



Licenciado sob uma licença Creative Commons

ISSN 2175-6058

<https://doi.org/10.18759/rdgf.v19i2.1085>

A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ANÁLISE CRÍTICA DO RECURSO ESPECIAL 201.819-8 E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4815

*THE EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN PRIVATE
RELATIONS UNDER THE DECISIONS OF THE FEDERAL
SUPREME COURT: CRITICAL ANALYSIS OF RE 201.819-8 AND
ADI 4815*

Leandro Nascimento Rodrigues

Pastora do Socorro Teixeira Leal

RESUMO

O artigo trata das teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas visando a identificar as correntes adotadas pelo STF na análise da fundamentação de dois julgados, o RE 201.819-8 e a ADI 4815. Pretende demonstrar que a evolução jurisprudencial da Corte Suprema caminha para adoção da teoria direta ou imediata de incidência dos direitos fundamentais no âmbito particular, mas que o entendimento atual ainda demonstra algumas ressalvas.

Palavras-chaves: Direitos Fundamentais. Dimensão Objetiva. Relações Privadas.

ABSTRACT

The article deals with theories about the effectiveness of fundamental rights in private relations in order to identify the currents adopted by the STF in the analysis of the reasoning of two decisions, RE 201.819-8 and ADI 4815. It intends to demonstrate that the jurisprudential evolution of the Supreme Court moves towards adoption of direct or immediate theory of incidence of fundamental rights in the private sphere, but that the current understanding still shows some caveats.

Keywords: Fundamental Rights. Objective Dimension. Private Relationships.

INTRODUÇÃO

A eficácia dos direitos fundamentais relaciona-se com a necessidade de contenção de poder. Como as manifestações de poder não são exclusivas do Estado, eis que se encontram nas mais cotidianas manifestações particulares, importante reconhecer a incidência dos direitos fundamentais também nas relações privadas.

O presente estudo procura identificar de que forma esse fenômeno é debatido na jurisprudência brasileira. Para tal objetivo, traçamos inicialmente um breve histórico da evolução dos direitos fundamentais nas relações privadas. Após, discorreremos sobre o reconhecimento da dimensão objetiva destes direitos e pontuamos as principais teorias que abordam o tema.

Por fim, com a metodologia de estudo de casos, passamos a analisar dois julgados emblemáticos sobre a matéria, o RE 201.819-8 e a ADI 4815, ambos do Supremo Tribunal Federal (STF), a fim de entender como essa temática tem evoluído dentro da jurisprudência de nossa Corte Suprema.

BREVE HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

A partir das revoluções burguesas do século XVIII, o mundo passou por um período de transição entre o fim do absolutismo e o início do

chamado Estado Liberal, que predominou pelo século XIX até o início do século passado.

Essa fase histórica representou uma luta para contenção do poder das monarquias absolutistas, consagrando o reconhecimento das liberdades civis e políticas, direitos de primeira dimensão.

A teoria desenvolvida era pela não intervenção estatal nas relações privadas. Houve uma clara divisão entre Estado e Sociedade. O Estado deveria apenas cuidar da segurança, da proteção à propriedade privada e da liberdade contratual, ou seja, seu papel foi reduzido a assegurar os interesses da burguesia, protegendo a acumulação e circulação de riquezas. À “mão invisível” do mercado caberia resolver todos os problemas sociais.

Foi a fórmula política encontrada pela burguesia para superar o *ancien régime*, extinguindo os privilégios do clero e da nobreza. Fábio Konder Comparato (2015, p. 63-64) esclarece que “o espírito original da democracia moderna não foi, portanto, a defesa do povo pobre contra a minoria rica, mas sim a defesa dos proprietários ricos contra um regime de privilégios estamentais e de governo irresponsável”.

Essa ordem era garantida pela força do Código Civil, que tinha a pretensão de regulamentar todas as relações privadas. Vivia-se a Era das Codificações, que teve como grande símbolo o Código Civil Francês de 1804, depois denominado Código Napoleônico. Sobre esse momento, Sebastián Tedeschi (2001, p. 159) ensina que:

Con el surgimiento de la Modernidad, en el contexto de la separación de los espacios público y privado, plasmada en el derecho por la separación del derecho público y el derecho privado, mientras las constituciones regulaban la organización y lo funcionamiento del Estado, los códigos servían de manual de regulación acerca de como debían comportarse em la privacidad de las personas, como podían relacionarse y realizar intercâmbios, con qué formalidades y com qué limites.

O Código Civil brasileiro de 1916, por exemplo, foi inspirado neste paradigma da codificação francesa. A neutralidade estatal frente à desigualdade econômica fez com que a “vontade dos fortes passasse a dominar e oprimir, acabando por tornar-se um regime de privilégio dos fortes, baseada numa ética individualista” (RAMOS, 1998, p. 05).

Com a intensificação da revolução industrial e o aumento das desigualdades, as manifestações sociais contra esse modelo liberal de capitalismo selvagem foram acentuadas no início do século XX, provocando grande tensão social, como a Revolução Russa de 1917, inspirada na doutrina marxista.

A crise do Estado Liberal viabilizou o crescimento de uma concepção de Estado Social (Welfare State)¹, num momento de afirmação dos direitos de segunda dimensão, baseados no ideal de igualdade (direitos econômicos, sociais e culturais).

Foi o momento de reconhecimento constitucional de uma série de direitos sociais, que demandam do Estado prestações positivas para garantir uma mínima condição de vida aos cidadãos (saúde, educação, previdência, etc.).

