



Centro Universitário de Brasília

MARIA LUÍZA LÔBO DE AQUINO MOURA

**A APLICABILIDADE DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS ÀS RELAÇÕES ENTRE
PARTICULARES COMO PARADIGMA DE MAIOR
PROTEÇÃO DOS INDIVÍDUOS: UM EXAME
DOCTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL.**

**BRASÍLIA
2010**

MARIA LUÍZA LÔBO DE AQUINO MOURA

**A APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS
RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES COMO PARADIGMA DE
MAIOR PROTEÇÃO DOS INDIVÍDUOS: UM EXAME
DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL.**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito do
Centro Universitário de Brasília

Orientador: Prof. Dr. José Levi Mello do Amaral
Júnior.

BRASÍLIA
2010

MARIA LUÍZA LÔBO DE AQUINO MOURA

**A APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS
RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES COMO PARADIGMA DE
MAIOR PROTEÇÃO DOS INDIVÍDUOS: UM EXAME
DOCTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL.**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito do
Centro Universitário de Brasília

Orientador: Prof. Dr. José Levi Mello do Amaral
Júnior.

Brasília, ____ de _____ de 2010.

Banca Examinadora

Prof. Dr. José Levi Mello do Amaral Júnior
Orientador

Prof. Rodrigo Pereira de Mello
Examinador

Prof. Sérgio Victor
Examinador

RESUMO

Pesquisa doutrinária e jurisprudencial acerca da aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações entre particulares como forma de garantia de maior proteção aos indivíduos. Examinou-se a evolução e a importância da aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas e o papel da constitucionalização do direito para a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Além disso, foram analisadas as principais teorias acerca do tema, além da influência da concepção de Constituição adotada por um ordenamento jurídico à conformação dos particulares aos direitos fundamentais e à preservação da autonomia privada. Ademais, examinou-se o modelo mais adequado à vinculação dos particulares aos direitos humanos e demonstrou-se a necessidade de adoção de soluções diferenciadas, uma vez que nenhuma das teorias tradicionalmente defendidas é hábil, isoladamente, a resolver a complexa questão da colisão de direitos. De outra parte, efetuou-se um estudo crítico acerca da posição do Supremo Tribunal Federal em relação ao tema por meio da análise de dois julgados. Concluiu-se, por fim, que os particulares devem estar vinculados aos direitos fundamentais, uma vez que estes também os violam, e não somente o Estado, considerando-se, porém, que as particularidades da relação indivíduo-indivíduo comportam um tratamento peculiar à matéria, a ser verificado no caso concreto.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Aplicabilidade dos direitos fundamentais. Relações entre particulares. Proteção dos indivíduos. Autonomia da vontade. Soluções diferenciadas.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	5
CAPÍTULO 1: FUNDAMENTOS DOUTRINÁRIOS PARA UMA APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES.....	8
1.1 PANORAMA DA EVOLUÇÃO DA APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES.....	8
1.2 O FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO COMO PRESSUPOSTO A UMA APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES.....	17
1.3 CONCEPÇÕES DE CONSTITUIÇÃO E APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES.....	24
CAPÍTULO 2: ANÁLISE DAS PRINCIPAIS TEORIAS ACERCA DA APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES.....	27
2.1 PARTICULARIDADES DA VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	27
2.2 TEORIA DA APLICABILIDADE (“EFICÁCIA”) MEDIATA.....	29
2.3 TEORIAS DO “STATE ACTION” E DA CONVERGÊNCIA ESTATISTA.....	32
2.4 TEORIA DA APLICABILIDADE (“EFICÁCIA”) DIRETA.....	35
2.5 A NECESSIDADE DE “SOLUÇÕES DIFERENCIADAS”.....	37
CAPÍTULO 3: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES.....	52
3.1 HC 82424-2: LIBERDADE DE EXPRESSÃO VERSUS RACISMO.....	52
3.2 RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 161243-6/DF: A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS.....	67
CONCLUSÃO.....	74
REFERÊNCIAS.....	76

INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui o escopo de investigar a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, situando-se, portanto, no campo do Direito Constitucional.

A importância do tema é revelada na medida em que ainda se discute se os direitos fundamentais devem ser aplicados nas relações entre particulares. Ademais, ainda quando tal hipótese é admitida, a maior parte da doutrina e da jurisprudência pátria oscila em afirmar qual o grau da referida aplicabilidade.

Nesse contexto, merece ser ressaltado que durante grande parte da história constitucional, considerou-se que os direitos fundamentais apenas poderiam ser exercidos contra o Estado, de maneira a delimitar a atuação deste.

Contudo, com a mudança de paradigma do Estado Liberal para um Estado Social, não mais prevalece a visão do Estado como inimigo, mas sim como efetivador de direitos fundamentais. Se antes apenas cabia ao Estado abster-se de violar os direitos de primeira geração (“liberdades negativas”), hodiernamente este deve promover o bem-estar geral, por meio da implementação de políticas públicas.

Dessa forma, surge igualmente a necessidade de se proteger o indivíduo de abusos cometidos por outros indivíduos. Em verdade, se não houvesse a possibilidade de submeter os particulares, inclusive de forma direta, aos direitos fundamentais, os indivíduos estariam à margem de um controle das violações a direitos, o que reduziria sobremaneira a efetividade da Constituição.

Nesse contexto, destaca-se o papel da constitucionalização. Com efeito, em virtude da supremacia da Constituição, as normas constitucionais irradiam-se por todo o ordenamento jurídico de forma vinculante, razão pela qual os particulares não podem se furtar ao cumprimento destas.

Entretanto, mesmo diante da constitucionalização, em razão da raiz liberal dos direitos fundamentais, ainda hoje há relativa oposição à aplicabilidade dos direitos

fundamentais nas relações entre indivíduos, mormente sob o argumento de que dita aplicabilidade afrontaria a autonomia privada.

Nesse diapasão, o objetivo central da pesquisa é examinar a necessidade da aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações entre particulares como forma de assegurar a efetividade destes direitos, por meio de análise doutrinária e jurisprudencial. Ademais, analisar-se-á o modelo mais adequado à vinculação dos indivíduos aos direitos fundamentais, tendo em vista a controvérsia doutrinária e jurisprudencial a esse respeito.

Nessa senda, no primeiro capítulo buscar-se-á examinar a evolução do tema, esperando-se demonstrar a necessidade da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares para garantir maior proteção dos indivíduos. Nesse contexto, será analisada a influência da constitucionalização do Direito para a tese nós defendida. Por fim, será examinada a influência da concepção de constituição adotada por um Estado à forma de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, pretendendo-se demonstrar que a concepção de Constituição-moldura é a que melhor se adéqua a uma sociedade pluralista.

Já no segundo capítulo, serão apresentadas as principais teorias acerca do tema, dentre as quais se destacam as correntes da aplicabilidade mediata, da “state action”, da convergência estatista e da aplicabilidade imediata. Espera-se demonstrar, porém, que nenhuma dessas teorias responde completamente ao complexo tema do grau de aplicabilidade dos direitos fundamentais, especialmente porque os indivíduos não se vinculam aos direitos fundamentais da mesma forma que o Estado, motivo pelo qual exsurge a necessidade de se buscar soluções diferenciadas.

No terceiro capítulo, por sua vez, far-se-á uma análise do tratamento do tema em sede jurisprudencial, por meio do exame do HC nº 82424-2/RS e do RE 161243-6/DF. Nesse contexto, pretende-se fazer um exame comparativo entre esses julgados e os pontos abordados no capítulo primeiro, a fim de demonstrar a aplicação das conclusões advindas da pesquisa doutrinária.

Cabe destacar que em relação ao HC nº 82424/RS, Siegfried Ellwanger buscava o reconhecimento da prescrição da pena de quatro anos de reclusão a que fora condenado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em virtude de haver publicado

diversas obras com conteúdo anti-semita, sob a alegação de que não sendo os judeus uma raça, não deveria ser a ele aplicado o gravame de imprescritibilidade. Apesar de não haver sido objeto da impetração, porém, os ministros suscitaram de ofício a colisão entre a liberdade de expressão do paciente e a dignidade humana dos judeus, ponto que analisaremos.

No que tange ao RE 161243/DF, por sua vez, um ex-empregado da Air France insurgia-se contra a decisão do Tribunal Superior do Trabalho que permitia a esta empresa não aplicar o Estatuto Pessoal desta ao contrato de trabalho do recorrente unicamente pelo fato do ex-empregado ser brasileiro, e não francês. Dessa forma, examinar-se-á a aplicabilidade do princípio da igualdade à referida relação trabalhista, de forma a situar o tema no âmbito dos direitos sociais. Por fim, na esteira do modelo diferenciado proposto no segundo capítulo, analisar-se-á a possibilidade de mitigação da autonomia privada da empresa.

Dessa maneira, pretende-se verificar a adequação dos principais fundamentos invocados pela jurisprudência pátria para justificar a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações entre particulares, especialmente as teorias da eficácia direta e indireta e a adoção da técnica do sopesamento, esperando-se demonstrar que a opção irrefletida por apenas uma das teorias acerca da aplicabilidade dos direitos fundamentais não soluciona corretamente os conflitos de direitos entre particulares.

Cabe mencionar, por fim, que embora não se ignore a diferenciação entre as expressões direitos humanos e direitos fundamentais, estas serão tomadas como sinônimos neste trabalho, a fim de evitar a repetição demasiada de termos.

1 FUNDAMENTOS DOUTRINÁRIOS PARA UMA APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES.

1.1 PANORAMA DA EVOLUÇÃO DA APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES.

O surgimento de direitos fundamentais está ligado ao desejo de limitação do poder do soberano por parte dos indivíduos, o que foi assegurado por meio do constitucionalismo. Em verdade, a partir da Magna Carta os barões ingleses garantiram alguns privilégios feudais, de forma a reduzir o arbítrio do monarca ¹.

Afirma Manoel Gonçalves Ferreira Filho que o reconhecimento de direitos na Magna Carta, com a definição de garantias específicas em caso de violação, importou clara delimitação de poder. Ademais, referido autor afirma que a garantia de lei prévia para a instituição de tributos (“*no taxation without representation*”) firmou as bases para a institucionalização do Parlamento, assim como lhe deu subsídios para que assumisse o papel de controlador da atividade governamental².

Verifica-se também que o constitucionalismo inicialmente almejava a jurisdicização do liberalismo, tanto sem sua feição política, quanto em sua feição econômica. Buscava-se, pois, a definição de garantias contra o Estado, entendido como sujeito de direitos e obrigações, a partir da definição de um núcleo mínimo de direitos, a fim de permitir a expansão política da burguesia, e possibilitar o capitalismo³.

Nessa perspectiva, os direitos são denominados liberdades negativas, pois impõem ao Estado um dever de abstenção, sendo este, em tal momento histórico, o único titular passivo de direitos fundamentais⁴.

1 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 104-113.

2 FERREIRA FILHO, MANOEL GONÇALVES. **Direitos Humanos Fundamentais**. 9ª ed. São Paulo, Saraiva, 2007, p. 12.

3 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 106.

4 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 106.

Nesse contexto, José Carlos Vieira de Andrade destaca que os direitos dos ingleses serão universalizados nas colônias americanas, transmutando-se em direitos dos homens, por meio das Declarações de Direitos dos Estados. Posteriormente, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa proclama que uma Constituição, para ser aceita como tal, necessariamente deve assegurar direitos fundamentais e a separação dos poderes⁵.

O mencionado autor argumenta que a exigência de separação dos poderes está vinculada à função de limitação do poder absoluto. Ademais, afirma que a limitação efetiva do poder foi alcançada por meio da consagração constitucional dos direitos, que por essa razão passam a possuir valor superior ao da própria lei⁶.

Igualmente, Manoel Gonçalves Ferreira Filho sustenta que o primado da Constituição permite que seja instituído um governo não arbitrário, organizado segundo normas que este não pode alterar ao seu talante, e às quais está totalmente vinculado⁷.

Posteriormente, ao lado das liberdades negativas, surgem os direitos sociais, também denominados direitos de segunda dimensão, que visavam à garantia de prestações sociais do Estado aos indivíduos, como forma de se diminuir as desigualdades sociais. Percebe-se, pois, que o Estado não só deveria abster-se de praticar condutas arbitrárias, como também deveria possuir um papel ativo de promoção de políticas públicas⁸.

Por fim, surgiram os direitos de terceira dimensão, também denominados direitos de solidariedade, que se dirigem à proteção de direitos difusos e coletivos, tendo como exemplo o direito ao meio-ambiente equilibrado (vide art. 225 da Constituição Brasileira)⁹.

5 ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 26-28.

6 ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 26-28.

7 FERREIRA FILHO, MANOEL GONÇALVES. **Direitos Humanos Fundamentais**. 9ª ed. São Paulo, Saraiva, 2007, , p. 3.

8 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 110.

9 FERREIRA FILHO, MANOEL GONÇALVES. **Direitos Humanos Fundamentais**. 9ª ed. São Paulo, Saraiva, 2007, p.57-63.

Observa-se, pois, um movimento de grande expansão dos direitos fundamentais. Se antes os indivíduos eram privados de quaisquer garantias contra o Estado e contra as demais pessoas, hoje há os consideram que há uma hipertrofia de direitos¹⁰.

Esta, no entanto, não é a visão adotada neste trabalho. Com efeito, consoante preconiza Norberto Bobbio, embora se percebam grandes avanços no que toca à proteção dos direitos fundamentais, estes ainda não alcançaram a plena efetividade em grande parte dos Estados.¹¹

Nesse contexto, faz-se necessária breve análise acerca do fundamento dos direitos fundamentais, isto é, os motivos pelos quais se considera que estes direitos devem ser protegidos da maneira mais eficaz possível. No ponto, emerge a divergência ainda atual entre jusnaturalistas e positivistas, que embora não seja o foco do presente trabalho, merece ser apresentada em virtude de suas diferenças na busca por um fundamento.

Quanto aos primeiros, estes defendem que os direitos fundamentais são apenas declarados, e não reconhecidos, eis que pertencem a todos os homens, pelo simples fato de serem humanos. Dessa forma, aqueles seriam absolutos, imutáveis, indelévels e universais¹².

Apesar de não nos filiar a esta teoria, não se pode deixar de reconhecer o seu pioneirismo na busca de um fundamento para os direitos do homem, a fim de salvaguardar os indivíduos de ações estatais arbitrárias. Com efeito, por meio da afirmação de que os direitos são naturais, foi possível assegurar, ainda que somente para alguns grupos privilegiados, os chamados direitos de primeira geração: vida, liberdade e propriedade¹³.

No ponto, José Carlos Vieira de Andrade destaca que do núcleo irrestringível dos direitos naturais, derivado diretamente da dignidade humana, revela-se uma

10 Sobre a “vulgarização” dos direitos: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 9ª ed. São Paulo, Saraiva, 2007, p. 67-69. Ainda, sobre o “inchaço” das declarações de direitos: PELLOUX, Robert. “Vrais et faux droits d l’homme”. **Revue du Droit Public** 97 apud SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 50.

11 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro, Campus, 1992, p.24.

12 FERREIRA FILHO, **Direitos Humanos Fundamentais**. 9ª ed. São Paulo, Saraiva, 2007, p. 22.

13 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 106.

dimensão fundamentante dos direitos individuais, que legitima e contribui para influenciar o conteúdo dos preceitos constitucionais e de direito internacional¹⁴.

De outra parte, os positivistas sustentam que só há direitos quando esses são reconhecidos. Esta é a posição de Bobbio, que defende a inexistência de um fundamento absoluto para os direitos fundamentais. Dessa forma, o aludido autor parte da premissa de que eles são desejáveis e merecem ser buscados pela sociedade, pressuposto que ora adotamos. Com efeito, o fundamento do porquê dessa escolha variaria no tempo e no espaço¹⁵.

Nessa senda, cumpre destacar interessante análise realizada por Hannah Arendt acerca do triste paradoxo observado no Pós Primeira Guerra Mundial. Consoante examinado pela referida autora, embora fosse proclamado que os direitos humanos são universais e inalienáveis, em fato havia milhares de apátridas privados de todos os seus direitos ante a ausência de um Estado que os protegesse¹⁶.

Dessa maneira, se evidenciaria a fragilidade da afirmativa de que os direitos humanos são devidos a todas as pessoas pelos simples fato de serem humanas. Contudo, consoante preconiza Bobbio, o problema de nosso tempo não é filosófico, isto é, a busca de um fundamento para os direitos fundamentais, pois isto já foi suficientemente proclamado em diversas declarações de direitos, mas sim político, ou seja, assegurar a aplicabilidade de ditos direitos¹⁷.

De igual maneira, como observado por José Carlos Vieira de Andrade, mais importante que a diferenciação entre jusnaturalismo e positivismo, é a relevância assumida pelos direitos fundamentais em um ordenamento jurídico, que independe da tese que se adote¹⁸.

14 ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998, p.33.

15 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro, Campus, 1992, p. 16.

16“Nenhum paradoxo da política contemporânea é tão dolorosamente irônico como a discrepância entre os esforços de idealistas bem intencionados, que persistiam teimosamente em considerar 'inalienáveis' os direitos desfrutados pelos cidadãos de países civilizados, e a situação de seres humanos sem direito algum”. Cf: ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 311-312.

17 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro, Campus, 1992, p.25.

18 ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998, p.33.

Neste ponto, consideramos que a efetivação de direitos fundamentais é importante na medida em que garante a emancipação dos indivíduos, pois estes permitem o desenvolvimento humano da melhor maneira possível.

Com efeito, adotamos a premissa formulada por Kant: todo homem é um fim em si mesmo, jamais podendo ser utilizado como meio para se atingir um objetivo. Nessa senda, Kant sustenta que a dignidade humana deriva de sua natureza racional, que o permite participar da legislação universal, tornando-o um ser autônomo¹⁹.

