



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Aplicabilidade dos Direitos Fundamentais às Relações entre Particulares no Direito Brasileiro

Edith Picanço da Rocha Peixoto

Rio de Janeiro
2009

EDITH PIKANÇO DA ROCHA PEIXOTO

Aplicabilidade dos Direitos Fundamentais às Relações entre Particulares no Direito Brasileiro

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^a. Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares
Prof^a. Mônica Areal

Rio de Janeiro
2009

APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES NO DIREITO BRASILEIRO

Edith Picanço da Rocha Peixoto

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: além da aplicação no âmbito do Direito Público, os direitos fundamentais aplicam-se também às relações entre particulares. A denominada eficácia horizontal dos direitos fundamentais surgiu na Alemanha na década de 50 e passou a atrair a atenção da doutrina européia. Apesar de não haver previsão expressa nesse sentido na Constituição Brasileira de 1988, o presente estudo visa a demonstrar como os direitos fundamentais incidem nas relações privadas, bem como sugerir a teoria a ser adotada pelo Direito Brasileiro.

Palavras-chaves: Direito Constitucional, Direitos Fundamentais, Relações Privadas, Eficácia Horizontal.

Sumário: Introdução; 1. A Constitucionalização do Direito Privado; 2. Compatibilização entre autonomia do Direito Privado e Direitos Fundamentais; 3. Teorias sobre a eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais; 4. Análise da Jurisprudência Brasileira; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

O tema deste estudo é a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, mais especificamente versa sobre a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações entre particulares no Direito Brasileiro.

Tradicionalmente, os direitos fundamentais são aplicáveis ao âmbito do Direito Público, ou seja, possuem eficácia vertical, já que se aplicam nas relações entre o Estado e os indivíduos. No entanto, além dessa perspectiva, admite-se também a denominada eficácia horizontal, privada ou externa dos direitos fundamentais que consiste na aplicação de tais direitos às relações jurídicas entre particulares.

As primeiras formulações teóricas acerca da eficácia dos direitos fundamentais às relações privadas surgiram na Alemanha na década de 50 e passaram a atrair a atenção da doutrina europeia em geral. Ao contrário da Constituição Portuguesa que prevê expressamente a vinculação das entidades públicas e privadas aos direitos fundamentais, a Constituição Brasileira de 1988 não traz previsão semelhante e dispõe apenas em seu artigo 5º §1º que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

O presente estudo justifica-se pela necessidade de proteção das liberdades individuais que se encontram ameaçadas não só pela atuação do Poder Público, mas também pelos detentores de poder econômico e social no âmbito da sociedade, o que é bastante expressivo na sociedade brasileira que apresenta elevado índice de desigualdade social.

Nesse sentido, questiona-se como interagem o Direito Civil e o Direito Constitucional, como seria possível compatibilizar a autonomia do direito privado e os direitos fundamentais, quais as teorias atualmente existentes e como a jurisprudência brasileira tem se posicionado a respeito do tema.

O objetivo deste estudo é demonstrar como os direitos fundamentais incidem nas relações jurídicas entre particulares e sugerir a teoria a ser adotada pelo Direito Brasileiro, considerando que não há dúvidas quanto à aplicação da eficácia horizontal no Direito Pátrio. Para tanto, faz-se necessário apresentar o fenômeno da constitucionalização do direito privado, analisar a compatibilização entre autonomia do direito privado e direitos fundamentais, explicitar as teorias da eficácia imediata, mediata, dos deveres de proteção e a

doutrina do *state action*, bem como comprovar a aplicabilidade da eficácia horizontal no Direito Brasileiro mediante a análise de julgados que admitem a mencionada eficácia.

1. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

À época do Estado Liberal, a Constituição não se envolvia no âmbito das relações privadas, as quais eram disciplinadas pelo Código Civil. Entretanto, com o surgimento do Estado Social, o legislador passou a intervir no campo do direito privado, editando normas de ordem pública que limitavam a autonomia da vontade dos indivíduos em prol de interesses coletivos. Isso, no entanto, não elevou a Constituição à posição de centro gravitacional do direito privado, o que só ocorreu com o reconhecimento da força normativa da Constituição, que permitiu a concepção do ordenamento jurídico como uma unidade.

Sarmiento (2006) explica que a aludida força normativa consiste na noção de que a Constituição é uma norma jurídica dotada de caráter imperativo, cujos comandos podem ser tutelados em juízo quando não forem respeitados espontaneamente. Para alguns autores, inclusive, esta nova concepção da Constituição, que abrange o reconhecimento da sua força normativa, a expansão das suas tarefas, o fortalecimento do papel da jurisdição constitucional e a penetração dos seus princípios e valores por todos os ramos do ordenamento, é denominada neoconstitucionalismo. Streck (2000), por sua vez, concebe a Constituição como o topo hermenêutico que conforma a interpretação jurídica do restante do sistema jurídico.