O Estado passa a ter uma postura intervencionista na economia, pressionado pelas classes sociais subalternas. O Poder Público editava muitas leis, era um momento de inflação legislativa, que buscava regular os microsistemas sociais que não tinham previsão nas rígidas disposições do Código Civil, como a legislação trabalhista e previdenciária.

Esse aumento do tamanho e poder estatal, acompanhado da 2^a Guerra Mundial, Guerra Fria e disseminação de regimes totalitários, acabaram iniciando um processo de crise do Estado Social, na segunda metade do século XX. A máquina estatal passa a ser vista como ineficiente e burocrata, motivo pelo qual se fortalece o ideal de diminuição da envergadura do Estado, devolvendo à iniciativa privada alguns setores da economia².

Ao mesmo tempo, os direitos humanos atingem a sua terceira dimensão, inspirados no ideal de fraternidade. É um momento de reconhecimento da força normativa das constituições, eficácia dos direitos fundamentais, com primazia à supremacia da dignidade da pessoa humana, e positivação dos princípios de solidariedade, proteção ao meio ambiente, direitos do consumidor e busca pela paz.

Para preservar a democracia, é vital que as constituições adotem um núcleo material (conteúdo axiológico) que reflita a proteção à dignidade humana. Os direitos fundamentais refletem a personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos, representando, junta-

mente com os princípios estruturais e organizacionais, a base substancial da ordem normativa (SARLET, 2010, p. 61).

Desde o fim do século passado, entretanto, a intensificação da globalização econômica e da política neoliberal promovem um enfraquecimento do poder estatal e até mesmo de sua soberania na tomada de decisões, em função de uma crescente participação de multinacionais na condução da economia.

Nesta sociedade complexa, os direitos fundamentais do cidadão demandam proteção e vigilância, não apenas por violações praticadas pelo Estado, mas por abusos cometidos por entes sociais e econômicos que gozam de muita força nas relações mais cotidianas.

Em realidade, as relações de poder na sociedade nunca foram centralizadas numa única manifestação de macropoder como o do Estado. O poder desenvolve-se em relações dinâmicas e complexas, com formas de dominação e sujeição recíprocas entre os membros da comunidade. O poder nunca foi um privilégio exclusivo do Estado, sendo que isso está bem mais evidenciado atualmente com a globalização (STAUT JÚNIOR, 2002, p. 286).

O monopólio estatal da produção jurídica está flexibilizado, pois esferas normativas transnacionais e nacionais, detentoras de poder social efetivo, passam a ditar regras de comportamento.

O pluralismo atual produziu um transbordamento das fontes do direito, fenômeno identificado por Perez Luño (2012, p. 26) nas formas de supraestatalidade normativa (influência de fontes jurídicas que fogem do âmbito estatal nacional) e infraestatalidade normativa (competências normativas de entes sociais intermediários entre o cidadão e o Estado).

Com a intensificação da descentralização do poder, em que as relações de sujeição não se limitam ao âmbito estatal, pelo contrário, desenvolvem-se nos mais amplos vínculos particulares; a Constituição assume o papel de centro do ordenamento jurídico, irradiando seus valores a todos os ramos do direito, especialmente na harmonização das relações privadas.

A eficácia dos direitos fundamentais refere-se diretamente à contenção de poder. Como visto, o poder nunca foi uma exclusividade estatal. Logo, se existe tentativa de dominação também nas relações privadas,

o refúgio da proteção aos direitos fundamentais do cidadão deve existir neste âmbito de convivência.

A relação entre a Constituição e o Direito Privado é de profunda interdependência, pois os direitos fundamentais previstos no sistema constitucional penetram e condicionam o Direito Privado, ao mesmo tempo em que necessitam deste para se efetivar, garantindo um mínimo de existência digna a qualquer pessoa.

DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Pela perspectiva liberal, os direitos fundamentais representavam sempre uma via de defesa contra o abuso estatal, configurando pretensões subjetivas do cidadão em face da violação do dever jurídico de abstenção do Estado.

Com o Estado Social, especialmente após a 2ª Guerra Mundial, a compreensão dos direitos fundamentais passou por uma grande transformação, não apenas pela consagração de novos direitos que demandam prestações estatais, mas com uma nova visão também sobre os direitos vistos como liberais, de cunho eminentemente subjetivos.

Além do caráter subjetivo, os direitos fundamentais passam a representar os valores mais importantes da sociedade, demonstrando uma dimensão objetiva, pois deixam de ser vinculados somente à titularidade de indivíduos para também refletir os fins essenciais que a própria comunidade se propôs a perseguir.

Mesmo a liberdade, identificada, mais frequentemente com a teoria liberal, evolui de uma pretensão eminentemente subjetiva, em caso de violação para evidenciar também um valor comunitário, de interesse da própria coletividade. Pela dimensão objetiva, os direitos fundamentais condicionam a interpretação do direito infraconstitucional e repercutem nas relações privadas (MARTINS NETO, 2003, p. 96).

Essa dimensão objetiva decorre do reconhecimento de que os direitos fundamentais são os fins mais relevantes da comunidade política, valores coletivos que impõem deveres de proteção não só ao Estado, mas a toda a sociedade, uma vez que constituem o centro axiológico

da Constituição. Não representa um desprezo ao caráter subjetivo dos direitos fundamentais, mas um reforço e complemento a tais direitos (SARMENTO, 2004, p. 136), que passam a ser vistos numa dimensão dupla e interdependente.