Igualmente, para Luis Fernando Barzotto, pensar o ordenamento jurídico a partir do pressuposto de que as pessoas são fins em si mesmas permite que se considere como juridicamente válido apenas o que favorece a realização dos seres humanos como pessoas²⁰.

Ademais, cumpre salientar interessante correlação elaborada por José Carlos Vieira de Andrade entre democracia e direitos fundamentais. Com efeito, afirma o referido autor que a reivindicação de poder público por parte das classes não-operárias, advinda das transformações econômicas e sociais ligadas ao processo de industrialização geraram o fenômeno da democratização política²¹.

Em verdade, o aludido autor sustenta que isso se deu em virtude do favorecimento das autonomias locais, a estruturação da sociedade em grupos, a organização dos partidos de massas e o estabelecimento do sufrágio universal. Nesse contexto, leciona que a democratização política influenciou decisivamente a matéria dos direitos fundamentais, mormente porque evidenciou as garantias de igualdade no contexto das relações indivíduo-Estado²².

Ademais, como consequência dos debates entre os diferentes grupos que almejavam o poder, houve uma grande expansão dos direitos, especialmente os relativos a direitos de minorias, como a liberdade religiosa. Destaca o mencionado autor ainda que a luta

19 KANT, Immanuel. **Fundamentação Metafísica dos Costumes**. Trad: Paulo Quintela. Lisboa: edições 70, 2000, p. 68-72.

20 BARZOTTO, Luis Fernando. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, n 56 – set./dez. 2005. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005, p. 52.

21 ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 45-48.

22 ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 45-48.

contra a discriminação e o arbítrio generalizou-se e impôs-se como princípio geral regulador de toda a matéria dos direitos fundamentais²³.

Por fim, Vieira de Andrade frisa que ao se valorizar um certo sistema de organização da vida política e de legitimação do poder, os direitos fundamentais e a igualdade de todos para fruir tais direitos, passaram a estar intimamente ligados à forma de governo. Por essa razão, a democracia torna-se uma condição e uma garantia dos direitos fundamentais, pois estes somente podem ser exercidos na medida em que contribuam para o fortalecimento do sistema democrático²⁴.

Igualmente, Norberto Bobbio estabelece uma vinculação entre direitos humanos, democracia e paz. Sustenta o aludido autor, em suma, que todos esses conceitos são momentos necessários de um mesmo momento histórico: sem direitos fundamentais, não haveria democracia, e sem democracia não há condições para a solução dos conflitos de modo pacífico²⁵.

No mesmo sentido, Paulo Gustavo Gonet Branco argumenta que o grau de democracia de uma sociedade pode ser medido pela proteção que esta confere aos direitos fundamentais. Ao mesmo tempo, estes somente poderiam ser efetivados em uma sociedade democrática²⁶.

Cumprir frisar, nesse diapasão, a necessidade de não somente o Estado estar vinculado aos direitos constitucionalmente garantidos, mas também os indivíduos, sob pena de se inaugurar uma dupla ética, isto é, enquanto o Poder Público está subordinado à Constituição, os particulares estão à margem de qualquer ingerência estatal²⁷.

Como observado por Virgílio Afonso da Silva, em muitos países,

23 ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 45-48.

24 ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 45-48.

25 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro, Campus, 1992, p.1.

26 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 104.

27 RIVERO, Jean. **Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales**. Madri, CEC, 1984, p. 673 apud BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Associações, expulsão de sócios e direitos fundamentais. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 13, abril-maio, 2002, p.2. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 21 de maio de 2010.

especialmente os democráticos, os particulares representam uma ameaça maior aos direitos fundamentais que a estatal, principalmente quando há uma relação de superioridade econômica ou social²⁸.

De outro lado, ainda que se adotasse a visão jusnaturalista, que em seu surgimento pregava apenas a vinculação do Estado aos direitos fundamentais, poderia se concluir pela vinculação dos particulares, como o faz Vieira de Andrade. Com efeito, o autor português afirma que diante da dimensão natural dos direitos fundamentais, que seriam absolutos, imutáveis, intemporais e inerente à qualidade de seus titulares, estes se constituiriam em um núcleo restrito imposto a qualquer ordem jurídica, tanto em relação ao Estado quanto em relação aos particulares²⁹.

Nessa senda, cumpre analisar a dupla dimensão dos direitos fundamentais, qual seja, a subjetiva e a objetiva. No plano subjetivo, os direitos fundamentais referem-se à relevância da norma para o indivíduo considerado singularmente³⁰, que o investe em um poder de vontade própria para a realização desses interesses, eis que exprime a “soberania jurídica” do indivíduo³¹.

Já no plano objetivo, observa-se que o exercício do direito está vinculado ao interesse público, e não apenas ao indivíduo. Esta dimensão correlaciona-se à aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, na medida em que estes devem limitar seus direitos subjetivos tendo em vista o direito de outros indivíduos³².

No ponto, Paulo Gonet argumenta que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais lhes confere o caráter de consagração de valores de elevada relevância, que devem ser preservados e promovidos pelo Estado como princípios estruturantes da sociedade, razão pela qual devem se irradiar por todo o ordenamento jurídico, vinculando os

28 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 18.

29 ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 14.

30 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 378.

31 ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 163.

32 ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 163.

indivíduos³³.

Entretanto, cabe ressaltar que as primeiras teorias acerca dos direitos fundamentais sequer consideraram a hipótese destes serem aplicados nas relações privadas. Tal fato decorre especialmente do temor no que tange à diminuição da autonomia privada e um aumento da interferência estatal nas relações entre particulares³⁴.

De outro lado, percebe-se que tal receio deriva da raiz liberal dos direitos fundamentais, que, como já explicitado, apresentou como principal objetivo a limitação do poder estatal, de forma a preservar um núcleo inafastável de liberdade³⁵.

Contudo, acreditamos que a liberdade dos indivíduos e a autonomia privada não podem ser entendidas como valores absolutos, pois se assim fosse, haveria uma negação da subordinação dos particulares aos preceitos constitucionais, idéia que jamais pode ser aceita sob a ótica da supremacia da Constituição³⁶.

Nesse contexto, Luis Fernando Barzotto sustenta que os indivíduos são titulares tanto de direitos como de deveres fundamentais. Argumenta o referido autor, sob a perspectiva da ética de São Tomás de Aquino, que toda pessoa humana possui direitos unicamente pelo fato de ser humana, razão pela qual os direitos fundamentais seriam direitos subjetivos³⁷.

A partir de tal premissa, sustenta que os direitos fundamentais são uma exigência de justiça, ao permitir dar a cada a um o que lhe é devido. Ademais, afirma que ditos direitos seriam a expressão dos aspectos de uma vida plenamente realizada (“vida boa”), e representam algo que cada ser humano espera obter dos demais. Dessa maneira,

33 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Associações, expulsão de sócios e direitos fundamentais. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 13, abril-maio, 2002, p. 2. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 26 de maio de 2010.

34 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2008, p.70-71.

35 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 108.

36 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 27-28.

37 BARZOTTO, Luis Fernando. Os direitos humanos como direito subjetivos. Da dogmática à ética. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, n 56 – set./dez. 2005. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005, p. 47.

correlaciona a igualdade com o dever de reciprocidade de um ser humano em relação aos outros. Em verdade, analisa que nas sociedades hierarquizadas, cujo traço típico é a desigualdade, não se reconhece no outro uma humanidade comum, razão pela qual não se observam deveres recíprocos³⁸.

Dessa forma, Barzotto afirma que São Tomás de Aquino, ao considerar que os seres humanos são iguais, universalizou a idéia de fraternidade, baseada nas premissas de igualdade absoluta entre os seres humanos, e de que cada indivíduo só pode exigir os direitos que ele reconhece a todas as pessoas humanas, a qual é denominada regra de ouro³⁹.

No ponto, pode-se traçar um paralelo entre tal regra e a idéia de imperativo categórico formulada por Kant. Com efeito, a observância da dignidade humana exige que cada indivíduo aja não somente com fundamento em sua lei universal, mas sim que este também considere as máximas de todos os outros seres racionais como legisladores⁴⁰.

Percebe-se, pois, em ambas teorias a idéia de limitação da vontade humana frente às necessidades de outros indivíduos. Com efeito, com esteio em ambas pode-se concluir que como todo ser humano possui dignidade, nenhuma pessoa pode agir de maneira a aniquilar a humanidade alheia.

Em outro sentido, José Carlos Vieira de Andrade argumenta que não se pode dizer que cada direito inclui um dever fundamental. Antes, os deveres fundamentais seriam apenas aqueles estabelecidos de maneira autônoma pela Constituição, independentemente de qualquer direito, como o serviço militar obrigatório (vide art. 143 da Constituição brasileira)⁴¹.

Já no que concerne à alegação de dever fundamental associado a um direito,

38 BARZOTTO, Luis Fernando. Os direitos humanos como direito subjetivos. Da dogmática à ética. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, n 56 – set./dez. 2005. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005, p. 47 .

39 BARZOTTO, Luis Fernando. Os direitos humanos como direito subjetivos. Da dogmática à ética. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, n 56 – set./dez. 2005. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005, p. 50.

40 Sobre o imperativo categórico em KANT: “ O imperativo categórico é portanto só um único, que é este: *Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal*. Cf: KANT, Immanuel. **Fundamentação Metafísica dos Costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: edições 70, 2000, pág. 59

41 ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 147-160.

Vieira de Andrade entende que, em geral, se trata em verdade de um dever geral de respeito pelas normas constitucionais, constituindo-se, pois, em limites imanentes aos direitos fundamentais⁴².

Com efeito, defende o citado autor que ditos limites advêm da circunstância de que o âmbito de proteção constitucional aos direitos não inclui todas as formas de seu exercício, razão pela qual este pode ser condicionado com fundamento no aludido alcance do âmbito de proteção, e não com base em um dever fundamental⁴³.

Entretanto, não obstante as diferenças quanto ao fundamento para a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, evidencia-se que a opção por uma aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas possui um caráter de maior proteção a esses direitos, como acentuado por Ingo Sarlet. Com efeito, como argumenta o mencionado autor, deixar os particulares à margem da Constituição significaria dotá-los de grandes prerrogativas, que não seriam conferidas nem mesmo ao Estado.⁴⁴

Portanto, defendemos a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações entre particulares como forma de garantir uma maior proteção aos ditames constitucionais, e, conseqüentemente dos indivíduos, eis que estes não podem se furtar a respeitar a Constituição.

1.2 O FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO COMO PRESSUPOSTO PARA UMA APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES.

Em tal contexto, é mister reconhecer a importância da constitucionalização do Direito como fator fundamental a uma maior garantia dos direitos fundamentais, inclusive com a incidência destes nas relações entre particulares. Em verdade, a constitucionalização

42 ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 156.

43 ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 159.

44 SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 147.

significa principalmente a irradiação dos preceitos constitucionais por todo o ordenamento jurídico, de maneira a vinculá-lo à Lei Maior⁴⁵.

Com efeito, a partir da constitucionalização, as normas de direitos fundamentais podem impor-se a todos os poderes constituídos, pois esta impede que os direitos sejam modificados ao arbítrio destes poderes, que devem estar em plena conformidade com os direitos fundamentais⁴⁶. Ademais, a partir da constitucionalização amplia-se a proteção aos direitos fundamentais por meio do controle de constitucionalidade, razão pela qual os direitos devem ser aplicados como normas jurídicas vinculativas.⁴⁷

Observa-se que este processo conhece três fases distintas. Na primeira fase, a Constituição era entendida como uma Carta Política, disciplinadora apenas das relações entre indivíduo e Estado, restando ao Código Civil disciplinar as relações entre indivíduos, entendido este como a constituição do Direito Privado. Em um segundo momento, operou-se a publicização do Direito Privado, mediante a introdução de normas de ordem pública nas relações civilistas. No estágio atual, por fim, a Constituição foi alçada a centro do ordenamento jurídico, e atua como filtro de valores deste⁴⁸.

No que concerne especificamente ao âmbito do Direito Privado brasileiro, Luís Roberto Barroso afirma que a constitucionalização permitiu a despatrimonialização e a repersonalização do Direito Civil, que passou a enfatizar o desenvolvimento dos direitos de personalidade. Ademais, permitiu a discussão em torno da aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações entre particulares, eis que anteriormente entendia-se, como já explicitado, que somente o Código Civil deveria ser analisado em referidas relações.⁴⁹

Pode-se afirmar, pois, que houve mudanças tanto no Direito Civil quanto no

45 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2008, p.38.

46 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 126.

47 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 378.

48 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 20 de maio 2010.

49 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 20 de maio 2010.

Direito Constitucional. Quanto ao primeiro, percebe-se que a autonomia da vontade deixou de apresentar um caráter absoluto. Quanto ao segundo, este modificou sua percepção de exclusivista de defesa perante o Estado⁵⁰.

No ponto, verifica-se que o art. 5º, § 1º da Constituição brasileira, que dispõe: “ As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, por vezes é invocado para justificar a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Contudo, tal argumentação padece de alguns equívocos, razão pela qual merece ser examinada⁵¹.

Com efeito, observa-se que a aludida premissa confunde os conceitos de aplicabilidade e eficácia. Em verdade tais termos devem ser diferenciados, pois, consoante leciona Virgílio Afonso da Silva, embora uma norma ineficaz não possa ser aplicada, é possível que uma norma eficaz não detenha aplicabilidade⁵².

Nesse contexto, o referido autor defende que não se pode confundir a aptidão para produzir efeitos com os próprios efeitos, especialmente com a maneira de irradiação dos efeitos da norma e o tipo de relação em que isso ocorre. Dessa maneira, uma norma, apesar de eficaz, pode não produzir efeitos em determinada relação. Ademais, nem toda norma apta a produzir efeitos em determinada relação é aplicável a esta⁵³.

Como exemplo, verifica-se que, embora as normas de usucapião sejam plenamente eficazes, estas não se aplicam a imóveis públicos por força de disposição constitucional. Aplicabilidade, pois, está vinculada à correlação entre fatos e normas⁵⁴.

Saliente-se que referida diferenciação se revela importante na medida em

50 FACHIN, Melina Girardi; PAULINI, Umberto. Problematizando a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: ainda e sempre a constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Diálogos sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, vol. II, pág. 197.

51 Cf.: SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 267. Relativamente à Constituição Portuguesa, que em seu art. 18 traz disposição semelhante cf.: CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, VITAL. **Constituição da República Portuguesa Anotada**, v.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 379.

52 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 55.

53 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 56.

54 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 56.

que a previsão constitucional do art. 5º, § 1º não esclarece acerca das situações em que haverá de fato a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, mas tão somente afirma que as normas relativas a estes direitos detêm eficácia plena, razão pela qual não soluciona a questão em estudo⁵⁵.

Nessa esteira, José Carlos Vieira de Andrade, ao analisar o disposto no art. 18 nº 1 da Constituição Portuguesa, que traz preceito semelhante ao de nossa Constituição⁵⁶, afirma que embora seja certo que as entidades privadas estão vinculadas aos direitos fundamentais, não há quaisquer informações acerca dos limites desta vinculação, assim como não resta claro se esta vinculação dos particulares aos direitos fundamentais é idêntica à estatal⁵⁷.

Ademais, existem posicionamentos que negam efeitos dos direitos fundamentais às relações privadas justamente por confundir os efeitos de eficácia, âmbito de produção de efeitos e aplicabilidade⁵⁸, posição que repudiamos, em virtude da necessidade de impor limites às condutas dos indivíduos.

Superada tal argumentação, deve-se salientar que por ser um processo, a constitucionalização pode operar-se de diferentes formas. Virgílio Afonso da Silva anota que Gunnar Folke Shuppert e Christian Bumke, em análise do sistema alemão, identificaram⁵⁹ que existem cinco formas principais do aludido processo: reforma legislativa, desenvolvimento jurídico por meio da criação de novos direitos individuais e de minorias, mudança de paradigma nos demais ramos do Direito, irradiação do direito constitucional com efeitos nas relações privadas e deveres de proteção e a constitucionalização por meio da jurisdição

55 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 58.

56 O art. 18, nº 1 da Constituição de Portugal dispõe: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> . Acesso em 2 de junho de 2010.

57 ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 281.

58 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 56.

59 SHUPPERT, Gunnar Folke; BUMKE, Christian **Die Kontitutionalisierung der Rechtsordnung: Überlegungen zum Verhältnis von verfassungsrechtlicher Austrahlungswirkung und Eigenständigkeit des “einfachen” Rechts**. Baden-Baden, Nomos, 2000 apud SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 39.

ordinária⁶⁰.

Contudo, em virtude da Constituição brasileira possuir um catálogo de direitos mais abrangente que o da alemã, bem como diante da ausência de um antagonismo muito acentuado entre a jurisdição constitucional e a ordinária, Virgílio Afonso da Silva entende que as formas mais aplicáveis ao Direito Brasileiro são os sistemas de reforma legislativa e o de irradiação do direito constitucional.⁶¹

Quanto ao sistema de reforma legislativa, Canotilho afirma que a vinculação do legislador à Constituição é tanto positiva quanto negativa. Sob o prisma da dimensão negativa, proíbe-se o legislador de editar atos normativos que contrariem o texto constitucional. Já sob o prisma positivo, o legislador possui o dever de conformar as relações da vida, as relações entre os Estados e os cidadãos e as relações entre os indivíduos consoante as diretrizes materiais impostas pela Constituição, a fim de realizar os direitos, por meio de uma “otimização” da sua normatividade e atualidade. Por meio do prisma positivo, pois, o legislador pode editar normas que possibilitem a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais⁶².

No mesmo sentido, acentua Paulo Gonet que o legislador deve agir em conformidade com a Constituição, assim como deve este assumir um comportamento positivo, por meio da edição de normas que regulamentem os direitos fundamentais que dependam de concretização normativa⁶³.

