



SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO - SBDP
ESCOLA DE FORMAÇÃO
2006

Supremo Tribunal Federal e a vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares

Monografia apresentada à Sociedade Brasileira de Direito Público, como exigência para conclusão do curso da Escola de Formação do ano de 2006.

Autora:
Paula Fernanda Alves da Cunha Gorzoni

Orientadora:
Flávia Scabin

São Paulo
Fevereiro de 2007

Índice

1. Introdução

| | |
|---|---|
| 1.1 Breve explicação do tema - <i>Por que entre particulares?</i> | 3 |
| 1.2. Delimitação do tema..... | 5 |
| 1.3 Metodologia..... | 7 |

2. A vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares

| | |
|--|----|
| 2.1 Diferenciação: liberdades existenciais e econômicas..... | 12 |
| 2.2. Teses a respeito do tema..... | 16 |
| 2.2.1. Eficácia imediata..... | 16 |
| 2.2.2. Eficácia mediata..... | 18 |

3. O Supremo Tribunal Federal

| | |
|--|----|
| 3.1. Explicação da divisão de análise de jurisprudência..... | 21 |
| 3.2. Direitos da personalidade e o princípio da liberdade | |
| 3.2.1. Liberdade de expressão e imprensa..... | 23 |
| 3.2.1.1. O Caso Gerald Thomas - HC 83.996/RJ..... | 23 |
| 3.2.1.1.1. Argumentação dos ministros..... | 25 |
| 3.2.1.2. O Caso Ellwanger - HC 82.424/RS..... | 28 |
| 3.2.1.2.1. Argumentação dos ministros..... | 30 |
| 3.2.1.3. Caso "O Globo" X Garotinho - Pet 2.702-7/RJ..... | 34 |
| 3.3. Direito de defesa e autonomia das associações..... | 38 |
| 3.3.1 Caso Exclusão de sócio - RE 158.215-4/RS..... | 39 |
| 3.3.2. AgR AI 346.501-4/SP..... | 41 |
| 3.3.3. RE 201.819/RJ - "O caso UBC"..... | 42 |
| 3.3.3.1. Argumentação dos ministros..... | 43 |
| 3.4. Direitos sociais e trabalhistas entre particulares..... | 53 |
| 3.4.1. O caso do bem de família (direito à moradia)..... | 54 |
| 3.4.1.1. A posição inicial do STF: RE 352.940/SP e RE 449.657/SP..... | 56 |
| 3.4.1.2. A mudança de posição do STF: RE 407.688/SP..... | 58 |
| 3.4.1.2.1. Argumentação dos ministros..... | 58 |
| 3.4.1.3. A consolidação da posição do STF - análise adicional de acórdãos..... | 64 |
| 3.4.2. Contrato de trabalho e autonomia privada: o caso da revista Íntima..... | 66 |
| 3.4.2.1. RE 160.222/RJ..... | 67 |
| 3.4.2.2. AgR AI 220.459-2/RJ..... | 69 |
| 3.4.3. Igualdade nas relações de trabalho: o caso Air France | |
| 3.4.3.1. RE 161.243-6/DF..... | 71 |

4. Conclusões: Panorama geral da visão do Supremo Tribunal Federal.....

| | |
|---------------------------------|-----------|
| Bibliografia citada..... | 80 |
| Acórdãos analisados..... | 81 |

STF e a vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares¹

1. Introdução

1.1 Breve explicação do tema - *Por que entre particulares?*

Os direitos fundamentais foram primeiramente concebidos como direitos oponíveis somente ao Estado, com a função de proteger os indivíduos contra abusos daquele. Isso foi pensado no contexto do Estado Liberal, devido às preocupações dos cidadãos em limitar ao máximo a intervenção estatal na sociedade civil. Nessa época, o interesse da burguesia era viver da liberdade econômica, na crença da "mão invisível" do mercado, que conduziria ao melhor dos mundos possíveis. Para isso, era necessário evitar a interferência estatal na esfera privada, na vida econômica e social, e o Estado seria apenas responsável pela segurança pública, garantindo a autonomia dos particulares e respeitando a liberdade e a propriedade dos indivíduos e os seus demais direitos fundamentais.²

Além disso, essa visão tradicional foi desenvolvida a partir da idéia de que somente o Estado exerceria poderes e representaria uma real ameaça para a esfera de liberdade dos particulares. Nas relações no âmbito privado, ao contrário, os envolvidos disporiam das mesmas liberdades, em igualdade de condições, não estando nenhum deles investido de posição de supremacia.

Tal conceito, porém, mostrou-se equivocado. As transformações sociais demonstraram que o poder não está concentrado somente no aparato estatal e sim disperso na sociedade, representando também os sujeitos privados uma ameaça aos direitos fundamentais de outros

¹ Este trabalho foi feito com o auxílio de bolsa de iniciação científica da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP). Além disso, nesta nova versão, foram incorporados os comentários recebidos na banca da Escola de Formação da *Sociedade Brasileira de Direito Público* (sbdp), realizada em 8/12/2006. Agradeço as sugestões dos arguidores: Flávia Scabin e Virgílio Afonso da Silva.

² Cf. José Carlos Vieira de Andrade. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 272.

particulares. Seria, então, um mito pensar nas relações reguladas pelo direito privado como relações entre iguais, resultantes de um acordo de vontade entre pessoas livres, e imaginar que somente nas relações caracterizadas pela intervenção do Estado haveria uma relação de dominação e subordinação.³

Nesse sentido, faz-se necessário repensar essa doutrina tradicional e adotar uma nova perspectiva que considere que os direitos fundamentais também obrigam sujeitos privados nas relações entre si. Isso se torna mais claro com o advento do Estado Social, devido à interferência dos poderes estatais no âmbito privado para garantir a igualdade dos indivíduos. A ideia de que não era necessário intervir nas relações entre particulares estava baseada em uma igualdade formal. O que ocorre na realidade é que, muitas vezes, a liberdade e a autonomia privada sofrem uma interferência tão grande por parte de outro particular que acabam sendo gravemente comprometidas. Por isso, é preciso que os direitos fundamentais também produzam efeitos no âmbito das relações entre indivíduos e poderes privados, atuando como uma proteção frente a particulares.

Portanto, se os direitos fundamentais também sofrem restrição por parte de sujeitos privados nas relações travadas no mercado de trabalho, na sociedade civil, na família e em tantos outros espaços, é necessário estender a estes domínios o raio de incidência desses direitos. A imagem do homem expressada na Constituição não é só fundamento dos direitos fundamentais nas relações Estado - cidadãos, mas também é a base para a construção do direito civil.⁴ Assim, impõe-se ao Estado o dever de garantir a dignidade humana também nas relações jurídicas entre particulares.⁵

³ Cf. Juan Maria Bilbao Ubillos. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 241.

⁴ Isso porque não é possível conceber o direito privado à margem do direito constitucional: ambos aparecem como partes necessárias de um ordenamento jurídico unitário que reciprocamente se completam, se apóiam e se condicionam. Cf. Konrad Hesse, *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1995, p. 81.

⁵ Cf. Christian Starck, "Derechos fundamentales y derecho privado", *Revista Española de Derecho Constitucional* 66 (2002): p.74. O autor relata que o artigo 1.1 da Lei Fundamental da Alemanha impõe ao Estado o dever de garantir a dignidade humana também nas relações privadas, o que seria semelhante ao artigo 1º, inciso III da Constituição Federal brasileira. Interessante observar, porém, que alguns países adotaram, em suas constituições, cláusulas expressas sobre a vinculação dos direitos fundamentais nas

Seria o momento de superação da concepção de direitos fundamentais como "direitos subjetivos de liberdade dirigidos à defesa dos indivíduos frente ao Estado" para adotar uma perspectiva desses direitos como princípios que atuam em todos os âmbitos do direito - inclusive no direito privado - e que proporcionam diretrizes e impulsos para a legislação, administração e justiça.⁶

Considera-se mais adequado, nesse trabalho, partir da idéia de direitos fundamentais como princípios - no sentido de princípios como normas que se realizam na maior medida possível de acordo com as condições fáticas e jurídicas presentes no caso concreto - para justificar a irradiação de efeitos nas relações entre particulares.⁷ Isso porque os direitos fundamentais também seriam direitos de defesa contra eventuais violações por parte de terceiros, já que esses direitos só serão realizáveis na maior medida possível se forem considerados não somente como proteção frente à ação estatal, mas também frente a violações provenientes da ação de outros particulares.⁸

1.2. Delimitação do tema

O presente trabalho parte da constatação de que os direitos fundamentais exercem eficácia vinculante não somente nas relações Estado - indivíduo, mas também na esfera jurídico-privada. O principal problema que essa constatação suscita seria definir como ocorre a vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Em que medida tais direitos influenciam os sujeitos privados? Qual seria a tese "mais adequada" para solucionar este problema?

relações entre particulares, como na Suíça e em Portugal, não defendendo a irradiação de efeitos com base apenas na dignidade humana.

⁶ Cf. Juan Maria Bilbao Ubillos. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, p. 262.

⁷ Sobre a definição de princípios como mandamentos de otimização: Virgílio Afonso da Silva, "Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção", *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1 (2003): 607-630 e Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 81-115.

⁸ Cf. Virgílio Afonso da Silva, *A constitucionalização do direito*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 146.

Atualmente, existem diversas teses na literatura jurídica internacional e nacional que tentam encontrar uma solução adequada para tal problema, defendendo efeitos diretos ou indiretos, por exemplo, dos direitos fundamentais no âmbito privado, além de outras respostas alternativas à questão. Contudo, poucos são os trabalhos que analisam a matéria juntamente com a prática jurisprudencial, sendo que, na maioria das vezes, algumas decisões são citadas apenas para exemplificar uma tese doutrinária, não se procedendo a uma pesquisa extensiva de jurisprudência.

Tendo observado esse descompasso da doutrina em relação ao que vem sendo decidido especialmente pelo Supremo Tribunal Federal (STF), o objeto deste trabalho consistirá, em linhas gerais, na análise do tratamento que a questão da vinculação dos direitos fundamentais entre particulares recebe neste tribunal, não apenas utilizando a jurisprudência como uma exemplificação de idéias ou como um argumento de autoridade, mas de forma sistemática, buscando-se traçar qual é a orientação do STF em relação ao tema, por meio de uma pesquisa extensiva de decisões.

Deste modo, o que se pretende aqui é acompanhar criticamente a jurisprudência do STF e não elaborar pesquisa sobre as diversas teses doutrinárias formuladas a respeito da vinculação dos direitos fundamentais nas relações privadas.⁹ É possível, assim, formular as seguintes perguntas, cuja tentativa de resposta corresponde ao objeto de trabalho: (i) O STF aceita uma produção de efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares? (ii) Se sim, de que forma? As decisões variam conforme o direito em jogo ou há uma orientação uniforme em relação ao tema? (iii) Existe alguma fundamentação teórica específica do tribunal referente a questão? Qual seria a razão de decidir do STF para casos envolvendo direitos fundamentais em conflito entre sujeitos privados?

Esse acompanhamento da jurisprudência se faz extremamente necessário no contexto atual, caracterizado por uma discussão com enfoque

⁹ Ressalta-se, entretanto, que em alguns momentos esta pesquisa se utilizará de conceitos doutrinários, mas apenas como forma de auxílio na análise de jurisprudência e não como "argumento de autoridade", conforme tradicionalmente utilizados nos trabalhos acadêmicos nacionais.

essencialmente dogmático analítico por parte da doutrina nacional.¹⁰ A criação de modelos que justifiquem a vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é importante, porém tal discussão somente ganhará corpo com a prática jurisprudencial.¹¹ Além disso, esse acompanhamento torna-se ainda mais relevante a partir do momento no qual se considera esta análise da atuação do STF como forma de controle social de um dos poderes da República.¹²

1.3 Metodologia

A idéia de que os direitos fundamentais exercem efeitos vinculantes nas relações entre particulares é algo que adquiriu relevância maior na jurisprudência brasileira a partir da decisão do RE 201.819/RJ, julgado pelo STF em 11 de outubro de 2005. Tratava-se de recurso de um associado da União Brasileira de Compositores – UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, que foi excluído do quadro desta sociedade sem direito de defesa, em virtude de não ter tido a oportunidade de refutar o ato que resultara na sua punição. Neste caso, o Ministro Gilmar Mendes admitiu expressamente em seu voto, pela primeira vez na história deste tribunal, que se tratava de “caso típico de aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas”.

Logo tal caso foi adotado pela doutrina como o caso paradigmático da vinculação dos direitos fundamentais, esquecendo-se de que, apesar de esta ter sido a primeira vez que o STF tratou do tema expressamente, esta questão vem sendo apreciada pelo tribunal ao longo dos anos de forma implícita e sem maiores cuidados.

¹⁰ A dimensão analítica da dogmática que aqui se faz referência é baseada na divisão proposta por Robert Alexy. O autor afirma que, dentro de um enfoque de caráter dogmático, existem três dimensões possíveis de serem seguidas: analítica, empírica e normativa, podendo-se também trabalhar com as três ao mesmo tempo. A crítica que é feita à doutrina nacional refere-se à falta de pesquisas com enfoque dogmático empírico, sendo este o principal enfoque deste trabalho. Cf. Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, pp. 29-34.

¹¹ Cf. observa Virgílio Afonso da Silva, todo modelo teórico em si é vazio, apenas uma forma; é uma ferramenta de trabalho que ganha corpo com a prática doutrinária e, especialmente, jurisprudencial. *A constitucionalização do direito*, p. 176.

¹² Esse é um dos objetivos das pesquisas desenvolvidas na *Sociedade Brasileira de Direito Público* (sbdp). No mesmo sentido, Virgílio Afonso da Silva utiliza-se da pesquisa de jurisprudência em sua tese de titularidade, *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*, São Paulo, 2005.

Interessante observar que o Ministro Gilmar Mendes ressalta nesse acórdão que “o Supremo Tribunal Federal já possui histórico identificável de uma jurisdição constitucional voltada para a aplicação desses direitos às relações privadas”. Se existe um histórico identificável, por que nunca se admitiu isso expressamente? Além disso, por que sempre são citados os mesmos casos nas análises de jurisprudência a respeito do tema, se teoricamente o tribunal já possui esse dito “histórico identificável” de decisões?¹³

De fato, não foram raras as ocasiões em que a corte analisou o tema. Porém, ao fazer uma rápida busca de acórdãos sobre o tema no site do STF,¹⁴ pode-se observar que é praticamente impossível encontrar casos com as seguintes expressões: “relações entre particulares”;¹⁵ “horizontalização”;¹⁶ “relações privadas”;¹⁷ ou mesmo “direitos fundamentais entre particulares”.¹⁸ A ocorrência de tal fato demonstra duas suposições que influem reciprocamente no resultado das pesquisas: (1) O STF não decide de forma expressa o conflito de direitos fundamentais entre particulares; (2) o acesso à informação é complexo e, na maioria das vezes, restrito às informações constantes das ementas dos acórdãos ou a algumas palavras chaves. Deste modo, o mecanismo de busca do site do STF acaba por acusar resultados que não se ajustam à expressão pesquisada.

Observando a dificuldade de se encontrar um número substancial de casos sobre o tema no STF, foi preciso adotar outra estratégia de busca do objeto do trabalho. O que se pretende fazer nesse tópico é explicar como se procedeu durante essa busca de acórdãos.

¹³ Nos poucos trabalhos que se utilizam de jurisprudência do tribunal a respeito do tema, sempre são citados os mesmos casos como exemplo da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas. Dentre eles, os mais freqüentes são o RE 161.243-6/DF (Caso Air France) e RE 158.215-4/RS (Exclusão de sócio), como se mostrará mais a frente.

¹⁴ www.stf.gov.br. Busca realizada em setembro de 2006.

¹⁵ Tentaram-se diversas combinações com estas palavras, sendo que a forma mais adequada seria “relaç\$ adj entre adj particular\$”, a qual obteve 0 acórdãos encontrados. Outras formas chegaram a um número reduzido de acórdãos, porém sem referência ao tema a ser estudado.

¹⁶ Aqui, se procurou também por “horizontal” apenas; foram encontrados 23 acórdãos, sendo que nenhum era adequado ao tema.

¹⁷ 5 acórdãos encontrados, 0 utilizados.

¹⁸ Aqui também se utilizou de diversas combinações, sendo que a mais ampla foi “direit\$ adj fundamenta\$ prox5 particular\$”, tendo encontrado 1 acórdão, não utilizado.

O ponto de partida foi exatamente o RE 201.819/RJ, facilmente identificado por ser tratado como o caso paradigmático pela doutrina, como já foi salientado anteriormente.¹⁹ Além disso, tal decisão foi matéria de informativos do STF por quatro vezes, nos números 351, 370, 385 e 405. Assim, foi possível encontrá-lo com certa facilidade.²⁰ Uma das maneiras de se contornar os problemas enfrentados durante a busca inicial de decisões foi primeiramente buscar os precedentes citados pelo próprio Gilmar Mendes na decisão, que representariam esse “histórico identificável” que é mencionado pelo ministro em seu voto.

Dessa forma, foram encontrados mais três casos a respeito do tema: RE 160.222/RJ (caso da revista íntima decorrente de contrato de trabalho, que violaria a privacidade e a intimidade dos empregados), RE 158.215/RS (outro caso de exclusão de sócio) e RE 161.243/DF (caso Air France, empresa francesa que fazia distinções entre trabalhadores de acordo com a nacionalidade: somente os empregados franceses recebiam os benefícios decorrentes do estatuto da empresa). Foi possível perceber, por meio da análise desses precedentes, que a questão da vinculação dos direitos fundamentais entre particulares envolve variado número de situações, com diversos direitos em jogo: no primeiro caso, trata-se do direito à privacidade e intimidade; no segundo, direito à defesa; e, no terceiro, direito à igualdade.

Mesmo nos poucos trabalhos nacionais sobre o tema que examinam algumas decisões do STF, como é o caso das teses de Daniel Sarmento²¹, Virgílio Afonso da Silva²² e Jane Reis Gonçalves Pereira²³, os acórdãos são

¹⁹ Nesse sentido: Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp.251-253, e Gilmar Ferreira Mendes, “A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: exclusão de sócio da União Brasileira de Compositores (RE 201.819)”, *Revista da Ajuris* 100 (2005): 139-151.

²⁰ Mesmo assim, não foi possível encontrar esse acórdão na íntegra no site do STF na primeira busca realizada, em setembro de 2006. Até esta época, somente estava disponível para consulta o voto do Gilmar Mendes, publicado no Informativo número 405. Contudo, em nova pesquisa realizada em novembro do mesmo ano, foi possível encontrar o acórdão em versão integral. Sua publicação ocorreu somente em 27/10/2006. Tal decisão será analisada integralmente no tópico 3.3.3. deste trabalho.

²¹ Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*.

²² Virgílio Afonso da Silva, *A constitucionalização do direito*.

²³ Jane Reis Gonçalves Pereira, *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 431-497.

praticamente os mesmos citados como precedentes no voto do Ministro Gilmar Mendes, que não possuem conexão direta entre si, apenas tratam de situações nas quais ocorre a vinculação dos direitos fundamentais. O primeiro, por exemplo, examina as seguintes decisões: RE 158.215-4/RS e RE 201.819/RJ (exclusão de sócio), RE 161.243-6/DF (Air France), RE 352.940/SP (Penhorabilidade do bem de família e direito à moradia) e RE 251.445/GO (provas ilícitas trazidas ao processo por meio de particular). O segundo examina principalmente o RE 158.215-4/RS, RE 161.243-6/DF e HC 82.424/RS (Caso Ellwanger) e a terceira o RE 158.215-4/RS e RE 161.243-6/DF. Como tratar, então, de um tema tão amplo como este, com casos concretos diferentes, cada um com uma situação específica?

