

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais no plano processual das relações privadas e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal após a Constituição Federal de 1988

Rodrigo Martins Faria*

Resumo

A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares tem tratamento variado pelos diversos ordenamentos jurídicos e teorias estrangeiras, que oscilam entre a inaplicabilidade e a aplicabilidade direta. A vanguardista Constituição Federal de 1988 adotou substancialmente a teoria dos direitos fundamentais e o paradigma da jurisdição constitucional, faces do neoconstitucionalismo, sem se pronunciar sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas. Ao Supremo Tribunal Federal, legítimo intérprete do texto constitucional, cabe a missão de apontar a exata medida e extensão de que é dotada a eficácia horizontal dos direitos fundamentais na nova ordem jurídica constitucional. Este trabalho propõe-se a refletir sobre isso, a partir do exame da jurisprudência que vem se formando no Pretório Excelso e do diagnóstico do seu enquadramento nas teorias que tratam do tema.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Eficácia horizontal. Relações entre particulares. Teorias. *State action*. Eficácia mediata. Eficácia imediata. Constituição Federal. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal.

Sumário: 1 Introdução. 2 Teorias sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. 3 A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 4 Conclusão. 5 Referências.

1 Introdução

Na transição para a era contemporânea, a ciência clássica da constituição, ou constitucionalismo liberal clássico, trouxe os contornos básicos da norma jurídica superior que deveria limitar e organizar o exercício do poder estatal: a constituição. Nessa época, buscava-se assegurar liberdades individuais e o exercício de direitos políticos, traços do Estado Liberal não intervencionista, valores reconhecidos como direitos fundamentais do homem contra o arbítrio estatal, com eficácia vertical neutralizadora da relação de subordinação entre indivíduo e Estado.

O colapso social provocado pelo triunfo do *laissez faire* reclama nova intervenção estatal, originando o

paradigma do Estado Social e, com ele, o constitucionalismo social democrático. Aqui, condições mínimas de existência são reconhecidas ao cidadão, como direitos fundamentais do cidadão, e, dependentes de eficácia direta e imediata, deflagraram as primeiras teorias sobre a força normativa da constituição.

Até então as relações entre particulares estavam restritas ao plano normativo da autonomia privada, a partir de livre manifestação de vontade, em relação horizontal de coordenação que se estabelecia entre iguais sob o manto da *pacta sunt servanda*, intangível pela regulamentação estatal. Baseava-se na idéia de que a livre determinação da vontade pelas próprias partes é o campo normativo ideal da relação privada.

Partindo da releitura do constitucionalismo liberal clássico e social democrático, o neoconstitucionalismo trouxe em seu vértice o princípio da dignidade da pessoa humana, e, com ele, novos paradigmas jurídicos para a ordem jurídica constitucional, dos quais podemos apontar, com especial destaque para nosso tema: a) o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais, com características multifuncionais, força normativa direta e exigentes de aplicação em máxima efetividade; b) a constitucionalização dos direitos, com a elevação de questões de interesse público à estatura constitucional em contrapartida à irradiação dos valores constitucionais sobre todo o ordenamento jurídico; c) a jurisdição constitucional, atribuindo-se ao Tribunal Constitucional a missão de legítimo intérprete do texto da constituição.

Com esse novo paradigma constitucional emerge a temática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares, haja vista que o desenvolvimento da sociedade contemporânea sob as bases do neoliberalismo modificou as regras do exercício do poder, desconcentrando-o do Estado para pessoas e grupos privados, com capacidade para restringir a liberdade individual (STEINMETZ, 2004, p. 85).

Para André Rufino do Vale (2004, p. 100),

[...] é fato notório que, na sociedade neocapitalista, essa igualdade formal não supõe um igualdade material, e que nela o pleno desfrute dos direitos fundamentais se encontra, em muitas ocasiões, ameaçado pela existência, na esfera privada, de centros de poder não menos importantes que os que correspondem aos órgãos públicos.

Observou-se, a partir da desigualdade fática, a possibilidade de violação de direitos fundamentais também nas relações entre particulares, e, via reflexa, da dignidade humana, seu objeto de proteção. Com isso, a intangibilidade da autonomia privada cedeu espaço à força normativa dos direitos fundamentais, agora com eficácia também horizontal.