Neste ponto, um aspecto interessante diz respeito à limitação imposta ao legislador no que concerne à reversibilidade dos direitos fundamentais já implementados pelo Estado, comumente denominada princípio da proibição do retrocesso social. Para Canotilho, uma vez observado certo grau de realização de um direito econômico ou social pelo poder Público, este direito torna-se, ao mesmo tempo, uma garantia institucional e um direito subjetivo. Dessa forma, o legislador não pode limitar o núcleo essencial desses direitos, assim

60 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 39.

61 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 39.

62 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 440.

63 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 126.

como deve implementar políticas públicas que permitam a concretização das expectativas subjetivamente alicerçadas⁶⁴.

Contudo, referido autor destaca que para a aplicabilidade de tal princípio é imprescindível que o núcleo essencial dos direitos sociais já tenha sido realizado e efetivado por meio de medidas legislativas, não se tratando, pois, de uma proibição em abstrato⁶⁵.

No contexto da aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações entre particulares, a proibição do retrocesso evita que os direitos sociais que já estejam regulamentados por lei, como no caso dos direitos trabalhistas, tenham seu âmbito de aplicação diminuído nas relações privadas, razão pela qual entendemos correta a adoção de referido princípio.

Acrescenta Virgílio Afonso que a reforma legislativa seria a maneira mais efetiva e menos problemática de constitucionalização, pois seria tarefa do legislador adaptar a legislação ordinária à Constituição, vinculando os particulares aos direitos fundamentais. Entretanto, esta maneira de constitucionalização é lenta, eis que o legislador em geral, e não apenas o brasileiro, teria dificuldade de se adaptar aos novos paradigmas⁶⁶.

Como exemplo, Virgílio Afonso da Silva leciona que, a despeito da Constituição Alemã de 1949 garantir a igualdade entre homens e mulheres, apenas em 1976 o primado masculino nas relações familiares foi definitivamente abolido. Ademais, ressalta que, ainda quando a mudança legislativa se opera, os juristas por vezes mostram resistência em aplicá-la, em virtude do apego à legislação anterior⁶⁷.

Relativamente à irradiação do direito constitucional a outros ramos jurídicos, Schuppert e Bumke afirmam que no início do processo de irradiação do direito constitucional pelos outros ramos, este visava unicamente a fortalecer a subordinação destes ramos à Constituição. Com efeito, dita submissão não era pacífica, fato que exigia que se

64 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 7ª ed., 2004, p. 338.

65 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 7ª ed., 2004, p. 340.

66 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 40.

67 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 41.

afirmasse a Constituição como ordenamento não somente estatal, mas da sociedade como um todo⁶⁸.

Igualmente, Luis Roberto Barroso defende que a constitucionalização do Direito permite a irradiação das normas constitucionais, com força normativa, por todo o ordenamento jurídico, devendo ser observada tanto em relação ao Estado quanto em relação aos particulares. Quanto aos últimos, afirma que a constitucionalização impõe limites à autonomia da vontade, subordinando-a aos ditames constitucionais⁶⁹.

Pode-se afirmar, pois, que a supremacia da Constituição, com a irradiação de suas normas, é o modelo mais adequado a sociedade pluralista, pois esta permite que se estabeleça, a partir da imperatividade dos direitos fundamentais, um paradigma de igualdade material entre os indivíduos, eis que a todos incumbe respeitar os direitos em suas relações⁷⁰.

Dessa maneira, cumpre salientar que por meio de dita constitucionalização originam-se os efeitos da unificação e da simplificação da ordem jurídica. Quanto ao primeiro, este é observado na medida em que as normas constitucionais tornam-se o fundamento comum dos vários ramos do direito, razão pela qual pode-se observar uma tendência à diminuição de importância dos princípios gerais de direito em favor das normas constitucionais. Quanto ao segundo, este é percebido na medida em que o eixo de referência do ordenamento jurídico deixa de ser a lei e passa a ser a Constituição⁷¹.

Portanto, resta demonstrado que a constitucionalização do Direito firmou as bases para uma maior relevância e proteção dos direitos fundamentais, o que se refletiu não apenas nas relações entre Estado-indivíduo, mas também nas relações ente indivíduos. Dessa maneira, passa-se à análise das especificidades da vinculação dos particulares aos direitos

68 SHUPPERT, Gunnar Folke; BUMKE, Christian **Die Kontitutionalisierung der Rechtsordnung: Überlegungen zum Verhältnis von verfassungsrechtlicher Ausstrahlungswirkung und Eigenständigkeit des “einfachen” Rechts.** Baden-Baden, Nomos, 2000 apud SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 42.

69 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 20 de maio 2010.

70 FINGER, Julio Cesar. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A constituição concretizada:** construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 95.

71 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 42.

fundamentais, mormente a influência das concepções de constituição a esta vinculação, e as principais teorias a respeito do tema.

1.3 CONCEPÇÕES DE CONSTITUIÇÃO E APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES.

Verifica-se que o grau de aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações entre particulares é bastante controverso na doutrina e jurisprudência pátrias. Em verdade, em que pese a relativa aceitação em torno da aplicabilidade de direitos fundamentais, a intensidade com que esta deve se operar não é ponto pacífico⁷².

Um dos aspectos desta controvérsia é a opção por uma das diversas teorias que versam sobre o tema, que serão apresentadas no tópico seguinte. Outro aspecto, ora analisado, é a influência das concepções de constituição.

Com efeito, a depender da concepção de constituição adotada pelo Estado, haverá diferenças na capacidade de conformação da ordem jurídica para o legislador ordinário e para os cidadãos, isto é, haverá diferenças de intensidade na aplicabilidade de direitos fundamentais. Ou seja, quanto mais totalizante for a Constituição, menor será a área reservada ao legislador, ao cidadão e à autonomia privada⁷³. Nessa esteira, serão analisadas as concepções de Constituição-lei, Constituição-moldura ou ordem-quadro, e Constituição-fundamento.

Quanto à concepção de Constituição-lei, nesta os dispositivos constitucionais possuem unicamente uma função indicativa, pois mostram ao legislador um caminho desejado pelo constituinte, porém este não é imperativo. Por esse motivo, não apresenta nenhuma eficácia irradiante. Dessa forma, em países que adotam este tipo de Constituição, como a Inglaterra, a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações entre particulares não está correlacionada à constitucionalização do Direito, mas sim a outros

72 SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 156.

73 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 111.

fatores, como a ratificação de tratados⁷⁴.

De outra parte, a concepção de Constituição-fundamento ou Constituição total afirma que a Constituição é lei fundamental não somente de toda a atividade estatal e social. Como exemplo, Virgílio Afonso da Silva cita a teoria da Constituição aberta de Peter Häberle, que sustenta uma expansão da abrangência da Constituição a partir da abertura do processo interpretativo. Dessa forma, praticamente todas as ações humanas seriam reguladas pelo texto constitucional, assim como manifestação de uma interpretação constitucional⁷⁵.

Nesse contexto, entende Virgílio Afonso da Silva que a Constituição não iria se irradiar para os demais ramos, mas sim determiná-los de forma total, o que redundaria em não deixar espaços ao legislador e aos cidadãos⁷⁶.

Contudo, a despeito de Häberle defender que todos os participantes materiais do processo social devem ser legitimados a participar da interpretação constitucional, este autor destaca o relevante papel do processo político. Em verdade, Häberle sustenta que o Poder Legislativo atuaria como um precursor da interpretação constitucional, e que a ele incumbiria criar uma parte da esfera pública e da realidade da Constituição.⁷⁷

Por essa razão, acolhemos com reservas as críticas tecidas ao modelo proposto por Peter Häberle. Contudo, é inegável que grande parte das objeções dirigidas a uma aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações entre particulares advém da correlação de dita aplicabilidade a uma concepção totalizante de Constituição, eis que esta tende a mitigar a importância do direito infraconstitucional e da autonomia privada⁷⁸.

Por fim, a Constituição-moldura é aquela que serve apenas de limite para a atuação legislativa. Como o próprio nome indica, é uma simples moldura, sem

74 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 111-112 e 124.

75 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 115 e 124-125.

76 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 115 e 124-125.

77 HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional:** a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 27.

78 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 125.

preenchimento. Dessa forma, à jurisdição constitucional incumbe apenas a tarefa de verificar se o legislador atuou dentro da moldura, mas não a maneira como se deu esta atuação⁷⁹.

Nessa senda, preceitua Canotilho que em uma sociedade pluralista a Constituição deve ser uma ordem-quadro, isto é, não pode se fixar como um código constitucional exaustivamente regulador. Com efeito, diante do conglomerado de diferenças que caracteriza as sociedades atuais, uma Constituição-fundamento poderia facilitar o aparecimento de “forças de erosão” da força normativa da Constituição⁸⁰.

Em verdade, faz-se necessário deixar espaços livres ao legislador, para que este exerça uma atualização concretizante do texto constitucional, a fim de manter o consenso deste, por meio do equilíbrio das tensões entre os diversos grupos sociais. Cumpre frisar que isto seria impossível tanto à Constituição-lei, pois esta não pretende fixar limites ao legislador, quanto à Constituição-fundamento, eis que esta se pretende totalizante⁸¹.

Nesse contexto, este tipo de Constituição seria o mais adequado a uma aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações entre particulares, em virtude de permitir a autonomia dos indivíduos, limitada esta, porém, aos fundamentos constitucionais, razão pela qual defendemos a interpretação da Constituição como moldura⁸².

Ademais, consoante já acentuamos, a intensidade da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais está relacionada ao modelo teórico adotado pelo jurista. Nessa esteira, passamos a analisar as principais teorias acerca do tema, com o fito de demonstrar a necessidade de adoção de soluções diferenciadas.

79 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 116.

80 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 1436.

81 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 1436.

82 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 126.

CAPÍTULO 2: ANÁLISE DAS PRINCIPAIS TEORIAS ACERCA DA APLICABILIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES.

2.1 PARTICULARIDADES DA VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Observa-se que grande parte das divergências em torno de uma aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações entre particulares está ligada ao fato de não se considerar as diferenças entre este tipo de relação e aquela firmada entre Estado e indivíduo. Com efeito, é por esse motivo que, em geral, invoca-se a autonomia privada como fundamento à não-aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações entre indivíduos⁸³.

Em verdade, em regra atribuem-se aos direitos fundamentais os atributos de absolutos, imutáveis, indelével e universais⁸⁴. Contudo, além das críticas que tecemos tal classificação no item 1.1, caso se considere que os direitos possuem tais características, revela-se difícil sustentar que estes são aplicáveis aos particulares, pois aludida aplicabilidade somente seria efetiva diante da possibilidade de se negociar direitos, e até mesmo de se aceitar a renunciabilidade do exercício destes em algumas circunstâncias⁸⁵.

Com efeito, é inegável a diferença entre as posições e os modos de agir das entidades públicas e das entidades privadas. Em verdade, a diferença mais substancial é que em uma relação entre indivíduos, ambos são titulares de direitos fundamentais, o que torna a questão da limitação de direitos mais complexa que quando há uma relação entre Estado-indivíduo, na qual somente este último possui direitos⁸⁶.

Quanto a este respeito, leciona Sarlet que dita relação é peculiar em virtude do fato de ser necessário tanto proteger os direitos de todos os titulares, como de restringi-los,

83SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 50.

84 FERREIRA FILHO, **Direitos Humanos Fundamentais**. 9ª ed. São Paulo, Saraiva, 2007, p. 22.

85 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 51.

86ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. : Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pág. 528.

algo inexistente, via de regra, no âmbito das relações Estado-indivíduo⁸⁷.

Com efeito, enquanto a lógica das relações de Direito Público é estática, isto é, o Estado sempre ocupa a posição de mais forte, no âmbito do Direito Privado é necessário avaliar em cada caso concreto quem ocupa ditas posições, justamente para avaliar de que maneira devem os direitos fundamentais serem aplicados⁸⁸.

Em verdade, uma das principais diferenças observada na aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações entre particulares é a possibilidade de “negociação” dos direitos fundamentais com base na autonomia da vontade, inclusive com a possibilidade de renúncia, desde que respeitado o núcleo essencial do direito, hipótese que não normalmente não se verifica na relação Estado-indivíduo, eis que esta decorre de lei⁸⁹.

Cabe ressaltar que relativamente à possibilidade de se renunciar a direitos, esta se refere tão-somente ao exercício do direito, e não ao direito propriamente dito. Com efeito, ainda que não se exerça um direito, como por exemplo o direito à filiação, não se pode afirmar que o indivíduo a ele renunciou, como na figura da *supressio*⁹⁰.

Em verdade, a relativização completa de um direito afrontaria a supremacia da Constituição⁹¹, mormente porque no caso brasileiro a Constituição proíbe reformas constitucionais que tendam a abolir os direitos fundamentais. Dessa forma, não poderia a autonomia da vontade se sobrepor aos ditames constitucionais.

Portanto, defendemos que a renúncia de direitos fundamentais é possível na relação entre particulares com esteio na autonomia da vontade, desde que esta seja temporária, ou se opere apenas quanto ao exercício em uma dada relação, de modo a não-afetar o

87 SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 112.

88 SANDOZ, Suzette. Effets horizontaux des droits fondamentaux: une redoutable confusion. **Revue Suisse de Jurisprudence** 83, 13 (1987) apud Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 74.

89 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 51.

90 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 62.

91 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 7ª ed., 2004, p. 463.

respectivo conteúdo essencial⁹².

De outro lado, outra crítica recorrente à aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações entre indivíduos é a herança histórica de oponibilidade de direitos somente perante o Estado⁹³. Contudo, a questão histórica é utilizada diversas vezes apenas para impedir que os indivíduos sejam penalizados por violar direitos fundamentais. Em fato, observa-se que em diversas relações privadas há uma relação de dominação entre os indivíduos, a ameaçar, tanto quanto o Estado, os direitos fundamentais⁹⁴.

Todavia, ainda quando não haja dita subordinação não se pode negar uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Em verdade, como já assinalado, não se pode conceber uma sociedade em que os indivíduos, diferentemente do Estado, possuem a permissão para violar direitos fundamentais. Como já mencionamos, existem apenas diferenciações quanto à intensidade desta vinculação, mas não quanto à sua existência⁹⁵.

Nessa senda, a seguir apreciaremos as principais teorias acerca do tema, que revelam diferenciações no grau de vinculação dos indivíduos aos direitos fundamentais. Quanto a este ponto, cumpre destacar que a aplicabilidade dos direitos fundamentais inicialmente foi denominada de *Drittwirkung* (“eficácia externa” ou “eficácia em relação a terceiros”) e de eficácia horizontal⁹⁶. Contudo, referidas denominações confundem os conceitos de aplicabilidade e de eficácia, consoante já explicitamos, razão pela qual adotaremos a terminologia “aplicabilidade”, em vez de eficácia⁹⁷.

2.2 TEORIA DA APLICABILIDADE (“EFICÁCIA”) MEDIATA.

A teoria da aplicabilidade mediata dos direitos fundamentais (*Mittelbare Drittwirkung*), desenvolvida por Günter Dürig, defende que constitui tarefa do legislador

92 MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3ª ed. Lisboa: Coimbra Editora, 2000, p.357.

93 MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3ª ed. Lisboa: Coimbra Editora, 2000, p.323.

94 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 51.

95 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 53.

96 SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 114.

97 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 58.

realizar, no âmbito de sua liberdade de atuação, e na condição de destinatário precípuo de direitos fundamentais, a aplicação destes às relações jurídico-privadas⁹⁸

Dessa forma, os direitos fundamentais seriam aplicáveis aos particulares por meio dos princípios e normas próprios do direito privado. Portanto, os princípios constitucionais serviriam tão-somente como parâmetro de interpretação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados suscetíveis de concretização, tornando-os mais claros, acentuando ou desacentuando determinados elementos de seu conteúdo, ou no máximo, preenchendo eventuais lacunas. Porém, isto sempre se realizaria em consonância com o direito privado⁹⁹.

Nesse contexto, os direitos fundamentais não seriam diretamente oponíveis nas relações entre particulares como direitos subjetivos. Antes, haveria necessidade de uma intermediação a ser efetuada pelo legislador. Trata-se, portanto, de uma recepção dos direitos fundamentais pelo Direito Privado¹⁰⁰.

O ponto inicial deste modelo teórico é o reconhecimento de um direito geral de liberdade, que impediria o efeito absoluto dos direitos fundamentais nas relações privadas, pois isso significaria um total domínio do direito constitucional sobre o direito privado¹⁰¹.

No ponto, o entendimento firmado pelo Tribunal Constitucional alemão no caso Lüth é geralmente apontado como paradigma a este modelo¹⁰². No aludido precedente, Erich Lüth defendeu boicote público contra o filme *Unterbliche Gelibte*, dirigido pelo cineasta Veit Harlan, que durante o nazismo dirigira filme de cunho notoriamente anti-semita. Posteriormente, o cineasta obteve decisão do Tribunal de Justiça de Hamburgo para impedir o boicote ao filme citado. Inconformado com tal decisão, Lüth ajuizou reclamação perante o Tribunal Constitucional, sob o argumento que sua liberdade de expressão havia sido

98 SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 122.

99 ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 276-277.

100 SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 124.

101 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 75.

102 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 42.

violada¹⁰³.

O Tribunal Constitucional Alemão, por sua vez, acolheu as alegações de Lüth e declarou que os direitos fundamentais integram uma ordem de valores objetiva, centrada na dignidade humana e no livre desenvolvimento da personalidade¹⁰⁴.

Neste ponto, afirmou-se que o principal elo entre os direitos fundamentais como sistema de valores e o direito privado são as cláusulas gerais, com conceitos abertos a serem definidos por uma valoração do aplicador do direito. Contudo, deve-se ressaltar que tal valoração deve ser baseada no sistema de valores consagrados pela Constituição, e não em valores morais. Com referida teoria, Günther Dürig pretendia manter a independência do direito privado, como forma de protegê-lo da aplicação direta de preceitos constitucionais¹⁰⁵.

Com efeito, aludida tese defende que a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares geraria o aumento de poder do Estado, com a consequente diminuição da autonomia privada, eis que o Poder Público seria dotado da prerrogativa de fiscalizar o cumprimento dos direitos fundamentais pelos particulares¹⁰⁶.

