influxo dos princípios de direito público, emanados predominantemente das decisões proferidas pelos órgãos de jurisdição constitucional.

De fato, uma das consequências inelutáveis da aceitação quase universal da supremacia da Constituição e da jurisdição constitucional como instrumento destinado a assegurá-lo reside no fato de que os direitos fundamentais, imperativo indeclinável de todas as democracias, não mais se concebem como limitações impostas única e exclusivamente ao Estado. Na Europa e até mesmo nos Estados Unidos, onde são feitos grandes esforços hermenêuticos visando à superação da doutrina da *state action*, as relações privadas não mais se acham inteiramente fora do alcance das limitações impostas pelos direitos fundamentais¹⁴⁰ (grifo do autor).

Nesse mesmo sentido, vota o ministro Celso de Mello, que aborda a discussão doutrinária acerca da incidência dos direitos fundamentais entre particulares e aponta que:

O voto proferido pelo eminente Ministro GILMAR MENDES notadamente no ponto em que – após acentuar que a UBC integra o sistema ECAD – reconhece, presente o contexto em exame, a pela legitimidade da aplicação direta, ao processo de exclusão/expulsão de associado de entidade de direito privado¹⁴¹.

Assim, podemos destacar a posição favorável à eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas dos ministros Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Joaquim Barbosa e Celso de Mello, todos integrantes da atual composição do STF, o que demonstra a nítida inclinação da

¹⁴⁰ Voto extraído do sítio eletrônico <http://www.stf.jus.br>, acessado em 12.11.2008.

¹⁴¹ Voto extraído do sítio eletrônico <http://www.stf.jus.br>, acessado em 12.11.2008.

Corte Constitucional em proceder à aplicação plena destes direitos o que corrobora os apontamentos sobre um ativismo jurisdicional.

Por fim, fora da divisão cronológica exposta anteriormente, impõe-se ressaltar um dos mais relevantes julgados da Corte Suprema, que demonstra de forma clara a postura ativista do Tribunal Constitucional e, mesmo não se tratando particularmente de eficácia horizontal, traz a preocupação do STF na colisão entre direitos fundamentais e os *standards* a serem utilizados em uma necessária ponderação entre estes preceitos.

Trata-se do julgamento do *habeas corpus* nº 82.424-2/RS, de relatoria do ex-ministro Moreira Alves, também conhecido como caso Ellwanger, em que determinado escritor foi condenado pela prática do crime de racismo, tendo em vista que o mesmo teria publicado livros que publicavam o anti-semitismo e faziam apologia a idéias preconceituosas e discriminatórias ao povo judeu.

Inicialmente, merecem destaque as palavras do ex-ministro Relator Moreira Alves que demonstram a visão interna do Tribunal sobre o papel da Corte constitucional perante a sociedade brasileira:

Este momento, tão fortemente impregnado do sentido histórico que assume o presente julgamento, impõe, por tal motivo, um instante de necessária reflexão sobre o significado do grave compromisso que o Brasil assumiu ao subscrever a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana. Os deveres irrenunciáveis que emanam desse instrumento internacional sobre o Estado Brasileiro de modo pleno, impondo-lhe – e aos órgãos nele estruturados, notadamente ao Poder Judiciário e a este Supremo Tribunal Federal, em particular – a execução responsável e conseqüente dos compromissos instituídos em favor da defesa e proteção da integridade e dignidade de todas as pessoas.

A luta pelos direitos e pelo respeito à essencial dignidade das pessoas e a experiência da liberdade e da tolerância há de representar etapa essencial na jornada permanente em busca da realização plena dos objetivos insuprimíveis que a consciência dos povos, estimulada por uma notável percepção das exigências éticas subjacentes à atuação do Poder Público, concebeu e atribuiu à Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana. É esse, pois, o grande desafio com que nós, Juízes da Suprema Corte deste País nos defrontamos no âmbito de uma sociedade democrática: extrair, das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, a sua máxima eficácia, em ordem a tornar possível o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs¹⁴².