Desse modo, a constitucionalização do direito privado consiste em um movimento de adequação das relações privadas aos parâmetros normativos impostos por uma ordem jurídica justa, constituindo o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, III, CRFB), o epicentro axiológico da ordem constitucional, que irradia efeitos sobre todo ordenamento jurídico e baliza os atos estatais bem como as

relações privadas desenvolvidas no seio da sociedade civil e do mercado, pelo que, o referido princípio deve ser considerado como o mais relevante da ordem jurídica. Assim, essa constitucionalização retirou o Código Civil do centro do sistema, de modo que a ordem jurídico-privada passou a gravitar em torno da pessoa humana e dos seus valores existenciais.

Cumprir registrar que, para Silva (2008), o fenômeno da constitucionalização do direito consiste na irradiação dos efeitos das normas ou valores constitucionais aos outros ramos do direito. Segundo esse autor, a questão é estudada de forma sistemática há mais tempo na Alemanha, sendo certo que o tema também é conhecido da doutrina e jurisprudência dos Estados Unidos, ainda que de forma assistemática.

É relevante destacar a crítica da doutrina no que diz respeito ao fato de que a grande maioria dos trabalhos acerca do tema em questão é de origem alemã, de maneira que não se pode importar o assunto sem que sejam feitas as necessárias reflexões e adaptações para sua aplicação ao Direito Brasileiro. Isso porque, muitos dispositivos da CRFB já dão a entender que não incidem apenas nas relações indivíduo-Estado, mas também nas relações dos indivíduos entre si. A título de exemplo, pode ser citada a díade liberdade de expressão/direito de resposta que tem sua aplicação quase exclusivamente ao âmbito da relação entre particulares, bem como os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem que são oponíveis contra possíveis violações provenientes de atos de particulares. Frise-se, ainda, que no âmbito social-trabalhista brasileiro, a extensão dos direitos fundamentais às relações entre particulares é pouco problemática, haja vista o conteúdo do artigo 7º da CRFB.

Silva (2008) menciona ainda trabalho recente elaborado por Gunnar Folke Schuppert e Christian Bumke, os quais identificam cinco formas principais do processo de constitucionalização do ordenamento jurídico, apesar de nem todas interessarem ao Direito Brasileiro. São elas: a reforma legislativa; o desenvolvimento jurídico por meio da criação de direitos individuais e de minorias; a mudança de paradigma nos demais ramos do direito; a

irradiação do direito constitucional relacionada aos efeitos nas relações privadas e deveres de proteção e a constitucionalização do direito por meio da jurisdição ordinária.

Além disso, esses autores também indicam três atores principais da constitucionalização do direito: o legislador, o judiciário e a doutrina jurídica. O legislador atua à medida que desenvolve sua tarefa de adaptar a legislação ordinária às determinações constitucionais. O papel do judiciário, por sua vez, consiste na interpretação e no controle dos atos entre particulares que envolvem direitos fundamentais, enquanto que a doutrina desenvolve o alicerce teórico fundamental para o processo de constitucionalização.

Outro autor citado por Silva (2008) é o francês Louis Favoreu, que visualiza tipos de constitucionalização, sendo certo que a modalidade constitucionalização-transformação é a que mais se adapta à realidade brasileira. Nesse sentido, segundo Favoreu (1996), a constitucionalização-transformação caracteriza-se pela constitucionalização dos direitos e liberdades, que conduz a uma impregnação dos diferentes ramos do direito e a sua transformação. E a partir daí, com a mudança no conteúdo dos outros ramos do direito provocada pela Constituição, passar-se-ia a falar em direito constitucional social, direito constitucional penal, direito constitucional civil, entre outros.

Favoreu (1996) aponta ainda os efeitos da constitucionalização: a unificação e a simplificação da ordem jurídica. No aspecto da unificação, verifica-se que as normas constitucionais tornam-se progressivamente o fundamento comum dos diversos ramos do direito, além da relativização da distinção entre direito público e direito privado. Já, no tocante à simplificação, a constituição é recolocada como inegável norma de referência do ordenamento jurídico, de forma que o eixo essencial da ordem jurídica passa a ser a Constituição.

A fim de que se possa compreender o direito civil constitucional, é mister salientar a tradicional divisão dicotômica de origem romana entre direito público e direito privado. Para

Mattietto (2000), essa distinção merece ser repensada, tendo em vista a crescente complexidade do direito e de suas instituições. Cumpre salientar ainda o entendimento de Moraes (1993) no sentido de que tal partição não mais traduz a realidade econômico-social, nem corresponde à lógica do sistema, tendo chegado o momento de empreender sua reavaliação.

Na sociedade atual, é difícil localizar um interesse privado que seja completamente autônomo, independente e isolado do interesse público, principalmente se forem consideradas as categorias de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. O direito privado não pode ser visto como uma antítese ao direito público, uma vez que o público e o privado se complementam. Nesse sentido, Tepedino (1999) explica que a interpenetração do direito público e do direito privado caracteriza a sociedade contemporânea, significando uma alteração profunda nas relações entre o Estado e o cidadão.