A dimensão objetiva lança os direitos fundamentais ao âmbito das relações privadas, superando a teoria clássica de que estes só tinham eficácia na relação entre o cidadão e o Estado.

Um exemplo de aplicação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é vista na jurisprudência da Corte Constitucional Alemã, no famoso caso Lüth³, em 1958, produzindo grande repercussão no mundo todo, especialmente quanto ao efeito irradiante dos direitos fundamentais.

O reconhecimento do efeito irradiante dos direitos fundamentais demonstra a necessidade de nova leitura de toda legislação infraconstitucional. Todo ato normativo que afrontar os valores socialmente compartilhados, extraídos da Carta Magna, serão incompatíveis com a ordem constitucional estabelecida.

Além do mais, essa eficácia irradiante manifesta-se na interpretação das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados existentes na legislação infraconstitucional. Termos como boa-fé, interesse jurídico, bons costumes, ordem pública, dentre outros, deverão ser reconstruídos e aplicados à luz dos direitos fundamentais.

A propósito, sobre a incidência das normas constitucionais sobre o direito privado, Ubillos (2006, p. 306) expõe da seguinte forma:

Este enfoque unitario, que tiende a superar el tradicional aislamiento de la Constitución del resto del ordenamiento, tiene una gran transcendencia en la medida en que impide que el Derecho constitucional y el Derecho privado puedan concebirse como compartimentos estancos, como mundos separados que discurren en paralelo y están gobernados por lógicas radicalmente diferentes. [...] La Constitución no regula detalladamente todos los aspectos de la vida social, sólo sienta una serie de principios básicos dotados de una especial fuerza de irradiación. Basta una primera lectura superficial de nuestra Carta Magna para darse cuenta de que la disciplina de las relaciones jurídico-privadas se diseña ya en el próprio texto constitucional, por lo menos en sus trazos esenciales. Además, la reconstrucción del ordenamiento en clave constitucional implica que todas las normas del Derecho privado deben reinterpretarse a la luz de la Constitución (2006, p. 306).

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais, então, irradia os efeitos desses valores mais importantes da comunidade para todo o ordenamento jurídico, penetrando nas mais cotidianas relações humanas e exigindo proteção contra ameaças e violações de terceiros, seja o Estado ou os demais atores privados.

TEORIAS SOBRE A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Firmado o entendimento de que os direitos fundamentais precisam transcender o vínculo entre cidadão e Estado para alcançar também as relações privadas, uma vez reconhecida a existência de poder e dominação em todos os setores do convívio social; é preciso entender de que forma essa eficácia será estendida aos particulares.

A incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas é mais conhecida na doutrina como eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Entretanto, esse termo talvez não seja o mais apropriado, pois a horizontalidade passa a ideia de igualdade, equilíbrio de condições entre as partes.

Ocorre que, na relação entre particulares, onde existe o poder social, muitas vezes um dos polos tenta impor sua força para sujeitar a parte mais fraca, causando um desnível, tal qual existe na relação vertical entre o indivíduo e o Estado.

Segundo doutrina de Ubillos (2006, p. 304): “Por esa razón, no parece del todo exacta la expresión ‘eficacia horizontal’ de los derechos fundamentales. La relación entre una persona o entidad que ejerce una autoridad privada y quien está sometido a ella no es precisamente horizontal”.

Assim, entendemos que o mais adequado seria simplesmente falar em eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, pois qualquer tipo de imperativo de observância aos direitos fundamentais já reflete uma legítima contenção de poder, independentemente da natureza que seja.

O ponto chave da discussão é a forma de compatibilização entre a proteção efetiva aos direitos fundamentais e a necessidade de se res-

guardar a autonomia privada, ou seja, a tutela dos direitos fundamentais não pode aniquilar a espontaneidade e liberdade de autodeterminação do indivíduo.

Basicamente, existem 03 (três) principais correntes sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: 1) teorias que negam a existência dessa eficácia; 2) as que defendem a eficácia indireta ou mediata; e 3) as que sustentam a eficácia direta ou imediata. Outras teorias existem, mas apesar de algumas especificidades, acabam sempre ilustrando uma das três principais ideias acima mencionadas, as quais serão muito brevemente resumidas a seguir.

TEORIAS QUE NEGAM A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Visão minoritária na concepção romano-germânica é da impossibilidade de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. Para essa corrente, a tutela dos direitos fundamentais só pode ser exercida em face do Estado, sob pena de fulminar a autonomia privada. Todos os conflitos surgidos no âmbito das relações particulares devem ser resolvidos pelo próprio Direito Privado.

Na doutrina norte-americana, prevalece a teoria da “State Action”, em que as limitações constitucionais dos direitos fundamentais são impostas apenas aos Poderes Públicos, não aos particulares em geral, com exceção da proibição à escravidão prevista na 13^a Emenda.

A justificativa da imposição restrita ao Estado é a preservação da autonomia privada, já que a liberdade é um valor muito caro nesse país de tradição liberal. Além do liberalismo, argumenta-se que a “doutrina do *state action* liga-se ao pacto federativo. Nos Estados Unidos, cumpre não esquecer, compete aos Estados, e não à União, legislar sobre Direito Privado, a não ser quando a matéria normatizada envolva o comércio interestadual ou internacional”. (SARMENTO, 2004, p. 228).