* Graduado em Direito pela Fumec. Pós-graduado em Direito Público pela Uniderp. Assessor Jurídico do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Modernamente não há controvérsia sobre a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. O direito comparado revela Estados que tratam constitucionalmente o tema, e autores estrangeiros com teorias que traçam as diversas medidas possíveis e os necessários limites para a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

De nossa parte, a vanguardista Constituição Federal de 1988 adotou substancialmente a teoria dos direitos fundamentais e o paradigma da jurisdição constitucional, faces do neoconstitucionalismo, sem expressa alusão sobre a eficácia dos direitos fundamentais.

Não há controvérsia doutrinária ou jurisprudencial quanto à eficácia vertical direta dos direitos fundamentais, a partir da norma do artigo 5º, parágrafo 1º do Texto Constitucional (SARLET, 2007, p. 360), que vincula o Estado à estrita observância dos preceitos constitucionais, notadamente aos direitos fundamentais.

Também não se concebem dúvidas quanto à eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, haja vista a força normativa das normas constitucionais e a aplicação em máxima eficácia que elas exigem (MENDONÇA, FERREIRA, 2006, p. 68/73). Entretanto, quanto à forma e dimensão dessa eficácia, cumpre ao Supremo Tribunal Federal, legítimo interprete do texto constitucional, a missão de apontar a exata medida, alcance e extensão dos direitos fundamentais nas relações privadas, reflexão a que se propõe este trabalho, a partir do exame da jurisprudência que vem formando o Pretório Excelso na nova ordem jurídica constitucional e seu enquadramento nas diversas teorias que tratam do tema.

2 Teorias sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais

Por essencial ao desenvolvimento e compreensão do tema, passamos a expor com a necessária brevidade, as principais teorias que tratam na eficácia horizontal dos direitos fundamentais, sendo elas: a) a teoria da ineficácia horizontal direta, subdividida entre a teoria da imputação e a teoria da *state action*; b) a teoria da eficácia horizontal indireta; e c) a teoria da eficácia horizontal direta.

A teoria da ineficácia horizontal direta parte do pressuposto da inaplicabilidade. Essa corrente doutrinária é representada pela teoria alemã da imputação, em que o Estado é responsabilizado por atos privados; e pela doutrina americana das *state actions*, que define situa-

ções de equiparação dos atos privados aos estatais, caso em que é possível verificar alguma eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares. Essa teoria é dividida entre a teoria da imputação e a teoria da *state action*.

A teoria da imputação é originária da Alemanha, a partir dos estudos de Jürgen Schwabe¹, presumindo que a violação de direitos fundamentais nas relações entre particulares resulta da omissão estatal, razão pela qual as consequências da lesão devem ser imputadas ao Estado. Para Wilson Steinmetz (*op. cit.*, p. 176), “se o Estado - por meio da legislação, jurisdição e administração - não proíbe uma violação de direito fundamental entre particulares, o Estado a permite”, devendo-lhe, portanto, ser imputada a responsabilidade pela lesão.

Entre as críticas à teoria da imputação², Wilson Steinmetz observa o problema de se transferir a responsabilidade de particulares ao Estado, fomentando a lesão de direitos fundamentais nas relações privadas.

A doutrina da *state action* (ações estatais) é difundida especialmente nos Estados Unidos, e parte da equiparação dos atos privados aos atos estatais, mantendo com isso a concepção liberal de eficácia vertical dos direitos fundamentais. Modernamente, entretanto, a jurisprudência norte-americana tem empreendido interpretação extensiva à doutrina da *state action*, naqueles casos em que houver “o exercício por um sujeito aparentemente privado de uma função própria do Estado³ e a existência de contatos ou cumplicidades suficientemente significativas para implicar o Estado na conduta de um ato privado” (UBILLOS, 1997, 15/16).

A teoria da eficácia horizontal indireta (*indirekte Drittwirkung*), ou eficácia mediata (*mittelbare Drittwirkung*), também tem origem alemã, e marco histórico no julgamento do caso *Luth* (1958), pelo Tribunal Constitucional alemão (SARMENTO, 2006, p. 152), apontado Günther Durig seu principal precursor⁴.