Ademais, de acordo com Pereira (1995), o direito constitui uma unidade conceitual no plano filosófico, uma unidade orgânica no plano científico e uma unidade teleológica no plano social. Dessa forma, deve ser acolhida a tese da unidade do ordenamento jurídico, não podendo ser aceito o esquema que separa o Estado da sociedade civil, e concebe, de um lado, a Constituição como lei do Estado e, de outro, o direito privado como ordenamento da sociedade civil. Por conseguinte, a superioridade dos valores e princípios previstos na Constituição projeta-se no sistema jurídico como um todo e conduz ao abandono da separação do direito em público e privado, estabelecida pela doutrina tradicional.

Feitas essas considerações, passa-se à análise do direito civil constitucional. Segundo Moraes (1993), o direito civil transformado pela normativa constitucional tem como fundamentos a superação da lógica patrimonial- proprietária, produtivista, empresarial- pelos valores existenciais da pessoa humana, que se tornam prioritários no âmbito do direito civil porque privilegiados pela Constituição. Para Tepedino (1999), a adjetivação do direito civil,

dito constitucionalizado, socializado, despatrimonializado, demonstra o trabalho conferido ao intérprete de releitura da legislação civil à luz da Constituição, a fim de privilegiar valores não patrimoniais, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, à qual devem se submeter a iniciativa econômico-privada e as situações jurídicas patrimoniais.

Ressalte-se, por oportuno, que a expressão direito civil constitucional não deve ser compreendida como o conjunto de dispositivos sobre os institutos civilísticos tradicionais, tais como a propriedade, a família e a empresa, que recebem tratamento específico no texto constitucional. De fato, o direito civil constitucional é o direito civil como um todo, uma vez que não há como destacar uma parte do direito civil imune à incidência dos valores e princípios constitucionais, razão pela qual, a integral disciplina civilística compõe o direito civil constitucional e não apenas os institutos previstos constitucionalmente.

É forçoso identificar, assim, um direito civil mais sensível aos problemas e às exigências da sociedade, com vistas a evitar o risco de degeneração do Estado democrático de direito, embora não seja constantemente utilizado tampouco reconhecido pelos profissionais de direito.

Desta feita, o Código Civil perdeu a centralidade de outrora, de forma que a posição hierárquica superior da Constituição, a abertura de suas normas e o fato de que estas também versam sobre relações privadas possibilitam a concepção da Lei Maior como novo centro do direito privado.

Por fim, o novo Código Civil, apesar de seus avanços, não teve o condão de deslocar a Constituição do centro do sistema, de modo que o jurista deve recorrer antes à Constituição que ao Código, já que as cláusulas deste deverão ser interpretadas à luz da Constituição, afigurando-se inválidas as suas normas contrárias ao espírito constitucional.

2. COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE AUTONOMIA DO DIREITO PRIVADO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Uma empresa privada poderia demitir um empregado, que se manifestou publicamente contra determinado produto que ela fabrica, tendo em vista a liberdade constitucional de expressão? Poderia um pai doar um bem a um de seus filhos, sem realizar qualquer liberalidade em relação ao outro, diante do princípio da isonomia? Um clube poderia aplicar uma sanção disciplinar a um sócio, sem lhe proporcionar previamente o direito de defesa, considerando a garantia constitucional do contraditório?

Essas indagações formuladas por Sarmiento (2006) conduzem ao questionamento de como seria possível compatibilizar a autonomia do direito privado e os direitos fundamentais.

É certo que os direitos fundamentais caracterizam-se por sua inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade. Além disso, o não-exercício do direito fundamental por longo período não implica concluir que a ele se tenha renunciado, bem como não se pode dizer que houve renúncia de um direito fundamental que nunca foi exercido. No entanto, é possível encontrar situações nas quais a irrenunciabilidade dos direitos fundamentais é colocada em xeque.

Silva (2008) ensina que não são poucos os atos que acarretam renúncia, ainda que temporária, ao exercício de alguns direitos fundamentais e cita, a título exemplificativo, os chamados *reality shows* das emissoras de TV brasileiras e estrangeiras, nos quais se percebe que, por ato de vontade, os participantes desses programas renunciam à sua privacidade, garantida pelo artigo 5º, X da CRFB. Em síntese, todo aquele que celebra um contrato renuncia a uma parcela de sua liberdade.

Nesse diapasão, a autonomia privada representa um dos componentes primordiais da liberdade. Em sentido amplo, a autonomia privada deve ser entendida como a capacidade do

sujeito de direito de determinar seu próprio comportamento individual, não obstante possa ser compreendida como autonomia negocial em um sentido mais restrito. Dessa forma, abrange tanto aspectos relacionados a escolhas existenciais como a questões referentes à celebração de contratos e outros negócios jurídicos de caráter patrimonial.

Não compete ao Estado ou à Constituição estabelecer os fins, valores e crenças que cada pessoa deve perseguir ou professar. De fato, cabe a cada indivíduo determinar os rumos de sua existência, respeitando as escolhas feitas por seus semelhantes. Dessa forma, os poderes públicos não possuem autonomia privada, porquanto submetidos ao princípio da legalidade, de modo que a vinculação desses poderes aos direitos fundamentais é completa e incondicionada, ao passo que os particulares possuem uma esfera de liberdade juridicamente protegida, derivada do reconhecimento de sua dignidade.