Contudo, várias críticas são dirigidas a esta teoria. Entres estas, há objeções à própria idéia de ordem de valores. Neste ponto, Habermas afirma que esta idéia pode significar uma indevida substituição dos valores deonticos, essenciais ao direito, por juízos axiológicos. Com efeito, não se poderia impor valores incondicionais e inequívocos à ordem jurídica, eis que estes se diferenciam das regras, e impõem-se em uma ordem de preferências¹⁰⁷.

103 SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 124.

104 SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 124.

105 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 78.

106 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 174.

107 HABERMAS, Jürgen. **Faktizität Ung Geltung**: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt am Main, Surhtkamp, 1998 apud SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 84-85.

De outra parte, questiona-se acerca da ausência de clareza da noção de ordem de valores. Com efeito, consoante acentua Sarlet, embora isto não seja necessariamente um problema, dita concepção pouco revela acerca da fundamentação de uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Neste ponto, cumpre salientar que não se trata de negar a existência da eficácia irradiante, mas sim de estabelecer uma fundamentação segura para sustentar a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais na condição de destinatários destas normas¹⁰⁸.

Por fim, a oposição mais importante ao modelo é relativa à impossibilidade de se vincular a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares à existência de cláusulas gerais. Com efeito, diante do grande número de colisão de direitos que podem surgir em concreto, argumenta-se que esta solução não seria adequada, pois é provável que para a maior parte das situações não haja uma cláusula geral prevista.¹⁰⁹

Em verdade, a opção irrestrita por uma aplicabilidade mediata dos direitos fundamentais às relações entre particulares pressupõem a existência de dois ordenamentos autônomos e horizontais: uma constitucional e uma civilística. Contudo, a ordem jurídica civil não pode deixar de ser compreendida dentro da ordem constitucional, pois o direito civil deve pautar-se pelos limites impostos pela Constituição¹¹⁰.

Em razão de todas estas críticas, este modelo não é adequado, isoladamente, à fundamentação de uma aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações entre particulares.

2.3 TEORIAS DO “STATE ACTION” E DA CONVERGÊNCIA ESTATISTA.

A teoria do “state action”, originária do direito estadunidense, sustenta que as violações de direitos fundamentais derivam-se somente de ações estatais. Deve-se salientar,

108 SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 141.

109 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 85.

110 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 1288.

porém, que não há uma verdadeira negação dos direitos fundamentais às relações entre particulares, mas sim a busca por uma definição das situações em que uma conduta privada está vinculada às disposições de direitos fundamentais, e, portanto, equiparada à atuação estatal¹¹¹.

Dessa forma verifica-se que há uma ampliação dos conceitos de poder público e ação estatal, especialmente quando um particular ou entidade privada exerce função estatal típica¹¹². Percebe-se, pois, que a jurisprudência busca equiparar as condutas privadas às estatais. Contudo, esta equiparação é realizada de forma assimétrica e casuística, o que denota a artificialidade da teoria¹¹³.

Como exemplo desta artificialidade, Virgílio Afonso da Silva cita o caso *Shelley versus Kramer*. Neste caso, os proprietários de imóveis de um loteamento haviam ajustado cláusula contratual em que se comprometiam a não vender seus imóveis a pessoas não-brancas. Posteriormente, um dos proprietários infringiu a cláusula, e os demais o acionaram judicialmente, tendo estes logrado êxito na instância inferior. Ao analisar a questão, a Suprema Corte americana declarou a nulidade da cláusula e a validade da venda, mas não com base na Emenda XIV, que preceitua a igualdade de direitos, o que implicaria a aplicabilidade desta Emenda nas relações entre indivíduos, mas sim por força da nulidade perpetrada pela instância inferior, ao não declarar a invalidez da cláusula¹¹⁴.

Entretanto, não se pode afirmar que a inconstitucionalidade tenha sido cometida apenas pelo Poder Judiciário, pois este apenas interpretou uma cláusula firmada entre particulares. Dessa maneira, se dita cláusula fosse válida, e se o Judiciário houvesse se limitado a declarar esta validade, não haveria inconstitucionalidade a ser sanada¹¹⁵.

Além desse precedente, Virgílio Afonso da Silva cita estudo realizado por

111 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 99.

112 SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e Direito Privado**: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 134.

113 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 100.

114 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 101.

115 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 101.

Thomas Giegerich, em que este autor demonstrou que em quase todos os casos julgados pela Suprema Corte esta, além de equiparar a ação privada à estatal, reconheceu a existência de violação a direitos fundamentais. Dessa maneira, ainda que a Suprema Corte afirme que somente ações equiparadas as do Estado podem ser inconstitucionais, tal recurso hermenêutico é flexibilizado sobremaneira para albergar ações tipicamente privadas, como a validade de um contrato¹¹⁶.

De outra parte, a teoria da convergência estatista, desenvolvida na Alemanha por Jürgen Schwabe, afirma que a atuação dos particulares deriva de uma atuação estatal, sendo as violações de direitos fundamentais sempre oriundas do Estado, eis que a este cumpre protegê-los¹¹⁷. Com efeito, Schwabe defende que o Estado, na medida em que cria e impõe um sistema de direito privado, participa das possíveis violações cometidas por um cidadão a direitos fundamentais de outro¹¹⁸.

Dessa maneira, ainda que as agressões sejam provocadas por indivíduos, sempre se estaria diante de um problema envolvendo a vinculação direta do legislador privado e da jurisdição civil, razão pela qual não existiria uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais¹¹⁹.

Contudo, assim como a teoria da “state action”, a da convergência estatista padece de artificialidade, pois o fato de uma conduta não ser expressamente vedada pelo ordenamento jurídico não permite que se possa imputá-la ao Estado. Em verdade, se assim fosse, o Estado teria que ser considerado participante de toda ação humana não-proibida, o que levaria ao ridículo de se considerar, como no exemplo dado por Alexy, que um convite privado para um jantar seja uma ação estatal¹²⁰.

116 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 102.

117 SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 132.

118 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 530.

119 SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 132.

120 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 458.

Diante da artificialidade de ambas as teorias, que buscam saídas interpretativas frágeis para afirmar que se deve equiparar uma conduta privada a uma estatal, ou imputá-la ao Estado, estes modelos são inadequados à fundamentação da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

2.4 TEORIA DA APLICABILIDADE (“EFICÁCIA”) DIRETA.

A tese da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais sustenta que os direitos fundamentais são também normas de valor, que devem valer para toda a ordem jurídica, incluindo o direito privado. Dessa forma, mesmo entre cidadãos, os direitos fundamentais devem aplicar-se diretamente, não funcionando, portanto, apenas como cláusulas gerais ou normas de interpretação¹²¹.

Nipperdey, magistrado do Tribunal Federal do Trabalho na Alemanha, foi o primeiro a sustentar esta tese, ao argumento de que os direitos fundamentais possuem efeitos absolutos. Por essa razão, tanto a mediação legislativa quanto as “artimanhas interpretativas” para analisar a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas seriam despiciendas¹²².

No ponto, cumpre salientar que o mencionado autor não entende os direitos fundamentais como absolutos, tendo a locução “efeitos absolutos” o mesmo sentido de aplicabilidade direta. Em verdade, ao defender a aplicabilidade direta, Nipperdey admite justamente a possibilidade de limitação de direitos fundamentais na relação com outros indivíduos, em face dos direitos destes. Dessa forma, afirma-se que os direitos fundamentais conferem direitos subjetivos aos particulares independentemente do material normativo, ou de qualquer intermediação¹²³.

Nessa esteira, Sarlet defende que a adoção de uma aplicabilidade direta dos direitos fundamentais revela uma decisão política em prol de um constitucionalismo da igualdade, objetivando a efetividade do sistema de direitos e garantias fundamentais.

121 ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 278.

122 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 89.

123 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 89.

Contudo, mencionado autor afirma que não se poderia adotar tal tese de forma absoluta, eis que em se tratando de conflito de interesses entre indivíduos deve-se analisar sempre as circunstâncias concretas, em virtude de se tratar de relação em que todas as partes são titulares de direitos fundamentais¹²⁴.

Nos mesmos moldes, Virgílio Afonso da Silva esclarece que este modelo é mais restrito do que aparentaria em uma análise descuidada. Em verdade, a tese em comento não defende que todos os direitos fundamentais devem sempre ser aplicados diretamente, mas sim que caso um direito fundamental seja aplicável a uma relação entre particulares, esta vinculação deve se dar de forma direta¹²⁵.

Todavia, os críticos desta teoria argumentam que ela reduziria a autonomia privada, eis que admitindo-se a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais, os indivíduos não poderiam renunciar às normas de direitos fundamentais¹²⁶. Contudo, consoante já demonstrado no item 2.1, entendemos ser possível a renúncia ao exercício de um direito fundamental em uma dada relação específica, desde que não atingido o núcleo essencial deste direito¹²⁷.

Dessa maneira, a opção pela aplicabilidade direta não implica necessariamente na aniquilação da autonomia privada diante da impossibilidade de se renunciar ao exercício de direitos, nos termos outrora descritos.

Ademais, quando não houver mediação legislativa, por meio do estabelecimento de cláusulas gerais, ou, quando estas existirem, mas forem insuficientes, somente o modelo da aplicabilidade direta será adequado. Contudo, para preservar a autonomia privada faz-se necessária a construção de um modelo diferenciado, apresentado a seguir¹²⁸.

124 SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 157.

125 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

126 SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 144.

127 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 51.

128 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre

2.5 A NECESSIDADE DE “SOLUÇÕES DIFERENCIADAS”.

Verifica-se que nenhum dos modelos tradicionalmente defendidos para fundamentar a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é totalmente adequado a justificar o problema, em virtude das críticas já apresentadas. Com efeito, cada uma das teorias destaca apenas alguns aspectos da questão, sendo portanto, incompletas¹²⁹, motivo pelo qual são necessárias “soluções diferenciadas”, consoante preceitua Canotilho¹³⁰. Nesse diapasão, serão analisados os modelos propostos por Canotilho, Alexy e Virgílio Afonso da Silva.

Canotilho propõe um modelo dividido em cinco grupos: “eficácia horizontal” expressamente consagrada na Constituição, “eficácia horizontal” através da mediação do legislador no âmbito da ordem jurídica privada, poderes privados e “eficácia horizontal” e a preservação do núcleo irreduzível da autonomia privada¹³¹.

Inicialmente, Canotilho afirma que quando a própria Constituição prever que os direitos fundamentais devam ser aplicados às relações entre particulares, como no exemplo dos direitos dos trabalhadores, não se poderia suscitar nenhuma dúvida quanto a esta aplicabilidade, sendo facultado aos indivíduos apelarem diretamente às normas constitucionais¹³².

Contudo, acreditamos que a mera previsão constitucional não afasta o problema, em razão das prováveis colisões de direitos fundamentais a serem observadas, mormente em razão das discussões em torno da preservação da autonomia privada quando houver a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais às relações entre particulares, o que será em breve analisado¹³³.

particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 148.

129 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 533.

130 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 1289.

131 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 1290-1294.

132 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 1290.

133 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 141.

De outra parte, Canotilho afirma que quando não houver previsão constitucional expressa a vincular diretamente os particulares, deve o legislador atuar na densificação legal do direito privado, a fim de garantir a aplicação da Constituição, eis que este está diretamente vinculado à Constituição. Dessa forma, incumbiria ao legislador estabelecer uma ordenação adequada das relações jurídicas privadas sob o ponto de vista dos direitos fundamentais¹³⁴.

Ademais, Canotilho afirma que é inerente ao caráter subjetivo dos direitos uma função de defesa, o que implicaria a proibição de restrição de direitos pelo legislador, excetuando-se as hipóteses expressamente previstas pela Constituição, ou diante da necessidade de solução de conflitos entre bens constitucionalmente protegidos. Por fim, vedaria-se a criação de disciplina normativa em contradição com os direitos fundamentais¹³⁵.

Já quanto à mediação do juiz na aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas, Canotilho acentua que esta deve se operar quando não houver referência expressa no texto constitucional ou mediação pelo legislador. No ponto, afirma que os magistrados também possuem responsabilidade em encontrar uma solução justa para os casos de conflitos de direitos fundamentais entre particulares, motivo pelo qual aqueles devem considerar os direitos fundamentais como medidas de decisão dos casos concretos, de forma a dar operatividade prática à função de proteção dos direitos em face de violações por parte de terceiros.¹³⁶

Repisamos aqui nossas críticas acerca da insuficiência de mera previsão constitucional, que igualmente são cabíveis à mera disposição legal para solucionar o problema, pois ambas são insuficientes para afastar a mediação judicial, em virtude da complexa questão da colisão de direitos entre particulares¹³⁷.

Nesse contexto, afirma Canotilho que em primeiro lugar os magistrados devem fazer uma aplicação do direito privado positivado pela via da interpretação conforme a

134 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 1291-1292.

135 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 1291.

136 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 1292.

137 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 141.

Constituição. Frisa que a interpretação conforme deve considerar não apenas as cláusulas gerais, como a boa-fé, mas igualmente as próprias normas protetivas de bens jurídicos, como o direito à liberdade. Caso esta interpretação conforme a Constituição seja insuficiente, o autor sugere que seja efetuado o controle de constitucionalidade da lei em exame¹³⁸.

Quanto aos poderes privados, como associações, empresas, partidos, igrejas, Canotilho argumenta que estes, a despeito de representarem complexos sociais de poder, não podem ser equiparados aos poderes públicos, motivo pelo qual não demandariam uma análise apartada no âmbito da aplicabilidade dos direitos fundamentais. Com efeito, Canotilho afirma que, assim como se passa como os indivíduos em geral, estes grupos sociais devem estar vinculados aos direitos fundamentais nos moldes por ele propostos, analisados alhures¹³⁹.

Por fim, o constitucionalista português aduz que em alguns casos os direitos fundamentais não podem pretender conformar as relações privadas, pois isto significaria um aniquilamento da autonomia privada, à qual um direito fundamental não poderia se contrapor. Como exemplo, cita um locador que promove a ação de despejo por falta de pagamento contra um inquilino, mas não o faz contra outro nas mesmas condições, em razão de possuir as mesmas convicções políticas deste último. Neste caso, entende que não poderia haver intervenção judicial para obrigar o locador a prestar tratamento idêntico a ambos¹⁴⁰.

No ponto, afirma que é indispensável uma tarefa de concordância prática dos vários princípios e interesses relevantes para a solução do caso concreto, mediante a interpretação conforme a Constituição. Salienta, porém, que isto não significa uma absolutização da eficácia irradiante dos direitos fundamentais (que se aproximaria de uma concepção de Constituição-fundamento, como analisamos), mas sim o respeito dos direitos fundamentais como elementos de eficácia conformadora imediata do direito civil, com base na metódica diferenciada por ele proposta¹⁴¹.

Em virtude das ressalvas que formulamos ao modelo proposto por

138 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 1292.

139 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 1293.

140 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 1293.

141 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 1293.

Canotilho, apreciaremos o modelo de Robert Alexy, que propõe um modelo de três níveis: o do dever estatal, o dos direitos em face do Estado e o das relações jurídicas entre os sujeitos privados, entre os quais não haveria uma relação de grau, mas de mútua implicação. Como acentuamos no início deste tópico, para Alexy cada teoria acerca da aplicabilidade dos direitos fundamentais aborda somente um aspecto da questão, motivo pelo qual seu modelo pretende abranger as teorias da aplicabilidade mediata, da convergência estatista e da aplicabilidade imediata¹⁴².

O primeiro nível, relativo ao dever estatal, corresponde à teoria da aplicabilidade mediata. Argumenta Alexy que o fato das normas de direitos fundamentais funcionarem como princípios objetivos (ordem objetiva de valores) para todos os ramos do Direito implica que o Estado possui o dever de observá-las tanto na legislação quanto na jurisprudência civil¹⁴³.

Quanto ao segundo nível, este é relativo aos direitos em face do Estado que sejam relevantes do ponto de vista da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Tal nível aproxima-se à teoria da convergência estatista, formulada por Schwabe, como já explicitamos. Dessa maneira, este nível corresponde às violações de direitos fundamentais por particulares em que a conduta do indivíduo não está expressamente vedada pelo ordenamento jurídico¹⁴⁴.

Nesse contexto, Alexy sustenta a possibilidade de violação de direitos fundamentais pelo Estado por meio de uma interpretação judicial equivocada dos conflitos de direitos fundamentais entre particulares, em que o magistrado não observe a ordem de valores dos direitos fundamentais imposta pela Constituição. Dessa forma, os direitos violados são direitos do cidadão contra o Judiciário, e portanto contra o Estado, caracterizando-se como direitos de defesa¹⁴⁵.

Contudo, como observado por Alexy este modelo somente é aplicável a

142 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 533.

143 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 533.

144 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 534.

145 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 535.

casos pertinentes a deveres ou a proibições, mas não àqueles em que um titular de um direito fundamental afronta permissões dirigidas a outros titulares de direitos fundamentais. Como exemplo, o autor cita o caso *Blinkfuer*¹⁴⁶.

Em tal caso, a editora Springer incitou os vendedores de jornais e revistas a participarem de um boicote contra a revista *Blinkfuer*, bem como ameaçou impor sanções comerciais àqueles que não aderissem ao movimento. Por essa razão, o editor da mencionada revista ajuizou pedido de indenização, que foi negado pelo Superior Tribunal Federal. Em julgamento de recurso, o Tribunal Constitucional Federal anulou a decisão anteriormente proferida, em razão da violação que o editor da revista *Blinkfuer* teria em virtude do art. 5º, §1º da Constituição Alemã, que preserva a liberdade de imprensa.¹⁴⁷

Dessa maneira, como o Superior Tribunal Federal rejeitou o pedido de indenização, tal decisão significaria que este considerava o apelo ao boicote como juridicamente protegido. Contudo, contrariamente ao que sustenta a teoria formulada por Schwabe, Alexy afirma que o boicote, em razão de sua permissão pelo referido Tribunal, e não-punição, não deve ser imputado ao Estado, pois o Superior Tribunal Federal não interveio no direito fundamental à liberdade de imprensa¹⁴⁸.