A declaração do ex-ministro transmite a visão interna da própria corte como guardião da Constituição da República e principal promotora da efetiva tutela dos direitos

¹⁴² *Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus nº 82.424/RS.* – Brasília: Supremo Tribunal Federal, p. 55, 2004.

fundamentais. Esta visão, que demonstra, até certo ponto, como se dá essa ampliação de competência da Corte Suprema, é uma das características marcantes do ativismo jurisdicional.

O julgamento do *habeas corpus*, em que pese tratar de matéria acerca do crime de racismo e sua imprescritibilidade, traz em seu corpo e no voto dos ministros uma preocupação pela vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e a dificuldade em se promover uma ponderação em eventual conflito destes preceitos.

Assim, colocando-se a discussão acerca do delito em tela de lado, objeto do *habeas corpus*, que possuía como fundamento o fato do povo judeu não ser classificado como raça para ensejar a prática delitativa, impõe-se uma análise mais detida acerca do conflito entre liberdade de expressão e direito a não-discriminação, que traz semelhança com o caso Lüth, do Tribunal Constitucional Alemão.

Desta forma, a problemática acerca do conflito entre liberdades individuais ou liberdade de expressão *versus* direito a não-discriminação pode ser inserida na conjuntura das relações privadas, motivo este que permite uma análise mais detida também sobre este julgado que, *a priori*, não ensejaria a discussão relativa aos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Conforme já mencionado, o fundamento do *habeas corpus* era tão-somente o fato da palavra raça não compreender o povo judeu, o que afastaria a tipicidade da conduta e possibilitaria a absolvição do paciente.

No entanto, o Tribunal Constitucional promove julgamento de *habeas corpus ex officio*, ao se pronunciar acerca da colisão entre as liberdades fundamentais em jogo.

Assim, afirma o ex-ministro Moreira Alves que:

É inquestionável que o exercício concreto da liberdade de expressão **pode** fazer instaurar **situações de tensão dialética** entre valores essenciais, **igualmente** protegidos pelo ordenamento constitucional, **dando causa** ao surgimento de verdadeiro **estado de colisão de direitos**, caracterizado pelo **confronto** de liberdades revestidas de idêntica estatura jurídica, **a reclamar** solução que, **tal seja** o contexto em que se delineie, **torne possível** conferir primazia **a uma** das prerrogativas básicas, **em relação de antagonismo** com determinado interesse fundado em cláusula inscrita na própria Constituição¹⁴³ (grifos do autor).

Sobre a liberdade de expressão, importante ressaltar a construção doutrinária do *hate speech*, abordada no voto do ministro Gilmar Mendes:

¹⁴³ Ibid. p. 59.

Nesse sentido indaga Kevin Boyle, em um estudo recente: “Por que o ‘discurso de ódio’ é um tema problemático?” Ele mesmo responde:

A resposta reside no fato de estarmos diante de um conflito entre dois direitos numa sociedade democrática – a liberdade de expressão e o direito a não-discriminação. A liberdade de expressão, incluindo a liberdade de imprensa, é fundamental para uma democracia. Se a democracia é definida como controle popular do governo, então, se o povo não puder expressar seu ponto de vista livremente, esse controle não é possível. Não seria uma sociedade democrática. Mas, igualmente, o elemento central da democracia é o valor da igualdade política. *‘Every one counts as one and no more than one’*, como disse Jeremy Bentham. Igualdade política é, conseqüentemente, também necessária, se uma sociedade pretende ser democrática. Uma sociedade que objetiva a democracia deve tanto proteger o *direito de liberdade de expressão* quanto o *direito a não-discriminação*. Para atingir a igualdade política é preciso proibir a discriminação ou a exclusão de qualquer sorte, que negue a alguns o exercício de direitos, incluindo o direito à participação política. Para atingir a liberdade de expressão é preciso evitar a censura governamental aos discursos e à imprensa. (Boyle, *Hate Speech*, cit., p. 490)¹⁴⁴(grifos do autor).

Após relevante explanação acerca da colisão de preceitos constitucionais e ponderação destes direitos, o ministro entende pela restrição da liberdade de expressão que, segundo o ministro: “não alcança a intolerância racial e o estímulo à violência”¹⁴⁵.