Diante disso, se os direitos fundamentais fossem inadvertidamente aplicados à esfera das relações privadas, constatar-se-ia uma limitação à autodeterminação dos indivíduos, razão pela qual a doutrina defende a ponderação de interesses entre o direito fundamental em jogo e a autonomia privada do particular. Contudo, em uma sociedade injusta e desigual como a brasileira, deve ser avaliado até que ponto vai a autodeterminação de um particular hipossuficiente em uma relação contratual aparentemente livre firmada com uma parte mais poderosa.

Considerando que a autonomia privada representa um dos principais componentes da liberdade, é oportuno trazer à baila duas ideias diferentes de liberdade destacadas pela teoria constitucional moderna: a liberdade do cidadão e a liberdade do burguês. A primeira se caracteriza pela participação do cidadão na formação da vontade do Estado, tornando-se co-autor do destino da coletividade, enquanto que a segunda equivale à fruição pacífica da independência individual ou privada.

Dessa forma, os democratas e republicanos entendem pela preponderância da primeira liberdade, identificada pela autonomia pública ou soberania popular do cidadão na praça, enquanto que liberais priorizam a segunda liberdade vinculada à ideia de autonomia privada do indivíduo em seu jardim. Assim, para um democrata, ser livre significa ter voz ativa no espaço público, participando com os demais membros da comunidade do seu autogoverno. Já para um liberal, o essencial para a garantia da liberdade é a contenção do poder, com a salvaguarda de um espaço de autodeterminação individual imune a constrangimentos.

Além da díade liberdade como autonomia privada/liberdade como soberania popular, é importante lembrar a distinção entre liberdades negativas e liberdades positivas. Liberdade negativa seria a situação na qual um sujeito tem a possibilidade de agir ou não, sem ser obrigado a isso ou sem que outros sujeitos o impeçam. Já a liberdade positiva seria a situação na qual um sujeito de direito tem a possibilidade de orientar sua vontade em direção a um objetivo de tomar decisões, sem ver-se determinado pela vontade dos outros. A primeira consistiria na liberdade como ausência de constrangimentos, e a segunda, na liberdade como capacidade de autodeterminação.

Não obstante tais conceituações, é possível inferir que não basta o simples reconhecimento de liberdades jurídicas ligadas à autonomia privada ou pública, sem que se confirmem as condições mínimas para que seus titulares possam efetivamente desfrutá-las.

De fato, como leciona Sarmiento (2006), quem tem fome não é livre para nada, ou seja, a condição social é determinante para a definição da liberdade da pessoa como agente moral. É importante reconhecer simultaneamente a liberdade individual e a força das influências sociais sobre o grau e o alcance da aludida liberdade individual.

Desta feita, sem o mínimo necessário à existência, cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais de liberdade. Assim, a garantia

das autonomias pública e privada do cidadão é vital para a proteção jurídica integral da liberdade humana, de forma que tal liberdade é esvaziada quando não são asseguradas as condições materiais mínimas para que as pessoas possam desfrutá-la conscientemente. Portanto, não haverá liberdade onde existirem fome, miséria, analfabetismo ou exclusão social.

Além de constituir pressuposto da democracia, a autonomia privada está relacionada à proteção da dignidade da pessoa humana. No entanto, essa autonomia não é absoluta, uma vez que deve ser conciliada com o direito das outras pessoas e com outros valores imanentes ao Estado Democrático de Direito.

Desse modo, o Estado deve intervir em certos casos, restringindo a autonomia individual, a fim de proteger a liberdade dos outros, com vistas à proteção do bem comum e da paz jurídica de toda sociedade. Essa intervenção estatal na autonomia privada é viabilizada por meio da lei, incluída nesse conceito, a própria Constituição.

Ocorre que a lei também está limitada, de forma que determinadas liberdades individuais mais essenciais foram salvaguardadas até do legislador. Não significa, contudo, que tais liberdades fundamentais possuem valor absoluto. Em alguns casos, a liberdade deve ser restringida, proporcionalmente, no intuito de otimizar os bens jurídicos em confronto, mediante ponderação de interesses.

Cumprido ressaltar que o papel do Estado não é o de orientar as vidas individuais para uma direção que repute mais adequada, mas sim de auxiliar na criação das condições necessárias para que cada um realize suas escolhas livremente. Nesse diapasão, é importante salientar que nem todas as manifestações da autonomia privada são valoradas da mesma forma. Há dimensões da autonomia que ostentam importância superior, porquanto consideradas mais relevantes para a garantia da dignidade da pessoa humana.

No que tange ao texto constitucional, é possível verificar a intensa preocupação do constituinte com a liberdade e o fortalecimento da tutela da autonomia privada, haja vista o extenso catálogo de direitos fundamentais com seus respectivos remédios e garantias. Percebe-se, assim, a preocupação com a efetividade da liberdade, diante do amplo rol de direitos sociais consagrados e dos princípios da ordem econômica e da ordem social acolhidos.