Com efeito, o Superior Tribunal Federal deixou de garantir ao editor da revista *Blinkfuer* uma proteção estatal contra a ação privada que o afetava, motivo pelo qual o modelo de Schwabe seria falho ao propor a proteção apenas aos direitos de defesa. Por essa razão, esta teoria deve ser complementada por uma construção baseada nos direitos a prestações ou a proteção, consoante propõe Alexy¹⁴⁹.

Ademais, Alexy entende que resta necessário formular uma construção unitária neste nível. Em verdade, o aludido autor defende que esta construção é possível se for admitido que o indivíduo possui o direito de que a jurisdição civil leve em consideração, na medida do exigível, o direito fundamental favorável à posição alegada pelo cidadão. Se este

146 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 536.

147 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 536.

148 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 536.

149 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 536-537.

direito for violado, também é violado o direito fundamental ao qual o princípio constitucional pertence¹⁵⁰.

Argumenta Alexy que esta construção explicitamente referida à jurisdição possui duas vantagens: a primeira consiste no fato de que o direito por ela pressuposto é mais claramente relacionado aos problemas relevantes no caso da aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações entre particulares. Com efeito, por um lado os magistrados devem considerar os princípios de direitos fundamentais favoráveis às posições alegadas pelas partes. Por outro lado, devem também aplicar o direito privado vigente, a não ser que ele seja incompatível com todas as possíveis interpretações dos princípios constitucionais¹⁵¹.

De outro lado, a segunda vantagem deste modelo consiste no fato de que ele não afasta o modelo dos direitos de defesa de Schwabe, nem a construção relativa aos direitos à proteção. Antes, ele as sustenta, pois se um magistrado não considerar um princípio de direito fundamental favorável ao indivíduo na medida do exigível, ele também violará, dependendo das circunstâncias do caso concreto, um direito de defesa ou um direito de proteção¹⁵².

Por fim, o terceiro nível do modelo diz respeito aos efeitos dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre sujeitos privados, concernente à teoria da aplicabilidade direta. No ponto, Alexy frisa que dita teoria dos direitos fundamentais nas relações entre particulares não pode ser aplicada mediante a simples troca de destinatários dos direitos do cidadão contra o Estado. Em verdade, um cidadão não pode exigir do outro que exerça atividades estatais típicas como a edição de leis. De outro lado, em virtude de todos os particulares serem titulares de direitos fundamentais, estes possuem uma intensidade diferente daquela observada em uma relação Estado-indivíduo¹⁵³.

Afirma Alexy que por razões ligadas aos direitos fundamentais, há determinados direitos e não direitos, liberdades e não-liberdades, competências e não-

150 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 537.

151 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 537.

152 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 533.

153 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 538.

competências na relação indivíduo-indivíduo. No ponto, diz que se se definir o conceito de aplicabilidade direta desta forma, então esta decorrerá tanto da teoria da aplicabilidade mediata quanto da teoria da aplicabilidade imediata. Como exemplo, cita novamente o caso *Blinkfüer*¹⁵⁴.

Neste caso, o Tribunal Constitucional Federal adotou a teoria da aplicabilidade indireta ao argumentar que a ordem objetiva de valores afeta a decisão do que é contrário ao direito. Contudo, ao considerar que os princípios de direitos fundamentais conduzem a direitos e obrigações nas relações entre particulares, mas não o seriam na sua ausência, o Tribunal terminou por considerar a aplicabilidade direta dos efeitos fundamentais nas relações entre particulares. Nesse sentido, a teoria da aplicabilidade imediata teria como consequência necessária um efeito direto¹⁵⁵.

Igual raciocínio seria aplicável à teoria da convergência estatista. Com efeito, ao não considerar na medida do exigível as argumentações expendidas pelo editor da revista *Blinkfüer*, o Superior Tribunal Federal violou o direito fundamental deste, o que pressupõe a existência de um direito definitivo do editor da revista à abstenção ao boicote, direito este sustentado pelo próprio princípio de direito fundamental¹⁵⁶.

Por esta razão, a aplicabilidade dos direitos fundamentais seria sempre direta. Contudo, não se pode entender como se existisse apenas o terceiro nível, mas sim os três, cabendo a decisão por cada um deles à uma questão de conveniência na fundamentação jurídica¹⁵⁷.

Por fim, Alexy defende que seu modelo permite preservar tanto a autonomia privada quanto a compatibilidade do direito constitucional com o direito civil. Quanto à autonomia privada, o autor afirma que esta deve ser assegurada por meio da técnica de sopesamento. Quanto ao direito civil, o autor afirma que este faz-se necessário na medida em que os princípios podem apresentar diversas soluções para um caso concreto. Por essa razão,

154 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 539.

155 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 538-539.

156 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 539.

157 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 539.

as normas de direito civil forneceriam um material de decisão dotado de autoridade, o que permitiria uma práxis decisória consistente e em consonância com a segurança jurídica e a igualdade¹⁵⁸.

Noutro giro, para Virgílio Afonso da Silva um modelo diferenciado deve pautar-se no conceito de direito fundamental como princípio¹⁵⁹, tal como este conceito é defendido por Robert Alexy. Dessa maneira, os direitos fundamentais são definidos como mandamentos de otimização, isto é, como normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes¹⁶⁰.

Nessa esteira, percebe-se os princípios como normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização. Dessa forma, a convivência dos princípios é conflitual, e permite o balanceamento de valores e interesses. Contudo, deve-se ressaltar que os princípios não permitem opções livres aos órgãos ou agentes concretizadores da Constituição, mas apenas irradiações normativas com certo grau de discricionariedade, desde que limitadas pelos princípios.¹⁶¹

Com esteio no conceito de mandamento de otimização, Virgílio Afonso da Silva defende que é possível inferir dos direitos fundamentais também direitos à proteção contra eventuais violações, tanto em face do Estado quanto em face dos demais particulares. Nesse contexto, o mencionado autor argumenta que a preferência por este conceito de direito fundamental permite superar o conceito de ordem de valores, em virtude da inadequação deste conceito, consoante já analisamos¹⁶².

Em verdade, assumir os direitos fundamentais como mandamentos de otimização não implica uma dominação do direito infraconstitucional pelo direito constitucional, pois este enuncia que a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações

158 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 541.

159 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 146.

160 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

161 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 1161.

162 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 146.

entre particulares está condicionada às condições fáticas e jurídicas existentes¹⁶³.

Deve-se destacar que o modelo proposto por Virgílio Afonso da Silva aproxima-se bastante daquele apresentado por Alexy. Contudo, diferentemente do autor alemão, Virgílio Afonso entende que há circunstâncias externas à argumentação jurídica, como o material normativo disponível, que condicionam a opção por um dos níveis de aplicabilidade de direitos fundamentais¹⁶⁴.

Em verdade, Virgílio Afonso da Silva argumenta que as normas infraconstitucionais são uma das principais circunstâncias a serem observadas. Com efeito, quando a disciplina legislativa infraconstitucional for suficiente para permitir a aplicabilidade dos direitos fundamentais de forma indireta, esta deve ser levada a efeito, sem que se necessite aplicar os direitos de forma direta¹⁶⁵.

Contudo, caso esta mediação legislativa não existir, ou revelar-se insuficiente, percebe-se que somente a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais pode solucionar o problema. Em virtude deste modelo ser o que mais evidencia o conflito entre os direitos fundamentais e a autonomia privada, deve-se analisar a melhor maneira de se preservá-la.¹⁶⁶

Nesse contexto, Virgílio Afonso da Silva argumenta que a autonomia privada é um princípio formal, cuja função principal é sustentar competências para a realização de uma conduta por indivíduos. Dessa forma, é uma norma de validade, na medida em que forneceria razões meramente formais para que um ato de vontade entre indivíduos seja considerado válido, ainda que restrinja direitos fundamentais¹⁶⁷.

Destaca o referido autor, que enquanto os direitos fundamentais são razões

163 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 146.

164 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 145.

165 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 147.

166 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 148.

167 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 149.

para não-competências, princípios formais são razões para competências¹⁶⁸. Com efeito, como acentua Alexy, competências no âmbito do Direito Privado correspondem à possibilidade de alteração das posições jurídicas dos sujeitos de uma relação¹⁶⁹.

Nessa esteira, os direitos fundamentais tendem a funcionar como normas negativas de competências no âmbito interindividual, pois, ao proteger posições jurídicas dos indivíduos, inserem-nos em uma posição de não-sujeição, eis que impedem que o núcleo essencial destas posições jurídicas seja eliminado¹⁷⁰.

Afirma o aludido autor que a reconstrução da aplicabilidade dos direitos fundamentais entre particulares por meio da concepção de autonomia privada como princípio formal apresenta a vantagem de ressaltar a relação de tensão existente entre esta e os direitos fundamentais. Com efeito, enquanto os direitos fundamentais como princípios materiais tendem a limitar a autonomia privada, o conceito de princípio formal pretende garantir a autonomia privada quando há direitos fundamentais envolvidos¹⁷¹.

Dessa maneira, caso os direitos fundamentais fossem entendidos como uma forma absoluta de bloqueio de competências, a autonomia privada desapareceria, sendo esta a principal crítica suscitada pelos opositores da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Por essa razão, mostra-se necessário buscar soluções para realizar a autonomia privada, como princípio que é, da melhor maneira possível diante da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares¹⁷².

Verifica-se que o critério mais difundido para enfrentar esta questão é o do sopesamento. Entretanto, em regra não se analisa o fator fundamental deste critério: a demonstração de que a medida da afetação de um princípio depende do grau de importância da satisfação do outro¹⁷³.

168 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 150.

169 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

170 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 149-152.

171 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 149-152.

172 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 153.

173 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros,

Em verdade, a técnica do sopesamento não é a mais adequada para se analisar as relações entre particulares. Com efeito, observa-se que as tentativas de se realizar um sopesamento entre a aplicabilidade dos direitos fundamentais e a autonomia privada não demonstram em que medida a restrição ao direito fundamental está relacionada à realização da autonomia privada, isto é, não se apresenta uma análise bilateral da questão. Com efeito, definem-se situações em que a autonomia privada deve ser mais respeitada e situações em que esta deve ser mitigada, o que, embora seja aceitável e necessário, não se constitui em uma técnica de sopesamento, como demonstrado¹⁷⁴.

Verifica-se, pois, que como a autonomia privada é um princípio formal, cuja função principal, repita-se, é sustentar competências para a realização de uma conduta por indivíduos, é impossível realizar o sopesamento entre aquele princípio e princípios materiais, como os direitos fundamentais, eis que não há valor de comparação para esse sopesamento¹⁷⁵.

Dessa forma, não se pode afirmar, como o faz Ingo Sarlet, que “a tensão inevitável entre o princípio da autonomia privada de modo geral, e a liberdade contratual como sua principal manifestação, e outros direitos fundamentais, (...) é similar aos conflitos de quaisquer direitos fundamentais”¹⁷⁶, eis que, como demonstrado, está ausente um valor comparativo, essencial ao sopesamento¹⁷⁷.

De outra parte, em regra invoca-se a desigualdade fática entre as partes para justificar uma maior aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas em detrimento da autonomia privada. Nesse sentido, Vieira de Andrade entende que nas relações entre iguais não se aplicam diretamente os direitos fundamentais, mas tão-somente quando houver situações de subordinação fática, a que ele denomina de poder especial, como por exemplo em empresas monopolistas¹⁷⁸.

2008, p. 166.

174 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 155.

175 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 160.

176 SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 145.

177 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 160

178 ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**.

Entretanto, deve-se ressaltar que a necessidade de proteção dos particulares em suas relações, com a consequente mitigação da autonomia privada, não deriva necessariamente de uma desigualdade material, mas sim de uma desigualdade de posições no interior da relação jurídica. Nesse sentido, a desigualdade entre empregado e empregador não é oriunda de uma desigualdade material entre as partes, mas da própria relação de poder inerente a uma relação trabalhista, o que autoriza a interferência neste tipo de relação.¹⁷⁹

Por essa razão, é perfeitamente possível que em uma relação entre particulares haja um grande grau de autonomia na escolha dos termos e condições da relação, ainda que haja uma considerável desigualdade material e de poder entre as partes. Como exemplo, Virgílio Afonso da Silva cita os *reality shows*, em que as pessoas participam com base da autonomia da vontade, e permitem a restrição do exercício de alguns de seus direitos fundamentais, como a privacidade. Contudo, a despeito da enorme desigualdade material entre a empresa televisiva e os participantes, não há interferência na autenticidade das vontades das partes, o que permite a manutenção da autonomia da vontade neste caso¹⁸⁰.

Com efeito, sempre que houver situações fáticas que impeçam a uma das partes tomar decisões no pleno exercício da autonomia privada, a essa autonomia privada deve ser conferido um peso menor do que seria se a autonomia fosse plena. Deve-se destacar, porém, que nem sempre esta necessidade resultará de uma desigualdade material, como restou demonstrado acima¹⁸¹.

De outro lado, é imprescindível avaliar se a desigualdade é real ou apenas aparente. Nessa senda, verifica-se que o princípio da autonomia da vontade, como princípio formal que sustenta competências para decidir livremente os termos de uma relação entre particulares, será mais sólido quanto mais real for a autonomia privada¹⁸².

Coimbra: Almedina, 1998, p. 287.

179 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 157.

180 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 157.

181 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 158.

182 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 158.

Para avaliar tal aspecto, é necessário verificar se a simetria de poder entre as partes e a existência de pressões externas afetam a capacidade das partes de decidirem livremente o conteúdo de uma relação entre particulares. Ademais, deve-se frisar que as circunstâncias fáticas mencionadas devem ser examinadas não somente no início da formação das relações entre particulares, mas durante todo o seu desenvolvimento, eis que aquelas podem modificar-se, e ensejar um desequilíbrio na relação privada, de maneira a possibilitar uma intervenção estatal¹⁸³.

Por fim, Virgílio Afonso da Silva critica a posição formulada por Canotilho, por nós já apresentada neste tópico, relativa à inaplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares quando esta afetar o núcleo essencial da autonomia privada. Com efeito, Virgílio aduz que, embora Canotilho esteja correto ao tentar buscar um núcleo essencial à autonomia privada, este núcleo não pode ser assegurado “às custas” dos direitos fundamentais¹⁸⁴.

Nessa senda, Virgílio Afonso analisa um dos exemplos declinados pelo constitucionalista português para demonstrar que a autonomia da vontade não pode se sobrepor à dignidade humana, sendo este o seu limite último. Com efeito, Canotilho afirma que se dois locatários estão em débito com o locador, mas um deles possui as mesmas convicções políticas que este, o locador pode optar por mover a ação de despejo apenas quanto àquele que possui opinião diferente da sua. Em respeito ao núcleo essencial da autonomia da vontade, o constitucionalista português diz que não caberia interferência nesta relação¹⁸⁵.

Virgílio Afonso da Silva, contudo, propõe uma ligeira modificação no exemplo dado por Canotilho. Nesse diapasão, afirma que se a justificativa para promover a demanda com o propósito de despejar somente um dos locatários fosse a de que este possui o vírus HIV, ao contrário do outro locador, a autonomia da vontade não poderia ser preservada nestes moldes. Em verdade, neste caso a intensidade da discriminação afetaria

183 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 159.

184 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 115 e 124-125.

185 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 1293-1294.

demasiadamente a dignidade humana, razão pela qual deveria ser afastada¹⁸⁶.

Outro exemplo narrado por Virgílio Afonso é o de um proprietário que coloca um imóvel à venda por um preço x e dois interessados se apresentam: um primeiro, desconhecido do proprietário, disposto a pagar o preço integral, e o segundo, amigo do alienante, oferece apenas 90% do valor proposto. Mesmo que o proprietário venda por um valor inferior, não haveria, segundo o que defende Canotilho, possibilidade de intervenção nesta relação. Entretanto, se a justificativa da preferência do proprietário não estivesse lastreada na amizade por um dos interessados, mas sim no fato da cor da pele de um deles, certamente a intensidade do desrespeito à igualdade seria muito maior, e justificaria uma intervenção na autonomia privada do proprietário do imóvel¹⁸⁷.

Com efeito, a autonomia da vontade, como princípio formal que é, deve ser realizada da melhor maneira possível. Entretanto, discriminações que afetam o núcleo essencial da dignidade humana jamais podem ser admitidas, eis que não estão inseridas no âmbito de proteção da autonomia privada¹⁸⁸.

Entendemos ser esta a posição que melhor se amolda ao problema em exame. Portanto, consideramos que inicialmente deve-se verificar se há mediação legislativa adequada ao caso. Caso não haja, ou seja esta insuficiente, a aplicabilidade dos direitos fundamentais dar-se-á de forma direta¹⁸⁹.

De outro lado, independentemente da vinculação dos particulares operar-se de forma direta ou indireta, faz-se necessário observar em cada caso concreto se há fatores que desequilibram a relação entre particulares, bem como se a autonomia das partes é real, e não apenas aparente. Caso não haja desequilíbrio e a autonomia da vontade seja real, esta deve prevalecer. Caso haja desequilíbrio, porém, o Judiciário, se provocado, deve determinar a mitigação desta autonomia para solucionar a colisão de direitos fundamentais. Ademais, deve-se salientar que a autonomia da vontade jamais pode afrontar o núcleo essencial da

186 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 166.

187 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 166.

188 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 166.

189 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 166.

dignidade humana, ainda que isto importe em uma diminuição da autonomia, núcleo este que será aferido em cada caso concreto¹⁹⁰.