A discussão acerca da colisão entre direitos fundamentais finalmente deságua no voto posterior ao dos ministros Gilmar Mendes e Moreira Alves, proferido pelo ministro Carlos Ayres Britto, que atrai a discussão para as relações entre particulares ao afirmar em seu voto que:

Como sobejamente conhecido, os princípios constitucionais ostentam essa característica da inter-referência e ela se dá tanto por complementação (um princípio se colocando enquanto sub ou serviente de outro) quanto por oposição. E é quando o caso concreto suscita a aplicabilidade da inter-referência por oposição que o magistrado nem sempre tem a chance do ajustamento ou compatibilização deontológica. Sua opção é por vezes radical, no sentido de ter que excluir a incidência de um dos princípios em confronto. Esse fenômeno da inter-referibilidade por oposição é de maior ocorrência – força é dizê-lo – no curso das relações que os particulares travam entre si e com o propósito de exercitar direitos e garantias individuais. Que são direitos e garantias imediatamente referidos ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e defluentes de uma sociedade **culturalmente pluralista**; ou seja, de uma sociedade que se compõe de grupos humanos culturalmente díspares, formados por seres dotados de estrutura biopsíquica também personalíssima. Vale dizer, pessoas de mundividência e gosto pelas coisas verdadeiramente únicas. Por isso mesmo, pessoas que se fazem detentoras de uma jurídica autonomia de vontade para materializar as suas insimilares convicções políticas e filosóficas, de parilha com suas também insimilares preferências estéticas, profissionais, sexuais, religiosas, culinárias, etc., pois somente assim é que o ser humano se realiza enquanto

¹⁴⁴ Ibid. p. 67.

¹⁴⁵ Ibid. p. 77.

ser humano mesmo ('ninguém é igual a ninguém', 'cada cabeça uma sentença' e 'gosto não se discute' são ditos populares que muito bem exprimem a incrível capacidade que tem a natureza de jamais se repetir). Assumindo o Direito Positivo, de conseguinte, o inevitável risco de ver uma dada autonomia de vontade a se antagonizar com outra, por abuso de uma delas¹⁴⁶(grifo do autor).

Assim, o caso Ellwanger traz a posição favorável do ministro Carlos Ayres Britto acerca do reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais.

Cabe apontar, neste momento, após análise dos princípios democráticos e fundamentais aclamados pela Corte Constitucional, destacar a lição de Cláudio Pereira de Souza Neto, acerca da normatividade jusfundamental:

Por ora cabe somente ressaltar que é esse o contexto em que ressurgem de maneira intensa os debates sobre a fundamentação filosófica dos direitos humanos. Agora entretanto, tais debates têm não só o intuito de fornecer subsídios racionais para a atividade político-legislativa, ao gerar um consenso público sobre de que modo deve se organizar a sociedade e sobre quais direitos devem gozar de primazia. A fundamentação filosófica dos direitos humanos se insere hodiernamente também no campo dos direitos fundamentais. Conceitos como os de dignidade humana, reserva de justiça, liberdade real, igualdade material, entre outros, na medida em que são alçados à categoria de pressupostos legitimadores da ordem jurídica, podem fornecer referências materiais que legitimam, em determinados contextos, a concretização judicial da Constituição, independentemente da forma de positivação da norma. Além disso, tais elementos normativos conformam as novas "lentes" através das quais deve ser compreendido o direito infraconstitucional (filtragem constitucional), com o estabelecimento de padrões de racionalidade matéria constitucional como critérios norteadores da interpretação jurídica em geral.

Como consequência direta dessa retomada da razão prática na metodologia jurídica, os princípios constitucionais têm assumido grande relevância, tanto político-normativa quanto metodológica¹⁴⁷.

De fato, conforme resta demonstrado no presente capítulo, a maioria dos ministros mais antigos da atual composição já se pronunciaram em pelo menos uma ocasião acerca da eficácia dos preceitos fundamentais da Constituição Federal de 1988, sendo certo que, em que pese fazerem reservas sobre a forma da incidência, procedem todos a uma aplicação direta destes preceitos, caminhando junto com a doutrina constitucionalista majoritária, consoante já visto anteriormente no presente estudo.