A Constituição reconhece que a exclusão social prejudica a autonomia do cidadão, razão por que considera que a liberdade individual é tarefa que envolve deveres estatais comissivos, além de obrigações positivas e negativas impostas aos particulares. No entanto, a proteção à autonomia privada decorrente da CRFB/88 é heterogênea. É mais forte quando estão em jogo as dimensões existenciais da vida humana e, menos intensa, quando se tratar de relações de caráter exclusivamente patrimonial.

Em face do exposto, é possível compatibilizar a autonomia do direito privado com os direitos fundamentais. Quanto às relações patrimoniais, haverá uma proteção mais forte da autonomia privada quando estiverem em jogo bens de caráter supérfluo. Entretanto, se a questão envolver bens essenciais à vida humana, a tutela conferida à autonomia privada será menor, aceitando-se um dirigismo estatal mais intenso, voltado para a promoção da solidariedade social e para a busca do bem comum. A título de exemplo, Sarmiento (2006) menciona que a proteção da autonomia privada deve ser mais forte num negócio jurídico envolvendo uma alienação de uma joia, do que num contrato de compra e venda de um medicamento. Desse modo, admite-se um intervencionismo maior neste âmbito, com vistas a assegurar a todos o acesso aos bens essenciais, indispensáveis ao atendimento das necessidades básicas.

3. TEORIAS SOBRE A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A fim de se avaliar qual a teoria mais adequada a ser adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, é relevante examinar algumas das teorias existentes acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. No presente estudo, serão abordadas as teorias elencadas no trabalho elaborado por Ericson (2009), quais sejam, as teorias da eficácia imediata, mediata, dos deveres de proteção e a doutrina do *state action*.

3.1 TEORIA DA EFICÁCIA DIRETA OU IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais predomina em diversos países, tais como Portugal, Espanha, Itália e Argentina.

Não obstante essa teoria defenda a incidência direta e imediata dos direitos fundamentais na esfera privada, não se negam as especificidades desta incidência, já que é cediço que o indivíduo é dotado de um poder de autodeterminação da sua vontade, tornando-se necessária a ponderação entre o direito fundamental em jogo, de um lado, e a autonomia privada dos particulares envolvidos, do outro.

Desse modo, embora os direitos fundamentais sejam diretamente aplicáveis às relações privadas, uma vez que independem da mediação do legislador, eles precisam ser analisados caso a caso, a fim de se verificar a existência e a extensão da sua eficácia horizontal.

Assim, para que a autonomia privada seja protegida por uma ponderação de interesses, deverá ser considerada a existência ou não de desigualdade entre as partes da relação privada, de forma que, mesmo numa relação entre pessoas em suposta posição de igualdade, a autonomia privada poderá ser limitada em prol da proteção a um direito fundamental.

3.2 TEORIA DA EFICÁCIA INDIRETA OU MEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Desenvolvida pela doutrina alemã, a teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais na esfera privada se tornou a teoria dominante no direito germânico, porquanto adotada pela maioria dos juristas da Alemanha e por sua Corte Constitucional.

Essa teoria nega a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. De acordo com esses teóricos, os direitos fundamentais não ingressam nas relações jurídicas privadas como direitos subjetivos que possam ser invocados por um particular frente ao outro.

Ademais, a incidência direta dos direitos fundamentais, segundo eles, acabaria suprimindo a autonomia da vontade e desfiguraria o Direito Privado como ramo autônomo ao convertê-lo em mera concretização do Direito Constitucional.

Desse modo, os direitos fundamentais consistiriam numa ordem de valores que se irradia por todos os campos do ordenamento jurídico, inclusive sobre o Direito Privado, cujas normas têm de ser interpretadas à sua luz. Os direitos fundamentais serviriam, portanto, como princípios de interpretação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados do Direito Privado, como os *bons costumes*, por exemplo.

Dessa forma, a incidência dos direitos fundamentais seria mediata, porque caberia ao legislador ordinário proteger esses direitos na esfera privada, sem esquecer-se da proteção da autonomia privada.

Entretanto, no caso de eventual lacuna do ordenamento privado e de falta de cláusulas gerais ou de conceitos indeterminados que possam ser interpretados em consonância com os valores constitucionais, excepcionalmente, se torna admissível ao Judiciário aplicar

diretamente os direitos fundamentais nas relações privadas, sem a mediação do legislador ordinário.

Merecem destaque as críticas formuladas contra essa teoria, dentre elas, a de não proporcionar uma tutela efetiva dos direitos fundamentais nas relações privadas, já que a proteção desses direitos dependeria muito da vontade do legislador ordinário, além de causar uma aplicação indeterminada e insegura de normas de direito privado, uma vez que estariam sujeitas à impregnação pelos valores constitucionais.