Frise-se que tal ponto de vista deriva da prevalência por nós conferida aos direitos fundamentais, e já fartamente explicitada neste estudo. Dessa maneira, percebe-se que, como acentuado por Alexy¹⁹¹, nenhuma das teorias tradicionalmente apresentadas são suficientes à solução do problema, devendo-se buscar a solução mais adequada a cada caso concreto, observando-se os fatores de desequilíbrio nas relações privadas.

190 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 164-166.

191 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 533.

CAPÍTULO 3: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES.

3.1 HC 82424-2: LIBERDADE DE EXPRESSÃO versus RACISMO.

No Habeas Corpus nº 82424-2, Siegfried Ellwanger buscava o reconhecimento de prescrição da pena de quatro anos de reclusão a que fora condenado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em virtude de haver cometido o delito previsto no art. 20 da Lei nº 7716/90, que dispõe: “praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou o preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional”¹⁹².

Com efeito, o paciente sustentou que o crime que cometera não poderia estar sujeito à imprescritibilidade, pois esta seria restrita aos delitos de racismo, e não às práticas discriminatórias de modo geral, na esteira do art. 5º, XLII da Constituição. Dessa maneira, argumentou que, em razão dos judeus não serem uma raça, o delito de divulgação de livros anti-semita não poderia ser enquadrado como racismo. Portanto, incabível seria a imprescritibilidade imposta pelo Tribunal *a quo*¹⁹³.

O ministro Moreira Alves, primeiro ministro a analisar o *writ*, examinou unicamente o argumento da impetração, relativo à prescritibilidade, e o acolheu, eis que considerou que o delito de racismo abrangia unicamente a discriminação contra os negros. Para tanto, o aludido ministro examinou tanto o contexto histórico brasileiro quanto as definições do conceito de judaísmo sob a ótica do pronunciamento de diversas autoridades judias¹⁹⁴.

192 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424-2/RS. Relator: Ministro Moreira Alves, Relator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 17 de setembro de 2003. Diário de Justiça: 19 de março de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º de junho de 2010, p. 4-8.

193 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424-2/RS. Relator: Ministro Moreira Alves, Relator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 17 de setembro de 2003. Diário de Justiça: 19 de março de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º de junho de 2010, p. 4-8.

194 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424-2/RS. Relator: Ministro Moreira Alves, Relator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 17 de setembro de 2003. Diário de Justiça: 19 de março de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º de junho de 2010, p. 9-22.

Cabe salientar que a despeito da interessante discussão acerca da interpretação do termo racismo, presente durante todo o julgamento, esta não faz parte do objeto deste estudo. Nessa senda, limitar-nos-emos a analisar os debates em torno da possibilidade de se proteger manifestações racistas com fundamento na liberdade de expressão, isto é, o confronto entre esta liberdade e o direito de não ser discriminado.

Nesse contexto, passa-se ao exame do voto do Ministro Maurício Corrêa, que suscitou, a despeito desta alegação não haver sido levantada pela defesa, a interessante questão da possibilidade da liberdade de expressão do paciente permitir-lhe veicular manifestações racistas¹⁹⁵.

Nessa senda, argumentou o ministro citado que a liberdade de expressão comporta diversas restrições, e citou como exemplo a tipificação de delitos contra a honra. Afirmou o ministro que no caso de colisão de direitos, deve-se aplicar a regra da concordância prática, de forma a harmonizar os bens em conflito¹⁹⁶.

Dessa maneira, argumentou o Min. Maurício Corrêa que deveria preponderar, na situação concreta, o direito daqueles atingidos pela publicação da obras anti-semitas, sob pena de haver violação à dignidade, à cidadania, ao tratamento igualitário e à vida dos judeus. Ademais, argumentou que o direito de não sofrer discriminação deveria prevalecer ante a liberdade de expressão do paciente tendo em vista que aquele direito se relacionaria diretamente com os direitos humanos, assim como que a disseminação das idéias propagadas pelo paciente poderiam ocasionar risco à convivência pacífica dos judeus no país, eis que estas incitam o ódio a este povo¹⁹⁷.

Posteriormente, durante a confirmação do voto do Min. Moreira Alves, o Min. Sepúlveda Pertence questionou a possibilidade de um livro ser instrumento à prática de

195 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424-2/RS. Relator: Ministro Moreira Alves, Relator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 17 de setembro de 2003. Diário de Justiça: 19 de março de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º de junho de 2010, p. 61 e s.s.

196 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424-2/RS. Relator: Ministro Moreira Alves, Relator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 17 de setembro de 2003. Diário de Justiça: 19 de março de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º de junho de 2010, p. 61 e s.s.

197 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424-2/RS. Relator: Ministro Moreira Alves, Relator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 17 de setembro de 2003. Diário de Justiça: 19 de março de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º de junho de 2010, p. 61 e s.s.

crimes, argumentando que este tipo de hipótese o preocupava¹⁹⁸.

O Min. Moreira Alves, porém, preferiu não examinar a questão de forma aprofundada em virtude desta não haver sido ventilada na impetração, uma vez que o debate em torno daquela indagação poderia ocasionar um agravamento da condição de Siegfried. Com efeito, tal discussão possibilitaria a denegação de ofício do *writ*, como de fato ocorreu¹⁹⁹.

Adiante, o Min. Celso de Mello aduziu que não se poderia invocar a liberdade de expressão para proteger a conduta do paciente. Com efeito, o citado ministro argumentou que manifestações que ultrapassam os limites da indagação e da pesquisa científicas para legitimar a discriminação e a intolerância aos judeus não estão albergadas pela proteção constitucional à liberdade de expressão, pois esta não compreende manifestações revestidas de ilicitude penal²⁰⁰.

Frisou o referido ministro que a situação dos autos não se coadunava com hipótese de conflito de direitos fundamentais, pois esta pressupõe antagonismo fundado em interesse protegido pela Constituição. Dessa maneira, como há norma constitucional que proíbe o racismo, esta seria um limite, ao lado dos postulados da igualdade e da dignidade humana, aos comportamentos abusivos decorrentes da manifestação do pensamento²⁰¹.

Por fim, o Min. Celso de Mello argumentou que caso se observasse conflito aparente de direitos, deveria ser utilizado no caso concreto um juízo de ponderação que permitisse a conservação do núcleo essencial dos direitos em conflito. Nesse diapasão, como no caso em comento a conduta de Siegfried teria atingido a dignidade dos judeus, o Judiciário

198 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424-2/RS. Relator: Ministro Moreira Alves, Relator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 17 de setembro de 2003. Diário de Justiça: 19 de março de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º de junho de 2010, p. 84.

199 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424-2/RS. Relator: Ministro Moreira Alves, Relator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 17 de setembro de 2003. Diário de Justiça: 19 de março de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º de junho de 2010, p. 84.

200 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424-2/RS. Relator: Ministro Moreira Alves, Relator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 17 de setembro de 2003. Diário de Justiça: 19 de março de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º de junho de 2010, p. 105 e s.s.

201 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424-2/RS. Relator: Ministro Moreira Alves, Relator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 17 de setembro de 2003. Diário de Justiça: 19 de março de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º de junho de 2010, p. 105 e s.s.

deveria intervir para punir a conduta de veiculação de idéias racistas²⁰².

Em voto-vista, o Min. Gilmar Mendes sustentou que o racismo contempla manifestações anti-semitas, e procedeu à análise da liberdade de expressão do paciente de publicá-las. Inicialmente, o aludido ministro destacou que dita liberdade se constitui em pedra angular do sistema democrático, pois além de ser um dos mais efetivos instrumentos de controle do governo, possibilita a formação da consciência e da vontade popular²⁰³.

Contudo, asseverou o citado ministro que nas sociedades democráticas também existe a preocupação com o discurso do ódio, que ao estimular a discriminação, termina por violar o princípio da igualdade. Dessa maneira, ao se levar ao extremo a liberdade de expressão, afronta-se a democracia, eis que esta pressupõe a igualdade dos indivíduos²⁰⁴.

Ademais, Gilmar Mendes argumentou que para a solução do conflito entre o direito à liberdade de expressão e o direito de não ser discriminado deve ser aplicado o método da proporcionalidade. No ponto, aduziu que a liberdade de expressão não pode ser entendida de forma absoluta em uma sociedade pluralista, pois esta também abrange valores como a dignidade humana e a igualdade. Dessa maneira, afirmou que o princípio da proporcionalidade constitui uma exigência positiva e material relativa ao conteúdo dos atos restritivos de direitos fundamentais, de forma a estabelecer uma proibição do excesso no procedimento de restrição²⁰⁵.

Nesse contexto, o eminente ministro analisou os três postulados do princípio da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Quanto ao primeiro, o Min. Gilmar Mendes afirmou que a punição do paciente seria adequada a proteger uma sociedade pluralista, pois permitiria ao Estado proteger a dignidade humana, o

202 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424-2/RS. Relator: Ministro Moreira Alves, Relator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 17 de setembro de 2003. Diário de Justiça: 19 de março de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º de junho de 2010, p. 108.

203 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424-2/RS. Relator: Ministro Moreira Alves, Relator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 17 de setembro de 2003. Diário de Justiça: 19 de março de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º de junho de 2010, p. 126 e s.s.

204 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424-2/RS. Relator: Ministro Moreira Alves, Relator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 17 de setembro de 2003. Diário de Justiça: 19 de março de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º de junho de 2010, p. 127.

205 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424-2/RS. Relator: Ministro Moreira Alves, Relator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 17 de setembro de 2003. Diário de Justiça: 19 de março de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º de junho de 2010, p. 132.

pluralismo político, o repúdio ao racismo e a norma constitucional que prevê a imprescritibilidade para o crime de racismo²⁰⁶.

Quanto ao segundo, o Min. Gilmar Mendes afirmou que a medida seria necessária diante da ausência de um método menos gravoso e igualmente eficaz, e frisou que a opção de imprescritibilidade partiu do Constituinte. Ademais, disse que a pena imposta, quatro anos de reclusão com o benefício do “sursis”, não se revelava exagerada, tendo atendido ao princípio da proibição do excesso²⁰⁷.

Por fim, quanto à proporcionalidade em sentido estrito, o ministro citado sustentou que a liberdade de expressão não alcança a intolerância racial e o estímulo à violência, motivo pelo qual a proteção daquele princípio de forma absoluta redundaria no sacrifício de diversos outros bens tutelados pela Constituição²⁰⁸.

Em seguida, o Ministro Carlos Velloso, que também entendeu a prática do paciente como racismo, passou ao exame do conflito entre a liberdade de expressão do paciente e o direito à não-discriminação. Nessa senda, afirmou filiar-se à tese sustentada pelo Min. Celso de Mello, relativa à impossibilidade de se considerar que manifestações racistas estariam protegidas pelo direito à liberdade de expressão²⁰⁹.

De outro lado, aduziu que em se tratando de conflito de direitos fundamentais, deveria prevalecer aquele que melhor realiza os ditames constitucionais. Dessa maneira, argumentou que a liberdade de expressão não poderia se sobrepor à dignidade humana. Por essa razão, concluiu que aquela liberdade não pode albergar o racismo que a própria Constituição repudia, e salientou que a dignidade humana e a igualdade são limites

206 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424-2/RS. Relator: Ministro Moreira Alves, Relator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 17 de setembro de 2003. Diário de Justiça: 19 de março de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º de junho de 2010, p. 146-148.

207 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424-2/RS. Relator: Ministro Moreira Alves, Relator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 17 de setembro de 2003. Diário de Justiça: 19 de março de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º de junho de 2010, p. 147.

208 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424-2/RS. Relator: Ministro Moreira Alves, Relator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 17 de setembro de 2003. Diário de Justiça: 19 de março de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º de junho de 2010, p. 147.

209 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424-2/RS. Relator: Ministro Moreira Alves, Relator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 17 de setembro de 2003. Diário de Justiça: 19 de março de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º de junho de 2010, p. 165.

externos à liberdade de expressão²¹⁰.

Na sequência do julgamento, tanto o Min. Nelson Jobim quanto a Min. Ellen Gracie indeferiram a ordem em razão de considerarem que práticas discriminatórias contra os judeus estão abrangidas no termo racismo, restando o crime praticado por Siegfried coberto pelo manto da imprescritibilidade. Todavia, não teceram considerações acerca da liberdade de expressão do paciente²¹¹.

Posteriormente, o Min. Cezar Peluso, considerando a possibilidade de cometimento do crime de racismo contra os judeus, afirmou que a conduta do paciente não estaria albergada pela proteção constitucional à liberdade de expressão. Em verdade, Siegfried teria se utilizado da publicação e edição, de forma contínua e sistemática, de uma série de livros com o fito de propagar idéias anti-semitas, o que extrapolaria os limites da liberdade de expressão²¹².

Dessa maneira, a sua conduta extrapolaria a proteção constitucional à liberdade de expressão, amoldando-se ao delito de racismo, razão pela qual aquela liberdade não poderia ser invocada no caso concreto²¹³.

Posteriormente, o Ministro Carlos Ayres Britto suscitou, de ofício, que o paciente deveria ser absolvido tendo em vista a atipicidade de sua conduta. Com efeito, o aludido ministro afirmou que se deve proteger de forma “até absoluta” a liberdade de expressar determinada opinião, sendo descabida qualquer forma de censura prévia. Ademais, asseverou que as condutas abusivas estariam sujeitas a penalidades, motivo pelo qual não se poderia proibir a liberdade de expressão de forma apriorística²¹⁴.

210 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424-2/RS. Relator: Ministro Moreira Alves, Relator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 17 de setembro de 2003. Diário de Justiça: 19 de março de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º de junho de 2010, p. 165.

211 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424-2/RS. Relator: Ministro Moreira Alves, Relator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 17 de setembro de 2003. Diário de Justiça: 19 de março de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º de junho de 2010, p. 174- 226 e 227-233.

212 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424-2/RS. Relator: Ministro Moreira Alves, Relator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 17 de setembro de 2003. Diário de Justiça: 19 de março de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º de junho de 2010, p. 237-238.

213 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424-2/RS. Relator: Ministro Moreira Alves, Relator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 17 de setembro de 2003. Diário de Justiça: 19 de março de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º de junho de 2010, p. 237-238.

214 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424-2/RS. Relator: Ministro Moreira Alves, Relator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 17 de setembro de 2003. Diário de Justiça: 19 de

Nessa senda, argumentou, com esteio no art. 5º, VIII da Constituição, que a crença religiosa, política ou filosófica, salvo quando invocadas para eximir-se de obrigações legais, consistiriam-se em “excludentes de abusividade”, de forma a reforçar a liberdade de expressão. Dessa maneira, quanto esta liberdade for exercida com base em uma daquelas crenças, não se poderia considerar a existência de violações do direito à não-discriminação²¹⁵.

De outro lado, o ministro Ayres Britto, a despeito de considerar que o racismo abrange práticas anti-semitas, procedeu à análise das obras de Siegfried para concluir que estas estavam albergadas pela liberdade de expressão do paciente. Com efeito, o citado ministro afirmou que as obras revestiam-se do caráter de “pesquisa histórica”, pois buscavam investigar os fatos ocorridos na Segunda Guerra, a fim de demonstrar que os alemães foram vítimas da manipulação da opinião pública mundial²¹⁶.

Portanto, a obra estaria protegida pela já mencionada “excludente de abusividade”, pois o estudo efetuado pelo paciente seria de cunho político-ideológico. Em verdade, o citado ministro entendeu que a obra produzida, por se pretender científica, e abarcar conteúdo ideológico, deveria ficar a salvo de interferências estatais, motivo pelo qual a conduta de Siegfried seria atípica²¹⁷.

Posteriormente, o Ministro Marco Aurélio procedeu à análise da liberdade de expressão no contexto democrático. Inicialmente, enumerou diversos documentos que repudiam a censura no contexto mundial, destacando-se a Declaração de Direitos da Virgínia, a Emenda nº 1 da Constituição Americana, a Declaração de Direitos do Homem, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto de São José da Costa Rica²¹⁸.

março de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º de junho de 2010, p. 285 e s.s.

215 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424-2/RS. Relator: Ministro Moreira Alves, Relator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 17 de setembro de 2003. Diário de Justiça: 19 de março de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º de junho de 2010, p. 288.

216 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424-2/RS. Relator: Ministro Moreira Alves, Relator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 17 de setembro de 2003. Diário de Justiça: 19 de março de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º de junho de 2010, p. 311.

217 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424-2/RS. Relator: Ministro Moreira Alves, Relator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 17 de setembro de 2003. Diário de Justiça: 19 de março de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º de junho de 2010, p. 328.

218 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424-2/RS. Relator: Ministro Moreira Alves, Relator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 17 de setembro de 2003. Diário de Justiça: 19 de março de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º de junho de 2010, p. 347 e s.s.

Asseverou o aludido ministro que referida liberdade seria essencial à democracia, pois permitiria a abertura do processo político a partir dos direitos sociais, econômicos e culturais. Com efeito, a liberdade de expressão, ao possibilitar a participação democrática, seria essencial à formação de uma sociedade plural²¹⁹.

Ademais, o Min. Marco Aurélio salientou que o referido direito seria instrumento decisivo do controle da atividade estatal. No ponto, asseverou que o massacre conta os judeus foi possível diante de um cenário de fragilidade das comunicações, razão pela qual a transparência advinda da liberdade de expressão serviria como um freio a condutas nefastas²²⁰.

De outro lado, sustentou que a liberdade de expressão seria essencial à acomodação dos interesses conflitantes por meio de um debate público de temas controversos, a viabilização de transformações políticas e sociais de forma pacífica, a criação de livre mercado e a proteção à autonomia individual, o que demonstraria de dimensão eminentemente política e social deste direito²²¹.

Nesse diapasão, o citado ministro entendeu que seria incabível a restrição ao conteúdo da manifestação do pensamento, podendo-se restringir somente a forma de manifestação deste. Dessa forma, como o paciente limitou-se a publicar livros, não assumindo propriamente uma conduta ativa de incitação ao racismo, sua conduta não seria típica²²².