O pressuposto dessa teoria é a preservação da autonomia privada, princípio basilar que seria aniquilado pela aplicação direta dos direitos fundamentais, desfigurando o direito privado. Para ela, os direitos fundamentais consubstanciam defesa à atuação estatal, e, como ordem objetiva de valores, não podem ser enquadrados como direitos subjetivos constitucionais, afastando eficácia nas relações privadas, conforme observou o Tribunal Constitucional alemão (*apud* Steinmetz, *op. cit.*, p. 146):

¹ Os marcos teóricos são os trabalhos do autor intitulados *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechtei* (1971) e *Probleme der Grundrechtsdogmatik* (1977).

² Entre elas autores como Klaus Stern, Claus-Wilhelm Canaris, Virgílio Afonso da Silva, Wilson Steinmetz e Ingo Wolfgang Sarlet.

³ Fala-se aqui da *public function doctrine*, vertente da *state action doctrine*, que atribui natureza estatal aos atos privados praticados por particulares no exercício de função pública ou quase-pública.

⁴ Dentre os principais adeptos dizem-se Konrad Hesse, Klaus Stern, Hans Peter Schneider, Claus-Wilhelm Canaris, Pedro Cruz Villalón, Jesús García Torres, Jesús Alfaró Aguila-Real, Carlos Alberto da Mota Pinto.

O conteúdo dos direitos fundamentais como normas objetivas se desenvolve no direito privado por meio das disposições que diretamente regem esse âmbito jurídico [...]. Uma contenda entre particulares sobre os direitos e os deveres derivados de tais normas de direito civil influídas pelos direitos fundamentais segue sendo material e processualmente uma contenda jurídico-civil: se interpreta e aplica direito civil, ainda quando sua interpretação há de seguir o direito público, a Constituição.

Aqui, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais exige mediação legislativa, através de normas infraconstitucionais, portanto a cargo do legislador, e, em caso de lacuna, da atividade concretizadora do julgador, através de interpretação de cláusulas gerais (*generalklausel*), que seriam o instrumento de irradiação dos direitos fundamentais no âmbito do direito privado, devendo ser preenchidas pelo intérprete a partir da ordem objetiva de valores que inspira o sistema jurídico, viabilizando a coexistência da autonomia privada com a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Entretanto, o Tribunal Federal do Trabalho alemão distinguiu categorias de direitos fundamentais suscetíveis de eficácia horizontal, característica que seria ditada pela veste da ordem pública (STEINMETZ, *op. cit.*, p. 166):

[...] em verdade, nem todos, mas uma série de direitos fundamentais destinam-se não apenas a garantir os direitos de liberdade em face do Estado, mas também a estabelecer as bases essenciais da vida social. Isso significa que disposições relacionadas com os direitos fundamentais devem ter aplicação direta nas relações privadas entre os indivíduos. Assim, os acordos de direito privado, os negócios e os atos jurídicos não podem contrariar aquilo que se convencionou chamar de ordem básica ou ordem pública.

José Carlos Vieira de Andrade (2008, p. 281) já observava que mesmo os adeptos da teoria da eficácia horizontal mediata admitem excepcionalmente eficácia horizontal direta aos direitos fundamentais, desde que observadas: a) a inexistência de regulamentação legislativa; b) a impossibilidade de concretização judicial dos direitos fundamentais por meio das cláusulas gerais; e c) a constatação de desigualdade fática entre os particulares integrantes da relação jurídica privada, não necessariamente econômica.

Entre as críticas, Wilson Steinmetz (*op. cit.*, p. 162) observa que as cláusulas gerais são preceitos normativos de elevado grau de indeterminação, a exemplo dos preceitos constitucionais que veiculam direitos fundamentais. Citando Habermas, demonstra o risco de que a ordem objetiva de valores, localizada no plano deontológico, seja substituída por juízos axiológicos do intérprete em ponderação de valores, colocando em risco a segurança jurídica.

Por fim, a teoria da eficácia direta (*direkte Drittwirkung*), ou eficácia imediata (*unmittelbare Drittwirkung*), precursada por Hans Carl Nipperdey, foi primeiramente

adotada pelo Tribunal Federal do Trabalho alemão, integrado por Nipperdey. A partir daí, foi adotada pelas constituições de países como Itália, Espanha e Portugal (SARLET, 2000, p. 120).