3.3 TEORIA DOS DEVERES DE PROTEÇÃO

A teoria dos deveres de proteção surgiu em decorrência do pensamento de parte da doutrina alemã moderna como forma de solucionar a questão dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas.

Asseguram os defensores dessa teoria que o Estado teria a obrigação de abster-se de violar os direitos fundamentais e de protegê-los de potenciais lesões e ameaças advindas de particulares no seio social.

De acordo com essa teoria, os particulares não sofreriam restrições em sua autonomia privada, porque não estariam sujeitos aos direitos fundamentais. Caberia ao legislador privado a proteção desses direitos, ao disciplinar o comportamento dos particulares, a fim de evitar eventuais lesões a eles. Sarmiento (2006) aponta para a similaridade dessa teoria, quanto aos seus efeitos, com a teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais, que também exige, para a proteção desses direitos, a mediação do legislador.

A teoria dos deveres de proteção, embora demande a intervenção do legislador ordinário para que haja a efetiva proteção dos direitos fundamentais, também garante a

possibilidade de intervenção do Judiciário, quando necessária, por meio do controle de constitucionalidade das normas de direito privado.

Não obstante tenha sido aplicada em decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional Alemão, a teoria dos deveres de proteção se sujeitou a diversas críticas, dentre elas, a mesma formulada contra a teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais, no sentido de não conferir aos direitos fundamentais uma proteção adequada, tendo em vista que tal proteção dependeria da vontade incerta do legislador ordinário.

3.4 DOCTRINA DO *STATE ACTION*

De acordo com a doutrina do *state action* (ação governamental), criada no direito norte-americano, não haveria vinculação dos particulares aos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição.

Segundo essa doutrina, os direitos fundamentais previstos na Constituição norte-americana, *Bill of Rights*, impõem limitações apenas para os poderes públicos e não dão aos particulares direitos frente a outros particulares, com exceção apenas da 13ª emenda que proibiu a escravidão.

Essa doutrina se fundamenta na literalidade do texto constitucional que, por sua vez, se refere apenas aos poderes públicos como sujeitos passivos da maioria das cláusulas que preveem os direitos fundamentais. A fim de justificar tal posicionamento, esses doutrinadores invocam a preocupação com a autonomia privada, que seria fulminada caso fosse admitida a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

Argumentam ainda que os Estados-membros, e não a União, são competentes para, em regra, legislar sobre Direito Privado, o que poderia acarretar a violação de sua autonomia,

se as Cortes Federais, a pretexto de protegerem os direitos fundamentais previstos na Constituição, interviesses na disciplina das relações privadas.

A partir dos anos 40, no entanto, a Suprema Corte Americana começou a demonstrar atenuações à doutrina do *state action* em seus julgados e passou a adotar paulatinamente a chamada *Public Function Theory*, teoria da função pública. De acordo com essa teoria, os particulares que agissem no exercício de atividade de natureza estatal, também estariam sujeitos aos direitos fundamentais constitucionalmente previstos. Nesse sentido, vale destacar o caso *MARSH v. ALABAMA*, julgado pela Suprema Corte Americana em 1946, que é considerado o caso mais relevante da aplicação da teoria da função pública.

Outro caso de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais admitido no direito norte-americano ocorre quando é possível estabelecer uma conexão mais profunda entre a conduta do particular e alguma entidade governamental. Nos termos dessa linha de entendimento, a Suprema Corte Americana decidiu que um restaurante, que ocupava espaço alugado do poder público, estava vinculado ao princípio da isonomia e não podia discriminar sua clientela com base em motivos raciais.

Cumprido ressaltar que a Suprema Corte firmou entendimento no sentido de que o Estado não pode estimular de qualquer forma, direta ou indiretamente, o desrespeito aos direitos fundamentais pelos particulares e, com base nisso, invalidou negócios jurídicos e leis estaduais por considerar que se fossem aceitas ou ratificadas por ela, estaria estimulando violações a certos direitos fundamentais.

A Corte Americana entendeu, ainda, que as entidades privadas que recebem ajuda especial dos poderes públicos, sob a forma de benefícios fiscais e subsídios, também se encontram vinculadas aos direitos fundamentais, impedindo, inclusive, o fornecimento gratuito pelo Estado de livros aos alunos de escolas particulares praticantes de políticas discriminatórias na seleção de alunos.

Por fim, a teoria do *state action*, conforme registra Sarmento (2006), associada ao radical individualismo que caracteriza a Constituição e a cultura jurídica dos Estados Unidos, apesar de ter sofrido atenuações por meio da jurisprudência daquele país, não conseguiu, até os dias atuais, dispensar um tratamento adequado aos direitos fundamentais, tendo em vista que estes sofrem violações do Estado e de uma série de grupos, pessoas e organizações privadas.

4. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Historicamente, a jurisprudência brasileira admite a eficácia dos direitos fundamentais em relações de direito privado. O objetivo deste capítulo é comprovar a aplicabilidade da eficácia horizontal no Direito Brasileiro mediante a análise de julgados do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

No tocante ao STF, serão analisados três acórdãos proferidos em recursos extraordinários nos quais foi reconhecida a aludida eficácia horizontal.