Dessa forma, a autonomia dos Estados é preservada nos EUA pela *state action*, evitando que as cortes federais regulamentem relações privadas de competência estadual, sob o pretexto de aplicar a Constituição.

Ocorre que, para temperar um pouco a doutrina do *state action*, sem negá-la, a jurisprudência norte-americana tem adotado a *public function theory*, ampliando a necessidade de observância aos direitos fundamentais a todos os particulares que desempenharem funções tipicamente do Poder Público, ou seja, quem exercer alguma atividade delegada do Estado ou função considerada de caráter público submete-se também às limitações constitucionais.

Alguns autores, como Ubillos (2006, p. 320-322), apresentam a teoria da *state action*, combinada com a *public function theory*, como uma espécie separada da corrente que nega a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, sugerindo até que a doutrina norte-americana representa uma alternativa interessante ao questionamento de que esta incidência representa um engessamento da autonomia privada, pois acaba limitando apenas aquelas relações mais relevantes, com nítido caráter público.

Entendemos, todavia, que a *state action* continua sendo uma negação à eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, pois se é preciso alargar o conceito de função pública para alcançar particulares, a contenção ao poder privado sempre dependerá de enquadramento dos tribunais acerca do caráter público da atividade desenvolvida, enfraquecendo o sentido de proteção, especialmente se a composição das cortes for mais conservadora.

Em outras palavras, por esta teoria, se na relação entre particulares não existir uma função característica de Poder Público, a eficácia dos direitos fundamentais no âmbito privado será negada, mesmo existindo estado de submissão de uma das partes e violação a preceitos constitucionais básicos.

Uma coisa é sopesar eventual conflito de interesses diante das circunstâncias do caso concreto, outra coisa é condicionar a própria existência de um interesse à interpretação jurisprudencial.

TEORIAS QUE DEFENDEM A EFICÁCIA INDIRETA OU MEDIATA

Como dito, na tradição jurídica romano-germânica prepondera o entendimento de que os direitos fundamentais impõem limites também às relações particulares, a discussão refere-se apenas à forma como se dá essa incidência.

Os defensores da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas sustentam que os valores constitucionais devem irradiar todos os ramos do direito, mas sempre condicionando o legislador no momento de elaboração da lei.

A teoria da eficácia indireta nega que a Constituição estabeleça direitos subjetivos no âmbito privado, impedindo a invocação direta dos direitos fundamentais, consagrados na Lei Maior na resolução de conflitos entre particulares, sob pena de aniquilar a autonomia privada e o próprio Direito Privado.

Caberia ao legislador ordinário realizar a ponderação prévia de interesses e elaborar a regulamentação apropriada às relações privadas, sempre inspirado pelos valores constitucionais (dimensão objetiva), em respeito aos anseios democráticos de observância à separação de poderes, impedindo que o juiz tenha um poder indeterminado de aplicar diretamente a Constituição para solucionar qualquer caso concreto na esfera privada.

É permitido o estabelecimento de cláusulas gerais na legislação como uma espécie de ponte entre o Direito Privado e a Constituição; uma concessão ao aplicador para concluir o alcance da norma, interpretando a cláusula geral pelas circunstâncias do caso à luz dos valores constitucionais, limitando-se à prévia moldura estabelecida pelo legislador.

Restaria ao Poder Judiciário, então, preencher o conteúdo das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados criadas pelo legislador ou suprir lacunas, bem como rejeitar a aplicação da lei por inconstitucionalidade.

Dessa forma, a teoria da eficácia indireta é uma evolução à ideia de que os direitos fundamentais não se aplicam às relações privadas, pois reconhece a irradiação objetiva dos valores constitucionais aos vínculos

entre particulares, mas de forma mediata, através da atuação do legislador privado ou em situações restritas pelo juiz.

Parte da doutrina alemã vem defendendo a chamada teoria dos deveres de proteção para equacionar a polêmica da extensão dos direitos fundamentais nas relações privadas. É a teoria adotada por Canaris, o qual defende que a eficácia dos direitos fundamentais é imediata ao legislador privado, porém, é mediata com relação aos sujeitos privados no âmbito de suas relações.

“Em contraposição às leis do direito privado, bem como à sua aplicação e desenvolvimento pela jurisprudência, os sujeitos de direito privado e os seus comportamentos não estão, em princípio, sujeitos à vinculação imediata dos direitos fundamentais [...]” (CANARIS: 2006, p. 132)

Basicamente, a ideia central da teoria dos deveres de proteção continua sendo de que a harmonização entre a autonomia privada e os direitos fundamentais cabe ao legislador e não ao Judiciário, resguardando a este apenas o controle de constitucionalidade ou preenchimento de espaços restritos deixados pelo legislador, motivo pelo qual entendemos que esta teoria, apesar de alguns argumentos diferenciados, continua vinculada à corrente que defende a eficácia indireta ou mediata, sem constituir categoria autônoma.

TEORIA DA EFICÁCIA DIRETA OU IMEDIATA

A teoria da eficácia direta ou imediata defende que os direitos fundamentais incidem nas relações privadas, independentemente de mediação legislativa, pois a ameaça aos valores comunitários constitucionais não decorre apenas da conduta estatal.

Não é compreensível garantir abrigo ao cidadão contra abusos do Estado, mas o deixar à mercê de relações de dominação exercidas por forças não estatais.