A forma de solucionar essa dificuldade inicial foi fazer uma busca de decisões direcionada por temas específicos, procurando conflitos entre particulares de acordo com o direito fundamental em jogo. A partir do material consultado, foram elencados os seguintes temas principais: (1) direitos da personalidade e o princípio da liberdade; (2) direito de defesa e autonomia das associações; (3) direitos sociais e trabalhistas entre particulares.

Também foi utilizado artigo de autoria de Daniel Sarmiento para embasar a classificação proposta neste trabalho.²⁴ Como se verá em tópico a seguir, o autor separa as modalidades de liberdade constitucionalmente protegidas entre aquelas relacionadas ao campo econômico-negocial e aquelas relacionadas às escolhas existenciais da pessoa humana. Essa idéia foi utilizada aqui como critério classificatório das decisões encontradas no STF.

Portanto, a busca de decisões no site do STF foi realizada a partir de temas específicos e a partir de referências feitas pelos próprios acórdãos a outras decisões, não pelo tema amplo que é o objeto desta pesquisa, devido às dificuldades encontradas, aqui relatadas. Por isso, antes de analisar substancialmente as decisões selecionadas, em cada tópico se explicará

²⁴ Daniel Sarmiento, "Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada", *Boletim Científico* 14 (2005): 167-217.

com detalhes os mecanismos de busca feitos em cada caso, para cada tema específico.

2. A vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares

2.1 Diferenciação: liberdades existenciais e econômicas

As liberdades constitucionalmente protegidas podem ser divididas e classificadas de duas maneiras: aquelas relacionadas às opções humanas existenciais e aquelas relacionadas ao campo econômico-negocial, dimensão concernente à celebração de contratos e outros negócios jurídicos de caráter patrimonial. Os particulares possuem alguma dessas modalidades de liberdades nas relações que travam entre si, já que um dos componentes primordiais da liberdade é representado pela autonomia privada, princípio presente nas relações entre sujeitos privados.

Essa autonomia privada significa, em sentido amplo, o poder do sujeito de "autogoverno de sua esfera jurídica", tendo como matriz a concepção de ser humano como agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e que deve ter liberdade para guiar-se de acordo com suas escolhas nas relações entre outros sujeitos privados, desde que não perturbem os direitos de terceiros nem violem outros valores relevantes da comunidade.²⁵

O problema que essa definição suscita é que nem sempre o particular possui autonomia total para decidir o que é bom ou ruim para si. A sua vontade pode estar submetida ao poder de outro particular, como há possibilidade de ocorrer, por exemplo, nas situações envolvendo contratos e questões econômicas, caracterizadas geralmente pela assimetria das partes envolvidas na relação. Exemplo claro dessa desigualdade fática está

²⁵ Cf. Daniel Sarmiento, "Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada", p. 182. Parece-me que o autor se baseia em idéias kantianas ao conceituar a autonomia. Conforme conferência de Isaiah Berlin: "é verdade que Kant insistia, seguindo Rousseau, em que todos os homens dispunham de capacidade de autogoverno racional; que não poderia haver especialistas em questões de moral, visto que a moralidade era um assunto não de conhecimento especializado (como sustentavam os utilitaristas e os *philosophes*), mas sim do uso correto de uma faculdade humana universal; e, em consequência, o que tornava livres os homens não era o fato de agirem segundo determinadas formas de auto-aperfeiçoamento, a que podiam ser coagidos, mas de saber por que deviam fazê-lo, e isso ninguém podia fazer por ninguém mais ou em lugar de ninguém mais". *Quatro ensaios sobre a liberdade*. Brasília: Universidade de Brasília, 1981, p. 157.

presente nas relações de trabalho. O empregador encontra-se, quase sempre, em posição hierarquicamente superior ao empregado; por isso, faz-se necessário proteger este do poder de mando daquele. Não pode o empregado renunciar às suas garantias trabalhistas, como férias e 13º salário, por exemplo. Ressalta-se, porém, que essa idéia deve ser adaptada a cada caso concreto mas, *a priori*, é preciso garantir uma proteção maior ao direito fundamental da parte mais fraca nessas situações.

Assim, as liberdades dos particulares não se revestem de valor absoluto. É possível que a proteção de uma delas, no caso concreto, importe em lesão a outro direito fundamental igualmente relevante, fazendo necessário restringir a liberdade em questão, de forma proporcional, visando à otimização dos bens jurídicos em confronto, mediante uma ponderação de princípios. É isso que ocorre quando da aplicação dos direitos fundamentais na esfera privada, tornando necessário ponderar a autonomia com o direito que seria violado pela conduta do particular.²⁶

Nessa ponderação de direitos, que envolvem valores e interesses, nem todas as manifestações da autonomia privada são valoradas da mesma forma. Aqui se encontra a importância de se fazer aquela distinção inicial entre as liberdades: a tutela de proteção da autonomia privada não é uniforme, sendo mais intensa no plano concernente às escolhas existenciais da pessoa humana do que no campo de sua vida patrimonial e econômica.

Há proteção mais intensa da autonomia privada - e não dos outros direitos fundamentais em colisão - no plano relacionado a escolhas existenciais do indivíduo porque cada um deve ser livre para escolher o modo como pretende orientar sua vida. Essas escolhas são determinadas por categorias morais fundamentais e conceitos que são uma parte do próprio ser, de sua mente e de seu sentido de sua própria identidade; uma parte daquilo que os torna mais humanos.²⁷

²⁶ Cf. Daniel Sarmiento, "Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada", pp. 184-185.

²⁷ Cf. Isaiah Berlin, *Quatro ensaios sobre a liberdade*, p. 167.

Deste modo, não deveria o Estado agir paternalisticamente neste âmbito e impor escolhas estritamente pessoais aos particulares, como um ideal ou projetos relacionados a convicções religiosas, mesmo que estas escolhas violem seus próprios direitos fundamentais.²⁸ Isso implicaria um juízo de valor por parte do Estado para decidir o que é bom ou ruim para cada indivíduo, um juízo acerca da verdade moral. Esse juízo depende de como cada pessoa determina o bem e o mal, isto é, seus valores morais, religiosos, intelectuais e estéticos, que estão ligados a concepção de homem de cada um e das necessidades básicas da natureza de cada um.²⁹ Assim, nestes casos, deveria prevalecer o princípio da autonomia pessoal.

Neste sentido foi a decisão da Suprema Corte Norte-Americana no caso "Griswold vs. Connecticut". Havia uma lei do estado de Connecticut que tipificava o uso de anticoncepcionais por parte de pessoas casadas. Esta lei violava o direito à privacidade dos particulares, além de ter clara conotação moralista. Por isso, a corte considerou que a lei ignorava o valor da autonomia da pessoa.³⁰

Outro exemplo: um participante do *Big Brother* tem sua privacidade violada, porém tal fato constitui resultado de situação que a própria pessoa escolheu. Se o indivíduo decidiu participar do programa por convicção própria, porque considera relevante para sua vida (muitos participam com o intuito de alcançar a "fama", se tornar uma celebridade), em princípio deveria prevalecer essa escolha do particular. Não cabe ao Estado decidir o que é melhor para a vida de cada um neste aspecto existencial e aqui não se enfatiza o fato de haver desigualdade fática entre os sujeitos privados (participantes do *reality show* e emissora de TV). Como é possível observar, a relação também é contratual, porém o que prevalece neste caso não é o aspecto patrimonial e sim existencial.

²⁸ Contudo, se este exercício da autonomia privada prejudicar terceiros, faz-se necessário ponderar os princípios em jogo.

²⁹ Cf. Isaiah Berlin, *Quatro ensaios sobre a liberdade*, p. 167.

³⁰ Cf. Carlos Santiago Nino, *La constitucion de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 283.

O contrário ocorre no caso da revista íntima decorrente de contrato de trabalho.³¹ Aqui, a renúncia da privacidade decorrente de cláusula estipulada em contrato não é decorrente de uma escolha existencial, de fator ligado a convicções pessoais. Sobressai o aspecto patrimonial da relação, já que as empregadas se submetem a tal procedimento somente porque necessitam do emprego. Neste caso, deve haver proteção maior do direito fundamental que está sendo violado e não da liberdade negocial e contratual, segundo a qual seria possível estipular as mais diversas cláusulas. As empregadas não agiram de forma sincera ao renunciar à privacidade, nem de acordo com suas preferências subjetivas. Logo, em tal relação, faz-se necessário proteger os direitos de tais empregadas.

Entretanto, é preciso ressaltar que, apesar do que vem sendo defendido por este trabalho até o presente momento, a autonomia privada em sua dimensão existencial poderá ser restringida em certos casos, mesmo que esta liberdade não afete terceiros. Nos casos em que os direitos fundamentais do titular da autonomia são afetados gravemente, de forma muito intensa, a escolha existencial pode não prevalecer em prol da proteção desses direitos. Além disso, admitir que a autonomia privada em sua dimensão existencial não pode ser restringida trata-se de idéia que vai contra a teoria dos princípios, já que todos os princípios podem ser relativizados no caso de colisões. O que se defende aqui corresponde a apenas uma precedência *prima facie* do princípio da autonomia na sua dimensão existencial, que poderá ser alterada de acordo com as circunstâncias do caso concreto.³²

Neste trabalho, se utilizará dessa classificação de liberdades proposta por Daniel Sarmiento para analisar os conflitos de direitos fundamentais entre particulares. Deste modo, o que se pretende é observar se o STF decide de forma diferenciada dependendo dos direitos em jogo, ponderando

³¹ Acórdãos do STF sobre o caso: RE 160.222/RJ e AgR AI 220.459-2/RJ.

³² As precedências *prima facie* estabelecem um ônus de argumentação para a precedência de um princípio no caso concreto. Assim, "uma precedência *prima facie* constitui uma carga de argumentação a favor de um princípio - e, por conseqüência, uma carga de argumentação contra o outro princípio". Wilson Steinmetz, "Princípio da proporcionalidade e atos da autonomia privada restritivos de direitos fundamentais", in Virgílio Afonso da Silva (org.), *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 43.

com maiores cuidados os casos envolvendo liberdades existenciais do que em situações envolvendo liberdades econômicas, situações nas quais geralmente há desigualdade fática entre as partes (principalmente ponto 3 da análise de jurisprudência, caso Air France, por exemplo).

Importante lembrar que, conforme foi descrito no tópico “metodologia”, o tema da vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é amplo e envolve um variado número de situações com diversos direitos em jogo. Para saber, então, como devem vincular os direitos fundamentais nos conflitos entre sujeitos privados é necessário analisar cada caso concreto e observar as peculiaridades presentes. É preciso considerar a multifuncionalidade ou pluralidade de funções desses direitos para possibilitar soluções diferenciadas e adequadas, consoante com o direito que estiver em causa no caso concreto, não sendo possível adotar uma única solução abstrata para todos os conflitos de direitos. Nesse sentido, torna-se ainda mais relevante a busca de uma solução para este problema por meio de análise de jurisprudência, especialmente a do STF.

2.2. Teses a respeito do tema

Nesse tópico, pretende-se fazer uma breve explicação sobre duas teorias principais que defendem a vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: teoria da aplicabilidade direta ou eficácia imediata dos direitos fundamentais e teoria da eficácia indireta ou mediata.³³ Tal explanação será feita tendo em mente o objeto do trabalho, que é a análise crítica da jurisprudência do STF. Não se pretende aqui dizer qual é a “tese mais adequada” ou qual deve ser aplicada pelo tribunal. As explicações aqui desenvolvidas serão utilizadas apenas como forma de auxílio à pesquisa, durante a análise crítica do material selecionado.

2.2.1. Eficácia imediata

³³ Atualmente, existem inúmeras teses que tentam explicar os efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, como a de três níveis de Robert Alexy, State Action, Jürgen Schwabe, proporcionalidade, assimetria das relações e sinceridade das relações, por exemplo. Como o objeto deste trabalho não constitui a análise detalhada dessas teorias, somente serão analisadas nesse tópico as duas principais teses a respeito do tema, com o intuito de nos ajudar na análise de jurisprudência.

A tese da aplicabilidade direta ou imediata defende efeitos absolutos dos direitos fundamentais entre particulares.³⁴ Essa corrente encontra seu fundamento na idéia de que, em virtude de os direitos fundamentais constituírem normas de valor válidas para todo o ordenamento jurídico, não é possível aceitar que o direito privado venha a formar uma espécie de gueto, à margem da ordem constitucional.³⁵ Por isso, não é necessário existir uma mediação legislativa para que os direitos fundamentais produzam efeitos entre particulares: eles exercem influência de forma direta, irradiando efeitos diretamente da Constituição e não por meio de normas infraconstitucionais, especialmente de direito privado (efeitos estes que podem, inclusive, modificar as normas infraconstitucionais).

Isso significa que os direitos fundamentais conferem, diretamente, direitos subjetivos aos particulares em suas relações entre si, independentemente do material normativo infraconstitucional já existente. Visualizar o conflito desta maneira acarreta dois maiores problemas: (1) a aplicação direta dos direitos fundamentais entre particulares pode potencializar o papel do juiz à custa do legislador democrático; (2) corre-se o risco de transformar o tribunal constitucional em um "supremo tribunal de conflitos jurídicos-civis" e de assumir, deste modo, um papel que a lei fundamental não conferiu a este tribunal.³⁶ Tal risco se torna mais preocupante no contexto do STF, que julga aproximadamente 100 mil processos por ano.³⁷

³⁴ Segundo Hans Carl Nipperdey, o primeiro autor que defendeu a tese da aplicabilidade direta, os direitos fundamentais teriam efeitos absolutos e, nesse sentido, não careceriam de mediação legislativa para serem aplicados no âmbito entre particulares. Deste modo, quando se faz referência a "efeitos absolutos", não se pretende atribuir aos direitos fundamentais um conteúdo invariável ao tempo ou impossibilitar a existência de limitações a estes direitos. Não há conotação justaturalista no conceito de Nipperdey, apenas se quer dizer que há irradiação de efeitos diretamente da Constituição. Cf. Virgílio Afonso da Silva, *A constitucionalização do direito*, pp. 87-89.

³⁵ Cf. Ingo Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 357.

³⁶ Cf. Konrad Hesse, *Derecho constitucional y derecho privado*, p.60.

³⁷ Segundo dados do Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário (BNDPJ), a movimentação total de ações (julgamento de mérito e homologação) do STF foi de 104.057 processos em 2005 e de 106.228 em 2004. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/bndpj/stf/MovProcessos.asp>. Acesso: 24/10/2006.

Assim, nos ordenamentos em que os juízes podem aplicar diretamente as normas constitucionais, a via expansiva dos direitos fundamentais se torna incontrolável, devido ao voluntarismo do poder judiciário.³⁸ Há o risco dos juízes dilatarem o valor dos preceitos constitucionais até fazer de todo o direito uma mera concretização sua, abrindo portanto a possibilidade de substituir o direito em sua complexidade por uma simples proteção construtiva dos direitos fundamentais.³⁹ É necessário que os tribunais também respeitem as decisões e ponderações feitas pelo legislador, observando isso ao aplicar os direitos fundamentais nas relações entre particulares.⁴⁰ Se há desenvolvimento legislativo de direitos fundamentais e se este desenvolvimento é compatível com a Constituição, então o juiz não poderá se sobrepor a ele sob pena de violar os princípios democrático e da separação de poderes.⁴¹

Dessa maneira, torna-se imprescindível observar como o STF vem decidindo conflitos entre particulares, pois a aplicação direta dos direitos fundamentais pode conceder poderes excessivos ao juiz, em detrimento do legislador. A solução de conflitos como esses por meio de princípios constitucionais abstratos exige um ônus de argumentação maior dos juízes em cada situação concreta, a fim de se evitar a insegurança jurídica causada pelo poder arbitrário dos juízes nas resoluções dos casos. Isso será observado durante a análise de jurisprudência: se o STF aplica os preceitos constitucionais nas relações privadas de forma direta e se é desenvolvida argumentação satisfatória ou meramente retórica durante as decisões.

2.2.2. Eficácia mediata

A tese da eficácia mediata ou indireta afirma que os direitos fundamentais somente poderiam ser aplicados entre particulares após um processo de transmutação, por intermédio do material normativo do próprio

³⁸ Cf. Juan Maria Bilbao Ubillos. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, p.262.

³⁹ Cf. Konrad Hesse, *Derecho constitucional y derecho privado*, p. 15.

⁴⁰ Parece que isso não foi observado na decisão do HC 82.424/RS (Caso Ellwanger). Aqui, já havia mediação legislativa, o legislador já havia feito o sopesamento em relação aos direitos em colisão. Esse caso será analisado mais a frente.

⁴¹ Cf. Wilson Steinmetz, *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 175.

direito privado. Essa aplicação se daria da seguinte forma: primeiramente, a eficácia dos direitos fundamentais estaria condicionada à mediação concretizadora do legislador de direito privado, pois cabe a ele o desenvolvimento “concretizante” desses direitos por meio da criação de regulações normativas específicas que delimitem o conteúdo, as condições de exercício e o alcance dos direitos nas relações entre particulares. Na ausência de desenvolvimento legislativo específico, compete ao juiz dar eficácia as normas de direitos fundamentais por meio da interpretação e aplicação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados do direito privado.⁴² Nesta teoria, a Constituição possui somente uma função de guia, oferecendo diretrizes e impulsos para uma evolução adequada do direito privado.

Contudo, essa concepção também apresenta problemas: condicionar, de forma exclusiva, a eficácia dos direitos fundamentais à mediação legislativa e à mediação judicial interpretativa e aplicativa das normas de direito privado - como as cláusulas gerais - é propor a “legalização” desses direitos.⁴³ Com isso, corre-se o risco de dar uma proteção ineficaz aos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Além disso, é preciso considerar alguns fatores que podem dificultar a aplicação mediata, como por exemplo a omissão, morosidade e déficit legislativos. Não raras vezes o legislador é omissor, não cria regulações específicas de direito privado concretizadoras de direitos fundamentais, e o recurso a cláusulas gerais é igualmente falho, já que essas cláusulas possuem elevado grau de indeterminação, sendo tão vagas quanto as disposições de direitos fundamentais presentes na Constituição.

Nesse sentido, acredita-se que a aplicação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados do direito privado pode comprometer de forma mais acentuada a certeza do direito, por meio de meros juízos subjetivos, do que em relação a princípios constitucionais. Afinal, conceitos como

⁴² Cf. Wilson Steinmetz, *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, pp. 137-138.

⁴³ Cf. Wilson Steinmetz, *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 156.

“dignidade das instituições”, “ordem pública”, “moral pública” e “bons costumes” são utilizados com considerável freqüência como mera estratégia retórica de manipulação conceitual do nível de generalidade dos direitos fundamentais e dos fundamentos constitucionais de sua restrição, “em termos que permitam aos operadores jurídicos, através de ‘ponderações apócrifas’, iludir, de forma retórica, os limites dos limites e o dever de fundamentação das restrições”.⁴⁴

Por isso, novamente surge a necessidade de se observar a argumentação dos juízes na aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas. Quando há mediação legislativa, deve o tribunal observar a ponderação feita anteriormente. Caso contrário, é necessário que os juízes desenvolvam maior argumentação na aplicação dos direitos fundamentais, de forma a estabelecer critérios razoáveis para determinar a vinculação e não apenas identificando o conflito como uma questão de mero sopesamento entre esses direitos e autonomia privada.⁴⁵

⁴⁴ J. J. Gomes Canotilho & Jónatas E. M. Machado. *Reality Shows e liberdade de programação*. Coimbra: Editora Coimbra, 2003, p. 83.