¹⁴⁶ Ibid. p. 139.

¹⁴⁷ NETO. Cláudio Pereira de Souza. *Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais: Uma reconstrução Teórica à Luz do Princípio Democrático*. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 303-304

Os ministros que ainda não se pronunciaram sobre o tema, até porque grande parte da composição atual do STF é formada por ministros relativamente novos no Tribunal, também não demonstram oposição quanto ao reconhecimento da eficácia horizontal, uma vez que não qualquer declaração por parte destes que vá de encontro à doutrina da *Drittwirkung*.

Necessário proceder à análise dos posicionamentos dos ministros do STF, à título didático-ilustrativo, através do seguinte esquema:

MINISTROS	POSICIONAMENTO
Ministro Gilmar Ferreira Mendes (presidente)	Favorável. Julgamento do Recurso Extraordinário nº 201.819-8/RJ.
Ministro Cezar Peluso (vice-presidente)	Sem manifestação até o momento.
Ministro Celso de Mello	Favorável. Julgamento do Recurso Extraordinário nº 251.445/GO.
Ministro Marco Aurélio	Favorável. Julgamentos do Recurso Extraordinário nº 158.215-4/RS.
Ministra Ellen Gracie	Favorável. Voto de confirmação no Julgamento do Recurso Extraordinário nº 201.819-8/RJ.
Ministro Carlos Ayres Britto	Favorável. Julgamento do habeas corpus nº 82.424/RS.
Ministro Joaquim Barbosa	Favorável. Julgamento do Recurso Extraordinário nº 201.819-8/RJ.

Ministro Eros Grau	Sem manifestação até o momento.
Ministro Ricardo Lewandowski	Sem manifestação até o momento.
Ministra Carmem Lúcia	Sem manifestação até o momento.
Ministro Carlos A. Menezes Direito	Sem manifestação até o momento.

Esta tabela não possui a pretensão de se mostrar como retrato fiel dos entendimentos de todos os ministros, até porque provavelmente possa haver outros poucos julgados ou obras de autoria dos ministros que ainda não se manifestaram na Corte que demonstrem posicionamento favorável.

Uma análise mais detalhada foge a pretensão do presente estudo de graduação, que se propõem a trazer conclusões e apontar de forma descritiva o entendimento do STF a partir dos julgamentos de casos emblemáticos, onde se teceram considerações sobre a eficácia horizontal dos preceitos constitucionais e o papel ativista da Suprema Corte.

Assim, visto a evolução cronológica da discussão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e a crescente postura ativista da Corte Constitucional, principalmente, após a Emenda Constitucional nº 45/2004, é possível afirmar que a tutela dos preceitos fundamentais, objeto de diálogo entre os ministros vem intimamente vinculada ao ativismo jurisdicional e à visão do Tribunal Constitucional como guardião da Constituição Social de 1988.

De fato, o posicionamento majoritário que atualmente pode-se depreender da composição atual, pode demonstrar uma tendência, da Corte Suprema promover cada vez mais o reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e promover, através da ferramenta de direito material, o julgamento de novos *hard cases*, que o mundo contemporâneo apresenta às ciências jurídicas.

6 CONCLUSÃO

Ao longo do presente estudo, através de um texto analítico, de cunho descritivo, buscou-se alcançar objetivos, tais como demonstrar a importância dos direitos fundamentais diante da Constituição da República de 1988, a relevância de uma eficácia horizontal destes preceitos e a sua aplicação pela Suprema Corte Brasileira, em hipóteses em que se observa nítida conduta ativista.

Assim, abordou-se no primeiro capítulo o desenvolvimento histórico dos direitos fundamentais, demonstrando a sua relevância não só para o direito brasileiro, mas para toda humanidade, uma vez que fruto das conquistas do homem diante dos anseios políticos e sociais de terminada época.

O capítulo seguinte tratou da análise da discussão doutrinária acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas no direito comparado, demonstrando-se toda a problemática da vinculação desses preceitos vistos pela doutrina clássica como direitos subjetivos públicos.