As relações privadas não podem ficar imunes aos preceitos da Constituição e ao respeito aos direitos fundamentais. Numa sociedade desigual, em que os detentores do poder social e econômico exercem influência na tentativa de sujeitar a parte mais frágil, esta não pode de-

pende da boa vontade do legislador para receber a proteção que a Lei Maior lhe reservou.

Convém esclarecer que a defesa da eficácia direta não deve ser feita com radicalismos. Não se trata de apenas substituir o Estado pelo particular na incidência dos direitos fundamentais, pois existem especificidades próprias das relações privadas, marcadas pela liberdade de autorregulamentação.

A ideia principal é firmar o entendimento de que os direitos fundamentais podem incidir diretamente nas relações privadas, porém, a forma dessa aplicação dependerá sempre de uma análise dos interesses em conflito.

No fim das contas, essa eficácia dita “horizontal” deve ser efetivada dentro das teorias sobre a colisão de direitos fundamentais, sendo que, em muitos casos, a autonomia privada deve prevalecer, pois, como expressão da liberdade, também é um direito fundamental.

A eficácia direta não deve ser vista como instrumento de aniquilação do Direito Privado, que tem seus princípios e valores próprios. Pelo contrário, o ideal é que a ponderação entre os valores constitucionais e a autonomia privada seja feita pelo legislador, condicionando a atuação do aplicador do direito. A teoria da eficácia imediata, antes de afastar, dá preferência ao Direito Privado.

O que não se admite é que o cidadão fique sem tutela em caso de inércia do legislador ou quando este não sopesa suficientemente os valores envolvidos, enfraquecendo a primazia de proteção constitucional aos bens eleitos como indispensáveis a uma vida digna.

A teoria da eficácia direta, então, não pretende impor de forma absoluta e incondicional os direitos fundamentais na esfera privada, sendo que a solução mais adequada ao caso dentre as várias possibilidades que podem surgir, será obtida por meio da análise concreta da preponderância dos interesses envolvidos no conflito.

JURISPRUDÊNCIA DO STF

Passada uma visão geral sobre as teorias que debatem a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, passemos a analisar, em dois casos emblemáticos, a nosso ver, quais foram as correntes adotadas por nosso Supremo Tribunal Federal.

ANÁLISE DO RE 201.819-8/RJ

O primeiro caso trata do julgamento sobre a exclusão do sócio de uma sociedade civil sem fins lucrativos, a União Brasileira de Compositores - UBC, sem a garantia de ampla defesa e contraditório.

Convém esclarecer que, inicialmente, o caso foi distribuído à relatoria da Ministra Ellen Gracie, que apresentou seu voto entendendo pela inaplicabilidade da incidência dos direitos fundamentais referentes ao devido processo legal, ampla defesa e contraditório ao caso concreto, com os seguintes argumentos:

Entendo que as associações privadas têm liberdade para se organizar e estabelecer normas de funcionamento e de relacionamento entre os sócios, desde que respeitem a legislação em vigor. Cada indivíduo, ao ingressar numa sociedade, conhece suas regras e seus objetivos, aderindo a eles.

A controvérsia envolvendo a exclusão de um sócio de entidade privada resolve-se a partir das regras do estatuto social e da legislação civil em vigor. Não tem, portanto, o aporte constitucional atribuído pela instância de origem, sendo totalmente descabida a invocação do disposto no art. 5º, LV da Constituição para agasalhar a pretensão do recorrido de reingressar nos quadros da UBC. (fl. 581 do acórdão).

Percebe-se que os argumentos contidos no voto da Ministra Ellen Gracie são característicos da corrente que nega a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Em sua confirmação de voto, a Ministra alegou ter bastante reservas quanto à aplicação ao indivíduo das mesmas restrições impostas ao Estado, podendo incidir as garantias constitucionais apenas em casos de efetivo prejuízo do particular (fl. 628 do acórdão).

Creemos que ela tentou atenuar o entendimento de negativa total de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, que poderia ser extraído de seu voto, para reconhecer a incidência em casos restritos de demonstração de prejuízo.

O Ministro Gilmar Mendes, então, pediu vista dos autos e apresentou seu voto divergente, o qual prevaleceu na 2ª Turma, pois foi acompanhado pelos Ministros Joaquim Barbosa e Celso de Mello, restando vencidos os Ministros Carlos Velloso e Ellen Gracie. A decisão, por maioria, foi proferida no RE nº 201.819-8/RJ, cujo acórdão foi redigido pelo Ministro Gilmar Mendes⁴.

O Ministro Gilmar Mendes inicia sua exposição afirmando que as violações a direitos fundamentais não ocorrem somente nas relações entre o cidadão e o Estado, mas no âmbito particular também. Logo, a proteção deve incidir em face dos poderes privados. A autonomia privada não está imune à observância das liberdades constitucionais, sofrendo limitações dos direitos fundamentais.

Apesar do argumento introdutório geral em defesa da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, ao tratar sobre a controvérsia dos autos, o Ministro entendeu que a associação possuía caráter público e, por esse motivo, seria legítima a aplicação imediata dos princípios constitucionais do devido processo legal, ampla defesa e contraditório.

Ele entendeu que a entidade integra um espaço público, ainda que não-estatal, pois faria parte do ECAD e redistribuiria entre os seus sócios os valores arrecadados a título de direitos autorais. Por isso, a exclusão do associado restringiria também o exercício profissional e a própria fruição dos direitos autorais:

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

Esse caráter público ou geral da atividade 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 do sócio da entidade”. (fls. 612/613 do acórdão)

Pela argumentação do voto condutor do acórdão, é a característica pública da entidade que viabiliza a eficácia dos direitos fundamentais diretamente. Ou seja, se a associação não tivesse essa natureza de “serviço público por delegação legislativa”, o associado, aparentemente, não teria os direitos fundamentais ao devido processo legal, ampla defesa e contraditório.