⁴⁵ Não são raras as ocasiões nas quais os ministros identificam o problema como uma questão de ponderação de direitos fundamentais, mas não estabelecem critérios razoáveis para o sopesamento, sendo que, às vezes, tal técnica é somente citada e não desenvolvida no decorrer do voto. É possível observar isto no voto do Min. Marco Aurélio no Caso Ellwanger (HC 82.424/RS): “Estamos diante de um problema de eficácia de direitos fundamentais e da melhor prática de ponderação de valores”. Críticas substanciais à argumentação do ministro serão feitas no Tópico 3.2.2.2.1. do presente trabalho.

3. O Supremo Tribunal Federal

3.1. Explicação da divisão de análise de jurisprudência

Conforme foi salientado anteriormente, o tema da vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é amplo, envolvendo diversos direitos, em situações variadas. Uma forma de solucionar o problema, encontrado durante a busca de acórdãos no site do STF, foi direcionar a pesquisa para temas específicos, procurando conflitos entre particulares de acordo com o direito fundamental em jogo. Dessa forma, foram elencados os seguintes temas: (1) direitos da personalidade e o princípio da liberdade; (2) direito de defesa e autonomia das associações; (3) direitos sociais e trabalhistas entre particulares.

O tema (1) foi escolhido tendo em vista que direitos como à vida privada, à imagem, à honra e à intimidade são considerados como oponíveis sobretudo contra violações provenientes de atos de particulares.⁴⁶ Esses direitos apresentam-se constantemente em colisão com a liberdade de expressão ou imprensa de outros particulares. Por isso, entendeu-se que seria interessante analisar como o STF decide tal colisão de direitos, especialmente porque tais liberdades podem ser consideradas, na maioria dos casos, como aquelas relacionadas às opções humanas existenciais, conforme a divisão proposta por Daniel Sarmento.

Já os pontos (2) e (3) se apresentam mais relacionados ao campo econômico-negocial, dimensão referente à celebração de contratos e outros negócios jurídicos patrimoniais. Porém, como esses tópicos tratam de situações diversas, com direitos diferentes, preferiu-se analisar em separado o tema do direito de defesa e a autonomia das associações (2) e dos direitos sociais e trabalhistas entre particulares (3).

Assim, o que se pretende fazer nas partes seguintes deste trabalho é analisar cada situação com foco no direito em jogo, procurando observar se

⁴⁶ Cf. Virgílio Afonso da Silva, *A constitucionalização do direito*, pp. 22-23.

o STF decide conforme as peculiaridades de cada situação ou se suas decisões são genéricas, sem maiores considerações a esse respeito.

3.2. Direitos da personalidade e o princípio da liberdade

3.2.1. Liberdade de expressão e imprensa.

Nesse tópico, pretendeu-se abordar conflitos entre particulares que envolvessem liberdade de expressão ou de imprensa. Essas liberdades, por geralmente serem relacionadas a opções humanas existenciais, deveriam ser ponderadas com maior cautela. Definir o limite desses direitos é tarefa mais difícil pois aqui os particulares se encontram, geralmente, em igualdade de posições, não podendo ser invocado o argumento relativo à desigualdade fática para fazer vincular os direitos fundamentais no âmbito privado.

A busca feita no site do STF utilizou-se das seguintes expressões: “liberdade adj expressão”⁴⁷, “liberdade adj imprensa”⁴⁸ e “direito\$ adj da adj personalidade”⁴⁹. Foram selecionados os seguintes acórdãos: HC 83.996/RJ (caso Gerald Thomas), HC 82.424/RS (Ellwanger) e Pet 2.702-7/RJ (O Globo X Garotinho), que serão analisados a seguir.

3.2.1.1. O Caso Gerald Thomas - HC 83.996/RJ

Ao término da apresentação do espetáculo “Tristão e Isolda”, no Teatro Municipal do Rio de Janeiro, o diretor teatral Gerald Thomas recebeu vaias e xingamentos da platéia. Em reação, teria ele simulado uma masturbação e, em ato contínuo, exibido as nádegas para os expectadores que ali se encontravam. Em razão de tal comportamento, foi acusado, em ação penal, pelo crime de ato obsceno, tipificado no Código Penal no art. 233: “Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa”.

Esta situação poderia ser facilmente resolvida em caso de tipicidade da conduta do agente, pois se trataria de hipótese de aplicação, por

⁴⁷ 16 acórdãos encontrados, 3 selecionados (HC 83.996/RJ, HC 82.424/RS e Pet 2.702-7/RJ).

⁴⁸ 10 acórdãos encontrados, 1 selecionado (Pet 2.702-7/RJ).

⁴⁹ 5 acórdãos encontrados, 2 selecionados (HC 83.996/RJ e Pet 2.702-7/RJ).

subsunção, da regra penal e da cominação da pena. O que acontece, porém, é justamente o contrário: a defesa alega que a denúncia é inepta, por três principais fundamentos: (1) atipicidade da conduta, pois o conceito de pudor público deve ser interpretado de acordo com o local e circunstâncias em que a conduta foi praticada; (2) relatividade do grau ofensivo da nudez humana e do próprio conceito de ato obsceno, nos dias atuais; (3) ausência de conotação sexual na atitude do paciente. Por isso, impetrou-se *habeas corpus* da decisão da 1ª Turma Recursal Criminal do Juizado Especial Criminal do Estado do Rio de Janeiro, que denegou a ordem do *habeas corpus* inicial.

Importante, portanto, observar o contexto deste caso para definir se a conduta é típica e aqui a liberdade de expressão é limitada; ou, no caso de atipicidade, se está inserida na liberdade de expressão ou não. Observa-se na decisão que não se tratava de gesto totalmente fora do contexto da peça teatral, pois esta tinha no próprio roteiro uma simulação de ato sexual. Outra circunstância ressaltada pelos ministros é que se estava diante de um público adulto, às duas horas da manhã, no Estado do Rio de Janeiro.

Considera-se este caso como um conflito entre sujeitos privados exatamente por não se tratar de ofensa ao pudor público no sentido amplo; havia uma platéia específica, dentro de um contexto, que pode não caracterizar o tipo penal. As pessoas “ali se encontravam como consumidores de um serviço que lhes era oferecido - um espetáculo para o qual pagaram os ingressos que lhe foram cobrados”, como expõe o parecer da Subprocuradora-Geral da República.

A discussão sobre a atipicidade ou não da conduta é essencial para definir se há mediação legislativa para o conflito em questão. Se for típica, não é necessário recorrer a uma ponderação de direitos fundamentais no caso concreto pois o legislador já definiu o que deve prevalecer, que poderia ser entendido como a proteção do princípio que dá suporte à regra que pune o ato obsceno, que seria a proteção da “ordem pública” e, subsidiariamente, dos “bons costumes”, ou até mesmo de algum direito da

personalidade (como a honra, por exemplo), em detrimento da liberdade de expressão. Se for atípica, não há mediação legislativa e o STF poderá decidir conforme achar mais adequado, podendo inclusive utilizar o sopesamento de direitos para resolver o caso.

3.2.1.1.1. Argumentação dos ministros

Formaram-se duas principais argumentações no caso em questão: a primeira, representada pelo voto do Ministro Carlos Velloso (Relator) e seguida pelo voto da Ministra Ellen Gracie, considera a conduta típica; e a segunda, formada pelo Ministro Gilmar Mendes e acompanhada por Celso de Mello, defende a atipicidade da conduta de Gerald Thomas.

O Ministro Relator sustenta a sua argumentação com base na afirmação de que a conduta é típica e não cabe apreciação de prova que demonstre o contrário pela via eleita pelo impetrante, o *habeas corpus*. Além disso, concorda com o parecer da Subprocuradora-Geral da República, que pede o indeferimento da ordem. Um dos argumentos interessantes do parecer diz respeito à relação estabelecida entre o fato de as pessoas presentes serem consumidoras de um serviço - o espetáculo - e, por isso, terem o direito de aplaudi-lo ou vaiá-lo, de acordo com os sentimentos provocados pela própria peça. Aqui, parece que se estabeleceu um direito de "aplaudir e vaiar" a favor da platéia, derivado de um "direito do consumidor" em relação a um produto ou serviço utilizado. Contudo, parece-me que seria caso mais relacionado a liberdades existenciais como a de criação artística e de expressão do que uma relação negocial, de consumo.

Outro argumento importante do voto é baseado em precedente, o RHC 50.828/GB, julgado em 12.03.1973. Breve relato do caso: Helena Beatriz Feijó Sidou invoca seu direito de "freqüentar as praias cariocas sem a parte superior de seu traje de banho". O Diretor da Divisão de Censura e Diversões declara ser de sua intenção prender quem se dispusesse a comparecer à praia com o busto desnudo. Neste caso, há também alegação de ofensa ao pudor público.

Entende a recorrente que se insere "dentro da esfera de *privacy* a que todo o cidadão tem direito" visto como "ninguém pode ser obrigado a vestir-se como desejariam as autoridades policiais". O contra-argumento do Ministro em relação a esse precedente é que existem limites à liberdade individual, que deve sofrer as restrições impostas pela comunidade, notadamente em matéria de costumes. Além disso, a configuração do tipo penal não exige dolo específico, bastando a vontade pura e simples de praticar o ato, o que havia na situação do diretor.

Velloso conclui que a conduta do impetrante estava fora do contexto teatral e que, por isso, seria prematuro dizer que não teria atingido o pudor das pessoas que se encontravam no local para assistir ao espetáculo. Reafirma que "somente ao final da instrução é que o Juizado poderá decidir, com base, inclusive, em novos elementos que forem colhidos, sobre a ocorrência ou não do delito".

Já o Ministro Gilmar Mendes diverge desta argumentação. Acredita que não existe, no caso concreto, configuração do crime que cuida da denúncia, pois se trata de protesto ou reação contra o público, ainda que se cuide "de manifestação deseducada e de extremo mau gosto". Afirma que a conduta está inserida no contexto da peça teatral e, por isso, protegida pela liberdade de expressão.

O precedente utilizado nesse voto foi o caso da Revista Realidade (RMS 18.534), no qual se diferenciou a caracterização da obscenidade em razão do público-alvo. Cita ainda uma passagem de voto do Ministro Aliomar Baleeiro, que diz que "[...] o conceito de 'obsceno', 'imoral', 'contrário' aos bons costumes é condicionado ao local e à época".

Gilmar Mendes conclui que não estão configurados os elementos caracterizadores de ato obsceno e, por isso, concede a ordem de *habeas corpus*. Explica também que não se trata de caso de Direito Penal e que deve haver um regime legal mínimo limitando liberdades e direitos fundamentais, a fim de se evitar a criminalização de condutas ou conflitos que podem ser resolvidos de outra maneira pela sociedade.

A decisão final do tribunal foi a de deferir o pedido de habeas corpus e determinar, em consequência, a extinção do processo penal de conhecimento, com o imediato trancamento da ação penal, em virtude de se haver registrado empate na decisão, o que demonstra que o STF estava bem dividido em relação ao caso, tornando-se difícil estabelecer uma visão uniforme da aplicação dos direitos fundamentais pelo tribunal.

Entretanto, é possível traçar o seguinte raciocínio: os ministros que consideram a ação dentro do tipo penal fizeram uma aplicação mediata dos direitos fundamentais pois, para este caso de colisão entre direitos no âmbito de relação entre particulares, já havia dispositivo legal (art. 233, CP) em que o suporte fático se enquadrava. Trata-se de aplicação de regra penal, não havendo espaço para se discutir, portanto, se a liberdade de expressão é mais ou menos importante do que o outro princípio envolvido.⁵⁰

Já os ministros que excluíram a tipicidade da conduta do agente, por não enquadrarem a ação na regra penal, tiveram uma liberdade maior para elaborar a sua decisão pois, neste caso, não há mediação legislativa. De acordo com o caso concreto, entendeu-se tratar de mero exercício da liberdade de expressão, garantindo esta liberdade e não outros princípios envolvidos, embora os ministros não tenham exposto com clareza quais seriam esses princípios. Gilmar Mendes, por exemplo, traça raciocínio lógico em relação a esta questão: segundo elementos do caso concreto, não se configura ato obsceno; logo, a conduta se enquadra no exercício da liberdade de expressão. Conforme salientado anteriormente, acredita-se que aqui estejam em conflito algo como “bons costumes” e “ordem pública”, ou até mesmo algum direito da personalidade, como a honra. Contudo, o que se pretende demonstrar nesse caso é que os ministros preferiram dar uma maior proteção às liberdades dos particulares (que, segundo a classificação de Daniel Sarmiento descrita no ponto 2.1 desse trabalho, seria uma liberdade existencial) do que aos outros direitos fundamentais envolvidos neste conflito.

⁵⁰ Isso não significa que não possa haver discordância acerca da decisão do legislador ao elaborar a regra. Seria possível questionar a constitucionalidade da regra penal, mas isto não poderia ser feito em via de *habeas corpus*. Semelhante a tal questão é o caso Ellwanger (HC 82.424/RS), que será analisado em breve.

3.2.1.2. O Caso Ellwanger - HC 82.424/RS ⁵¹

Siegfried Ellwanger foi condenado pelo crime tipificado no art. 20 da Lei 7.716/89, com a redação dada pela Lei 8.081/90, por ter, na qualidade de escritor e sócio da empresa "Revisão Editora Ltda.", editado, distribuído e vendido ao público obras anti-semitas de sua autoria e de outros autores nacionais e estrangeiros.⁵² Segundo a denúncia, tais livros abordavam e sustentavam mensagens anti-semitas, racistas e discriminatórias, procurando com isso "incitar e induzir ódio, desprezo e preconceito contra o povo de origem judaica".

O problema de se enquadrar a conduta de Ellwanger como prática de racismo é que tal crime é inafiançável e imprescritível, segundo o art. 5º, XLII da Constituição Federal. Por isso, impetrou-se *habeas corpus* justamente com a finalidade de afastar a imprescritibilidade do delito, por meio do seguinte argumento: o impetrante foi condenado por discriminação contra os judeus, delito que "não tem conotação racial para lhe atribuir a imprescritibilidade que ficou restrita ao crime de racismo". Assim, pretende-se deconstituir a imprescritibilidade, reconhecendo a ocorrência da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, pois os judeus não poderiam ser considerados uma raça.

Aqui, determinar se discriminação contra judeus poderia ser considerada racismo é essencial para definir se há mediação legislativa para o conflito em questão. Se esta discriminação for equiparada ao crime de racismo, a conduta do impetrante está dentro do tipo penal e, por isso, há mediação legislativa. Seria o caso de aplicação mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, já que o STF vai aplicar a

⁵¹ Nesse tópico, serão analisados apenas os votos dos seguintes ministros: Moreira Alves, Gilmar Mendes e Marco Aurélio. Foram selecionados estes votos por ser o primeiro o relator do caso e pelo fato dos outros dois recorrerem à regra da proporcionalidade em sua argumentação. Essa seleção foi feita tendo em vista o tamanho do acórdão (mais de 500 páginas) e o tempo escasso disponível para o desenvolvimento deste trabalho.

⁵² Artigo 20, "caput", da Lei 7.716/89, com a redação dada pela Lei 8.081/90: "Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, religião, etnia ou procedência nacional. Pena: reclusão de dois a cinco anos".

regra feita pelo legislador, que anteriormente ponderou os direitos em jogo e definiu o que deve prevalecer nessa situação.

Caso contrário, não há mediação legislativa. O problema é que, neste caso, cessa a imprescritibilidade do crime e o impetrante deverá ser solto devido à ocorrência da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva. Então, aqui também não há espaço para os ministros discutirem ponderação de direitos fundamentais.

Esse caso poderia ser considerado o contraponto do anteriormente analisado, o HC 83.996/RJ: diferentemente do que ocorreu com Gerald Thomas, aqui a conduta do paciente foi enquadrada no tipo penal - crime de racismo - pela maioria dos ministros. Por isso, haveria mediação legislativa e não se precisaria discutir qual direito fundamental deveria prevalecer no caso concreto, pois o legislador já fez "o seu sopesamento". Nesse sentido, relata Virgílio Afonso da Silva: "[n]ão há aqui espaço para sopesamento na forma como feito pelo Supremo Tribunal Federal. O único efeito que as disposições de direitos fundamentais podem ter nesse tipo de relação é um efeito *indireto*".⁵³

Considera-se este caso como um conflito entre particulares porque se encontram no pólo da relação sujeitos privados, ambos titulares de direitos fundamentais: de um lado, Ellwanger e a liberdade de expressão; de outro, o povo judeu e a dignidade, ou até mesmo direitos da personalidade ou direito à igualdade e não-discriminação. Como se verá no próximo tópico, os ministros apresentam certa dificuldade em definir qual seria o outro direito teoricamente em conflito além da liberdade de expressão, que poderia ser considerada uma liberdade existencial conforme a classificação proposta neste trabalho.⁵⁴

Teoricamente porque, como foi visto, não haveria espaço nesse caso para discutir a colisão de direitos fundamentais em si, já que o legislador estabeleceu anteriormente a não-prevalência da liberdade de expressão

⁵³ Virgílio Afonso da Silva, *A constitucionalização do direito*, p. 169.

⁵⁴ Cf. Tópico 2.1.

quando esta se configurar prática de racismo. Isso não quer dizer que o STF não possa discordar da decisão tomada pelo legislador, apenas ressalta-se que o *habeas corpus* não é a via adequada para o questionamento da constitucionalidade da norma. Por isso, os ministros que desenvolveram argumentação nesse sentido acabaram por fazer algo que era desnecessário para o caso concreto. É preciso ter em mente que a questão que se coloca aqui diz respeito à classificação ou não da discriminação contra judeus como racismo e não a prevalência da liberdade de expressão ou de outro direito fundamental neste conflito entre particulares.

3.2.1.2.1. Argumentação dos ministros

Dos votos selecionados, é possível identificar duas correntes de argumentação diferentes: a do ministro relator, Moreira Alves, que se preocupou apenas em determinar o sentido e o alcance da expressão “racismo”; e a dos ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio, que se preocuparam em fazer uma análise detalhada da colisão de direitos fundamentais supostamente presente no caso, recorrendo à proporcionalidade para definir qual direito deve prevalecer.

O Ministro Moreira Alves faz argumentação mais sucinta do que os outros ministros, já que se limita a examinar o alcance do crime de racismo. Acredita que este crime não abarca toda e qualquer forma de preconceito ou de discriminação e que deve essa expressão ser interpretada de forma restrita. Para chegar a essa conclusão, invoca o “elemento histórico” segundo o qual a intenção do constituinte era a de dar para “racismo” o significado de preconceito ou de discriminação especificamente contra a raça negra.

Esse argumento utilizado é questionável. Isso porque “buscar a intenção do legislador constituinte para delimitar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais é uma estratégia que, em poucos dezessete anos [*de constituição de 1988*], demonstra um anacronismo e um conservadorismo

difícilmente sustentáveis”.⁵⁵ Moreira Alves ainda busca justificar essa interpretação restrita do termo “racismo” por meio de citações de discursos dos constituintes. Tais argumentos, embora válidos, revelam-se fracos, pois o que se espera de um ministro do STF é exatamente atribuir uma interpretação para o termo de acordo com as modificações sofridas pela sociedade e não buscar a intenção do legislador quando da promulgação da lei, em um ato que só se justifica pelo “respeito ao legislador”.⁵⁶

O relator também sustenta que raça corresponde somente a grupos definidos pelas características físicas e não religiosas, geográficas, lingüísticas ou culturais. Por isso, os judeus não seriam uma raça, sendo mais adequado se falar em “povo judeu”. Com esta conclusão, determina que “não se pode qualificar o crime por discriminação pelo qual foi condenado o ora paciente como delito de racismo, e, assim, imprescritível a pretensão punitiva do Estado”, deferindo o *habeas corpus*.