De fato, a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais se mostra de elevada importância, diante do crescimento exponencial do chamado poder privado, destacado por toda a doutrina, sendo certo que atualmente, tendo em vista tal fenômeno social, há um vasto campo para violação destes preceitos básicos que compõe a dignidade humana.

Como bem asseverou Ney de Barros Bello Filho:

Na pós-modernidade essa característica de fragilidade que dantes era privilégio do cidadão perante o estado migrou, e tampouco ele, o Estado, é tão forte como outros entes privados que ocupam o lugar central na sociedade contemporânea¹⁴⁸.

Por conseguinte, detalhou-se a influência da discussão acerca da eficácia dos direitos fundamentais no direito brasileiro, restando demonstrado a forte inclinação majoritária pelo reconhecimento de uma eficácia direta destes preceitos nas relações entre particulares.

Neste diapasão, note-se a sugestão apontada por Andre Ramos Tavares:

Um passo maior deve ser dado no sentido de reconhecer a existência de deveres fundamentais dirigidos aos particulares. O pressuposto, aqui, é de exigir também dos particulares seu concurso para a implementação dos direitos. Ao contrário do que se passa com a “eficácia horizontal”, que apresenta um aspecto estático, aqui a vertente é dinâmica, pois se estaria a

¹⁴⁸FILHO, Ney de Barros Bello. Op. Cit. p.363.

exigir a atuação positiva no sentido de implementar certas orientações constitucionais¹⁴⁹.

Após restar demonstrada a relevância do tema para a doutrina contemporânea, buscou-se associar a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais juntamente com a conduta ativista do STF, restando comprovado através da análise de julgados emblemáticos os esforços da Corte Suprema em, de maneiras criativamente distintas, atrair a discussão objeto do estudo e se pronunciar sobre a tutela dos preceitos constitucionais.

Assim, analisando o julgamento do Recurso Extraordinário nº 161.243-6/DF, conhecido como caso *Air France*, o Tribunal Constitucional entendeu pela prevalência do direito à igualdade em detrimento da autonomia privada para determinar a incidência do estatuto da referida empresa, antes aplicável somente para empregados franceses, para determinado trabalhador brasileiro.

A postura ativista do Tribunal Constitucional restou evidente no que tange a discussão dos ministros em julgar o mérito da questão ou não, uma vez que o referido recurso fora interposto tão-somente para que o recurso de revista no TST fosse conhecido, uma vez que a matéria teria sido devidamente prequestionada.

Logo, nota-se que o STF entende que o recurso de revista poderia ter sido sim conhecido, mas ao invés de remeter a questão, *a priori*, trabalhista para o Tribunal Superior do Trabalho, julga de imediato a questão, sob a justificativa de que tratava-se de hipótese de eficácia dos direitos fundamentais entre particulares. Observa-se, neste caso, um ativismo procedimental do Tribunal Constitucional.

Após, analisou-se o julgamento do Recurso Extraordinário nº 241.554-/GO, onde se entendeu pela aplicação do princípio-garantia da vedação das provas obtidas por meios ilícitos ao ato perpetrado por particular.

Igualmente restou demonstrado uma postura ativista da Corte Constitucional, uma vez que, ao invés de entender pela aplicação do princípio em jogo no caso concreto, a saber, uma ação penal pública movida pelo Ministério Público, abordou a questão da eficácia horizontal reconhecendo pela vinculação de um direito de cunho processual que a doutrina até então sequer cogitava que o mesmo poderia ser objeto desta vinculação.

Em seguida, houve a análise do Recurso Extraordinário nº 201.819-8/RJ, mais detidamente no voto do ministro Gilmar Mendes, que trouxe a discussão acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas de forma expressa e detalhada,

¹⁴⁹ TAVARES, André Ramos. Op. Cit. p. 460.

entendendo pela aplicação do direito ao devido processo legal, representado pelo contraditório e ampla defesa em procedimento de expulsão de sócio de determinada sociedade civil.

O ativismo jurisdicional do STF restou demonstrado na hipótese uma vez que a sociedade civil em questão se tratava de órgão vinculado ao ECAD, ocupando, de certa forma, um espaço público.