O primeiro deles foi o RE 158.215-4, que versava sobre a exclusão de associados de cooperativa por deliberação da Assembléia Geral, sem a observância das regras estatutárias atinentes à defesa.

Nesse sentido, cabe destacar trechos da ementa do acórdão proferido no recurso extraordinário mencionado: “(...) 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. (...) Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa”.

O acórdão recorrido entendeu que a garantia da ampla defesa devia ser mitigada, uma vez que a deliberação da Assembléia, sem observância dos Estatutos Sociais, resultou de conduta dos próprios demandantes.

Ocorre que, por unanimidade, a Segunda Turma do STF reformou a decisão, entendendo o Ministro - Relator que incumbia à cooperativa, uma vez instaurado o processo, dar aos acusados oportunidade de se defenderem e não excluí-los sumariamente. Assim, foi aplicada a garantia do devido processo legal à relação estabelecida entre particulares.

Posteriormente, por ocasião do julgamento do RE 161.243-6, a Segunda Turma do STF apreciou reclamação trabalhista movida por empregado brasileiro de companhia aérea francesa, que objetivava usufruir das prerrogativas do Estatuto Pessoal da empresa, o qual era aplicado apenas aos empregados franceses. O acórdão recorrido não acolheu a pretensão do reclamante por entender que não lhe assistia o direito de aplicação do Estatuto Pessoal da empresa, já que não era de nacionalidade francesa.

No entanto, o STF deu provimento ao recurso, entendendo que restou configurada violação à isonomia, porquanto a discriminação em razão da nacionalidade era injustificada, haja vista que os funcionários franceses não exerciam tarefas típicas em relação aos brasileiros. Desta feita, não se admitiu a invocação do princípio da autonomia como argumento legítimo para discriminar nacionais de estrangeiros, no que tange à percepção de benefícios constantes no Estatuto pessoal da empresa.

Nesse diapasão, é oportuno trazer à baila trecho da ementa da decisão proferida no RE 161.243-6 DF: “(...) 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 (...)” Assim, o STF entendeu que a discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, tais como o sexo, a raça, a nacionalidade e o credo religioso é inconstitucional.

Por fim, ratificando os precedentes supracitados, o STF, no julgamento do RE 201.819, apreciou a legitimidade do procedimento de exclusão de sócio empreendido por

associação privada, a União Brasileira de Compositores. O acórdão recorrido invalidou a expulsão de associado da UBC, sob o fundamento de que o procedimento punitivo adotado pela associação deveria ter observado o princípio constitucional da ampla defesa.

Não obstante a Ministra - Relatora ter votado no sentido de dar provimento ao recurso, por considerar que as associações privadas possuem autonomia para estabelecer as normas reitoras das relações com seus associados, os quais aderem livremente aos seus termos de funcionamento, prevaleceu o voto do Ministro Gilmar Mendes, o qual defendeu a tese da aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas, especialmente por se tratar de associação integrante do espaço público.

O aludido voto, inclusive, deu ensejo à edição do Informativo 405 do STF, no qual o Ministro Gilmar Mendes ressalta que o STF já possui histórico identificável de uma jurisdição constitucional voltada para a aplicação desses direitos às relações privadas.

Por ser considerado o marco da eficácia horizontal no Direito Brasileiro, é relevante analisar minuciosamente o julgado proferido no RE 201.819/RJ.

O STF entendeu que as violações a direitos fundamentais não ocorrem apenas no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas também nas relações firmadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado.

Segundo o STF, a autonomia privada não pode ser exercida em detrimento dos direitos e garantias de terceiros, sobretudo aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares o poder de transgredir ou de ignorar as restrições definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem aos particulares no âmbito de suas relações privadas.

Para a Suprema Corte, 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 denomina de espaço público, ainda que

não-estatal. A União Brasileira de Compositores, sociedade civil sem fins lucrativos, integrante da estrutura do ECAD, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. Portanto, a exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera demasiadamente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras.

Concluiu, assim, aquela Corte que a vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio, de forma que o caráter público da atividade exercida pela sociedade bem como a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam a aplicação direta dos direitos fundamentais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa ao caso concreto.

Analisados os precedentes do STF, cumpre examinar, ainda, a jurisprudência do TJERJ acerca do tema. É notório o reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais por esse Tribunal Estadual, de modo que, a título ilustrativo, serão abordados neste trabalho alguns precedentes mais recentes dessa Corte de Justiça.

Cabe destacar o acórdão proferido na apelação cível 2009.001.33731, o qual reformou sentença prolatada em ação de cobrança de cotas condominiais ajuizada por associação de moradores em face de proprietário de imóvel não associado, que mitigava o direito à liberdade de associação e privilegiava o princípio que veda o enriquecimento ilícito.