O raciocínio do voto foi lógico e se ateu ao caso concreto. Diferentemente dos votos dos outros dois ministros selecionados neste trabalho, não questiona o sopesamento presente na lei do racismo. Afinal, por já existir essa regra, trata-se de um caso de subsunção e aplicação da lei (se for racismo, aplica-se a regra; se não, há prescrição da pretensão punitiva) e não de ponderação de direitos fundamentais.

Já o Ministro Gilmar Mendes parece ignorar o fato de existir desenvolvimento legislativo a respeito do tema. Isso porque, após longa explicação sobre o conceito de racismo, pergunta-se sobre como se articulam as condutas ou manifestações de caráter racista com a liberdade de expressão positivada no texto constitucional. Esquece o ministro que essa indagação já foi feita pelo legislador. Como Gilmar Mendes enquadrou o caso dentro do tipo penal já definido, considerando a atitude de Ellwanger

⁵⁵ Virgílio Afonso da Silva, *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*, p.120.

⁵⁶ Contudo, faz-se necessário ressaltar que há uma corrente interpretativa, chamada *originalismo*, que defende justamente o contrário, ou seja, a busca pela intenção do legislador constituinte como tarefa da interpretação constitucional. Sobre a matéria: Miguel Nogueira de Brito, “Originalismo e interpretação constitucional”, in Virgílio Afonso da Silva (org.), *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 55-113.

como prática de racismo, não há necessidade de se fazer tal pergunta. Essa discussão caberia em questionamento sobre a norma em abstrato, e não em *habeas corpus*, como já salientado anteriormente.

Como se não bastasse essa discussão desnecessária para o caso concreto, ainda invoca a regra da proporcionalidade como forma de solucionar “a tensão dialética que se coloca em face da liberdade de expressão”. Aqui, parece de forma mais clara que o ministro está fazendo um controle de constitucionalidade e não aplicando a lei à situação presente.⁵⁷

Mesmo considerando não apropriado utilizar a proporcionalidade neste caso, cabe analisar se esse recurso foi desenvolvido de maneira adequada, pois um dos objetivos deste trabalho é averiguar o rigor argumentativo dos ministros. Parece-me que, neste voto, Gilmar Mendes não explorou de forma razoável o recurso da proporcionalidade, o que acarreta maior subjetividade deste processo e da aplicação dos direitos fundamentais. Essa técnica pretende justamente promover maior racionalidade das decisões dos juízes para os casos em que se deve restringir um direito fundamental, em função de promover a realização de outro em colisão com aquele.⁵⁸ Porém, como a aplicação da proporcionalidade aqui apresenta um caráter meramente retórico, não procedendo ao exame de cada sub-regra de forma adequada, é difícil dizer que houve maior racionalidade na argumentação dos ministros. Um exemplo disso é que em nenhum dos dois votos analisados é feita uma comparação com outras medidas na etapa da necessidade, perdendo de certa maneira o sentido de se fazer tal exame.⁵⁹

⁵⁷ Importante ressaltar que a proporcionalidade é geralmente utilizada no controle judicial da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Sobre a matéria: Virgílio Afonso da Silva, “O proporcional e o razoável”, *Revista dos Tribunais* 798 (2002), pp. 23-50. A definição de proporcionalidade utilizada neste trabalho é a mesma de tal artigo.

⁵⁸ Em sentido contrário, principalmente em relação a última sub-regra da proporcionalidade - o sopesamento em si - alguns autores, como Bernhard Schlink, criticam a sua utilização em razão a potencial subjetividade do processo. No Brasil, há um artigo que defende idéias influenciadas por tal autor alemão: Cf. Leonardo Martins, “Proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade: problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros”, *Cadernos de Direito* 3(5) (2003): 15-45.

⁵⁹ Gilmar Mendes: “Também não há dúvida de que a decisão condenatória, tal como proferida, seja necessária, sob o pressuposto de ausência de outro meio menos gravoso e igualmente eficaz. Com efeito, em casos como esse, dificilmente vai se encontrar um meio

É possível fazer as mesmas críticas do voto do Ministro Gilmar Mendes em relação ao do Ministro Marco Aurélio. Esquece-se igualmente da existência de legislação sobre a matéria e parece fazer, de forma ainda mais evidente, declaração de inconstitucionalidade da lei que determina o racismo como crime, já que considera a liberdade de expressão mais importante do que os direitos em colisão.⁶⁰ Da mesma forma, aplica a regra da proporcionalidade de maneira retórica, conforme já mencionado anteriormente.

Após longo debate dos ministros e algumas argumentações contraditórias por parte do STF, a decisão final do tribunal foi no sentido de manter a condenação de Siegfried Ellwanger por crime de racismo, indeferindo por maioria o *habeas corpus*. A aplicação dos direitos fundamentais feita nesse caso pode ser problemática para decisões futuras, pois se tratava de aplicação mediata e a maioria dos ministros simplesmente ignorou a ponderação do legislador, em uma tentativa de corrigi-la com base em suas próprias ponderações. Conforme já foi salientado no tópico 2.2.1, se há desenvolvimento legislativo de direitos fundamentais e se este desenvolvimento é compatível com a Constituição, então o juiz não poderá se sobrepor a ele - pelo menos não em *habeas corpus* - sob pena de violar os princípios democrático e da separação de poderes. Esse é o perigo presente na tentativa de aplicação imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

menos gravoso a partir da própria definição constitucional" (sem grifos no original). Da mesma maneira, Marco Aurélio: "Na hipótese, a observância desse subprincípio deixa ao Tribunal *apenas uma solução cabível, ante a impossibilidade de aplicar outro meio menos gravoso ao paciente*: conceder a ordem, garantindo o direito à liberdade de manifestação do pensamento, preservados os livros, já que a restrição a tal direito não garantirá sequer a conservação da dignidade do povo judeu" (sem grifos no original). Interessante observar que os ministros partem da mesma técnica e chegam a conclusões totalmente diferentes. Isso é possível, porém é difícil determinar qual estaria "com a razão" porque não é desenvolvida argumentação suficiente, a qual teria permitido chegar a essas conclusões.

⁶⁰ Marco Aurélio: "A par de outros enfoques já apreciados nos votos dos ministros que me antecederam, o caso denota um profundo, complexo e delicado problema de Direito Constitucional, e daí o tom paradigmático deste julgamento: estamos diante de um problema de eficácia de direitos fundamentais e da melhor prática de ponderação dos valores, o que, por óbvio, força este Tribunal, guardião da Constituição, a enfrentar a questão da forma como se espera de uma Suprema Corte. Refiro-me ao intrincado problema da *colisão entre os princípios da liberdade de expressão e da proteção à dignidade do povo judeu*. Há de definir-se se a melhor ponderação dos valores em jogo conduz à limitação da liberdade de expressão pela alegada prática de um discurso preconceituoso atentatório à dignidade de uma comunidade de pessoas ou se, ao contrário, deve prevalecer tal liberdade. Essa é a *verdadeira questão constitucional* que o caso revela" (sem grifos no original).

3.2.1.3. Caso "O Globo" X Garotinho - Pet 2.702-7/RJ

Este caso foi considerado pelo STF como um atípico conflito entre particulares porque, conforme se verá a seguir, uma das partes - o Garotinho - foi tratado como pessoa pública pois, quando da denúncia feita por reportagem no jornal "O Globo", era governador do Estado do Rio de Janeiro. Contudo, tal fato não faz com que o então governador deixe de ser pessoa privada e, sobretudo, titular de direitos fundamentais. Por isso, é possível aproveitar alguns argumentos apresentados nesse acórdão para extrair opinião do STF em relação à colisão entre liberdade de imprensa e de informação, de um lado, e direitos da personalidade, de outro.

Esta colisão de direitos foi estabelecida neste caso em razão de reportagem do jornal "O Globo", sob o título "Garotinho sabia do suborno", na qual se noticiara o seguinte: "conversas gravadas em 1995 mostram que o governador Anthony Garotinho (PSB) participou de operação de suborno do auditor fiscal da Receita Federal M.P.A, responsável pela aprovação dos sorteios feitos pelo programa 'Show do Garotinho', que foi ao ar naquele ano pela Rádio Tupi e pela TV Bandeirantes".

Por isso, Garotinho impetrou ação invocando o art. 5º, X (inviolabilidade da intimidade, da vida privada e da honra das pessoas) e XII (inviolabilidade das comunicações telefônicas), da Constituição, art. 10 da Lei 9296/96 (crime de interceptação telefônica não autorizada); e 151, § 10, II, do Código Penal (crime de violação de correspondência). Seu pedido consistia na determinação da imediata apreensão de todas as fitas e gravações mencionadas na matéria e na intimação dos suplicados para que se abstivessem de veicular publicamente, perante a imprensa escrita e falada, quaisquer gravações ou fitas, ou ainda transcrições ou escritos, relativos à interceptação de ligações telefônicas do suplicante. Obteve decisão favorável na primeira instância, sendo a liminar deferida em parte, somente para determinar que se abstivessem de veicular publicamente as gravações.

Em reação a esta decisão, a empresa Infoglobo impetrou agravo no TJ-RJ, ao qual foi negado provimento, com base no argumento de que a “liberdade de imprensa e direito à informação não são absolutos, submetendo-se ao necessário respeito ao direito de inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, previsto no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal e da inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, prevista no inciso XII do mesmo artigo”.

Em conseqüência, impetrou-se RE, com fundamento “na contrariedade do art. 5º, IX, XIII e XIV e do art. 220 e 1º e 2º da Constituição”. Alega-se defesa a liberdade de informar, que não pode ser atingida por qualquer tipo de censura. Afirma-se também que “o ofendido sempre terá meios de responsabilizar aquele que cometer eventual abuso, mas não se pode retirar da imprensa o direito de exercer sua atividade principal, que é a de informar.”

Após esses argumentos, de caráter mais genérico, é trazida importante observação referente ao caso concreto: as gravações envolvem pessoa pública, o então Governador do Rio de Janeiro, que, além disso, era declaradamente pré-candidato à Presidência da República. Desta maneira, seu direito à privacidade inegavelmente sofreria grande limitação. As gravações, além de envolverem, como visto, pessoa pública, referem-se a fatos que interessam à população, na medida em que certamente podem contribuir para o conhecimento de fatos daquele que exerce importante função pública, foi eleito pelo povo e pretende se candidatar ao mais importante cargo eletivo da nação. Ou seja, em razão da natureza da pessoa denunciada na reportagem e do contexto de período eleitoral, o direito à informação assume maior relevância do que o resguardo dos direitos da personalidade de Garotinho.

O Ministro Relator Sepúlveda Pertence caracteriza a situação como uma tensão dialética entre liberdade de informação e direitos da personalidade. Trata-se de questão de ponderação de interesses, técnica de solução da colisão entre princípios e garantias constitucionais. Contudo, adiciona novo argumento ao seu raciocínio, o qual muda o desenvolvimento

do seu voto: há, no caso, crime de violação de sigilo. A garantia constitucional do sigilo telefônico (art. 5º, XII) independe do conteúdo da mensagem transmitida e não tem seu alcance limitado ao resguardo das esferas de intimidade ou da privacidade dos interlocutores. Por isso, conclui: “desse modo - diversamente do que sucede nas hipóteses normais de confronto entre a liberdade de informação e os direitos da personalidade - no âmbito da proteção ao sigilo das comunicações, não há como emprestar peso relevante, na ponderação entre os direitos fundamentais colidentes, ao interesse público no conteúdo das mensagens veiculadas, nem à notoriedade ou ao protagonismo político ou social dos interlocutores”. Parece que o ministro estabelece um certo caráter absoluto do direito ao sigilo, pois lhe concede um peso maior do que outros princípios em qualquer situação.

Já o Ministro Gilmar Mendes afirma tratar-se de caso de colisão complexa, pois envolve a consideração sobre a própria inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas. Por isso, conclui que não é possível atender pedido de tutela antecipada nesta situação, acompanhando o relator.

O único ministro que foi favorável a liberdade de informação foi Marco Aurélio. O ministro defende que o conflito presente é aparente, pois a Constituição conferiu ênfase maior ao direito-dever de informar. Isso porque, no inciso V do art. 5º, há o direito de resposta, que deve ser proporcional à ofensa. Também é garantida a indenização por dano material, moral ou à imagem (inciso X). Assim, não pode haver controle prévio, já que a própria Constituição estabeleceu mecanismos *a posteriori* com o intuito de sanar eventuais danos decorrentes do exercício exorbitante da liberdade de informar.

Além disso, afirma que “os conflitos entre liberdade de informação e os direitos de personalidade serão resolvidos em favor do interesse público visado pela informação”. Esse direito à informação deverá ser colocado em primeiro plano sempre que visar interesse coletivo, em oposição ao interesse individual de pessoa relativo à proteção de seus direitos da

personalidade. Desse modo, o ministro diverge do relator e defere a liminar pleiteada.

A decisão final do tribunal foi a de indeferir o pedido devido à necessária proteção do sigilo das comunicações, vencido o Ministro Marco Aurélio. Apesar deste caso ter sido resolvido desta maneira, é possível retirar alguns argumentos importantes que poderiam ser aplicados em casos semelhantes. A liberdade de informação apresenta-se como um direito a ser exercido em favor do interesse público. No caso de se ponderar tal direito conjuntamente com direitos de personalidade, faz-se necessário observar o seguinte critério: a informação é relevante ao interesse público? Se assim for, acredita-se que deverá prevalecer este direito. Entretanto, se a informação diz respeito a matéria estritamente pessoal, não sendo relevante o seu conhecimento pela sociedade, há de se preservar direitos como privacidade, imagem, honra e intimidade.

3.3. Direito de defesa e autonomia das associações

Ao tema da autonomia das associações e direito de defesa corresponde o principal caso que vem sendo mencionado ao longo deste trabalho: o RE 201.819/RJ, recurso de um associado da União Brasileira de Compositores - UBC, o qual foi excluído do quadro desta sociedade sem direito de defesa, em virtude de não ter tido a oportunidade de refutar o ato que resultara na sua expulsão.

Além desse acórdão, foram encontrados mais alguns casos a respeito do tema. Um deles foi citado como precedente no voto do Ministro Gilmar Mendes no recurso extraordinário em questão: trata-se do RE 158.215-4/RS, também examinado nos principais trabalhos nacionais que cuidam da vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.⁶¹ Outras decisões sobre exclusão de sócio e direito de defesa foram procuradas no site do STF e esse acórdão foi encontrado em diversas buscas feitas.

As expressões utilizadas para essa nova busca no site do tribunal foram "exclusão adj4 sócio e defesa"⁶², "exclusão e ampla adj2 defesa"⁶³ e "exclusão e ampla adj2 defesa nao policia\$"⁶⁴. Essa busca foi feita primeiramente em setembro de 2006 e foram selecionados dois acórdãos de acordo com o proposto neste tópico: AI-AgR 346.501/SP e RE 158.215/RS. A busca foi refeita em novembro e finalmente foi possível encontrar, dentro do sítio do STF, o acórdão tão procurado: o RE 201.819/RJ foi publicado na íntegra em 27 de outubro de 2006, sendo que todas as buscas procedidas pelo trabalho tinham sido realizadas no período do mês de setembro do mesmo ano. Assim, pretende-se aqui analisar por

⁶¹ Cf. Daniel Sarmiento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 250-251, Virgílio Afonso da Silva, *A constitucionalização do direito*, p. 93 e Jane Reis Gonçalves Pereira, *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, p. 484.

⁶² Na última busca realizada (7/11/2006), conforme se explicará a seguir, foram encontrados 4 acórdãos, sendo 1 utilizado (RE 201.819/RJ).

⁶³ 49 acórdãos encontrados, 3 utilizados (RE 201.819/RJ, AI-AgR 346.501/SP, RE 158.215 / RS).

⁶⁴ Foram utilizadas essas expressões porque muitos acórdãos que apareceram na busca anterior se referiam a expulsão de policiais, caso que não corresponde ao objeto de trabalho. 25 acórdãos encontrados, 3 utilizados (RE 201.819/RJ, AI-AgR 346.501/SP, RE 158.215 / RS).

completo o “caso paradigmático”, comparando decisões da mesma matéria que foram anteriormente apreciadas pelo tribunal.

3.3.1 Caso Exclusão de sócio - RE 158.215-4/RS

Alguns associados da Cooperativa Mista São Luiz foram excluídos sem a observância das regras estatutárias alusivas à defesa. Segundo o acórdão impugnado pelo recurso, tal conduta foi justificada pelo fato dos sócios terem levado a questão de conflito entre eles e a Cooperativa ao foro externo, via imprensa, com veiculação radiofônica, exigindo que a Assembléia Geral os julgasse pelos acontecimentos que relataram no comunicado. Foi decidido pela instância inferior que a deliberação da Assembléia, feita sem a obediência aos Estatutos Sociais, teria resultado do próprio procedimento adotado pelos Recorrentes - a divulgação pela imprensa, que foi considerada um desafio à Cooperativa. Assim, a expulsão dos sócios teria sido a consequência deste comportamento, afastando a incidência do direito de defesa.

Nos embargos declaratórios, afirmou-se do mesmo modo que “embora descumprida a norma estatutária atinente à exclusão de associado, harmônica com o preceito constitucional, a Assembléia da Cooperativa nada mais fez do que atender à proposta publicamente lançada pelos recorrentes, excluindo-os da sociedade, *alternativa por eles mesmos aventada*. Tal aspecto estaria a afastar a possibilidade de se cogitar de vulneração ao inciso LV do art. 5º da CF”.⁶⁵ Em reação a essas decisões, impetrou-se recurso extraordinário, com a alegação principal de ofensa à garantia da ampla defesa.

Esse caso poderia ter sido encarado como um conflito comum de direito privado, referente ao descumprimento de normas estabelecidas pelo estatuto social da cooperativa. Porém, em decorrência das decisões das instâncias inferiores contra os associados, a questão acabou se transformando em caso envolvendo direitos fundamentais e, assim, houve a

⁶⁵ Sem grifos no original.

possibilidade do conflito ser apreciado no STF por meio de recurso extraordinário.⁶⁶

Nesse sentido, afirma o Ministro Relator Marco Aurélio: "A garantia da ampla defesa está insculpida em preceito de ordem pública. Pouco importa que os agravantes tenham lançado, pelos veículos de comunicação, um repto à assembléia geral, como que desafiando-a a excluí-los. Esta é a premissa que torna ponderável o pedido de processamento do extraordinário".

Portanto, o ministro identifica a incidência de forma direta da garantia da ampla defesa nessa situação. Isso se torna claro quando analisa o principal argumento da decisão das instâncias inferiores, que não consideraram tal garantia, devido ao suposto desafio lançado pelos recorrentes: "A exaltação de ânimos não é molde a afastar a *incidência do preceito constitucional* assegurado da plenitude da defesa nos processos em geral".⁶⁷ Incumbia, neste caso, à cooperativa dar aos acusados a oportunidade de defenderem-se e não excluí-los sumariamente do quadro da sociedade.