De outra parte, afirmou que a liberdade de expressão, como todos os outros direitos, não seria absoluta, comportando restrições nos demais direitos fundamentais. Nessa senda, invocou a necessidade de se estabelecer um juízo de ponderação entre a liberdade de

219 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424-2/RS. Relator: Ministro Moreira Alves, Relator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 17 de setembro de 2003. Diário de Justiça: 19 de março de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º de junho de 2010, p. 347 e s.s.

220 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424-2/RS. Relator: Ministro Moreira Alves, Relator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 17 de setembro de 2003. Diário de Justiça: 19 de março de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º de junho de 2010, p. 347 e s.s.

221 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424-2/RS. Relator: Ministro Moreira Alves, Relator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 17 de setembro de 2003. Diário de Justiça: 19 de março de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º de junho de 2010, p. 354.

222 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424-2/RS. Relator: Ministro Moreira Alves, Relator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 17 de setembro de 2003. Diário de Justiça: 19 de março de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º de junho de 2010, p. 360.

expressão do paciente e o direito de não ser discriminado²²³.

Dessa maneira, argumentou que a despeito das idéias desenvolvidas por Siegfried serem preconceituosas, não se deveria impedir a publicação destas nem criminalizar a conduta praticada pelo paciente, eis que as obras que este criou e editou não possuiriam o condão de provocar o ódio generalizado da sociedade brasileira contra os judeus, mormente porque estes gozam de amplo respeito em nosso país²²⁴.

No ponto, argumentou que caso os livros criados e editados pelo paciente propagassem o preconceito contra os negros, historicamente alvo de discriminação no Brasil, o livro ensejaria uma possibilidade de dano real de incitação a violência. Contudo, como a discriminação foi dirigida aos judeus, esta possibilidade não se configurou, eis que ausente o perigo concreto de violência²²⁵.

Para corroborar tal argumento, afirmou que um dos livros editados pelo paciente, de autoria de Gustavo Barroso, possuiria um tom discriminatório superior àqueles escritos pelo paciente, mas eram vendidos livremente há vários anos, e nunca provocaram nenhum movimento social de ódio aos judeus. Dessa maneira, tais livros apenas revelariam um pensamento “extremado”, não se prestando a incitar o ódio contra os judeus²²⁶.

Por fim, o Min. Marco Aurélio procedeu à aplicação do princípio da proporcionalidade. Inicialmente, entendeu que a medida do paciente não seria adequada para impedir a discriminação contra o povo judeu, pois o fato de Siegfried desejar propagar a versão dele da Segunda Guerra Mundial não significa que os leitores irão concordar e praticar condutas discriminatórias²²⁷.

223 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424-2/RS. Relator: Ministro Moreira Alves, Relator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 17 de setembro de 2003. Diário de Justiça: 19 de março de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º de junho de 2010, p. 361.

224 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424-2/RS. Relator: Ministro Moreira Alves, Relator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 17 de setembro de 2003. Diário de Justiça: 19 de março de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º de junho de 2010, p. 364-368.

225 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424-2/RS. Relator: Ministro Moreira Alves, Relator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 17 de setembro de 2003. Diário de Justiça: 19 de março de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º de junho de 2010, p. 369.

226 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424-2/RS. Relator: Ministro Moreira Alves, Relator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 17 de setembro de 2003. Diário de Justiça: 19 de março de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º de junho de 2010, p. 371.

227 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424-2/RS. Relator: Ministro Moreira Alves, Relator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 17 de setembro de 2003. Diário de Justiça: 19 de

Quanto à necessidade, o citado ministro afirmou que, na ausência de meio menos gravoso, a ordem deveria ser concedida, mormente tendo em vista que a condenação do paciente não seria adequada a evitar o anti-semitismo²²⁸.

Quanto à proporcionalidade em sentido estrito, o Min. Marco Aurélio entendeu que a condenação do paciente violaria dito princípio, tendo em vista a ausência de lesividade de sua conduta, já que os livros por ele criados e editados não seriam capazes de incitar o ódio contra os judeus. Ademais, várias das obras por ele comercializadas, e escritas por outros autores, estariam disponíveis na rede mundial de computadores, razão pela qual ele não poderia ser responsabilizado pelas idéias contidas em referidas obras²²⁹.

Por fim, aduziu que a interpretação do art. 5º, XLII deveria ser a mais restrita possível, em razão de se tratar de norma excepcional em nosso sistema, ao prever a imprescritibilidade. Por essa razão, sustentou que o referido dispositivo somente pode ser aplicado à prática da discriminação racista contra o negro, sob pena de se criar um tipo constitucional aberto imprescritível²³⁰.

Nesse contexto, como o paciente foi condenado por praticar discriminação contra judeus, não deveria incidir a cláusula de imprescritibilidade. Dessa forma, como havia transcorrido lapso temporal suficiente ao reconhecimento da prescrição, o Min. Marco Aurélio absolveu Siegfried²³¹.

Em confirmação de voto, os Ministros Celso de Mello²³², Min. Carlos

março de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º de junho de 2010, p. 372.

228 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424-2/RS. Relator: Ministro Moreira Alves, Relator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 17 de setembro de 2003. Diário de Justiça: 19 de março de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º de junho de 2010, p. 374.

229 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424-2/RS. Relator: Ministro Moreira Alves, Relator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 17 de setembro de 2003. Diário de Justiça: 19 de março de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º de junho de 2010, p. 375-376.

230 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424-2/RS. Relator: Ministro Moreira Alves, Relator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 17 de setembro de 2003. Diário de Justiça: 19 de março de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º de junho de 2010, p. 400.

231 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424-2/RS. Relator: Ministro Moreira Alves, Relator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 17 de setembro de 2003. Diário de Justiça: 19 de março de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º de junho de 2010, p. 401.

232 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424-2/RS. Relator: Ministro Moreira Alves, Relator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 17 de setembro de 2003. Diário de Justiça: 19 de março de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º de junho de 2010, p. 402 e s.s.

Velloso²³³, Gilmar Mendes²³⁴ e Ayres Britto²³⁵ reiteraram os argumentos anteriormente expendidos.

Em confirmação de voto, o Min. Nelson Jobim aduziu que as condutas do paciente, consubstanciadas no ódio e no preconceito racial, não ofereciam contribuição à democracia, eis que esta pressupõe discursos igualitários. Dessa maneira, as idéias de Siegfried não estariam abrangidas pelo direito à liberdade de expressão, motivo pelo qual a ordem deveria ser indeferida²³⁶.

Por fim, com brevíssimas considerações, o Ministro Sepúlveda Pertence afirmou que se convencera de que um livro pode ser instrumento para a prática de crimes. Ademais, sustentou que os trechos das obras do paciente não poderiam ser entendidos como tentativa de revisão histórica, devendo a conduta do paciente ser considerada criminosa, e denegou a ordem²³⁷.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal indeferiu a ordem por maioria, divergindo somente os ministros Moreira Alves, Marco Aurélio e Ayres Britto²³⁸.

Cumprir observar que, a despeito do STF não haver invocado nenhuma das teses acerca da aplicabilidade de direitos fundamentais ao analisar o caso em comento, trata-se de hipótese de colisão entre o direito fundamental do paciente de expressar livremente suas idéias e o direito fundamental de igualdade dos judeus.

233 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424-2/RS. Relator: Ministro Moreira Alves, Relator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 17 de setembro de 2003. Diário de Justiça: 19 de março de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º de junho de 2010, p. 423.

234 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424-2/RS. Relator: Ministro Moreira Alves, Relator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 17 de setembro de 2003. Diário de Justiça: 19 de março de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º de junho de 2010, p. 425-448.

235 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424-2/RS. Relator: Ministro Moreira Alves, Relator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 17 de setembro de 2003. Diário de Justiça: 19 de março de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º de junho de 2010, p. 454-474.

236 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424-2/RS. Relator: Ministro Moreira Alves, Relator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 17 de setembro de 2003. Diário de Justiça: 19 de março de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º de junho de 2010, p. 449 e s.s.

237 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424-2/RS. Relator: Ministro Moreira Alves, Relator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 17 de setembro de 2003. Diário de Justiça: 19 de março de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º de junho de 2010, p. 476-486.

238 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424-2/RS. Relator: Ministro Moreira Alves, Relator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 17 de setembro de 2003. Diário de Justiça: 19 de março de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º de junho de 2010, p. 487-488.

No ponto, cabe salientar que entendemos correto o resultado da decisão como forma de proteger os indivíduos de condutas que objetivam promover a desigualdade dos indivíduos. Ademais, como já observamos no primeiro capítulo, não se pode admitir uma sociedade em que os particulares possam violar direitos fundamentais, sob pena de se permitir uma dupla ética: o paciente poderia veicular idéias racistas em suas publicações, embora o Estado não o pudesse fazê-lo²³⁹.

Em verdade, como restou observado no julgamento, as manifestações de ódio ao povo judeu, perpetradas pelo paciente, poderiam até mesmo ameaçar a convivência pacífica dos judeus em nosso país, eis que representariam estímulo a condutas discriminatórias. Com efeito, acreditamos que diversos trechos das obras publicadas por Siegfried, que foram colacionados no *writ* em comento, denotam muito mais que uma tentativa de revisão histórica, pois incitam de fato a violência contra o povo judeu²⁴⁰.

Ademais, ainda que esta influência não fosse possível, como argumentou o Min. Marco Aurélio²⁴¹, entendemos que o legislador agiu com acerto ao privilegiar o direito de não ser discriminado ante a liberdade de expressão, pois em uma sociedade que se pretende fraterna, pluralista e sem preconceitos, na esteira do art. 3º, IV da Constituição, não deve haver espaço para declarações que pregam a desigualdade entre os indivíduos²⁴².

Portanto, a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações entre particulares, revelou-se essencial para afastar as manifestações discriminatórias exaradas pelo paciente, as quais não se coadunam com os objetivos de nossa República.

239 RIVERO, Jean **Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales**. Madri, CEC, 1984, p. 673 apud BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Associações, expulsão de sócios e direitos fundamentais. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 13, abril-maio, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 21 de maio de 2010, p. 2.

240 Dentre tais trechos, destacamos dois, *in verbis*: “ É um direito que nos foi dado por Deus, e um dever humano, lutar contra o reinado de terror exercido a nível supra-nacional por uma pequena minoria fanática que subjugou o mundo e que empurrou a humanidade mais para diante, na estrada rumo à extinção total”. “ Povos antijudaicos do mundo, uni-vos antes que seja tarde”. Cf: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424-2/RS. Relator: Ministro Moreira Alves, Relator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 17 de setembro de 2003. Diário de Justiça: 19 de março de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º de junho de 2010, p. 414.

241 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424-2/RS. Relator: Ministro Moreira Alves, Relator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 17 de setembro de 2003. Diário de Justiça: 19 de março de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º de junho de 2010, p. 368-372.

242 LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos**: Constituição, Racismo e Relações Internacionais. São Paulo:Manole, 2005, p. 119.

De outro lado, entendemos ser plenamente aplicável o modelo diferenciado proposto por Virgílio Afonso da Silva, explicitado no segundo capítulo deste trabalho. Com efeito, a despeito dos Ministros Maurício Corrêa, Gilmar Mendes e Marco Aurélio haverem invocado a regra do sopesamento para solucionar o caso em comento, tendo estes considerado de um lado a liberdade de expressão do paciente em um dos pólos, e a dignidade humana no outro, entendemos não ser esta a melhor resposta ao problema²⁴³.

Em verdade, como já argumentamos, é necessário distinguir os casos para os quais existe a mediação legislativa daqueles em que esta é inexistente ou revela-se insuficiente. Frise-se que existe mediação legislativa quando o legislador fixou diretrizes para uma determinada colisão de direitos fundamentais. Dessa forma, se existe algum dispositivo infraconstitucional que regule a questão de forma satisfatória, não há falar em aplicação direta dos direitos fundamentais, a ensejar a técnica do sopesamento pelo julgador, mas sim em aplicabilidade mediata ou indireta dos direitos²⁴⁴.

Em verdade, verifica-se que o legislador já efetuara o sopesamento que lhe incumbia ao considerar o crime de racismo inafiançável. No ponto, é desinfluyente a posição do legislador acerca da possibilidade de se incluir a dignidade humana em um processo de sopesamento, uma vez que este claramente a preferiu em detrimento do exercício absoluto da liberdade de expressão²⁴⁵.

Nesse diapasão, diante da existência de uma suficiente mediação legislativa, não há espaço para se invocar a realização de um sopesamento pelo magistrados, o que se traduziria na adoção da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais²⁴⁶.

Com efeito, a ponderação em concreto pressupõe, além da existência do conflito entre pelos menos dois bens constitucionalmente tutelados, a inexistência de regras abstratas de prevalência, pois neste caso o conflito deve ser resolvido segundo o balanceamento abstrato contido na norma. Dessa forma, como já existe vedação

243 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 167-170.

244 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 168.

245 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 168.

246 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 168.

constitucional ao racismo e norma penal que proíbe a divulgação de idéias racistas pelos meios de comunicação, é descabida a ponderação em concreto²⁴⁷. Como exemplo de ponderação em abstrato, Canotilho cita o art. 38/2/a da Constituição Portuguesa²⁴⁸ que faz prevalecer os direitos dos jornalistas sobre o poder de orientação da direção da empresa jornalística, pois, existindo prevalência normativa, não há espaço para a ponderação concreta acerca desta²⁴⁹.

Neste ponto, percebe-se que as argumentações dos Ministros Celso de Mello, Carlos Velloso e Cezar Peluzo foram as mais próximas a este raciocínio. Com efeito, aludidos ministros destacaram que, em razão da Constituição vedar condutas racistas, estas não estariam abrangidas no âmbito de proteção da liberdade de expressão. Frise-se que o Min. Celso de Mello acentuou que sequer existiria um conflito de direitos a ensejar a ponderação, eis que a norma constitucional que veda a prática do racismo presta-se justamente a afastar tal conduta do âmbito de proteção desse direito²⁵⁰.

Neste mesmo sentido, Canotilho acentua que o âmbito de proteção de uma norma significa a extensão dos bens valores e interesses protegidos por aquela, sendo este resultado de uma delimitação dogmática feita pelos órgãos ou sujeitos concretizadores por meio do confronto de normas do direito vigente. No caso da liberdade de expressão, o constitucionalista português afirma que o âmbito de proteção desta determina-se por meio do confronto das normas constitucionais entre e si e destas com os preceitos penais relativos a crimes correlatos a esta liberdade²⁵¹.

Dessa maneira, a única discussão possível seria aquela efetuada em relação à subsunção da conduta do paciente ao crime de racismo. Considerando-se que divulgar idéias

²⁴⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 1241.

²⁴⁸ O art. 18/2/a da Constituição da República Portuguesa dispõe: “ A liberdade de imprensa implica: a liberdade de expressão e criação dos jornalistas e colaboradores, bem como a intervenção dos primeiros na orientação editorial dos respectivos órgãos de comunicação social, salvo quando tiverem natureza doutrinária ou confessional”. Cf.: CANOTILHO, J.J. GOMES; MOREIRA VITAL. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 379.

²⁴⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 1241.

²⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424-2/ RS. Relator: Ministro Moreira Alves, Relator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 17 de setembro de 2003. Diário de Justiça: 19 de março de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º de junho de 2010, p. 107 e s.s.

²⁵¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 1203.

anti-semitas amolda-se ao delito citado, não se poderia realizar um juízo de ponderação, de forma a aplicar os direitos fundamentais de forma direta, uma vez que a matéria foi suficientemente tratada pelo legislador ao realizar a tipificação penal²⁵².

Nesse contexto, como apenas o Min. Moreira Alves e o Min. Marco Aurélio consideraram não ser a conduta praticada crime de racismo, o paciente teria o habeas corpus denegado não pelo fundamento de que sua liberdade de expressão teria sido exercida de maneira desproporcional, mas sim em razão do fato do legislador penal haver preferido afastar referida liberdade para privilegiar a vedação de propagação de idéias racistas²⁵³.

Ressalte-se que aludido posicionamento coaduna-se com a idéia de Constituição-moldura ou ordem-quadro, que, como analisado, permite a manutenção do consenso constitucional por meio da atualização do legislador, razão pela qual a entendemos como a mais adequada a uma sociedade pluralista²⁵⁴.

Portanto, entendemos, sob a ótica do modelo proposto por Virgílio Afonso da Silva, serem descabidas as alegações em torno do sopesamento, que implicaria em uma aplicabilidade direta dos direitos em colisão, haja vista existir norma penal que regula a questão, e sobre a qual incide presunção de constitucionalidade²⁵⁵.

Dessa forma, poder-se-ia apenas questionar, em demanda própria, a constitucionalidade de denominada norma penal, sob o questionamento de que a veiculação de idéias racistas não constituiria prática racista²⁵⁶. Entretanto, tal debate encontra-se além dos limites deste estudo, motivo pelo qual não o enfrentaremos.

Portanto, embora, repita-se, considerarmos correto o resultado da decisão, eis que este assegurou uma maior proteção ao direito de não ser discriminado, entendemos

252 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 168.

253 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 169.

254 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2004, p.1436.

255 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 170.

256 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 168.

que deveriam ter sido observados os aspectos peculiares das relações entre particulares, a ensejar a aplicação do modelo diferenciado por nós proposto.

3.2 RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 161243-6/DF: A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS.

No RE nº 161243/DF, Joseph Halfin insurgia-se contra a decisão do Tribunal Superior do Trabalho que permitia à ex-empregadora do recorrente, a empresa Air France, a não aplicar o Estatuto Pessoal da empresa à relação de trabalho de Halfin, unicamente pelo fato do recorrente ser brasileiro, e não francês. Com efeito, o TST afirmou que a decisão do TRT, de afastar a aplicabilidade do estatuto pessoal da empresa, somente poderia ser revista após reexame de provas, o que seria vedado na esfera daquele tribunal²⁵⁷.