Para ela, os direitos fundamentais podem ser aplicados diretamente às relações entre particulares sem intermediação legislativa, entretanto não na mesma intensidade com que se aplicam na relação vertical. O critério distintivo seria a desigualdade fática e a subordinação eventualmente constatada na relação privada, autorizando a ponderação entre direitos fundamentais e a autonomia privada. Havendo isonomia entre os particulares, a autonomia privada deve prevalecer.

Aqui, os direitos fundamentais assumem caráter de direitos subjetivos constitucionais, com força vinculante entre os particulares, rompendo a intangibilidade da autonomia privada. Nesse sentido De La Cruz (*apud* Steinmetz, 2004, p.167):

[...] os direitos fundamentais, em sua dupla vertente subjetiva e objetiva, constituem o fundamento de todo o ordenamento jurídico e são aplicáveis em todos os âmbitos de atuação humana de maneira imediata, sem intermediação do legislador. Por isso, as normas de direitos fundamentais contidas na Constituição geram, conforme a sua natureza e teor literal, direitos subjetivos dos cidadãos oponíveis tanto aos poderes públicos como aos particulares.

Entre as críticas, os adeptos da teoria da eficácia indireta observam para a violação aos princípios da segurança jurídica, democracia e separação de poderes, ante a falta de preceito constitucional que vincule expressamente os particulares às normas de direito fundamental, com a dominação do direito público em detrimento da autonomia privada.

3 A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Para Daniel Sarmiento (2006, p. 297), tanto o Supremo Tribunal Federal quanto os tribunais pátrios têm aderido à teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais. Segundo preleciona,

[...] é possível concluir que, mesmo sem entrar na discussão das teses jurídicas sobre a forma de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, a jurisprudência brasileira vem aplicando diretamente os direitos individuais consagrados na Constituição na resolução de litígios privados.

A partir da afirmação do eminente doutrinador, seguida pela doutrina brasileira (MARTINS, 2009, *passim*), passaremos a analisar a jurisprudência que se formou no Supremo Tribunal Federal após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a fim de examinar qual a extensão da eficácia dos direitos fundamentais admitida pela ordem jurídica constitucional brasileira.

a) Recurso Extraordinário nº 158.215-4/RS (DOU de 07.06.1996)

No julgamento desse recurso extraordinário o Supremo Tribunal Federal examinou caso que envolvia a exclusão arbitrária de cooperado sem a observância das regras atinentes à ampla defesa e contraditório previstas no estatuto social.

Na origem, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul julgava legítima a exclusão do cooperado, que, em cadeia de rádio, teria desafiado a assembléia geral a retirá-lo dos quadros da cooperativa.

O extraordinário foi distribuído à relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello, que deu provimento ao recurso para assegurar ao cooperado as garantias do devido processo legal formal, nas dimensões do contraditório e ampla defesa, observando que “A exaltação de ânimos não é de molde a afastar a incidência do preceito constitucional assegurador da plenitude de defesa nos processos em geral”.

O voto condutor do acórdão é tímido ao tratar da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, especialmente porque as garantias fundamentais violadas na espécie estavam previstas no estatuto social.

A nosso juízo, o ponto alto desse precedente está centrado no juízo de admissibilidade, em que se reconheceu substância constitucional ao devido processo legal direcionado às normas estatutárias que tratam das garantias da ampla defesa e contraditório nas relações entre os particulares, aspectos melhor delimitados na ementa emprestada ao acórdão, *verbis*:

Defesa. Devido processo legal. Inciso LV do rol das garantias constitucionais. Exame. Legislação comum. - A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento do extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito – o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais.

Da ementa é possível observar a toda evidência a preocupação do Pretório Excelso em distinguir caso a caso peculiaridades que reclamem sua extraordinária intervenção, como no caso, em que foi possível diagnosticar flagrantes violações a direitos fundamentais, ainda que nas relações privadas, casuísmo que não foi abandonado pelo Supremo Tribunal Federal em julgamentos posteriores, conforme se observará.

b) Recurso Extraordinário nº 160.222-8/RJ (DOU de 01.09.1995)

Nesse recurso o Supremo Tribunal Federal não chegou a se debruçar sobre a temática da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, haja vista que, interposto nos autos de ação penal pela suposta prática de crime de constrangimento ilegal, restou reconhecida a ocorrência de prescrição superveniente, prejudicando o exame das questões constitucionais nele suscitadas.