É possível concluir por meio da análise desse caso que o STF identificou um direito subjetivo dos associados expulsos de serem reintegrados à cooperativa e serem julgados mais uma vez, respeitando-se o direito à ampla defesa. Isso evidencia uma aplicação direta dos direitos fundamentais pelo STF, ainda que feita de modo implícito. Como foi exposto anteriormente neste trabalho,⁶⁸ dizer que esses direitos possuem eficácia imediata nas relações privadas significa que os direitos fundamentais conferem, diretamente, direitos subjetivos aos particulares nas relações entre si, independentemente do material normativo infraconstitucional existente - ou mesmo independente de contrato ou estatuto de associação, como no caso presente.

⁶⁶ Cf. Virgílio Afonso da Silva, *A constitucionalização do direito*, p. 93.

⁶⁷ Sem grifos no original.

⁶⁸ Cf. Tópico 2.2.1. Eficácia imediata.

Interessante observar como o RE 158.215-4/RS foi encarado como precedente do RE 201.819/RJ no voto do Ministro Gilmar Mendes: fala-se expressamente que foi caso de aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, sendo que, na verdade, a vinculação ocorreu de maneira implícita, não houve a identificação do conflito como Gilmar Mendes faz em seu voto. Também cita um trecho de obra doutrinária de Paulo Gustavo Gonet Branco, que afirma em relação ao caso: “a decisão tomou como indiscutível que há normas de direitos fundamentais que incidem diretamente sobre as relações entre pessoas privadas”. Parece um tanto precipitado afirmar que “a decisão tomou como indiscutível” tal fato, já que, como foi mencionado, não houve distinção do conflito como um caso entre particulares, aplicando-se preceito constitucional sem maiores questionamentos por parte dos ministros.

3.3.2. AgR AI 346.501-4/SP

Trata-se de caso semelhante ao acórdão anteriormente analisado, com a diferença que, no presente agravo regimental no agravo de instrumento, a impetrante é a cooperativa. Do mesmo modo do RE 158.215-4/RS - citado, inclusive, como precedente nesta decisão -, houve exclusão de cooperado, penalidade imposta sem a observância do procedimento previsto nos estatutos sociais da cooperativa. Nos acórdãos das instâncias inferiores, foi decidido com fundamento na violação do devido processo legal, com afetação dos princípios do contraditório e da ampla defesa. No agravo, a cooperativa apresenta novos argumentos: as decisões a favor do sócio violariam o art. 5º, XVIII da Constituição Federal, pois não seria admissível a “interferência estatal no seio da Cooperativa embargante, no que se diz respeito ao processo administrativo em questão, especialmente em não havendo, de forma alguma, nenhuma ilegalidade no procedido, visto que toda a forma prescrita em estatuto foi regularmente seguida”.⁶⁹ Pode-se concluir que o pedido da cooperativa foi pela não aplicação dos direitos fundamentais - direito à ampla defesa, contraditório e

⁶⁹ Art. 5º, XVIII, CF: “A criação de associações e, na forma de lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento”.

devido processo legal, no caso - nas relações entre particulares - cooperativa e associados.

O STF decidiu da seguinte forma no agravo de instrumento: “O dispositivo constitucional invocado – relativo à liberdade de criação e à autonomia de funcionamento de associações e cooperativas – não afasta o fundamento de inobservância dos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal (art. 5º, LIV e LV)”. Da mesma forma como foi decidido no RE 158.215-4/RS, o STF entendeu, ainda que de forma não expressa, se tratar de caso de incidência imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, pois invocou a aplicação direta do preceito constitucional.

O Ministro Relator Sepúlveda Pertence termina a questão negando provimento ao agravo regimental, já que este não atacou diretamente os motivos pelos quais o ministro negou seguimento ao recurso extraordinário (decisão agravada).

3.3.3. RE 201.819/RJ - “O Caso UBC”

Trata-se do caso paradigmático e ponto de partida deste trabalho, já que foi por meio desta decisão que a discussão sobre o tema da vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares adquiriu relevância maior no cenário nacional. Isso porque foi a primeira vez que o Supremo Tribunal Federal admitiu e fez a distinção expressa de que se tratava de caso envolvendo conflito de direitos entre particulares. Está na ementa: “eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas”.

É curioso observar que se trata do primeiro caso em que se fala expressamente do tema, sendo que a preocupação com a eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada transformou-se em tema-paradigma do Direito Constitucional nas décadas de 50/60, principalmente por influência da doutrina alemã.⁷⁰ Contudo, tal discussão é recente no

⁷⁰ A primeira decisão que se tem notícia sobre o tema é de 15 de janeiro de 1958, conhecida como “o caso *Lüth*”. Foi a primeira vez que o Tribunal Constitucional Alemão

Brasil - e esse foi um dos únicos motivos encontrados para justificar o porquê dos ministros nunca terem abordado expressamente o tema em decisões anteriores a esta.⁷¹

Um breve relato do caso demonstra que a situação é bastante semelhante a dos acórdãos anteriormente analisados: Sócio da União Brasileira de Compositores (UBC) foi excluído sem ter a oportunidade de se defender e realizar possíveis provas em seu favor. Tendo em vista esse fato, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ-RJ) decidiu pela anulação da punição e reintegração do associado, acolhendo o argumento de violação do direito à ampla defesa.

Em reação da decisão do TJ-RJ, a UBC impetrou recurso extraordinário alegando que é inaplicável ao caso o princípio da ampla defesa, pois não se trata de órgão da administração pública, mas de entidade de direito privado - sociedade civil - dotada de estatutos e atos regimentais próprios, que disciplinam seu relacionamento com o sócio.

3.3.3.1. Argumentação dos ministros

Os ministros dividiram-se entre duas principais correntes argumentativas. A primeira, representada pelo voto da Ministra Relatora Ellen Gracie e seguida pelo Ministro Carlos Velloso, acredita não se tratar de questão constitucional, devendo o conflito ser resolvido com base apenas no

julgar um conflito entre particulares identificando expressamente tal fato. A maioria dos trabalhos doutrinários sobre o assunto cita esse caso, inclusive o de Gilmar Mendes, tanto no seu artigo sobre o tema - "Direitos fundamentais: Eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas - Análise da jurisprudência da corte constitucional alemã", in Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2. ed., São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999: 211-229 - quanto no voto do RE 201.819/RJ. É possível ler parte da decisão do caso *Lüth* traduzida para o português em: Leonardo Martins, *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005, pp. 381-395.

⁷¹ Conforme ressalta Virgílio Afonso da Silva: "No Brasil, contudo, com exceção de alguns artigos esparsos, o tema não havia ainda sido objeto de monografias mais extensas até a publicação, em 2004, das obras de [Daniel] Sarmiento [*Direitos fundamentais e relações privadas*] e [Wilson] Steinmetz [*A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*]. Cf. "Direitos fundamentais e relações entre particulares", *Revista Direito GV* 1 (2005), p. 174. No mesmo sentido, Luís Roberto Barroso cita em artigo os trabalhos nacionais sobre o tema, sendo todos publicados a partir de 2003. Cf. "Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito", *RDA* 240 (2005), p. 27.

estatuto social da UBC e da legislação civil em vigor. Para esta corrente, não há espaço para se invocar o direito à ampla defesa no caso presente. Já a segunda argumentação desenvolvida no acórdão, representada pelos Ministros Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa e Celso de Mello, identifica o caso como uma “situação típica da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas”.

A argumentação da ministra relatora consiste basicamente em afirmar que as regras estabelecidas no estatuto da associação foram integralmente obedecidas no processo de exclusão do sócio. Além disso, por se tratar de controvérsia envolvendo a exclusão de sócio de entidade privada, deve ser resolvida a partir dessas regras e da legislação civil em vigor, não devendo ser essas normas afastadas pelo princípio da ampla defesa como fez o TJ-RJ. Deste modo, conhece o recurso e lhe dá provimento.

O voto do Ministro Gilmar Mendes representa o início da contra-argumentação do caso, que, no final, foi vencedora. Começa pedindo vista dos autos pois “é realmente um caso raro”, “é situação típica da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas”. Aqui é possível apontar uma certa contradição no desenvolvimento do voto: há citações de precedentes do tribunal e fala-se em um “histórico identificável de uma jurisdição constitucional voltada para a aplicação desses direitos às relações privadas”. Como foi possível observar, Gilmar Mendes conhecia o tema anteriormente, pois já havia escrito artigo sobre o assunto em 1999 e feito conferências, citadas no próprio voto, em 1994 e 1996. Por que somente agora se resolveu tratar da questão expressamente? Parece que as afirmações citadas são um tanto retóricas e possuem o claro intuito de tornar o conflito entre UBC e sócio um caso paradigmático da jurisprudência do tribunal.

Tal suspeita é de certa forma confirmada no decorrer do voto: a primeira e longa parte de sua argumentação consiste em considerações teóricas a respeito do tema, o que poderá servir claramente como precedente em futuras decisões nas quais se pretenda alegar eficácia dos

direitos fundamentais nas relações privadas. Gilmar Mendes volta às origens da questão para explicar a vinculação desses direitos, relatando o surgimento da discussão nas décadas de 50/60 na Alemanha e citando os principais doutrinadores que cuidam do tema, como Hans Carl Nipperdey, Günter Dürig, Konrad Hesse, Jürgen Schwabe, entre outros. Faz ainda uma explicação da aplicação mediata e imediata dos direitos fundamentais, apontando os prós e os contras de cada teoria.

Além disso, cita diversos casos do Tribunal Constitucional Alemão, os quais não possuem direta relação com o caso concreto. Procura descrever a orientação deste tribunal, que é pela aplicação indireta dos direitos fundamentais. Diz que, segundo esse entendimento, “compete, em primeira linha, ao legislador, a tarefa de realizar ou concretizar os direitos fundamentais no âmbito das relações privadas”, atuando o juiz subsidiariamente à atividade legislativa. Aqui, entende-se também que a ordem de valores formulada pelos direitos fundamentais deve ser fortemente considerada na interpretação do direito privado.

O ministro, porém, critica tal orientação com base em uma ordem valorativa. O maior problema seria “a incerteza quanto aos critérios de ponderação e a existência de múltiplos critérios que quase permitiriam afirmar que uma orientação pelos valores básicos poderia fundamentar qualquer decisão”. Interessante observar que, nessa passagem do voto, reclama-se uma argumentação fundamentada para decidir a colisão de direitos fundamentais. Contudo, em acórdãos anteriores da corte, os ministros decidiram da mesma forma como se critica aqui. O maior exemplo disso é o já analisado HC 82.424-2/RS, o caso Ellwanger, no qual há explicação dos critérios de ponderação a serem seguidos mas, na aplicação ao caso concreto, a argumentação se revela inadequada.⁷²

Após todas as explicações doutrinárias, Gilmar Mendes cita os precedentes do tribunal em relação à aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Embora não exista uma análise mais detalhada dos precedentes (há principalmente transcrições de ementas),

⁷² Cf. Tópico 3.2.1.2.1. Argumentação dos ministros (Caso Ellwanger).

conclui que a jurisprudência brasileira vem aplicando diretamente esses direitos na resolução de litígios privados. Termina essa longa primeira parte do voto da seguinte maneira: “Não estou preocupado em discutir no atual momento qual a forma geral de aplicabilidade dos direitos fundamentais que a jurisprudência desta Corte professa para regular as relações entre particulares. Tenho a preocupação de, tão-somente, ressaltar que o *Supremo Tribunal Federal já possui histórico identificável* de uma jurisdição constitucional voltada para a aplicação desses direitos às relações privadas”, e passa a analisar as peculiaridades do caso concreto.

Interessante observar a quebra na argumentação do ministro, o que ressalta o caráter de “paradigma” que quis passar ao caso. Até aquele momento, apenas explicações doutrinárias tinham sido feitas. Após discutir as diversas posições sobre o tema, Gilmar Mendes termina desvalorizando toda a discussão desenvolvida anteriormente, pois alega que não está preocupado em traçar a forma geral da aplicabilidade desses direitos que é adotada pelo STF, sendo que parecia justamente o contrário.

Em relação ao caso concreto, há alguns comentários relevantes: a UBC é repassadora do numerário arrecadado pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD), que representa relevante papel no âmbito do sistema brasileiro de proteção aos direitos autorais, segundo a ADI 2.054/DF.⁷³ A associação que se recusa a filiar-se ao ECAD arca com a consequência grave de não participar da gestão coletiva de arrecadação e distribuição de direitos autorais. Deste modo, a exclusão do sócio da UBC onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras.

No mesmo sentido, afirma-se: “ao restringir as possibilidades de defesa do recorrido, a UBC assume posição privilegiada para determinar, preponderantemente, a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de

⁷³ O ministro também destaca, segundo a ADI 2.054/DF, a singular situação da entidade associativa, integrante do sistema ECAD, “que exerce uma atividade essencial na cobrança de direitos autorais, que poderia até configurar um serviço público por delegação legislativa” (grifos no original).

seu associado”. “Essa realidade deve ser enfatizada principalmente porque, para os casos em que o único meio de subsistência dos associados seja a percepção dos valores pecuniários relativos aos direitos autorais que derivem de suas composições, a vedação das garantias constitucionais de defesa pode acabar por lhes restringir a própria liberdade de exercício profissional”. E conclui-se: “Logo, as penalidades impostas pela recorrente ao recorrido, extrapolam, em muito, a liberdade do direito de associação e, sobretudo, o de defesa. Conclusivamente, é imperiosa a observância das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF)”.

Observa-se, nestas passagens do voto, que o ministro atentou-se a dois fatores importantes que vêm sendo salientados ao longo do trabalho: o aspecto econômico presente na relação entre particulares e a desigualdade fática do caso concreto, que limita as liberdades dos sujeitos privados - aqui, é apontada a própria liberdade de exercício profissional.

Além disso, cita um precedente da Suprema Corte americana que tem grande pertinência com o caso concreto: nessa decisão, é feita distinção entre “as sociedades voltadas para *expressar* um ponto de vista — religioso ou ideológico — e outras, de cunho comercial, *nonexpressive*. Naquelas, a interferência de outros interesses sobre a sua estrutura e gestão teria admissibilidade consideravelmente mais restrita”. Tal entendimento parece ser semelhante a divisão proposta por Daniel Sarmiento e seguida nesse trabalho, entre liberdades existenciais e econômicas.

A razão de decidir do voto encontra-se justamente nesta distinção, como é possível visualizar por meio desse trecho: “Assim, as *associações* que detêm *posição dominante na vida social ou econômica* ou que exercem funções de representação de interesses *gozam de uma liberdade mais restrita* na fixação das causas de sanção e na imposição das mesmas”. Ao contrário das entidades que promovem fins ideológicos, pois estas “integram o núcleo essencial da autonomia privada coletiva: as resoluções das associações religiosas ou de pessoas que compartilham um certo ideário

ou uma ou outra concepção do mundo não estão, no fundamental, sujeitas a controle judicial. Nas entidades de fins associativos *predominantemente econômicos*, a expulsão seria revisável em consideração ao dano patrimonial que pode causar ao excluído”.⁷⁴

Conclui-se, assim, pela aplicabilidade dos direitos fundamentais - o direito de defesa - devido as peculiaridades do caso concreto, divergindo da ministra relatora. Nesse sentido, pergunta-se: qual é a finalidade de fazer grandes exposições doutrinárias no voto se a razão de decidir está nas peculiaridades do caso? O problema para o qual aqui se chama atenção não é o de fazer considerações teóricas sobre o tema do acórdão e sim a função de cada argumento para o voto. Parece-me que, nesta decisão, a longa análise teórica ficou um tanto sem pertinência, devido às peculiaridades que foram consideradas no final. Mais uma vez, salienta-se uma intenção de tornar este conflito “o paradigma da aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares” pelo STF e não somente decidir mais um caso.

Após o voto do Ministro Gilmar Mendes, há a confirmação de voto de Ellen Gracie. A relatora discorda da fundamentação referente ao prejuízo econômico ou impedimento de recebimento de direitos autorais pelo membro excluído, que poderia recebê-los diretamente do ECAD. Além disso, reafirma o caráter privado da UBC, que, por isso, deve ser regida por norma estatutária, que teria sido respeitada no caso. Assim, mantém o voto anteriormente proferido.

O voto seguinte é o de Joaquim Barbosa, que concorda com a argumentação desenvolvida por Gilmar Mendes. Da mesma maneira, acredita que os direitos fundamentais têm aplicabilidade entre particulares e faz uma importante observação: “No campo das relações privadas, a incidência das normas de direitos fundamentais *há de ser aferida caso a caso*, com parcimônia, a fim de que não se comprima em demasia a esfera de autonomia privada do indivíduo”.⁷⁵ Conforme foi salientado

⁷⁴ Sem grifos no original.

⁷⁵ Sem grifos no original.

anteriormente neste trabalho, faz-se necessário observar as peculiaridades de cada caso para decidir de forma adequada conflitos entre particulares, já que essas situações envolvem diversos direitos, cada um com características próprias.⁷⁶

Após algumas explicações gerais sobre a aplicabilidade dos direitos fundamentais e citações de doutrina, Joaquim Barbosa traça argumento no sentido de uma eficácia direta: “Em algumas áreas, a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares decorre de imposição explícita da própria Constituição federal.” E conclui, com fundamento nos princípios aplicáveis neste caso concreto: “Assim, na linha do que foi sustentado no voto divergente, e em virtude da natureza peculiar da associação em causa (que tem natureza 'quase pública'), peço vênua à ministra Ellen Gracie para dela divergir, concordando com o entendimento de que os princípios constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal no caso têm plena aplicabilidade para fins de exclusão do sócio da sociedade”.

O voto posterior é o do Ministro Carlos Velloso, que apresenta uma peculiaridade: trata-se provavelmente de voto oral, proferido no momento do julgamento no plenário, já que constitui apenas um debate entre os ministros. O seu principal argumento foi o de que o devido processo legal deve ser exercido em conformidade com a lei ou, como neste caso, em conformidade com o Estatuto da associação a que o sócio aderiu. Por isso, tratar-se-ia de questão infraconstitucional, de mera ilegalidade.

Nesse sentido, diz Velloso: “Está-se aplicando o devido processo legal e *nós sempre afastamos essa alegação* ao argumento de que o devido processo legal se exerce em conformidade com a lei. Quer dizer, a ofensa direta, se ocorrente, seria à lei. No caso, *a ofensa direta seria ao Estatuto*, o que não deixaria de ensejar a ação própria, mas *sob o ponto de vista da legalidade*. Se formos aplicar o Código Civil, ainda assim continua no campo da legalidade ou do contencioso infraconstitucional”.⁷⁷ Interessante observar que o ministro defende uma suposta posição do tribunal referente

⁷⁶ Cf. Tópico 2.1. Diferenciação: liberdades existenciais e econômicas.
⁷⁷ Sem grifos no original.

ao devido processo legal como sendo exercido, necessariamente, em conformidade com a lei. Porém, não há especificação quanto a isso, quais foram as decisões nas quais foi fixada essa posição, ou alguma súmula, por exemplo.

Durante o debate, o Ministro Joaquim Barbosa tenta convencê-lo de que se trata de situação peculiar - eficácia horizontal dos direitos fundamentais - e não de caso referente àquela posição do tribunal. Para exemplificar a situação, cita a aplicação da teoria nas relações de trabalho. Ellen Gracie afirma que o caso concreto é diferente do exemplo pois, nas relações laborais, há uma relação de subordinação. Na UBC, a pessoa se associa "porque quer" (autonomia do particular); é uma entidade que tem normas próprias, inclusive de exclusão de sócios.