A Primeira Câmara Cível, por sua vez, entendeu que, além de um viés positivo, os direitos fundamentais possuem também um viés negativo, consubstanciado na possibilidade de não se filiar a qualquer partido, grupo ou associação. Ademais, a duplicidade de tal direito também deveria ser aplicada nas relações firmadas entre os cidadãos. Assim, ao efetuar a ponderação de interesses entre o direito fundamental à livre associação e o princípio que veda

o enriquecimento sem causa, concluiu-se que o juízo *a quo* anulou a garantia fundamental à livre associação.

Ora, no conflito entre direitos fundamentais e princípios gerais do direito, haveria que se dar preferência aos direitos fundamentais, porquanto considerados a base principal da ordem jurídica constituída no período pós 88.

Da mesma forma, também foi reconhecida a aludida eficácia na apelação cível 2008.001.57025, na qual, em decisão monocrática, o Desembargador José Carlos Paes ressaltou que embora a autonomia de vontade impere sobre os contratos celebrados no âmbito das relações privadas, os novos valores axiológicos constitucionais que se infiltram na órbita do Direito Privado acabam por limitar a liberdade individual de contratar em prol da boa-fé objetiva e da dignidade da pessoa humana. Assim, a liberdade individual, uma vez em colisão com o direito fundamental à vida e à saúde, deve ceder em face desses, sem que haja sua completa abolição, mas de forma que se adapte ao valor maior da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, é oportuno mencionar os acórdãos proferidos nas apelações cíveis 2008.001.05426 e 2009.001.07882, respectivamente. Na primeira, a Terceira Câmara Cível entendeu, na linha do já sustentado pelo STF, que o ato de exclusão de associado de iate clube não respeitou as garantias constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, pelo que declarou a nulidade do ato de exclusão, acolhendo a tese da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que conduz à obrigatoriedade de se observar as garantias processuais constitucionais nas relações civis.

Na segunda apelação, a Décima Oitava Câmara Cível asseverou a necessidade de oportunizar os meios de defesa ao associado de clube privado, decorrente da moderna noção de eficácia horizontal dos direitos constitucionais, já que as garantias fundamentais e direitos

constitucionais têm ampla eficácia, aplicando-se inclusive no âmbito da relação entre particulares.

De fato, embora o tema não tenha sido apreciado pelo Pleno do STF, a discussão já está estabelecida no Brasil, de forma que não restam dúvidas quanto à sua aplicabilidade no ordenamento jurídico pátrio.

CONCLUSÃO

Além da aplicação ao âmbito do Direito Público, admite-se também a incidência dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. No contexto da compreensão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, se destacam a força normativa da Constituição, no sentido de se reconhecer força vinculativa e obrigatória dos ditames e princípios constitucionais sobre todas as demais normas infraconstitucionais, bem como a filtragem constitucional, consistente na leitura e interpretação de toda ordem jurídica à luz da Constituição.

Hodiernamente, se observa dois posicionamentos principais na doutrina brasileira a respeito da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. O professor Virgílio Afonso da Silva (2008) defende a aplicação mediata, enquanto que o Ministro Gilmar Ferreira Mendes (2006) sustenta a aplicação direta desses direitos.

Uma das críticas realizadas pelos teóricos da eficácia mediata ou indireta consiste no fato de que a adoção da eficácia direta importaria no total aniquilamento da autonomia privada, o que, entretanto, não merece acolhimento, pois conforme analisado é perfeitamente possível a compatibilização entre direitos fundamentais e autonomia privada.

Assim, ainda que sem ingressar na discussão das teses jurídicas sobre a forma de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, o STF e a jurisprudência brasileira em

geral vêm aplicando diretamente os direitos fundamentais na resolução de litígios privados, sobretudo nos casos de exclusão de sócio ou associado de clubes e associações sem a observância das garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

Em face do exposto, o Direito Brasileiro deve adotar a teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais, haja vista ser a teoria que mais se coaduna com a promoção da justiça, da liberdade e com a consecução dos próprios objetivos insculpidos na Carta Magna.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 158215-4. Relator: Min. Marco Aurélio. Publicado no DOU de 7.06.1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 161243-6. Relator: Min. Carlos Velloso. Publicado no DOU de 19.12.1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 201819. Relator p/acórdão: Min. Gilmar Mendes. Publicado no DOU de 27.10.2006.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível 2009.001.33731. Relatora: Des. Maria Augusta Vaz. Publicado no DOU de 11.08.2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível 2008.001.05426. Relator: Des. Luiz Fernando de Carvalho. Publicado no DOU de 26.06.2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível 2009.001.07882. Relator: Des. Jorge Luiz Habib. Publicado no DOU de 23.07.2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível 2008.001.57025. Relator: Des. José Carlos Paes. Publicado no DOU de 24.10.2008.

ERICSON, Sylvia. *Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais*. Disponível em: <<http://www.google.com>>. Acesso em: 26. Mai.2009.

- MATTIETTO, Leonardo. O Direito Civil Constitucional e a nova teoria dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. Niterói: Impetus, 2008.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. *Revista de Direito Civil*. São Paulo, v. 65, p. 21-32. jul./set. 1993.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: _____. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.