Entretanto, ao julgar o caso comento, o Ministro Carlos Velloso afirmou tratar-se de questão jurídica, independente de reexame fático, eis que a análise da aplicabilidade do estatuto pessoal da empresa ao empregado brasileiro é questão constitucional, relativa ao alcance do princípio da igualdade, inscrito no artigo 5º, inciso I da Constituição²⁵⁸.

Cabe destacar que referido ministro entendeu inicialmente que o recurso extraordinário deveria ser conhecido para determinar a remessa ao Tribunal Superior do Trabalho. Contudo, restou vencido pelos Ministros Maurício Corrêa e Néri da Silveira, que determinavam o imediato julgamento da questão constitucional, diante do prequestionamento da matéria²⁵⁹.

Em seu voto, o Min. Carlos Velloso frisou que a empresa discriminou o recorrente com base apenas em sua nacionalidade. Com efeito, embora os empregados franceses que trabalham no Brasil exerçam as mesmas tarefas delegadas aos brasileiros,

257 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 161243-6/DF. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, 29/10/1996. Diário de Justiça: 19 de dezembro de 1997. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º de junho de 2010, p. 3-6.

258 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 161243-6/DF. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, 29/10/1996. Diário de Justiça: 19 de dezembro de 1997. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º de junho de 2010, p. 3-6.

259 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 161243-6/DF. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, 29/10/1996. Diário de Justiça: 19 de dezembro de 1997. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º de junho de 2010, p. 8-14.

aqueles auferiam maiores vantagens, pois a eles era aplicado o Estatuto Pessoal da Empresa²⁶⁰.

Dessa maneira, para o aludido ministro, o fator de diferenciação serviu para singularizar o recorrente, sem conexão lógica e racional para tanto. Ademais, referida diferenciação não seria permitida pelo ordenamento jurídico pátrio. Com efeito, em virtude de haver se baseado em qualidade intrínseca do empregado, a nacionalidade deste, a discriminação seria ilegítima sob a ótica do princípio da igualdade²⁶¹.

Por essa razão, o Min. Carlos Velloso considerou que os iguais – empregados brasileiros e franceses laborando no Brasil – foram tratados de forma desigual, e deu provimento ao recurso a fim de determinar a aplicação do estatuto pessoal da empresa ao recorrente²⁶².

No mesmo sentido, o Min. Maurício Corrêa evidenciou, de maneira breve, que a diferenciação praticada pela Air France não se coadunava com nosso texto constitucional, mormente porque este prioriza a igualdade de tratamento²⁶³.

Por fim, o Min. Néri da Silveira aduziu que o artigo 7º, inciso XXX da Constituição veda qualquer forma de comportamento discriminatório por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil, motivo pelo qual deveria se interpretar o dispositivo analogamente para coibir diferenciações fundamentadas na nacionalidade²⁶⁴.

Ademais, frisou que a Constituição estabeleceu de forma expressa e excepcional as diferenciações permitidas entre brasileiros natos, naturalizados e entre

260 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 161243-6/DF. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, 29/10/1996. Diário de Justiça: 19 de dezembro de 1997. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º de junho de 2010, p. 17.

261 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 161243-6/DF. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, 29/10/1996. Diário de Justiça: 19 de dezembro de 1997. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º de junho de 2010, p. 17-18.

262 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 161243-6/DF. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, 29/10/1996. Diário de Justiça: 19 de dezembro de 1997. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º de junho de 2010, p. 18.

263 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 161243-6/DF. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, 29/10/1996. Diário de Justiça: 19 de dezembro de 1997. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º de junho de 2010, p. 19.

264 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 161243-6/DF. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, 29/10/1996. Diário de Justiça: 19 de dezembro de 1997. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 1º de junho de 2010, p. 20-22.

estrangeiros, razão pela qual os particulares não poderiam dar sentido mais abrangente à norma, a fim de discriminar empregado brasileiro unicamente com base na nacionalidade deste²⁶⁵.

Verifica-se, pois, que a despeito dos ministros não haverem estabelecido considerações acerca do conflito de direitos fundamentais, percebe-se uma colisão entre o direito da empregadora de livremente estabelecer a quais empregados deveria ser aplicado o Estatuto Pessoal da empresa e o direito dos empregados brasileiros serem tratados com isonomia em relação aos empregados franceses que laboram no país.

Ab initio cabe salientar que a Constituição vigente alçou os direitos sociais à condição de direitos fundamentais, com grande destaque para os direitos dos trabalhadores, previstos nos artigos 7º a 11 do texto constitucional. Ademais, a despeito de algumas posições isoladas acerca da não-incidência da cláusula de intangibilidade do núcleo essencial prevista no art. 60, § 4º da Constituição²⁶⁶, a jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal confere grande grau de proteção e efetivação aos direitos sociais²⁶⁷.

De outra parte, consoante acentuamos no tópico 2.5, diferentemente das relações típicas entre particulares, nas relações trabalhistas existe uma assimetria presumida entre as partes, decorrentes não necessariamente de uma desigualdade material entre

265 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 161243-6/DF. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, 29/10/1996. Diário de Justiça: 19 de dezembro de 1997. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º de junho de 2010, p. 20-22.

266 Em análise da controvérsia, Sarlet rechaça os argumentos comumente invocados para afastar a incidência do art. 60, § 4º da Constituição aos direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais como cláusulas pétreas. **Interesse Público**, vol. 5, n. 17, p. 56-74, jan./fev. 2003.

267 Vide, exemplificativamente: EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TRANSPORTE DE ALUNOS DA REDE ESTADUAL DE ENSINO. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO. EDUCAÇÃO. DIREITO FUNDAMENTAL INDISPONÍVEL. DEVER DO ESTADO. 1. A educação é um direito fundamental e indisponível dos indivíduos. É dever do Estado propiciar meios que viabilizem o seu exercício. Dever a ele imposto pelo preceito veiculado pelo artigo 205 da Constituição do Brasil. A omissão da Administração importa afronta à Constituição. 2. O Supremo fixou entendimento no sentido de que "[a] educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental[...]. **Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam essas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional**". Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 557086. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 25/5/2010. Diário de Justiça: 10 de junho de 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 15 de junho de 2010.

empregado e empregador. Com efeito, a própria relação de poder inerente a estas relações provoca uma desigualdade de posições no interior da relação jurídica²⁶⁸.

Em verdade, Jean Rivero aduz que a coerção material deixa o fraco a mercê do forte, e a dependência econômica permite a quem controla os meios de existência de outrem tirar deste toda a sua dignidade e impor a vontade do controlador. Como exemplos, cita que empregadores podem aproveitar a situação precária de uma pessoa para oferecer-lhe condições de alojamento ou de trabalho degradantes. Ademais, o empregador pode violar a liberdade de expressão ou sindical do empregado por meio de ameaças de não-contratação ou de demissão²⁶⁹.

Dessa maneira, não se poderia conceber a autonomia privada do empregador da mesma maneira como a do particular em geral, eis que este presumidamente detém mais poder que o empregado, motivo pelo qual poderia facilmente subjugar-lo com lastro na autonomia privada de ambos²⁷⁰.

Nessa senda, existe vedação expressa de discriminação nas relações trabalhistas insculpida no art. 7º, inciso XXX da Constituição. Por outro lado, a não-discriminação revela-se como pressuposto para a construção de uma sociedade justa e igualitária²⁷¹.

Contudo, não se pode afirmar que a presunção de desigualdade entre empregador e empregado é absoluta, eis que consoante já analisamos as relações entre indivíduos são dinâmicas, e não podem ser tratadas da mesma maneira das travadas entre Estado e indivíduo, em que o este sempre estará em posição privilegiada²⁷².

No caso em comento, porém, diante da recalcitrância da empresa em aplicar

268 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 156.

269 RIVERO, Jean. **Liberdades Públicas**. Trad.: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 205.

270 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 157.

271 GÓIS, Luiz Marcelo F. de. Discriminação nas relações de trabalho. In: PIOSEVAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de (Coord.). **Direitos Humanos e Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 144.

272 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 74.

o Estatuto Pessoal ao empregado unicamente em razão deste ser brasileiro, o que redundou na não-concessão de diversas vantagens a este, o recorrente estava em posição de desigualdade injustificável, devendo haver mitigação da autonomia privada da empresa. Contudo, entendemos que dita aplicabilidade deveria ser indireta no caso em comento, uma vez que atenderia à proteção do empregado sem implicar a aceitação da tese da Constituição-total ou fundamento, que reputamos equivocada²⁷³.

Com efeito, caso não fosse afastada a tese albergada pelo Tribunal Regional do Trabalho e pelo Tribunal Superior do Trabalho, permitir-se-ia que não fosse aplicado ao recorrente o estatuto pessoal da empresa, em clara afronta aos preceitos constitucionais sobre o tema. Em verdade, a constitucionalização das relações trabalhistas possui o escopo de garantir os valores sociais do trabalho previstos constitucionalmente, bem como a promoção dos direitos fundamentais dos trabalhadores, eis que a atividade empresarial deve atender aos ditames da função social²⁷⁴.

Contudo, observa-se que o Supremo Tribunal Federal aplicou o direito à igualdade na relação trabalhista de forma direta. Em verdade, os ministros limitaram-se a afirmar que a discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo é inconstitucional²⁷⁵. Dessa forma, verifica-se que aludida fundamentação, genérica e absolutizante, não observou as peculiaridades do caso em comento, que demanda a aplicação do modelo diferenciado por nós analisado²⁷⁶.

Repisamos, no ponto, as considerações acerca da insuficiência da previsão constitucional para a análise da aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações entre particulares. Em verdade, em que pese a Constituição haver tratado da proibição de discriminação nas relações trabalhistas em seu art. 7º, inciso XXX, tal dispositivo não traz indicações sobre sua aplicabilidade²⁷⁷. Nessa senda, passamos à aplicação do modelo

273 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 112-113.

274 SABINO, João Filipe Moreira Lacerda. Os direitos fundamentais nas relações de trabalho. In: PIOSEVAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de (Coord.). **Direitos Humanos e Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 76.

275 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 161243-6/DF. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, 29/10/1996. Diário de Justiça: 19 de dezembro de 1997. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 1º de junho de 2010, p. 17.

276 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 94.

277 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre

diferenciado apresentado no capítulo anterior.

Inicialmente, verifica-se que o legislador previu a proibição de discriminação nas relações de trabalho nas Leis nº 9029/1995 e 9799/1999. Quanto à Lei 9029/1995, esta proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego ou a sua manutenção, e dispõe, inclusive, acerca da possibilidade de se declarar a nulidade da dispensa efetuada por motivo discriminatório²⁷⁸.

Já a Lei 9799/1999 adicionou o artigo 373-A à Consolidação da Legislação Trabalhista, e elenca como discriminação a utilização de características como o sexo, idade, cor, situação familiar e estado de gravidez para contratar ou dispensar trabalhadores. Frise-se que este rol é meramente exemplificativo²⁷⁹.

Dessa maneira, percebe-se que a Lei nº 9029/95 já havia sido editada à época do julgamento do caso em comento. Nesse contexto, entendemos que o Supremo Tribunal Federal deveria, na esteira do modelo diferenciado proposto no item 2.5 deste capítulo, haver aplicado de forma mediata o princípio constitucional da igualdade à relação trabalhista entre *Halfin* e a *Air France*, isto é, considerando a legislação vigente.

Com efeito, se há suficiente proteção legislativa à vedação de tratamento discriminatório nas relações trabalhistas, não há motivo para se aplicar imediatamente os direitos fundamentais. Em verdade, a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais depende de ausência de legislação ou de regramento insuficiente acerca do tema discutido, eis que tal solução impede que o direito infraconstitucional seja preservado²⁸⁰.

Neste ponto, cumpre salientar que os efeitos dos direitos fundamentais não são indiretos apenas porque houve uma mediação legislativa, por meio do sopesamento realizado pelo legislador. Em verdade, os efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares são contínuos e não se esgotam com a decisão do legislador ao elaborar regras de

particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 94.

278 GÓIS, Luiz Marcelo F. de. Discriminação nas relações de trabalho. In: PIOSEVAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de (Coord.). **Direitos Humanos e Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 145.

279 GÓIS, Luiz Marcelo F. de. Discriminação nas relações de trabalho. In: PIOSEVAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de (Coord.). **Direitos Humanos e Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 146.

280 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 152.

direito infraconstitucional. Antes, estes derivam, igualmente, da interpretação destas normas, que servem de transporte dos direitos fundamentais às relações entre particulares²⁸¹.

De outro lado, a aplicabilidade indireta, quando viável, afasta a concepção de Constituição-fundamento. Em verdade, a adoção de uma concepção totalizante de Constituição, de forma a excluir a importância do legislador, redundaria no aparecimento de “forças erosivas” do texto constitucional, como acentuamos no tópico 1.3, pois esta impede a manutenção do consenso constitucional por meio da atuação do legislador²⁸².

Portanto, a despeito de considerarmos o resultado da decisão correto, defendemos que o Supremo Tribunal Federal deveria haver realizado a aplicabilidade do princípio da igualdade de forma indireta, eis que esta solução, viável ao caso em comento, permitiria preservar o papel do legislador.

281 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 147.

282 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2004, p.1436.

CONCLUSÃO

A aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações entre particulares revela-se essencial à verdadeira efetivação desses direitos, eis que assegura a emancipação dos indivíduos ao permitir o desenvolvimento humano da melhor maneira possível.

Com efeito, não somente o Estado, mas também os particulares, podem violar direitos, motivo pelo qual não se pode permitir uma dupla ética²⁸³, na qual apenas o Estado está obrigado a preservá-los.

Contudo, para uma correta vinculação dos indivíduos aos direitos fundamentais, revela-se imprescindível considerar-se as particularidades das relações privadas, em que todos os sujeitos envolvidos são titulares de direitos fundamentais²⁸⁴, inclusive com a aceitação de renúncia ao exercício de direitos em determinadas situações²⁸⁵.

Nesse diapasão, faz-se necessária a busca por soluções diferenciadas, que observem as peculiaridades de cada caso concreto, mormente se há suficiente regulamentação legislativa acerca do tema, a permitir a incidência dos direitos fundamentais por meio da aplicação do direito privado. Caso não haja porém, não se pode afastar a possibilidade de aplicabilidade direta dos direitos fundamentais, eis que a dignidade humana não pode ser preterida em face da autonomia privada²⁸⁶.

Frise-se que este modelo, proposto por Virgílio Afonso da Silva, consentâneo a uma concepção de Constituição-moldura ou ordem-quadro, é aquele que melhor se coaduna a uma sociedade pluralista, uma vez que permite ao legislador a atualização do consenso constitucional, de forma a afastar as “forças erosivas” da

283 RIVERO, Jean **Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales**. Madri, CEC, 1984, p. 673 apud BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Associações, expulsão de sócios e direitos fundamentais. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 13, abril-maio, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 21 de maio de 2010.

284 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pág. 528.

285 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 51.

286 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 146.

Constituição²⁸⁷.

Nessa senda, verifica-se que a posição predominante no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a despeito do resultado correto de suas decisões nos casos analisados, ainda carece de alguns reparos no que concerne à fundamentação da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre indivíduos, eis que, ao privilegiar a adoção da aplicabilidade direta e da técnica do sopesamento de forma irrestrita, deixa de observar as particularidades das relações entre particulares.

Dessa forma, adota a concepção de Constituição-fundamento ou totalizante, responsável pela maior parte da resistência à aplicabilidade dos direitos às relações entre indivíduos²⁸⁸.

Portanto, entendemos que os particulares devem estar vinculados aos direitos fundamentais por meio da aplicação de um modelo diferenciado, que assegure a proteção dos indivíduos de maneira satisfatória, sem, contudo, afastar a observância das peculiaridades deste tipo de relação.

287 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2004, p.1436.

288 SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 94.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998.

ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 20 de maio 2010.

BARZOTTO, Luis Fernando. Os direitos humanos como direito subjetivos. Da dogmática à ética. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, n 56 – set./dez. 2005. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005 .

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Associações, expulsão de sócios e direitos fundamentais. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 13, abril-maio, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424-2/RS. Relator: Ministro Moreira Alves, Relator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 17 de setembro de 2003. Diário de Justiça: 19 de março de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br> . Acesso em: 1º de junho de 2010.

_____. Recurso Extraordinário nº 161243-6/DF. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, 29/10/1996. Diário de Justiça: 19 de dezembro de 1997. Disponível em: <http://www.stf.jus.br> . Acesso em: 1º de junho de 2010.

_____. Recurso Extraordinário nº 557086. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 25/5/2010. Diário de Justiça: 10 de junho de 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br> . Acesso em: 15 de junho de 2010.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro, Campus, 1992.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed.

Coimbra: Almedina, 2004.

CANOTILHO, J.J. GOMES; MOREIRA VITAL. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FACHIN, Melina Girardi; PAULINI, Umberto. Problematizando a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: ainda e sempre a constitucionalização do Direito Civil. *In*: TEPEDINO, GUSTAVO; FACHIN LUIZ EDSON (Org.). **Diálogos sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, vol. II.

FERREIRA FILHO, **Direitos Humanos Fundamentais**. 9ª ed. São Paulo, Saraiva, 2007.

FINGER, Julio Cesar. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

GÓIS, Luiz Marcelo F. de. Discriminação nas relações de trabalho. *In*: PIOSEVAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de (Coord.). **Direitos Humanos e Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2010.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

KANT, Immanuel. **Fundamentação Metafísica dos Costumes**. Trad.: Paulo Quintela. Lisboa: edições 70, 2000.

LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais**. São Paulo: Manole, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3ª ed. Lisboa: Coimbra Editora, 2000.

RIVERO, Jean. **Liberdades Públicas**. Trad.: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SABINO, João Filipe Moreira Lacerda. Os direitos fundamentais nas relações de trabalho. In: PIOSEVAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de (Coord.). **Direitos Humanos e Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 267.

_____. Os direitos fundamentais sociais como cláusulas pétreas. **Interesse Público**, vol. 5, n. 17, p. 56-74, jan./fev. 2003.

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