Velloso relembra que a segunda turma já havia afirmado a aplicabilidade de direitos fundamentais nas relações trabalhistas no caso Air France (o ministro, inclusive, foi o relator do caso). Porém, em relação ao devido processo legal, diz que está seguindo, "com rigor, o que tem decidido o Supremo Tribunal". O maior problema dessa argumentação é que não há maiores detalhes sobre essa posição do STF. Mesmo assim, conclui julgando procedente o RE, acompanhando a ministra relatora.

O último e decisivo voto - já que a questão encontrava-se até aqui empatada - é o do Ministro Celso de Mello. Da mesma forma que Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa, identifica o caso como questão envolvendo a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Assim, concorda com o entendimento do TJ-RJ, pela aplicação desses direitos na relação privada. Segundo a sentença proferida anteriormente: "ninguém pode ser punido, mesmo em associação de caráter privado, sem que tenha tido a oportunidade de exercer o direito de defesa" e "a punição em tela foi nula de pleno direito por afrontar a Constituição Federal". Argumentos que refletem posição a favor de uma eficácia imediata dos direitos fundamentais.

Além disso, retoma os precedentes do STF na seguinte passagem: *“Impende destacar, ainda, considerados os fundamentos ora expostos, que essa visão da controvérsia pertinente à questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre particulares tem se refletido na jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, como resulta claro de decisões que esta Suprema Corte proferiu a propósito da incidência da garantia do devido processo legal nas hipóteses de exclusão de integrantes de associações e cooperativas, ou, ainda, em casos nos quais empresas estrangeiras, com sede domiciliar no Brasil, incidiram em práticas discriminatórias contra trabalhadores brasileiros, em frontal oposição ao postulado da igualdade”*.⁷⁸

Aqui é possível fazer as mesmas críticas referentes a citação de precedentes feita no voto do Ministro Gilmar Mendes: como afirmar que a questão tem se refletido na jurisprudência do tribunal, “como resulta claro de decisões”⁷⁹, se o STF sempre decidiu tais conflitos de forma implícita? Há necessidade de analisar precedentes de forma mais consistente, não apenas citando ementas, como no caso.

O ministro também afirma que a autonomia estatutária, quando se trata de matéria de poder sancionador, não é ilimitada, devendo sempre ser exercida de acordo com os preceitos de ordem pública e assegurando direitos fundamentais do sócio, como a ampla defesa. Um exemplo disso é a presença, no novo Código Civil, de alguns dispositivos - como o art. 57 e 1.085 - que proclamam expressamente “a necessária submissão das entidades civis às normas que compõem o estatuto constitucional das liberdades e garantias fundamentais, considerada a vinculação imediata dos indivíduos, em suas relações de ordem privada, aos direitos básicos assegurados pela Carta Política”.⁸⁰

Conclui, assim, que assiste no caso “a prerrogativa indisponível de ver respeitada a garantia do contraditório e da ampla defesa, [...] não

⁷⁸ Grifos no original.

⁷⁹ Casos citados por Celso de Mello: RE 158.215-4/RS, AgR AI 346.501-4/SP e RE 161.243/DF (Air France).

⁸⁰ Grifos no original.

obstante se trate de ato praticado na esfera e sob a égide de uma típica relação de ordem jurídico-privada”, negando, por fim, provimento ao recurso extraordinário.

A decisão final do tribunal foi no sentido de uma eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, apesar de a votação ter sido bem dividida: 3 votos (Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa e Celso de Mello) a favor da vinculação do direito de defesa e 2 (Ellen Gracie e Carlos Velloso) contra. Parece-me que, devido à divisão da argumentação dos ministros, não é possível encontrar uma posição consolidada do tribunal a respeito do tema por meio desse acórdão. Porém, pode ser observada a tendência de mudança da atuação do tribunal em relação a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares a partir desse julgamento, pois se decidiu, pela primeira vez, de forma expressa o conflito em questão. Esse caso provavelmente exercerá forte influência para os futuros, já que a maioria dos ministros concedeu um certo caráter de “o paradigma do STF” ao conflito entre UBC e sócio excluído.

3.4. Direitos sociais e trabalhistas entre particulares

Os direitos sociais são concebidos como direitos que geram prerrogativas para os particulares e obrigações para o Estado, sendo exigíveis judicialmente.⁸¹ Diferentemente dos direitos civis e políticos, que visam a proteger o cidadão contra o Estado, exige-se que o Estado faça algo em favor dos cidadãos no caso dos direitos sociais. Nesse sentido, torna-se difícil pensar que esses direitos vinculem particulares nas relações entre si. Se, por um lado, é possível aplicar os direitos de primeira geração entre sujeitos privados, pois estes implicam obrigações “negativas” ou de abstenções por parte do particular,⁸² assumindo a função de proteção frente a outros indivíduos, como vincular direitos sociais, se estes implicam obrigações positivas?

Os ônus equivalentes a esses direitos recaem sobre a sociedade como um todo, devendo por isto ser suportados pelo Estado, e não por qualquer agente privado em particular.⁸³ Isso porque, como não é possível conceber cada indivíduo como devedor de prestações sociais em relação a todos os outros, a vinculação direta dos particulares a direitos sociais geraria problemas insolúveis, relativos à forma de determinação do círculo de obrigados e ao alcance das respectivas obrigações em cada caso. Como obrigar um particular a fornecer educação a outro, por exemplo? Parece não ser da natureza desses direitos a sua vinculação nesse tipo de relação.

Contudo, tais conceitos se baseiam na divisão estanque de direitos de primeira geração como obrigações negativas ou omissões estatais e direitos sociais como prestações do Estado. Verifica-se, no entanto, que essa questão é mais complexa: todo direito gera um complexo de obrigações positivas e negativas, sendo que os direitos individuais podem envolver prestações positivas - por exemplo, atuação estatal no âmbito privado para

⁸¹ Cf. Victor Abramovich / Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002, p. 19.

⁸² Por exemplo: limita-se a liberdade de expressão de uma pessoa - ou melhor, se abstém de praticá-la livremente - para garantir a privacidade de outra.

⁸³ Cf. Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 290.

garantir o exercício de um direito fundamental - , da mesma forma que os direitos sociais podem abranger obrigações negativas.⁸⁴

Essa dimensão defensiva desses direitos identifica-se com a exigência de abstenção de condutas que possam lesar ou ameaçar os bens jurídicos por eles tutelados. Trata-se de uma obrigação de caráter negativo que pode vincular os particulares, e é isso que se pretende analisar no presente capítulo. De fato, é difícil alegar que a dimensão prestacional dos direitos sociais vincula particulares. Afirmar isso representaria uma grave ameaça à autonomia privada, princípio que rege todas as relações entre tais sujeitos. Porém, considerando que esses direitos também possuem uma dimensão defensiva, é possível afirmar que são oponíveis também a particulares que, por meio de sua atuação, possam atingi-los. Parece ser o caso do bem de família, que será analisado a seguir: o fiador já possui o direito à moradia efetivado, porém este direito pode ser violado por meio da atuação do particular, ao dar seu único imóvel em garantia em contrato de locação.

3.4.1. O caso do bem de família (direito à moradia)

A Lei 8.009/90, que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família, determina em seu art. 1º que “o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei”. Tal medida visa a proteger o direito à moradia, não sendo o imóvel passível de execução em fiança.

Esta lei, quando do momento da promulgação, possuía seis exceções à impenhorabilidade, dispostas no art. 3º. Contudo, a lei 8.245/91 criou mais uma situação na qual se pode penhorar o bem de família, acrescentando o seguinte dispositivo: “Art. 3º: a impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária,

⁸⁴ Cf. Victor Abramovich / Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, p. 39 e Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 292.

trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação”.

O conflito que se estabeleceu em relação a esta norma foi que, por meio da Emenda Constitucional 26/2000, o direito à moradia foi inserido expressamente no art. 6º da Constituição e tal fato gerou uma controvérsia a respeito da recepção ou não do inciso VII do art. 3º da Lei 8.009/90 pela EC 26/2000. Se o bem de família justifica a existência de sua impenhorabilidade para assegurar a moradia, que agora possui status dos direitos dispostos no art. 6º da CF (direitos sociais), seria possível criar exceções a isso? Essa questão chegou ao STF por meio de controle incidental, em recursos extraordinários nos quais particulares questionavam decisões de tribunais de instâncias inferiores que decretaram a execução do bem de família do fiador de contrato de locação, por entender ser este penhorável. Como se pode observar, trata-se de uma relação típica do direito privado, porém há a tentativa de fazer um direito fundamental - a moradia - irradiar efeitos nessa relação entre particulares. Além disso, a liberdade dos sujeitos privados presente aqui está relacionada à dimensão concernente à celebração de contratos e outros negócios jurídicos de caráter patrimonial, já que a fiança é estabelecida com a finalidade de garantir o adimplemento da obrigação do locatário. Assim, seguindo a classificação proposta no início deste trabalho, poder-se-ia dizer que este é um conflito ligado a liberdades econômicas.

Esse caso corresponde a um dos acórdãos abordados na tese de Daniel Sarmiento sobre o tema: ali, faz-se um breve exame do RE 352.940/SP, que será analisado também neste trabalho.⁸⁵ Identificada a questão da impenhorabilidade do bem de família como situação envolvendo direitos fundamentais entre particulares, partiu-se em busca de novas decisões sobre o mesmo conflito.

Na primeira busca realizada no site do STF, feita no mês de setembro de 2006, não foi possível encontrar, através da ferramenta “busca de jurisprudência”, o acórdão referido por Daniel Sarmiento. Com a expressão

⁸⁵ Cf. Daniel Sarmiento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 293.

“bem de família penhora”,⁸⁶ 3 acórdãos foram selecionados, mas todos faziam referência a outra decisão da corte que, pelo que foi possível observar, tornou-se o maior precedente para a questão: RE 407.688/SP. Tal acórdão ainda não estava disponível no site, por isso foi necessário utilizar mecanismos de busca alternativos. Um deles foi procurar notícias e informativos do STF, procedimento que foi bem-sucedido: foi possível encontrar a transcrição do voto do Ministro Carlos Velloso no RE 352.940/SP⁸⁷ e notícias do julgamento do RE 407.688/SP.⁸⁸ Outro acórdão bastante citados nas notícias é o RE 449.657/SP, relatado pelo Ministro Carlos Velloso e que também não foi encontrado na busca inicial.

Em novembro do mesmo ano, procedeu-se a uma nova busca no site do STF, com o intuito de encontrar os acórdãos já selecionados porém pendentes de publicação. Nesse espaço de tempo, o RE 407.688/SP foi disponibilizado no sítio do tribunal, sendo que a sua publicação ocorreu em 6 de outubro. Outros acórdãos sobre o tema também foram publicados, como os AgR RE 415626/SP, AgR RE 477478/SP e AgR AI 585772/RJ. Além disso, teve-se acesso ao conteúdo da decisão monocrática do RE 449.657/SP, por meio da ferramenta “Acompanhamento processual - Diário de Justiça (DJ)”. Assim, foram selecionados nove acórdãos sobre o tema, que serão analisados a seguir.

3.4.1.1. A posição inicial do STF: RE 352.940/SP e RE 449.657/SP

Os primeiros acórdãos do tribunal a respeito da penhorabilidade ou não do bem de família de fiador em contrato de locação foram proferidas, em decisões monocráticas, pelo Ministro Carlos Velloso, nos RE 352.940/SP e RE 449.657/SP. Tais recursos chegaram ao STF em reação a decisões do Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo (TAC-SP), que definiram a penhorabilidade do bem de família por não ser imediatamente aplicável a norma constitucional que inclui o direito à moradia entre os

⁸⁶ Busca feita em 17/09/2006. Acórdãos encontrados: 10. Selecionados: 3 (Em. Decl. No RE 450.471-5/SP, AgR RE 465.422-9/MG, AgR RE 439.362/SP).

⁸⁷ Informativo nº. 385.

⁸⁸ Informativo nº. 415.

direitos sociais. O principal fundamento do recurso - impetrado por fiador - foi o argumento contrário, com base no direito à moradia e sua aplicação direta na relação de direito privado. Pede-se, assim, que seja declarada a impenhorabilidade do bem de família, liberando, em consequência, o imóvel do recorrente, objeto de constrição em processo executivo.

O voto do Ministro Velloso foi muito semelhante nos dois casos, por isso serão analisados em conjunto. Sua argumentação baseou-se na alegação de que o caso de exceção à impenhorabilidade estipulado pela nova redação da Lei 8.009/90, dada pela Lei 8.245/91, fere a moradia e o princípio isonômico. Isonomia porque o fiador não possui o benefício da impenhorabilidade, enquanto o locatário sim.⁸⁹ Isso representaria um tratamento desigual para situações iguais, segundo o ministro. Com base nessa alegação, já se afirma no voto a não recepção do inciso VII do art. 3º, com redação da Lei 8.245/91, pela EC 26, de 2000.

Velloso complementa seu raciocínio com o seguinte argumento: "Essa não recepção mais se acentua diante do fato de a EC 26, de 2000, ter estampado, expressamente, no art. 6º, C.F., o direito à moradia como direito fundamental de 2ª geração, direito social. Ora, o bem de família - Lei 8.009/90, art. 1º - encontra justificativa no constituir o direito à moradia um direito fundamental que deve ser protegido e por isso mesmo encontra garantia na Constituição". Com esta alegação, parece o ministro vincular diretamente o direito à moradia às relações entre particulares, justificando a impenhorabilidade do bem de família no caso da fiança em contrato de locação. Não há maiores argumentos no voto, apenas se afirma a irradiação de efeitos do direito fundamental diretamente do preceito constitucional correspondente. Com esses dois recursos extraordinários, foi fixada a posição inicial do STF favorável a impenhorabilidade do bem de família.

⁸⁹ Este argumento não é bem desenvolvido no voto do Ministro Velloso. Porém, no RE 407.688/SP, que será analisado a seguir, o Ministro Eros Grau sustenta que a penhorabilidade do bem de família fere a isonomia porque se poderia chegar a uma situação absurda na qual "o locatário que não cumprisse a obrigação de pagar aluguéis, com o fito de poupar para pagar prestações devidas em razão da aquisição de casa própria, gozaria da proteção da impenhorabilidade", enquanto o fiador não. Como é possível visualizar, tal argumento, muito criticado pelo Ministro Peluso durante os debates do recurso, trata de hipótese limite.

3.4.1.2. A mudança de posição do STF: RE 407.688/SP

Em fevereiro de 2006, foi interposto outro recurso extraordinário a respeito da matéria, também em reação a acórdão proferido pelo antigo Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo. Com o mesmo fundamento das decisões anteriores, sustenta-se a mesma controvérsia: saber se a penhorabilidade do bem de família do fiador de contrato de locação persiste, ou não, com o advento da Emenda Constitucional 26/2000, que ampliou o art. 6º da CF, incluindo a moradia entre os direitos sociais. Necessário lembrar que tal questão foi levantada em controle difuso, sendo que a decisão se refere a um caso concreto de um fiador específico, e não controle de constitucionalidade da lei que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família.

Essa decisão representa uma mudança de posição do STF a respeito do tema: se anteriormente se sustentou a impenhorabilidade nos casos de fiança em contrato de locação, aqui se decidirá o oposto. Nesse sentido, alguns fatos parecem relevantes: os acórdãos anteriores eram decisões monocráticas do Ministro Velloso, o qual se aposentou no final de 2005. No RE 407.688/SP, o relator é o Ministro Cezar Peluso, e a decisão foi proferida pelo tribunal pleno.

3.4.1.2.1. Argumentação dos ministros

O primeiro ministro que analisou o caso foi Cezar Peluso, que teve por inconsistente o recurso. Para ele, não lhe parece sólida a alegação de que a penhora do bem de família viola o art. 6º da Constituição. Isso porque existem várias formas pelas quais podem se concretizar condições materiais de exercício do direito social à moradia, inclusive por meio do contrato de fiança, pois é através dele que se possibilita a locação de imóvel, garantindo a moradia do locatário.

Existem, por isso, duas faces da moradia em conflito, já que esse direito não se restringe ao direito à propriedade imobiliária ou direito de ser proprietário de imóvel: há o direito subjetivo do fiador ao bem de família,

mas também o direito do locatário a habitação, mesmo que por meio de contrato de aluguel. São duas modalidades do mesmo direito, em colisão entre os particulares do caso.

Nesse sentido, Peluso afirma que “um dos fatores mais agudos de retração e de dificuldades de acesso do mercado de locação predial está, por parte dos candidatos a locatários, na falta absoluta, na insuficiência ou na onerosidade de garantias contratuais licitamente exigíveis pelos proprietários ou possuidores de imóveis de aluguel”. A exceção estipulada na Lei 8.009/90 teria justamente a finalidade de facilitar a celebração desses contratos e realizar o direito à moradia dessas pessoas. Em uma espécie de “exame da necessidade”, o ministro alega que não haveria outros meios menos gravosos capazes de assegurar o pagamento forçado de todo o crédito do locador e promover o direito à moradia, além da fiança.

Também refuta o argumento relativo à violação do princípio da isonomia, já que, no caso, há “diversidade de situações factuais e de vocações normativas: a expropriabilidade do bem do fiador tende, posto que por via oblíqua, também a proteger o direito social de moradia, protegendo direito inerente à condição de locador, não um qualquer direito de crédito”. Com raciocínio baseado na defesa da moradia do locatário e não do fiador, ambos sujeitos privados, nega provimento ao RE, iniciando a mudança de posição do STF quanto à matéria.

O segundo voto proferido foi o do Ministro Eros Grau, que representou a contra-argumentação do caso. Diferentemente de Peluso, Eros Grau invoca os precedentes do tribunal, correspondentes as decisões anteriormente analisadas neste trabalho: RE 352.940/SP e RE 449.657/SP. A sua argumentação é semelhante à desenvolvida por Velloso nesses recursos citados: há afronta à isonomia e ao direito à moradia, não restando ao STF outra alternativa a não ser “aplicar a Constituição”. Ou seja: o ministro defende a aplicação direta de preceito constitucional na relação privada, afastando, em consequência, a penhorabilidade do caso. Interessante observar que a situação é identificada, neste voto, como um caso atípico de vinculação de direito social: “não há nenhuma prestação

efetiva do Estado que dependa da disponibilidade de recursos materiais, para que o preceito constitucional possa ser efetivado”.

O voto seguinte foi o do Ministro Joaquim Barbosa, que julgou a favor da penhorabilidade de bem de família em contrato de locação, porém com argumentos diferentes dos do relator. Aqui, a situação é caracterizada expressamente como colisão de direitos fundamentais entre particulares, sendo que está, “de um lado, *o direito à moradia* (art. 6º, CF), que é um direito social constitucionalmente assegurado e, em princípio, exige uma prestação do Estado; de outro, *o direito à liberdade*, em sua mais pura expressão, ou seja, a da *autonomia da vontade*, exteriorizada, no caso concreto, na faculdade que tem cada um de obrigar-se contratualmente e, por conseqüência, de suportar os ônus dessa livre manifestação de vontade”.⁹⁰ A colisão analisada neste voto não é entre as duas faces da moradia, como fez Peluso, e sim entre autonomia privada e moradia.

Após definir os direitos em jogo, Joaquim Barbosa afirma que é possível, em certas circunstâncias, um direito fundamental ser aplicado da mesma forma que na relação entre Estado-indivíduo no âmbito privado. Para sustentar sua posição, cita o RE 201.819, acórdão da exclusão de sócio da UBC que, como foi dito ao longo deste trabalho, recebeu o caráter de caso paradigmático, podendo ser facilmente invocado como precedente em outras decisões. A hipótese de mudança de atuação do STF em relação à aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares a partir do julgamento deste caso é confirmada aqui, pois novamente se identifica de forma expressa o caráter privado do conflito.