Exemplificando, se uma pessoa compra um título de sócio proprietário de um clube recreativo e, de repente, recebe um comunicado de que foi expulso da associação sem qualquer oportunidade de defesa e sem tomar ciência sequer da instauração de um procedimento contra ele, em tudo obedecido o estatuto social, a decisão será válida? A autonomia privada prevalecerá em detrimento de direitos fundamentais do sócio apenas porque o clube recreativo não tem caráter público?

É contraditória a defesa do Ministro Gilmar Mendes pela eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas quando identifica que o motivo legitimador da incidência imediata é apenas o caráter público da associação.

Ele até poderia ter concluído que a incidência dos direitos fundamentais ocorreria pelas circunstâncias do caso concreto, independentemente da natureza da associação, ganhando destaque ainda maior pelo caráter público da entidade. Mas não, defendeu que foi especificamente esse aspecto público que legitimou a eficácia direta, caindo em contradição com seus argumentos iniciais.

Em sede doutrinária, Gilmar Mendes, juntamente com outros autores, aborda o tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas sustentando a necessidade de ponderação entre o princípio da autonomia privada e os demais direitos fundamentais envolvidos, levando-se em consideração que a ordem constitucional pressupõe liberdade e responsabilidade de escolha, o que autoriza a adesão voluntária a relações sociais em que certas limitações a direitos fundamentais são previstas, desde que se perceba que a decisão foi tomada com base em liberdade de fato e de direito (2008, p. 278)⁵.

Partindo dessa premissa, os direitos fundamentais não obrigam da mesma maneira na esfera privada e no trato com o Poder Público, pois, neste último, os atos estatais partem de um pressuposto de que incidem em relações não paritárias entre as partes, muito menos refletem uma faculdade de adesão do cidadão baseada em liberdade plena da vontade.

Esse posicionamento doutrinário de Gilmar Mendes assemelha-se ao que fora exposto neste trabalho, pois defende a possibilidade de eficácia direta dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, mas essa incidência dependerá, no fim das contas, de uma ponderação entre os valores envolvidos, diante das circunstâncias do caso concreto. Muitas das vezes, como dito, será a autonomia privada que prevalecerá.

Se numa relação igualitária entre particulares, ficar constatado que as decisões foram tomadas com liberdade de direito e de fato, em que certas limitações a direitos fundamentais foram deliberadas de forma consciente e voluntária, sem representar o próprio esgotamento de conteúdo dos valores fundamentais envolvidos, impor a direta, automática e irrestrita incidência destes direitos pode evidenciar uma intromissão indevida na espontaneidade das relações privadas, fulminando a liberdade individual, que também é um direito fundamental.

Todavia, se doutrinariamente o Ministro Gilmar Mendes deu importante contribuição no sentido de assentar que é a análise da decisão que deu consentimento à relativa limitação de direitos fundamentais o foco central para decidir sobre a eficácia direta no âmbito privado, se foi tomada com pressuposto em liberdade plena numa relação paritária ou não; no julgamento do RE nº 201.819-8, ele defendeu que é o caráter público da associação o fundamento legitimador da incidência dos direitos fundamentais na relação privada com o associado.

Entendemos que não é o mero caráter público o motivo determinante para assentar a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. A subordinação se desenvolve também em microrrelações de poder, muitas vezes sem qualquer natureza estatal ou pública, conforme já mencionado neste trabalho. Se a aplicação dos direitos fundamentais justifica-se pela contenção do poder, tal incidência não deve se legitimar apenas quando existe uma entidade pública na relação de dominação,

pois o desequilíbrio de forças ocorre também entre pessoas que não ostentam qualquer natureza pública.

Se o acórdão mencionado baseou-se no fato de ser a associação um “serviço público por delegação” e, por este caráter público, dever ser compelida a obedecer aos direitos fundamentais em suas relações com os associados, a fundamentação da decisão pareceu expressar o posicionamento da teoria americana sobre o tema.

A Suprema Corte Americana, segundo o próprio Gilmar Mendes, estabeleceu que os particulares no exercício de atividade pública ou que recebessem auxílios governamentais deveriam se sujeitar às obrigações estatais, como a observância aos direitos fundamentais, pois atuariam como se fossem o Poder Público, mesmo que indiretamente. Todavia, entende o autor que a doutrina da *state action* não possuiria delimitação nítida em sede acadêmica e jurisprudencial (2008, p. 282)⁶.

Contraditoriamente, talvez de maneira involuntária, a decisão do Ministro Gilmar Mendes no RE nº 201.819-8 acabou criando uma jurisprudência com as mesmas premissas características da doutrina americana, pois assentou que a natureza de serviço público prestado pela associação foi o fator legitimador da aplicação direta dos direitos fundamentais à relação privada em análise.

Ou seja, o acórdão do STF acabou delimitando o âmbito de incidência da doutrina americana num caso concreto, quando o próprio ministro, em sede acadêmica, já havia defendido que a teoria não teria parâmetros nítidos de aplicação.