O caso envolvia temática do direito fundamental à intimidade, o qual se sustentava violado em face de revista íntima a que funcionárias de fábrica de lingerie eram sistematicamente submetidas, conforme previsão em cláusula do contrato de trabalho. Questionava-se a invalidade da cláusula contratual em confronto com direito constitucional de natureza fundamental.

Entretanto, breve menção merece o recurso, pois seu Relator, Ministro Sepúlveda Pertence, teceu profundas lamentações pela superveniência do óbice temporal, apontando sem sombra de dúvidas sua propensão a atribuir eficácia horizontal aos direitos fundamentais - no caso direito à intimidade - em confronto com cláusula de contrato de trabalho “livremente” celebrado entre particulares.

A simpatia do Ministro Relator pela eficácia horizontal dos direitos fundamentais veio notadamente no relatório do acórdão, que, afastando a imparcialidade normalmente emprestada a esse capítulo da decisão judicial, observou que o réu “foi condenado, em primeira instância por brilhante sentença do Juiz [...] por constrangimento ilegal”, entretanto reformada pelo TACrim/RJ, em acórdão no qual se consignou:

Não constitui constrangimento ilegal e sim, constrangimento legal, o ato de se revistar empregadas na saída da fábrica, já que este procedimento é admitido por elas quando da assinatura do contrato de trabalho. O contrato é lei entre as partes e a cláusula referente à revista não ofende a lei.

Ao reconhecer a superveniência da prescrição, ponderou o Ministro Relator:

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 exarcebado privatismo do acórdão, de outro, tornaria fascinante.

Não tenho outra alternativa, declaro extinta a punibilidade do fato pela prescrição da pretensão punitiva.

Vale observar que esse caso cuida de relações trabalhistas com grave violação a direitos fundamentais, tanto que tratado como crime pela legislação infraconstitucional. Embora estabelecidas entre particulares, nas relações trabalhistas há maior propensão a se verificar a violação de direitos fundamentais, haja vista ser comum a desigualdade fática que se estabelece entre patrões e empregados, sendo este um critério de destaque que a jurisprudência vem adotando para decidir pela eficácia horizontal direta, o que, a propósito, compõe vertente

da teoria da eficácia indireta que propugna pela eficácia horizontal imediata a determinadas categorias de direitos fundamentais (STEINMETZ, *op. cit.*, p. 166).

c) Recurso Extraordinário nº. 161.243-6/DF (DOU de 19.12.1997)

Trata-se de julgamento de recurso extraordinário envolvendo caso em que a empresa aérea Air France, a partir de cláusula do Estatuto de Pessoal, concedia benefícios trabalhistas somente aos empregados de nacionalidade francesa, discriminando os empregados brasileiros, ainda que realizassem atividades idênticas.

Na origem, tanto a 28ª Junta de Conciliação e Julgamento do Rio de Janeiro quanto o Tribunal Regional Federal da 1ª Região afastaram, com base no Estatuto de Pessoal, a pretensão de equiparação de direitos dos nacionais com os dos empregados franceses, entendimento finalmente perfilhado pelo Tribunal Superior do Trabalho.

O recurso extraordinário foi distribuído à Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Ministro Carlos Velloso, e, superado óbice inicial acerca da possibilidade de julgamento do mérito, concluiu-se por ser discriminatória a norma do Estatuto de Pessoal da empresa francesa que atribui benefícios trabalhistas somente aos empregados franceses, excluindo os brasileiros na mesma situação. No caso, ao reclamante foram estendidos os benefícios previstos no estatuto somente para empregados franceses.

No voto condutor do acórdão, o Ministro Carlos Velloso observou, com base na obra *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*:

Em síntese, no caso, o elemento usado para desigualar é simplesmente singularizador do destinatário; acresce que não há conexão lógica e racional que justifique o tratamento diferenciado e, ademais, não me parece ocorrer, no tratamento diferenciado, afinidade com o sistema normativo vigente. A existência desses três fatores é que autorizaria a desigualação. (Celso Antônio Bandeira de Mello, *ob. cit.*)

Aderindo aos fundamentos do Relator, o Ministro Maurício Corrêa ponderou que a “discriminação que foi feita não se coaduna com a razoabilidade”. Já o Ministro Néri da Silveira observou que

No genérico âmbito do conceito de *propriedade*, compreendem-se os chamados direitos econômicos e direitos salariais. De outra parte, no que concerne aos direitos sociais, nosso sistema veda, no inciso XXX do art. 7º da Constituição Federal, qualquer discriminação decorrente - além, evidentemente, da nacionalidade - de sexo, idade, cor ou estado civil. Dessa maneira, nosso sistema constitucional é contrário a tratamento discriminatório entre pessoas que prestam serviços iguais a um empregador.