Apesar dessas considerações, o ministro considera que, no caso concreto, não há incompatibilidade do art. 3º, VII da Lei 8.009/90, inserido pela Lei 8.245/91, com o direito à moradia do art. 6º, CF, porque o fiador dispõe desse direito por vontade própria, por meio de contrato. Assim, o que deve prevalecer na colisão é a autonomia do fiador, e não seu direito à moradia. Nesse sentido: “a decisão de prestar fiança, como já disse, é *expressão da liberdade*, do direito à livre contratação. Ao fazer uso dessa

⁹⁰ Sem grifos no original.

franquia constitucional, *o cidadão, por livre e espontânea vontade*, põe em risco a incolumidade de um direito fundamental social que lhe é assegurado na Constituição. *E o faz, repito, por vontade própria*".⁹¹ Portanto, nega provimento ao recurso extraordinário.

Logo em seguida, votou o Ministro Carlos Britto, que atribuiu certo caráter absoluto ao direito à moradia: entendeu-se que, por ser uma necessidade essencial, esse direito deve se tornar indisponível, não podendo sofrer penhora por efeito de contrato de fiança. Tal conceituação parece seguir concepções jusnaturalistas de direitos fundamentais, as quais são incompatíveis com os conceitos adotados pelo presente trabalho. Dizer que esses direitos são absolutos significa que não poderiam sofrer quaisquer restrições, o que vai contra a própria idéia de princípios como mandamentos de otimização. Parece ser esta a crítica feita pelo Ministro Peluso em relação a argumentação de Carlos Britto: "Se por ato de vontade, não pode dispor do imóvel, não pode tampouco aliená-lo".

O voto posterior foi do Ministro Gilmar Mendes, que acompanhou a argumentação de Joaquim Barbosa e Peluso. Identificou, à semelhança deste, múltiplas possibilidades de execução do direito à moradia, mas definiu a colisão de princípios como fez Peluso, prevalecendo a autonomia privada no caso concreto: "E não podemos deixar de destacar e de ressaltar um princípio que, de tão elementar, nem aparece no texto constitucional: *o princípio da autonomia privada*, da autodeterminação das pessoas - é um princípio que integra a própria idéia ou direito de personalidade. Portanto, embora reconheça, no art. 6º, o direito de moradia, a criação ou a possibilidade de imposição de deveres estatais na Constituição de modos de proteção a essa faculdade desenhada no texto constitucional, não consigo vislumbrar, na concretização que lhe deu a Lei, a violação apontada [*ao direito à moradia*]"⁹² Assim, acompanha o voto do Relator.

A Ministra Ellen Gracie também acompanha o Relator, afirmando que a Constituição busca assegurar um amplo acesso à moradia, "o qual

⁹¹ Sem grifos no original.

⁹² Sem grifos no original.

pressupõe as condições necessárias à sua obtenção, seja no regime de propriedade, seja no regime de locação”. Apesar da necessária proteção à família, a ministra estabelece uma ponderação de valores sem maiores fundamentações entre esse princípio e a moradia, prevalecendo o último.

O Ministro Marco Aurélio adota, da mesma maneira, um conceito amplo de moradia em seu voto para defender a penhorabilidade do bem de família. Ainda afirma que “está em jogo a inconstitucionalidade do inciso VII do artigo 3º da Lei nº 8.009/90, com a redação imprimida pela Lei nº 8.245/91, que excluiu, no campo da legalidade, da penhora, o bem dado ante fiança concedida em contrato de locação”. No final, declara a lei constitucional.

O último voto divergente foi o do Ministro Celso de Mello, que se utiliza de argumentos semelhantes aos de Eros Grau e Carlos Britto. Da mesma forma que o primeiro, invoca como precedente a decisão monocrática proferida por Velloso no RE 352.940/SP, alegando violação ao princípio da isonomia. Também confere, como o segundo, caráter absoluto ao direito à moradia, tornando-o indisponível em relação ao particular.

Aqui, aparece interessante aparte do Ministro Gilmar Mendes referente a esse argumento: “Se, na verdade, pudéssemos adotar como premissa básica que a impenhorabilidade tem essa dimensão [*caráter absoluto do direito*], talvez devêssemos avançar para *considerar não recepcionados* - na realidade, *talvez devêssemos avançar até para considerar inconstitucional*, porque Vossa Excelência já o disse que seria a concretização do princípio da dignidade humana – *não só o inciso VII, mas todas as demais exceções*”. E termina a crítica com a seguinte ressalva: “cada uma dessas exceções [*do art. 3º da Lei 8.009/90*] contém uma valoração, uma *ponderação realizada pelo próprio legislador*”.⁹³ Aceitar um caráter absoluto da moradia seria negar qualquer possibilidade de exceção a impenhorabilidade do bem de família, não apenas a disposta no inciso VII e em exame neste recurso extraordinário. Como já foi dito, essa concepção

⁹³ Sem grifos no original.

é incompatível com a idéia de direitos fundamentais como princípios, que parece ser a defendida por Gilmar Mendes.

Outro ministro que identifica a questão a ser enfrentada como caso relacionado a eficácia horizontal dos direitos fundamentais é Sepúlveda Pertence. Segundo seu entendimento, o problema a ser enfrentado pelo STF é o de "*dar efetividade ao direito à moradia, não só com relação às prestações positivas relativas ao Estado, mas também à chamada eficácia horizontal desse direito, nas relações privadas*".⁹⁴ Cita o precedente RE 352.940/SP, mas adere a argumentação do relator, indeferindo o recurso.

O último voto desse acórdão é do Ministro Nelson Jobim. Apesar de acompanhar o relator, faz alguns comentários importantes sobre a atuação do STF neste caso: "*Nós temos de ter respeito às normas constitucionais, inclusive ao direito infra-constitucional. Essas normas não são feitas para irreais, não são feitas para mundos virtuais, mas para mundos reais*".⁹⁵ Isso porque, se fosse declarada a impenhorabilidade do bem de família no caso do inciso VII da lei em questão, a possibilidade de locações de uma série de pessoas necessitadas seria inviabilizada, pois não haveria outro meio de garantir o adimplemento contratual a não ser por meio da fiança estabelecida e, conseqüentemente, o contrato de locação não poderia ser realizado. O dano ao direito à moradia obtido seria muito maior do que ao referente aos fiadores.

A decisão final do STF foi a de negar provimento ao recurso, pois o inciso VII do art. 3º, da Lei 8.009/90, acrescentado pela Lei 8.245/91, teria sido recebido pela EC 26, de 2000. Admite-se, então, a penhorabilidade do bem de família em contrato de locação, por sete votos a favor e três dissidentes. A principal argumentação a favor da penhorabilidade foi a que definiu o conflito de direitos fundamentais do caso como sendo um conflito entre duas faces do direito à moradia - direito do fiador à sua propriedade e do locatário a habitação, por meio de contrato de aluguel. Nesse sentido, votaram Cezar Peluso, Ellen Gracie, Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence e

⁹⁴ Sem grifos no original.

⁹⁵ Sem grifos no original.

Nelson Jobim. Outros ministros também identificaram a colisão entre a autonomia privada e a moradia, como Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes.

É possível concluir a partir dessa decisão que, após o julgamento do RE 201.819/RJ, o STF está mais atento às questões ligadas ao tema da aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares. Alguns ministros afirmam expressamente que se trata de conflito característico do tema - como, por exemplo, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes e Sepúlveda - e a argumentação é melhor desenvolvida do que em casos anteriores, sem ser extremamente teórica como o voto do Ministro Gilmar Mendes no caso UBC. Interessante observar também que o critério para decidir qual face do direito à moradia deveria prevalecer foi o dar preferência ao interesse de um grupo maior de pessoas (os locatários) e que sofreriam um dano mais gravoso se limitado o seu direito a preservar a impenhorabilidade do bem de família dos fiadores. Isso representa uma certa ponderação entre direitos de sujeitos privados, dificilmente desenvolvida de forma detalhada pelo STF.

3.4.1.3. A consolidação da posição do STF - análise adicional de acórdãos

Após a decisão do RE 407.688/SP, houve uma clara mudança de posição do tribunal em relação a questão da penhorabilidade do bem de família em contrato de locação, já que se decidiu de forma oposta ao modo como o tribunal vinha julgando, conforme os RE 352.940/SP e RE 449.657/SP. Interessante observar que esta nova posição vem sendo seguida fielmente em todos os acórdãos aos quais se teve acesso por meio do site do STF e julgados após aquele recurso extraordinário.

Este é o caso do AgR RE 439.362/SP, por exemplo. Aqui, nega-se provimento ao agravo regimental pois os agravantes limitaram-se a repisar as mesmas razões expendidas no recurso extraordinário, as quais não foram acolhidas pela decisão agravada, que assim o fez fundamentada em *orientação do Plenário do STF no RE 407.688*, no sentido de que o disposto no art. 3º, VII, da Lei 8.009/90 não conflita com o princípio do direito à

moradia consagrado no art. 6º da Constituição Federal a partir da EC 26/2000.

No AgR RE 465.422-9/MG, nega-se provimento ao agravo por uma série de vícios formais. Porém, Gilmar Mendes, o relator, faz a seguinte observação ao final de sua decisão: “Outrossim, mesmo que superadas todas as questões anteriormente referidas, o apelo da agravante não encontraria tutela, porque manifestamente *contrário ao entendimento assentado no Pleno da Corte* sobre a matéria: nesse sentido, RE 407.668, Rel. Cezar Peluso, sessão de 08.02.06”.⁹⁶

No Emb. Decl. no RE 450.471-5/SP, a impetrante invoca o princípio da isonomia, além do direito à moradia, para justificar a impenhorabilidade do bem de família em contrato de locação. Afirma que esse argumento não foi analisado no julgamento do RE 407.668. Contudo, tal argumento foi apreciado neste caso e, por isso, decide Gilmar Mendes, o relator: “a agravante não conseguiu demonstrar o desacerto da decisão agravada, a qual está em consonância com a jurisprudência desta Corte no sentido da possibilidade de penhora do bem de família de fiador, sem violação ao art. 6º da Constituição Federal, conforme entendimento desta Corte no precedente citado, o RE 407.688, Pleno, Rel. Cezar Peluso, sessão de 08.02.06”.

No mesmo sentido, outras decisões alegaram o precedente do RE 407.688, justificando a penhorabilidade do bem de família em posição consolidada do tribunal: AgR no RE 415.626-1/SP, sendo o relator do caso o Ministro Lewandowski; AgR no RE 477.478-0/SP, tendo como relator o Ministro Peluso; e AI-AgR 585772/RJ, com o mesmo relator.

O Supremo Tribunal Federal estabeleceu de fato uma orientação em relação à penhorabilidade do bem de família que, conforme a análise dos casos julgados após o RE 407.688, está bem consolidada. Isso mostra uma maior coerência do tribunal, pois atenta aos precedentes e evita discussões desnecessárias. Contudo, torna-se mais difícil mudar a orientação do STF

⁹⁶ Sem grifos no original.

novamente, pois o impetrante de recurso extraordinário terá que se fundar em argumentos novos e consistentes.

Em relação ao direito à moradia nessa relação entre particulares, pode-se afirmar que a posição do tribunal é favorável à vinculação dos direitos fundamentais, porém prevalece o direito do locatário e não o do fiador. Trata-se de exercício conflitante do mesmo direito entre sujeitos privados, sendo que um foi limitado em prol da efetivação em maior grau do outro. Também é possível afirmar que, no conflito entre a autonomia do fiador e seu próprio direito à moradia, deve prevalecer a primeira, não cabendo ao tribunal limitar sua liberdade a fim de proteger o outro direito, que é atingido pela penhorabilidade do bem de família em decorrência de sua própria vontade.

3.4.2. Contrato de trabalho e autonomia privada: o caso da revista íntima

Nesse tópico, a seleção de acórdãos do STF foi feita, primeiramente, com base na ferramenta “pesquisa de jurisprudência” disponível no site do tribunal. A busca foi orientada pelas expressões “autonomia adj privada”⁹⁷ e “autonomia adj de adj vontade”⁹⁸, sendo que nenhum acórdão encontrado tinha relação com o tema específico. Por isso, partiu-se novamente dos precedentes alegados no voto do Ministro Gilmar Mendes no RE 201.819/RJ, já que um deles era ligado à autonomia privada nas relações de trabalho: o caso da revista íntima, RE 160.222/RJ.

Identificada a situação na qual direitos fundamentais de particulares seriam violados, foram procuradas outras decisões sobre o tema no site do Supremo Tribunal Federal. A busca foi feita com as seguintes expressões: “Revista adj íntima”⁹⁹, “Revista íntima”¹⁰⁰ e “Revista íntima\$”.¹⁰¹ Foram encontrados dois acórdãos referentes ao tema, que serão examinados neste tópico: RE 160.222/RJ e AgR AI 220.459-2/RJ.

⁹⁷ 2 acórdãos encontrados, nenhum selecionado.

⁹⁸ 1 acórdão encontrado, nenhum selecionado.

⁹⁹ 1 acórdão encontrado, 1 utilizado (RE 160.222/RJ).

¹⁰⁰ 2 acórdãos encontrados, 2 utilizados (RE 160.222/RJ e AgR AI 220.459-2/RJ).

¹⁰¹ 23 acórdãos encontrados, 2 utilizados (RE 160.222/RJ e AgR AI 220.459-2/RJ).

3.4.2.1. RE 160.222/RJ

As operárias das empresas “De Millus S.A.” eram submetidas a revista íntima, prevista em contrato de trabalho, sob ameaça de demissão por justa causa. Em razão disso, o diretor-presidente da empresa foi condenado em primeira instância pelo crime de constrangimento ilegal (art. 146, Código Penal)¹⁰². Porém, foi absolvido pelo Tribunal de Alçada Criminal do Rio de Janeiro (Tacrjm-RJ), que considerou a conduta decorrente de norma regulamentar de trabalho e, por isso, legal. Afirma ainda que o ato de se revistar empregadas na saída da fábrica é procedimento admitido por elas mesmas quando da assinatura do contrato de trabalho. Conclui da seguinte forma: “O contrato é lei entre as partes e a cláusula referente a revista não ofende a lei”.

Em reação a tal decisão, impetrou-se recurso extraordinário a favor das empregadas ofendidas, que sustentam que “o acórdão, ao considerar legal a revista íntima, contrariou o art. 5º, X, da CF, que estabelece a proteção do direito à intimidade e à imagem das pessoas”. Afirma-se ainda que a garantia constitucional da intimidade se reveste de algo maior neste caso, “que é a dignidade das operárias”. Assim, é possível dizer que este caso envolve a autonomia privada na sua dimensão econômico-negocial, conforme a divisão proposta por Daniel Sarmento e exposta no tópico 2.1. deste trabalho. Não se trata de mera relação existencial, pois os particulares estariam aqui renunciando - ainda que temporariamente - a direitos de personalidade não por convicções pessoais, mas devido a apenas contrato de trabalho.

O recurso foi admitido pelo STF pois se reconheceu a violação da intimidade, “o que é, na realidade, o tema constitucional *sub examen* (CF, art. 5º, X)”, discordando, deste modo, do posicionamento do Tacrjm-RJ. Como visto, tal tribunal havia considerado a revista íntima constrangimento legal, pois tinha sido imposta pelo contrato de trabalho, cujas cláusulas

¹⁰² Art. 146, CP: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa”.

foram confirmadas pelo órgão competente da Justiça do Trabalho. O entendimento que admitiu o recurso foi o de reconhecer que a garantia fundamental à privacidade tem sede constitucional, estando acima, pois, do contrato e da legislação ordinária.

Contudo, apesar de o STF ter admitido o recurso, a discussão sobre o tema ficou prejudicada no acórdão devido à alegação, por parte da empresa, de uma série de vícios formais no processo. Sepúlveda Pertence, o relator, começa seu voto examinando estas questões e constata que, neste caso, houve a consumação da prescrição superveniente ao recurso, não lhe existindo outra possibilidade além de declarar prejudicado o recurso extraordinário devido à extinção da punibilidade do fato pela prescrição da pretensão punitiva.

Nesse sentido, alega o ministro: “Lamento que a irreversibilidade do tempo corrido faça impossível enfrentar a relevante questão de direitos fundamentais da pessoa humana que o caso suscita, e que a radical contraposição de perspectivas entre a sentença e o recurso, de um lado, e o exacerbado privatismo do acórdão, de outro, tornaria fascinante”.

É difícil, por isso, afirmar se aqui teria havido aplicação direta ou indireta dos direitos fundamentais no âmbito da relação privada, ou até mesmo não-aplicação destes direitos em prol do respeito às cláusulas contratuais, como foi decidido no Tacrim-RJ. Apenas acredita-se que, se a decisão seguisse o que foi sustentado pelo tribunal no despacho que admitiu o recurso, provavelmente a argumentação seria no sentido de uma incidência direta do art. 5º, X da Constituição, aproximando-se de uma aplicação imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Interessante observar a forma como esse precedente foi utilizado por Gilmar Mendes no RE 201.819/RJ, já que o mérito do caso não pôde ser julgado. De fato, a citação do RE 160.222/RJ é feita sem maiores cuidados: está presente no voto a transcrição integral da ementa, sem nenhum comentário específico à situação e à sua utilidade como precedente para a

questão da exclusão de sócio da União Brasileira de Compositores (UBC). Apenas afirma, após inúmeras citações de doutrina sobre o tema, que “muitos desses estudos desenvolveram-se também a partir dos *positivos impulsos decorrentes das decisões proferidas por esta corte*”,¹⁰³ e logo em seguida há a transcrição dos precedentes. Como afirmar que há “positivos impulsos” por parte do STF se não foi possível julgar o mérito no caso da revista Íntima?

Nesse aspecto, embora esse não seja foco do trabalho, deve-se criticar a utilização de precedentes pelos ministros do Tribunal. A relevância da decisão citada neste caso é questionável, já que o precedente alegado não foi examinado de modo satisfatório a fim de se extrair sua razão de decidir para aplicá-la em novo acórdão. Até porque não houve no RE 160.222/RJ aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, devido à ocorrência de vício formal que impossibilitou o julgamento do mérito. Como, então, utilizar tal decisão quando o que se pretende é defender a vinculação destes direitos? Acredita-se, por isso, que, do modo como o precedente foi invocado, sua função foi meramente retórica e não faz parte da razão de decidir do voto.

3.4.2.2. AgR AI 220.459-2/RJ

Trata-se do mesmo caso do RE 160.222/RJ: as operárias das empresas “De Millus S.A.” eram submetidas a revista íntima, prevista em cláusula de contrato de trabalho, sob ameaça de demissão por justa causa. A diferença é que, no despacho em que foi negado seguimento ao agravo de instrumento, o Ministro Relator deste caso, Moreira Alves, alega a inexistência de ofensa ao art. 5º, inciso X da Constituição porque “as revistas pessoais em causa, dada a natureza dos produtos fabricados pelas ora agravadas e feitas por amostragem, não infringem, por si sós, o citado dispositivo constitucional, não dando margem a danos morais”.