Assim, restaram configuradas duas soluções: a) aplicar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que sem dúvida era a tese que depreenderia maior esforço dos julgadores; ou, b) equiparar a sociedade civil União Brasileira de Compositores à órgão estatal, e conseqüentemente, sujeito à observância dos direitos fundamentais.

Ao escolher pela primeira solução, o Tribunal Constitucional promoveu o ativismo, de forma material, o que demonstra sua preocupação acerca da tutela dos direitos fundamentais.

Por fim, através da análise do emblemático julgamento do HC nº 82.424/RS, conhecido como caso Ellwanger, também restou demonstrado o ativismo do STF e a preocupação com a tutela dos direitos fundamentais.

Na hipótese, tratava-se de habeas corpus com fundamento na atipicidade da conduta do paciente em publicar livros anti-semitas, uma vez que o povo judeu não seria propriamente uma raça a fim de configurar o crime de racismo.

A abordagem detalhada do julgado demonstrou o ativismo do Tribunal Constitucional, uma vez que o mesmo acabou por julgar um habeas corpus ex officio, ao atrair para a discussão em plenário a eficácia dos direitos fundamentais e a colisão entre liberdade de expressão e direito à não-discriminação;

De fato, tais direitos poderiam ser aplicados nas relações entre particulares, como deixou transparecer o ministro Carlos Ayres de Britto e o Ministro Marco Aurélio, sendo certo que o último cita o caso Lüth, como jurisprudência no direito comparado acerca da liberdade de expressão.

Outra forma de ativismo que restou nítido no julgamento do habeas corpus é a construção realizada por Gilmar Mendes acerca do *hate speech*, demonstrando a preocupação do ministro, atual presidente da Corte Suprema, na proteção dos direitos fundamentais como meio de manter o equilíbrio democrático, outro princípio que vem sendo muito discutido no STF.

Sobre o perfil do STF, importante ressaltar a lição do professor Enzo Bello, que afirma:

Em síntese, a partir de 2003, podemos afirmar que a atuação do STF, após a Constituição Federal de 1988 (especialmente nos últimos anos), está pautada por alguns pontos centrais: (i) a concretização de direitos fundamentais em resposta de uma “agenda”; (ii) o comprometimento com a efetivação do princípio democrático; (iii) a ênfase no aspecto contramajoritário da Jurisdição Constitucional; (iv) o reconhecimento da insuficiência do dogmatismo para a resolução de casos difíceis (*hard cases*); e (v) a imprevisibilidade das decisões¹⁵⁰ (grifo do autor).

Restou demonstrado, portanto, que o debate acerca dos direitos fundamentais e sua eficácia nas relações entre particulares vem acompanhado de uma forte conduta ativista do STF, uma vez que, através de manobras procedimentais ou de direito material, entra na discussão doutrinária tratada no presente estudo.

Assim, resta a preocupação sobre o futuro do papel da Corte Constitucional como órgão de tutela dos direitos fundamentais, e sobre as conseqüências do ativismo jurisdicional que o Supremo Tribunal Federal vem adotando.

¹⁵⁰ BELLO, Enzo. *Neoconstitucionalismos, democracia deliberativa e atuação do STF*. In: José Ribas Vieira (Org.) *Perspectivas da Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, p. 31. 2007.

REFERÊNCIAS

ABRANTES, José João Nunes. **A Vinculação das Entidades Privadas aos Direitos Fundamentais**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos, Liberdades e Garantias no Âmbito das Relações entre Particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina ed. 1987.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**. ano I, v. I, nº 4, jul.2001.

BELLO, Enzo. Neoconstitucionalismos, democracia deliberativa e atuação do STF. In: José Ribas Vieira (Org.) **Perspectivas da Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2007.

BILBAO UBILLOS, Juan Maria. En 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, 2003.

BOMHOFF, Jacco. Lüth's 50th Annivesary: Some Comparative Observations on the German Foundations of Judicial Balancing. **German Law Journal**, vol. 9, nº. 02, Feb.2008.
Disponível em: <<http://www.germanlawjournal.com>>. Acesso em 13 mar. 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª Ed. São Paulo: Malheiros. 2008.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Associações, Expulsão de Sócios e Direitos Fundamentais. **Direito Público** v. 1, nº 2 (out./dez. 2003) Porto Alegre: Síntese. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2003.