A nosso juízo, o tratamento emprestado ao caso pela excelsa Suprema Corte traduz evidente anuência à teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamen-

tais, permeada em certo aspecto, e mais uma vez, pela vertente da teoria da eficácia mediata que admite eficácia direta a certas categorias de direitos fundamentais, no caso das relações trabalhistas, a exemplo do caso anteriormente analisado.

d) Recurso Extraordinário nº 175.161-4/SP (DOU de 14.05.1999)

Versou o recurso ação proposta perante juizado especial em que pessoa excluída de grupo de consórcio (por inadimplemento) buscava afastar cláusula contratual que previa, ao término do grupo, a devolução das parcelas pagas pelo valor nominal. Na origem, a Turma Recursal acolheu a pretensão para determinar a incidência de correção monetária na quantia a restituir, afastando enriquecimento ilícito da administradora de consórcio.

O recurso extraordinário interposto, com fundamento em direito adquirido a partir de ato jurídico perfeito, foi distribuído à 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello, ao qual se negou provimento por unanimidade, observando o Ministro Relator

[...] porque esta última [administradora de consórcio] já é remunerada com a taxa de administração, não se tem como placitar, como ato jurídico perfeito, a gerar direito adquirido, a óptica da devolução das garantias satisfeitas nominalmente. Mais uma vez, atente-se para os princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade. Mais uma vez, considere-se que não se pode interpretar de maneira isolada, com a automaticidade estranha à busca da prevalência do trinômio Lei, Direito e Justiça.

Nesse caso o Supremo Tribunal Federal atribuiu indistintamente eficácia horizontal imediata aos direitos fundamentais, afastando em juízo de ponderação cláusula contratual desproporcional e desarrazoada, reclamando a prevalência do devido processo legal substantivo (*substantive due process of law*) sobre o ato jurídico perfeito. Portanto, é possível observar traços evidentes de que a excelsa Suprema Corte adotou no caso a teoria da eficácia horizontal direta.

e) Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ

Esse é o caso em que o Supremo Tribunal Federal foi chamado a se manifestar da forma mais incisiva, e, portanto, em que houve o debate mais aprofundado sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Versa o recurso caso de exclusão de sócio dos quadros da União Brasileira de Compositores (UBC), sociedade civil sem fins lucrativos, por decisão de comissão especialmente designada para apurar a prática de infração estatutária baseada em documentos fornecidos pelo secretário da sociedade, sem que fosse assegurado o direito de defesa.

Na origem, o TJRJ anulou a penalidade de exclusão do sócio, sustentando a eficácia horizontal dos direitos

fundamentais a partir das cláusulas do direito fundamental ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa (art. 5º, incisos LIV e LV, CRFB/88).

No Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário foi distribuído à relatoria da Ministra Ellen Gracie, que, acompanhada pelo Ministro Carlos Velloso, dava provimento ao recurso por não identificar no caso campo para a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, entendimento vencido pelo voto condutor do Ministro Gilmar Mendes, relator para o acórdão, acompanhado dos Ministros Joaquim Barbosa e Celso de Mello.

A Ministra Ellen Gracie, amparada nas bases da teoria da eficácia horizontal indireta, entendeu que “A controvérsia envolvendo a exclusão de um sócio de entidade privada resolve-se a partir de regras do estatuto social e da legislação civil em vigor”. Na mesma linha seguiu o Ministro Carlos Velloso, que, manifestando adesão à teoria da eficácia horizontal indireta, entendeu ser o caso de ofensa ao estatuto social, localizada no plano infraconstitucional, desautorizando a utilização da via recursal extrema.

A despeito dessas considerações, é possível verificar nos fundamentos apresentados pela Ministra Ellen Gracie sua simpatia à eficácia horizontal imediata dos direitos fundamentais quando envolver relações de trabalho, haja vista, sustentou, a desigualdade fática pela subordinação entre os particulares, patrões e empregados, o que não ocorreria no caso em exame, em face da liberdade de associação constitucionalmente assegurada (art. 5º, inciso XX, CRFB/88).