Afirma ainda que “a chamada revista nos empregados de indústria do ramo da empresa apelada tem sido considerada procedimento rotineiro e,

¹⁰³ Sem grifos no original.

inclusive, *de previsão contratual*. Não deve ser rotulada de deprimente, aprioristicamente, se colocada em prática com resguardo dos atributos da dignidade da pessoa, sem constrangimentos, mas, *de modo previamente divulgado e aprovado pelo empregado da empresa*. Tal conduta, quando processada segundo os padrões éticos, com discricção, privacidade, respeitando e preservando a essência dos valores morais do ser humano, não deve ser, só por si, chamada de afrontosa ou agressiva à dignidade pessoal".¹⁰⁴

Conforme a argumentação desenvolvida neste trecho, parece que o ministro dá ênfase ao fato de existir mediação contratual entre os particulares autorizando a revista íntima, não considerando que a autonomia de vontade do empregado poderia não ser totalmente livre ou consciente quando da realização do pacto laboral. Se a situação for caracterizada por uma assimetria das partes envolvidas (empregado e empregador) e a liberdade em jogo for relacionada a questões econômicas ou negociais, faz-se necessário maior questionamento da relação, a fim de se averiguar se a desigualdade fática presente no caso concreto inviabiliza ou não o pleno exercício da autonomia privada.

No agravo regimental de agravo de instrumento, as ofendidas alegam que sofreram constrangimento com as revistas, feitas em condições aviltantes. Além disso, sustentam que os contratos de trabalho que admitiram tal procedimento seriam nulos de pleno direito por ofensa ao art. 5º, inciso X, da Constituição e que o despacho anteriormente citado não teria considerado tal fato, já que as revistas decorreram de norma interna da empresa.

Apesar de a argumentação da defesa ser no sentido de promover eficácia direta dos direitos fundamentais na relação entre empregado e empregador, a decisão do STF foi a de negar qualquer efeito. Isso porque Moreira Alves reafirma em seu voto que a revista íntima foi previamente divulgada e aprovada pelos empregados da empresa e, por isso, não é possível alegar que houve ato ofensivo à honra. Assim, a revista não

¹⁰⁴ Sem grifos no original.

infringe, por si só, os valores consagrados no dispositivo constitucional para dar margem a danos morais. A decisão final foi a de negar provimento ao agravo, por unanimidade.

3.4.3. Igualdade nas relações de trabalho: o caso Air France

Este caso é um dos mais freqüentemente citados nos trabalhos doutrinários para exemplificar a vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.¹⁰⁵ Trata-se também de um dos precedentes invocados pelo Ministro Gilmar Mendes na decisão do RE 201.819/RJ e retomado por outros ministros nos votos desse recurso.¹⁰⁶ Por isso, decidiu-se abordar tal acórdão neste trabalho, já que é dada a ele grande importância em relação ao tema.

Por se tratar de relação de trabalho e o caso ser referente a garantias trabalhistas não recebidas, considera-se que a liberdade aqui presente é a concernente à celebração de contratos e outros negócios jurídicos de caráter patrimonial. Como geralmente esse tipo de relação se caracteriza por apresentar uma desigualdade fática entre os particulares, faz-se necessário proteger - *a priori* - a parte mais fraca da relação negocial.

3.4.3.1. RE 161.243-6/DF

Empregados brasileiros da Air France não recebiam os benefícios decorrentes do Estatuto do Pessoal da Empresa devido a sua nacionalidade: o estatuto possuía aplicabilidade restrita aos empregados franceses. Por isso, o empregado Joseph Halfin impetrou reclamação trabalhista contra a companhia, para quem trabalhou durante trinta e quatro anos, objetivando a nulidade de rescisões contratuais, bem como da opção pelo FGTS e, ainda, os demais direitos amparados pela legislação trabalhista e pelo Estatuto de Pessoal da empresa francesa reclamada.

¹⁰⁵ Cf. Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 251, Virgílio Afonso da Silva, *A constitucionalização do direito*, p. 94 e Jane Reis Gonçalves Pereira, *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, p. 485.

¹⁰⁶ Por exemplo, votos dos Ministros Carlos Velloso e Celso de Mello.

A questão foi levada até o Tribunal Regional do Trabalho (TRT), que decidiu pela da inaplicabilidade, quanto ao recorrente, dos Estatutos, já que a distinção feita entre os trabalhadores é decorrente de norma regulamentar da empresa. O Tribunal Superior do Trabalho (TST) manteve a decisão. Em consequência, foi impetrado recurso extraordinário, alegando-se que o acórdão anterior havia violado a Constituição Federal, pois privilegiou determinado empregado em razão de sua nacionalidade, sem qualquer diversificação objetiva, quer seja de produtividade, quer de local de prestação de serviços ou qualquer outra. Haveria, então, neste caso, ofensa ao princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, CF).

A primeira discussão feita pelos ministros foi no sentido de definir se a questão era constitucional ou não, se se tratava de conflito restrito a aplicação de normas regulamentares da empresa, não devendo as normas constitucionais interferirem neste âmbito privado. Todos os ministros concordaram que o exame do estatuto deveria ser feito com atenção aos preceitos constitucionais e que, por isso, tendo em vista o princípio da isonomia, haveria, no recurso, prequestionamento de questão constitucional. Vencido em parte nesse debate apenas o Ministro Relator Carlos Velloso que, apesar de conhecer do RE, determinava o retorno dos autos ao TST para que ali fosse julgada a questão de mérito sobre a ofensa ao princípio da isonomia.

No mérito, todos os ministros concordaram que o critério de discriminação estabelecido pela empresa não era adequado, ferindo, assim, o princípio da isonomia disposto na Constituição.¹⁰⁷ Com esta decisão, o direito à igualdade foi aplicado de forma direta na relação de trabalho, irradiando efeitos no âmbito privado diretamente do preceito constitucional, independente de mediação legislativa. Tal medida pode ser problemática para decisões futuras pois há certo grau de generalização deste direito, sem observar as peculiaridades do caso concreto.¹⁰⁸

¹⁰⁷ Art. 5º, *caput*: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes".

¹⁰⁸ Cf. Virgílio Afonso da Silva, *A constitucionalização do direito*, p. 94.

Nesse sentido, o Ministro Carlos Velloso parte de considerações teóricas para justificar a vinculação do princípio da isonomia no caso: “a prática da igualdade está em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, tal como ensinava Aristóteles”. E complementa, conforme seu entendimento de igualdade: “a discriminação não pode ser gratuita ou fortuita. Impende que exista uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo”, ou, noutras palavras, “a lei não pode conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traços e circunstâncias peculiarizadoras de uma categoria de indivíduos se não houve adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada. (Celso Antônio Bandeira de Mello, op. cit., págs. 47/50)”.

Conclui o raciocínio observando que o fator utilizado no caso - a nacionalidade - torna a discriminação ilegítima, sob o ponto de vista constitucional, pois brasileiros e franceses exerciam as mesmas tarefas. Por isso, julga procedente o recurso já que, na situação presente, “tem-se que iguais foram tratados desigualmente, o que é ofensivo ao princípio isonômico que a Constituição consagra e que é inerente ao regime democrático e à república”.

Da mesma maneira aponta o Ministro Maurício Corrêa, porém de forma mais generalizante em relação ao preceito constitucional da igualdade: “Evidentemente, como o tom da nossa Constituição é de igualdade de tratamento, *não podendo haver desigualdade entre iguais*, razão pela qual quem aqui se instala [*a empresa francesa, no caso*] há que obedecer ao nosso ordenamento legal, máxime no que diz respeito aos ditames ordenados pela Constituição Federal. *Tanto mais que essa discriminação que foi feita não se coaduna com a razoabilidade, e muito menos não se coaduna com o ordenamento constitucional brasileiro*”.¹⁰⁹

Esse caso demonstra claramente a forma como o STF decidiu conflitos envolvendo direitos fundamentais entre particulares por algum

¹⁰⁹ Sem grifos no original.

tempo: sem maiores cuidados, de forma implícita, com argumentação um tanto superficial, no sentido que esses casos são resolvidos segundo a dicotomia “aplica-se preceito constitucional” ou “não se aplica”, ignorando a possibilidade de já existir mediação legislativa para a resolução do problema posto. Desse fato, retira-se a tendência de aplicação direta dos direitos fundamentais pelo tribunal, ainda que subentendida. Com a decisão do RE 201.819/RJ, o caso da UBC, essa tendência pode estar sendo alterada, pois parece ter ocorrido uma mudança da atuação do STF, que resolveu analisar o conflito de direitos fundamentais entre particulares de forma expressa.

Contudo, o que a análise de jurisprudência levada a cabo aqui pretende exigir é uma maior argumentação dos ministros, que justifique ou não a aplicação desses direitos no âmbito privado e não o desenvolvimento de uma tese ou modelo a respeito do tema pelo tribunal. Acredita-se que é possível solucionar conflitos como estes de maneira adequada e sem recorrer a teorias e grandes citações doutrinárias; o que se faz necessário é apresentar uma posição clara em relação ao tema, com argumentos bem fundamentados e observando as peculiaridades de cada caso concreto.

4. Conclusões: Panorama geral da visão do Supremo Tribunal Federal

Neste trabalho, procurou-se, por meio de uma pesquisa extensiva de acórdãos, analisar o tratamento que a questão da vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares recebe no Supremo Tribunal Federal, na tentativa de traçar uma orientação deste a respeito do tema. Com isso, buscou-se preencher uma lacuna deixada por grande parte da doutrina nacional que, apesar da existência de uma discussão razoável sobre o tema na dimensão dogmática analítica, pouco se discorreu até agora sobre a jurisprudência dos tribunais brasileiros, em especial do STF. Tendo em vista a necessidade de discussões doutrinárias desenvolverem-se conjuntamente a análises empíricas, procedeu-se a uma extensa pesquisa de decisões no site deste tribunal e, apesar das inúmeras dificuldades relatadas na parte inicial do trabalho, foram reunidos 18 acórdãos sobre o tema.¹¹⁰

Até o presente momento, as decisões foram analisadas qualitativamente, uma a uma, priorizando o exame de detalhes. O que se pretende fazer neste tópico é traçar um panorama geral dos acórdãos analisados, na tentativa de apontar qual é a orientação do STF, se esta existir. Para facilitar esse processo, foi elaborada uma tabela com perguntas objetivas referentes à vinculação dos direitos fundamentais:

| Acórdão | Houve vinculação dos direitos fundamentais entre particulares? | De que forma? | O conflito é tratado de forma expressa ou implícita? |
|--|--|---------------|--|
| Liberdade de expressão e de imprensa. | | | |
| HC 83.996/RJ | Não. Prevaleceu a liberdade de expressão/ autonomia privada. | - - - - - | Implícita. |
| HC 82.424/RS | Sim. | Direta. | Implícita. |
| Pet 2.702-7/RJ | Sim. | Direta. | Implícita. |
| Direito de defesa e autonomia das associações | | | |
| RE 158.215-4/RS | Sim. | Direta. | Implícita. |

¹¹⁰ Cf. 1.3. Metodologia.

| | | | |
|--|--|---|------------|
| AgR AI 346.501-4/SP | Sim. | Direta. | Implícita. |
| RE 201.819/RJ | Sim. | Direta. | Explícita. |
| O caso do bem de família (direito à moradia) | | | |
| RE 352.940/SP | Sim. | Direta. | Implícita. |
| RE 449.657/SP | Sim. | Direta. | Implícita. |
| RE 407.688/SP | Não em relação ao fiador (prevaleceu a autonomia privada), sim para o locatário. | Direta. | Explícita. |
| Demais acórdãos do tema (Em. Decl. No RE 450.471-5/SP, AgR RE 465.422-9/MG, AgR RE 439.362/SP, AgR RE 415626/SP, AgR RE 477478/SP, AgR AI 585772/RJ) | Seguiram a decisão do RE 407.688/SP. | - - - - - | - - - - - |
| Revista íntima | | | |
| RE 160.222/RJ | O mérito não foi julgado. | Acredita-se que, pela argumentação traçada, provavelmente seria a favor de uma vinculação direta. | Implícita. |
| AgR AI 220.459-2/RJ | Não. Prevaleceu o contrato e a autonomia privada. | - - - - - | Implícita. |
| O caso Air France (igualdade nas relações de trabalho) | | | |
| RE 161.243-6/DF | Sim. | Direta. | Implícita. |

Por meio desta tabela, foi possível observar que, geralmente, o STF vincula os direitos fundamentais nas relações entre particulares. Isso porque, dos 18 casos analisados, em apenas duas ocasiões não foram aplicados estes direitos e em outra não houve julgamento de mérito, sendo que nas outras 15 houve vinculação de alguma maneira. Tal fato confirma a hipótese inicial de que o tribunal já vinha decidindo questões entre particulares ao longo dos anos, apesar de somente com o RE 201.819/RJ (“Caso UBC”) ter identificado expressamente a situação como um conflito entre sujeitos privados.

Dessa forma, também foi confirmada a hipótese de que o STF vem decidindo esses casos de forma implícita, sem maiores cuidados e, por isso, sem fundamentação específica referente à questão. Esse foi o tratamento verificado em 10 decisões, sendo todas julgadas anteriormente ao julgamento do RE 201.819/RJ. Após esta decisão, parece realmente ter havido uma mudança de posição do tribunal em relação a isso: nos casos analisados neste trabalho e julgados posteriormente ao recurso da UBC, há identificação expressa da hipótese de vinculação dos direitos fundamentais entre particulares, como acontece no RE 407.688/SP, sobre a penhorabilidade do bem de família. Nestas novas decisões, há a preocupação de se traçar considerações teóricas sobre o tema, embora elas nem sempre possuam relação com a situação específica do caso concreto. O RE 201.819/RJ foi decidido pelos ministros de forma a se transformar no caso paradigmático da aplicação dos direitos fundamentais entre particulares e essa orientação provavelmente será seguida.

Além disso, foi possível observar que o STF geralmente vincula esses direitos de forma direta nas relações entre sujeitos privados, irradiando efeitos diretamente dos preceitos constitucionais. Isso foi observado em 15 decisões. Dificilmente o tribunal questiona a existência de mediação legislativa em relação ao conflito em julgamento, como ocorreu, por exemplo, no HC 82.424/RS, o caso Ellwanger. Conforme salientado anteriormente, tal tendência pode implicar violação dos princípios democráticos e da separação de poderes, pois a aplicação direta dos direitos fundamentais pode conceder poderes excessivos ao juiz, em detrimento do legislador. É necessário respeitar as decisões e ponderações feitas pelo legislativo, desde que estejam de acordo com a Constituição.

Outro problema decorrente da vinculação direta feita de forma implícita diz respeito ao não desenvolvimento de argumentação razoável nas decisões. Apenas aplica-se preceito constitucional, por meio de argumentos genéricos. Assim, não são feitas diferenciações nas decisões conforme os direitos em jogo, apenas aplica-se ou não o preceito constitucional. Não decidir a vinculação dos direitos fundamentais entre particulares de forma diferenciada é algo problemático, pois, como foi

salientado ao longo deste trabalho, essa questão envolve um significável número de situações, cada uma com um direito específico em jogo. Conforme salienta Bilbao Ubillos, “esta é uma questão muito complexa, com implicações teóricas e práticas, que não se presta a soluções unívocas”.¹¹¹ No julgamento do RE 201.819/RJ, no entanto, foi feita diferenciação próxima a que foi proposta neste trabalho, classificando-se as associações conforme o seu fim, seja econômico ou ideológico. Também no RE 407.688/SP procurou-se assegurar o direito à moradia da classe que seria mais prejudicada, sendo observada, assim, a desigualdade das partes. Talvez isso sinalize o início de uma mudança de comportamento do tribunal. Entretanto, casos anteriores ao RE 201.819/RJ possuem argumentação pouco desenvolvida e sem diferenciações em relação aos direitos em jogo.

Por fim, acredita-se que jurisprudência e doutrina podem caminhar em conjunto, desde que a primeira aproveite os modelos construídos pela segunda na decisão dos casos e que a segunda fique atenta à primeira a fim de se desenvolver modelos teóricos que a auxiliem. É isso que poderia ser observado em relação à vinculação dos direitos fundamentais. Porém, o que se observa atualmente são discussões doutrinárias em busca de “soluções diferenciadas”, enquanto o STF resolve essas situações por meio de argumentação superficial e pouco elaborada. Não se pretende aqui exigir que o tribunal desenvolva uma tese ou modelo específico a respeito do tema. Apenas exige-se maior argumentação por parte dos ministros, que justifique de forma razoável a aplicação ou não dos direitos fundamentais no âmbito privado, apresentando uma posição clara em relação ao tema, desde que observadas as peculiaridades de cada caso concreto.

Nesse sentido, afirma Christian Starck: “a questão da eficácia dos direitos fundamentais não pode ser respondida com o caráter geral nem em um sentido nem em outro em relação a todos os direitos fundamentais reconhecidos na Lei Fundamental a partir de uma determinada interpretação histórica; antes bem *deve se partir do conteúdo específico, da essência e da função do direito fundamental concreto*, mais exatamente das

¹¹¹ Cf. Juan Maria Bilbao Ubillos. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, p. 273.

proposições jurídicas particulares derivadas do direito fundamental em nossa comunidade atual. Esta visão do problema possibilita, mesmo com toda a sua insegurança dogmática, *alcançar uma solução razoável em cada caso concreto*".¹¹²

¹¹² Christian Starck, "Derechos fundamentales y derecho privado", p.68. Sem grifos no original.

Bibliografia citada

ABRAMOVICH, Victor / COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

BARROSO, Luís Roberto. "Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito", *RDA* 240 (2005): 1-42.

BERLIN, Isaiah. *Quatro ensaios sobre a liberdade*. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

BILBAO UBILLOS, Juan Maria. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

BRITO, Miguel Nogueira de. "Originalismo e interpretação constitucional", in Virgílio Afonso da Silva (org.), *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005: 55-113.

CANOTILHO, J.J. Gomes & MACHADO, Jónatas E. M.. *Reality Shows e liberdade de programação*. Coimbra: Editora Coimbra, 2003.

HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1995.

MARTINS, Leonardo. "Proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade: problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros", *Cadernos de Direito* 3(5) (2003): 15-45.

_____. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005: 381-395.

MENDES, Gilmar Ferreira. "A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: exclusão de sócio da União Brasileira de Compositores (RE 201.819)", *Revista da Ajuris* 100 (2005): 139-151.

_____. "Direitos fundamentais: Eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas – Análise da jurisprudência da corte constitucional alemã", in Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2. ed., São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999: 211-229.

NINO, Carlos Santiago. *La constitucion de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. "Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada", *Boletim Científico* 14 (2005): 167-217.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. "Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção", *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1 (2003): 607-630.

_____. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*, São Paulo, 2005.

_____. "O proporcional e o razoável", *Revista dos Tribunais* 798 (2002): 23-50.

_____. "Direitos fundamentais e relações entre particulares", *Revista Direito GV* 1 (2005): 173-180.

STARCK, Christian. "Derechos fundamentales y derecho privado", *Revista Española de Derecho Constitucional* 66 (2002): 65-89.

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

_____. "Princípio da proporcionalidade e atos da autonomia privada restritivos de direitos fundamentais", in Virgílio Afonso da Silva (org.), *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

Acórdãos analisados

HC 83.996/RJ
HC 82.424/RS
Pet 2.702-7/RJ
RE 158.215-4/RS
AgR AI 346.501-4/SP
RE 201.819/RJ
RE 352.940/SP
RE 449.657/SP
RE 407.688/SP

Em. Decl. No RE 450.471-5/SP
AgR RE 465.422-9/MG
AgR RE 439.362/SP
AgR RE 415626/SP
AgR RE 477478/SP
AgR AI 585772/RJ
RE 160.222/RJ
AgR AI 220.459-2/RJ
RE 161.243-6/DF