_____. “Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais”. In: MENDES. Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica. 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Trabalho. Princípio da igualdade. Trabalhador Brasileiro empregado de empresa estrangeira: Estatuto do pessoal desta: Aplicabilidade

ao trabalhador estrangeiro e ao trabalhador brasileiro. Recurso Extraordinário n.º 161.243/DF. Recorrente: Joseph Halfin. Recorrida: Compagnie Nationale Air France. Relator: ministro Carlos Velloso. DJ 19.12.1997. Disponível em <http://www.stf.jus.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Prova ilícita. Material fotográfico que comprovaria a prática delituosa (Lei n.º 8.069/90, art. 2410. Fotos que foram furtadas do consultório profissional do réu e que, entregues a polícia pelo autor do furto, foram utilizadas contra o acusado, para incriminá-lo. Inadmissibilidade (CF, art. 5º, LVI). Relator: ministro Celso de Mello. DJ. 03.08.2000. Disponível no informativo n.º 197, do STF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sociedade civil sem fins lucrativos. União Brasileira de Compositores. Exclusão de sócio sem garantia da ampla defesa e do contraditório. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Recurso Desprovido. Recurso Extraordinário n.º 201.819/RJ. Recorrente: União Brasileira de Compositores. Recorrido: Arthur Rodrigues Villarinho. Relatora: ministra Ellen Gracie. DJ.27.10.2006. Disponível em <http://www.stf.jus.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Defesa. Devido Processo Legal. Inciso LV do rol das garantias constitucionais. Exame. Legislação Comum. Recurso Extraordinário n.º 201819/RJ. Recorrente: Ayrton da Silva Capaverde e outros. Recorrido: Cooperativa Mista São Luiz LTDA. Relatora: ministro Marco Aurélio. DJ.07.06.1996. Disponível em <http://www.stf.jus.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus*. Publicação de livros: anti-semitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. Limites. Ordem denegada. *habeas corpus* n.º 82.424/RS. Impetrantes: Werner Cantalício João Becker e outra. Paciente: Siegfried Ellwanger. Relator: ministro Moreira Alves. **Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus n.º 82.424/RS**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004.

CANOTILHO, José J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Almedina ed., 2008.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FILHO, Ney de Barros Bello. A Eficácia Horizontal do Direito Fundamental ao Ambiente. *In*: SCHÄFER, Jairo. **Temas Polêmicos do Constitucionalismo Contemporâneo**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

GARCIA, Emerson. **Conflito entre Normas Constitucionais: Esboço de uma Teoria Geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HESSE, Konrad. Concepto e Cualidade de La Constitución. In: **Escritos de derecho constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1992.

JULIO STRADA, Alexei. **La Eficacia de los Derechos Fundamentales entre Particulares**. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. (Celso Bastos ed.). São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

MÜNCH, Ingo Von. Drittwirkung de los derechos fundamentales em alemania. In: CODERCH. Pablo Salvador. **Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada**. Madrid: Civitas, 1997.

NETO. Cláudio Pereira de Souza. *Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais: Uma reconstrução Teórica à Luz do Princípio Democrático*. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de Direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luis Roberto. **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2008.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique (Org.). **Derechos humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milênio**. Madrid: Marcial Pons, 1996.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

RODOTÁ, Stefano. **A Vida na Sociedade da Vigilância – A Privacidade Hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e Relações privadas**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9ª ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado ed., 2008.

_____. **Direitos Fundamentais e Direito Privado, uma Perspectiva de Direito Comparado**. Ed. Almedina, 2007.

_____. 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 com o Público e o Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. En 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, 2003.

VALADÉS, Diego (Org.). *Conversas Acadêmicas com Peter Häberle*. Tradução do espanhol de Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009.

VASAK, Karel. “Le Droit International des Droits de l’Homme”. In: **Revue des Droits de L’homme**, vol. 1, 1972.

VIEIRA, José Ribas (Org.). **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF**, a ser editado pela ed. Juruá, 2008 (no prelo).

ZIMMERMANN, Augusto. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.