A nosso juízo, trata-se de entendimento que perfilha as bases da teoria da eficácia horizontal direta, consagrada pelo Tribunal Federal do Trabalho alemão, que, conforme observado, distinguia categorias de direitos fundamentais com eficácia normativa direta, conquanto protegessem a ordem pública (STEINMETZ, 2004, p. 166).

Da parte do Ministro Gilmar Mendes, que aplicou ao caso a teoria da eficácia horizontal direta, não haveria o propósito do Supremo Tribunal Federal de traçar limites objetivos para a adoção da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, especialmente porque, segundo observa, as teorias que tratam da questão (eficácia imediata e mediata) apresentariam deficiências também suscetíveis de colocar em risco o princípio da segurança jurídica.

Vejamos:

Non estou preocupado em discutir no atual momento qual a forma geral de aplicabilidade dos direitos fundamentais que a jurisprudência dessa 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.

[...]

Quanto à fundamentação dogmática, afirma-se que a doutrina da eficácia mediata dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas padece dos mesmos problemas

da jurisprudência sobre a Constituição enquanto ordem valorativa (teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais). A ausência de uma ordem objetiva de valores dificulta se não impossibilita uma decisão clara sobre os valores que hão de prevalecer em uma dada situação de conflito. A incerteza quanto aos critérios de ponderação e a existência de múltiplos critérios quase permitiram afirmar que uma orientação pelos valores básicos poderia fundamentar qualquer decisão.

Ao longo de seu voto, entretanto, o Ministro Gilmar Mendes atribui natureza quase pública à União Brasileira de Compositores (UBC), no que é possível diagnosticar a adoção da *state action doctrine*, na vertente da *public function doctrine* (cf. item 2, “a.2”, *supra*), temperada em certo aspecto pela teoria da eficácia imediata. Vejamos:

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

Ainda, o Ministro Gilmar Mendes destaca o fenômeno da existência de poderes sociais a justificar a eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais:

[...] a existência de forças sociais específicas, sindicatos e associações patronais, enfraquece sobremaneira o argumento da igualdade entre os entes privados, exigindo que se reconheça, em determinadas medida, a aplicação dos direitos fundamentais também às relações privadas.

Conclui, entretanto, que o critério determinante que define a eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais deve ser aferido caso a caso, ao confessar-se “[...] convencido, portanto, de que as particularidades do caso concreto legitimam a aplicabilidade dos direitos fundamentais referidos já pelo caráter público - ainda que não estatal - desempenhado pela entidade [...]”.

Por sua vez, o Ministro Joaquim Barbosa limita-se a pronunciar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares sem especificar critérios ou métodos para esse enquadramento, exame que deve ser feito caso a caso, portanto sem adesão a nenhuma das teorias que tratam da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Entretanto, o Ministro observou que é preciso ponderar os valores envolvidos, identificando no caso concreto situações que justifiquem a retração do campo de atuação funcional da autonomia privada. Observe:

De minha parte, a exemplo do ministro Gilmar Mendes, penso, ao contrário, que os direitos fundamentais têm, sim, aplicabilidade no âmbito das relações privadas. Tomo cautela de dizer que não estou aqui a esposar o entendimento de que essa aplicabilidade deva verificar-se em todas as situações. 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.

De sua parte, o Ministro Celso de Mello observou que à época dos fatos em exame ainda não vigorava a nova redação do artigo 57 do Código Civil (dada pela Lei 11.127/05), abrindo espaço para a discussão acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, pois, caso contrário, nem sequer haveria de se cogitar em eficácia imediata dos direitos fundamentais. Assim, aduziu entendimento favorável à eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, observando que o Supremo Tribunal Federal teria histórico em admitir a vinculação de particulares aos direitos fundamentais, especialmente no tocante ao contraditório e ampla defesa, com a ressalva de que determinados direitos, por possuírem como destinatários os poderes públicos, não estariam sujeitos a essa eficácia.