Por fim, ao comentar sobre os precedentes do STF sobre o tema, Gilmar Mendes, junto com os demais autores, enfatiza a importância e densidade do julgamento do RE 201.819-8, relatado por ele próprio, nos seguintes termos:

Quanto à possibilidade de o direito fundamental ser suscitado diretamente como razão para resolver pendências entre particulares, há precedentes do Supremo Tribunal Federal admitindo o expediente. O acórdão do STF em que mais profunda e eruditamente o tema foi explorado concluiu que normas jusfundamentais de índole procedimental, como a garantia de ampla defesa, podem ter incidência direta sobre relações entre particulares, em se tratando de punição de integrantes de entidade privada – máxime

tendo a associação papel relevante para a vida profissional ou comercial dos associados (2008, p. 283)

Entretanto, percebe-se que a fundamentação do acórdão não foi tão profunda quanto a contribuição doutrinária do próprio Gilmar Mendes, pois a decisão limitou-se a focar no caráter público da associação, quando o verdadeiro critério definidor da incidência dos direitos fundamentais, a nosso ver, seria verificar a existência de tentativa de imposição de poder na relação concreta em análise e se a adesão voluntária a limitações de direitos fundamentais decorreu de uma decisão pautada em liberdade de direito e de fato, independentemente da natureza pública de uma das partes envolvidas.

Uma análise mais detalhada do acórdão em questão evidencia que nem sempre os ministros do STF fundamentam suas decisões em perfeita correspondência a posições doutrinárias defendidas por eles anteriormente.

Dessa forma, entendemos que o acórdão do RE 201.819-8/RJ foi fundamentado na teoria da “state action”, ou melhor, na *public function theory*, pois foi necessário atribuir um caráter público à atividade desenvolvida pela associação para garantir a eficácia dos direitos fundamentais na relação privada estabelecida com os seus sócios.

ANÁLISE DA ADI 4815

A ADI 4815 versa sobre o pedido de declaração de inconstitucionalidade da exigência de autorização prévia para publicação de biografias, nos termos previstos nos arts. 20⁷ e 21⁸ do Código Civil. O caso foi relatado pela Ministra Carmen Lúcia, cujo entendimento foi acompanhado de forma unânime pelos demais integrantes da Corte⁹.

A eventual ponderação feita no caso quanto ao direito à intimidade de pessoas públicas e a liberdade de expressão e informação é muito interessante, digna de um profundo debate, mas não é objeto do presente estudo, o qual pretende identificar qual foi a teoria adotada pelo STF no julgado sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

A relação não envolve diretamente o Estado, mas uma exigência privada de prévia autorização para a liberdade de exercício profissional de biógrafos, resguardando a intimidade da pessoa biografada, com específica previsão na legislação civil.

Quanto à eficácia dos direitos fundamentais, a relatora argumentou que:

[...] O exercício do direito à liberdade de expressão não pode ser cerceado pelo Estado nem pelo vizinho, salvo nos limites impostos pela legislação legítima para garantir a igual liberdade do outro, não a ablação desse direito para superposição do direito de um sobre o outro

Atualmente, doutrina e jurisprudência reconhecem que a eficácia dos direitos fundamentais espraia-se nas relações entre particulares. Diversamente dos primeiros momentos do Estado moderno, no qual, sendo o ente estatal o principal agressor a direitos fundamentais, contra ele se opunham as normas garantidoras desses direitos, hoje não é permitido pensar que somente o Estado é fonte de ofensa ao acervo jurídico essencial de alguém. O particular não pode se substituir ao Estado na condição de deter o poder sobre outro a ponto de cercear ou anular direitos fundamentais”. (fls. 80/81 do acórdão)

A Ministra relatora entendeu pela possibilidade de incidência dos direitos fundamentais às relações privadas de forma muito mais ampla, diferentemente do posicionamento negativo ou extremamente restrito da Ministra Ellen Gracie, exposto no RE 201.819-8.

A relatora citou vários precedentes internacionais sobre o tema, como a divulgação de fotos da princesa Carolina de Mônaco em dois processos (fls. 107/108 do acórdão) e o emblemático caso Lüth (fls.125/127 do acórdão), já mencionado.

Defendeu a incompatibilidade da exigência de autorização prévia prevista na lei civil com as normas constitucionais, especialmente pelo fato de a própria Constituição estabelecer que eventuais violações serão reparadas posteriormente mediante indenização¹⁰.

A Ministra relatora prossegue afirmando que se a Constituição pátria não pode ser anulada por emenda constitucional tendente a abolir direitos fundamentais (art. 60, IV), menos ainda por norma hierarquicamente inferior, como a legislação civil, “ainda que sob o argumento de se estar

a resguardar e proteger outro direito constitucionalmente assegurado, a inviolabilidade do direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem. (fls. 134/135 do acórdão).

A prévia ponderação feita pelo legislador infraconstitucional, que havia considerado com maior dimensão de peso a defesa da intimidade do particular quanto à divulgação de escritos a seu respeito, inclusive biografias, em detrimento da liberdade de manifestação, passa a ser reformulada pela Corte Suprema. O Tribunal considerou que o legislador infraconstitucional havia atribuído, erroneamente, um direito civil em sobreposição a um direito fundamental.

O STF entendeu que, nessa relação privada, incidem com primazia os direitos à liberdade de expressão e à informação, considerando censura a exigência de prévia autorização, o que é repudiado pela ordem constitucional. Ou seja, decidiu-se que a publicação de biografias não se encontra mais na esfera de decisão particular do biografado, em nome de outros valores mais importantes à sociedade.