Do voto do Ministro Celso de Mello é possível observar traços característicos de várias das teorias que tratam da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Num primeiro momento seu entendimento encontra ressonância na teoria da eficácia horizontal mediata, que admite eficácia direta aos direitos fundamentais em caso de inexistência de regulamentação legislativa (cf. Andrade, 2008, p. 281, *supra*). Após isso, o Ministro indica ser possível a atribuição de eficácia horizontal direta, conforme tradição da excelsa Suprema Corte, especialmente quanto a certas categorias de direitos, destacando no caso a ampla defesa e o contraditório, cláusulas do devido processo legal, sendo este, como visto, traço distintivo da teoria da eficácia horizontal indireta.

4 Conclusão

Para a ordem jurídica constitucional brasileira, a teoria da eficácia mediata pouco resolve eventual conflito entre a autonomia privada e os direitos fundamentais, pois, havendo cláusulas gerais na legislação infraconstitucional, a interpretação segundo os parâmetros constitucionais fundamentais é mera decorrência da força normativa dos princípios constitucionais, notadamente os direitos fundamentais. Nesse aspecto, a teoria da eficácia direta de plano se mostra a mais adequada à realidade constitucional brasileira.

Entretanto, ao lado dos direitos fundamentais, e entre eles mesmos, a liberdade individual é importante pilar da ordem jurídica constitucional, que traça sua organização a partir da liberdade (art. 5º, *caput*) e do ato jurídico perfeito (art. 5º, inciso XXXVI), elevando a livre iniciativa a princípio fundamental (art. 1º, inciso IV, CF) e base da ordem econômica e financeira (art. 170, *caput*), revelando o valor fundamental da autonomia privada.

Embora o Supremo Tribunal Federal ainda não se tenha posicionado expressamente acerca da adoção de alguma das teorias que tratam da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, e muitos digam que sua preferência seja pela teoria da eficácia direta, observamos historicamente que a Excelsa Suprema

Corte se despreocupa com elucubrações meramente teóricas, atento a que a autonomia privada é importante pilar da ordem jurídica constitucional.

Assim, sem traçar critérios objetivos para a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, o Supremo Tribunal Federal prefere analisar o conflito de valores de acordo com as peculiaridades do caso concreto, adotando técnica de método tópico problemático a fim de não mitigar ou fulminar a proteção que deve ser deferida à autonomia privada, tão cara à realidade brasileira, traçando em juízo de ponderação dos valores envolvidos a exata medida em que um deve ceder lugar ao outro.

Entretanto, foi possível observar que esse juízo de ponderação tendencialmente pende para determinadas categorias de direitos, e, em casos concretos, os direitos fundamentais que tratam de relações trabalhistas e das cláusulas do devido processo legal (ampla defesa e contraditório) têm dado a tônica da posição da Corte Suprema.

Portanto, é de se concluir que, em tema de direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal não levanta dúvidas quanto à sua eficácia nas relações entre particulares, matizando, por outro lado, os elementos das diversas teorias que tratam do tema, viabilizando a melhor solução no caso concreto sempre com olhos voltados à proteção da dignidade humana, pilar fundamental da ordem jurídica constitucional e vetor de todo o sistema.

5 Referências

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Contraditório e ampla defesa. Recurso Extraordinário nº 158.215-4. Relator: Min. Marco Aurélio Mello. Brasília, DF, 30 de abril de 1996.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Intimidade e dignidade humana nas relações trabalhistas. Recurso Extraordinário nº 160.222. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 11 de abril de 1995.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Isonomia nas relações trabalhistas. Recurso Extraordinário nº 161.243. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, DF, 29 de outubro de 1996.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Devido processo legal substantivo. Recurso Extraordinário nº 175.161. Relator: Min. Marco Aurélio Mello. Brasília, DF, 15 de dezembro de 1998.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Contraditório e ampla defesa. Recurso Extraordinário nº 201.819-8.

Relatora: Min.º Ellen Gracie. Brasília, DF, 11 de outubro de 2005.

MARTINS, Thiago Penido. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares no ordenamento jurídico brasileiro. *Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI: 11.172-11.181, 2009.*

MENDONÇA, Andrey Borges de; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. M. Novelino (org.). *Leituras complementares de direito constitucional.* Salvador: Juspodium, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado. In: DIDIER JÚNIOR, F. (Org.). *Processo civil: leituras complementares.* Salvador: Juspodium, 2006.

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

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

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

VALE, André Rufino do. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004.

...