A partir de agora, o STF confere interpretação conforme a Constituição para declarar inconstitucional, sem redução de texto, a exigência de prévia autorização especificamente para biografias, subsistindo a necessidade de consentimento para outras formas de exposição da vida particular, pois os arts. 20 e 21 do Código Civil não foram retirados do ordenamento jurídico.

A eficácia dos direitos fundamentais para os casos de biografia, então, parece estar mais próxima da direta, pois o STF afastou a legislação civil e fez incidir imediatamente ao caso os princípios da liberdade de expressão, manifestação do pensamento e direito à informação.

Ocorre que, ao fazer interpretação conforme a Constituição para declaração de inconstitucionalidade, sem redução de texto, mantendo a legislação civil intacta para todas as outras hipóteses de exposição da vida particular diferentes de biografia, a Corte Suprema criou uma realidade, no mínimo, contraditória.

Afinal de contas, se a censura prévia feita pelo particular é inconstitucional, por que apenas a biografia não precisa de consentimento? Por que as outras formas de exposição da intimidade não podem ser tuteladas pela reparação indenizatória posterior como a biografia?

A própria relatora cita o posicionamento de Gomes Canotilho ao examinar especificamente o art. 20 do Código Civil, concluindo pela inconstitucionalidade do mesmo, neste termos: **“Não temos dúvida que o balanceamento ‘definitório categorial’ ou ‘universalizante’ detectado no enunciado linguístico do art. 20 do Código Civil conduz a uma operação deôntica de proibição claramente inconstitucional”**. (fl. 138 do acórdão)

Esse argumento de Canotilho citado no voto da relatora não restringe a inconstitucionalidade apenas ao caso de biografias, pois a incompatibilidade ao preceito constitucional de liberdade de expressão é geral, independentemente da forma de divulgação.

A causa de pedir da ação foi aberta: violação à liberdade de expressão e manifestação do pensamento. Por tal motivo, a declaração de inconstitucionalidade não precisaria ficar restrita à biografia, por uma questão de lógica, podendo ser mais abrangente, tal qual ocorre na inconstitucionalidade por arrastamento. Os fundamentos utilizados no acórdão não se coadunam com o resultado limitado, afinal de contas, censura é inconstitucional em qualquer circunstância.

O mencionado art. 20 do Código Civil determina a necessidade de prévia autorização para divulgação de escritos, da palavra e da imagem. Com relação à imagem, a Ministra relatora já havia dito na própria decisão que, para pessoas com notoriedade, não haveria necessidade de prévia autorização para divulgação (fl. 115 do acórdão). Ela concedeu o mesmo tratamento agora às biografias.

Que casos subsistem, então, que ainda precisariam de prévia autorização? A publicação de um artigo ou matéria, não considerada biografia, que divulgue apenas alguns fatos da vida de alguém em determinada circunstância? Se em caso de biografia de uma vida inteira não se precisa de autorização, por que a divulgação de algum escrito precisaria de consentimento prévio?

Aparentemente, o STF fez diferenciação entre a intimidade de pessoas públicas e comuns, criando a seguinte situação jurídica: 1) imagens e biografias de pessoas públicas não precisam de prévia autorização para divulgação; 2) qualquer outra forma de divulgação de intimidade de pessoas públicas precisa de prévia autorização, já que os artigos do Código

Civil foram mantidos; e 3) a divulgação da vida de pessoas comuns (não famosas), independentemente da forma, precisa de prévia autorização, pois os dispositivos do Código Civil continuam em vigor.

Se a fundamentação do acórdão foi toda pela primazia da liberdade de expressão, pela possibilidade de reparação posterior em caso de abuso e proibição de censura particular, o mais coerente seria a declaração de inconstitucionalidade, com redução de texto, dos arts. 20 e 21 do Código Civil, afastando a exigência de prévia autorização a qualquer caso de divulgação de aspectos da vida do particular (seja famoso ou não), não apenas em caso de biografia.

Todavia, essa diferenciação de intimidade entre pessoas públicas e comuns parece não ter muita sustentação, pois a honra liga-se à pessoa, independentemente de ser famosa ou não. O fato de uma pessoa ser conhecida pode servir de parâmetro para a fixação de indenização posterior, mas não é um critério sólido para conceituação da honra ou intimidade, como se as pessoas famosas não tivessem intimidade ou tivessem uma honra diferente das demais.

Os fatos da vida de um cidadão não famoso talvez não despertem tanto interesse do público. Logo, será mais difícil justificar a divulgação da intimidade dessas pessoas no direito à informação da sociedade, diferentemente do que ocorre com uma celebridade. Todavia, a discussão acerca da pertinência ou não do ato de exposição em qualquer caso, verificando se houve algum abuso, sempre dependerá da prévia divulgação, pois esse controle só poderá ocorrer *a posteriori*.

Em outras palavras, primeiro se permite a divulgação para depois analisar se houve abuso na liberdade de expressão. Caso se constate o abuso, o controle será feito mediante fixação de indenização, direito de resposta, repressão criminal, dependendo do conteúdo publicado, além de outras medidas.

O que o STF decidiu nesse julgado em análise é que no confronto entre a intimidade e a liberdade de expressão, a primeira cede espaço, mas não de forma absoluta, pois ainda pode ser tutelada por mecanismos de controle *a posteriori*. Segundo o acórdão, qualquer medida que impeça a liberdade de expressão, mesmo que sob a justificativa de preservação da intimidade, representa censura, o que é vedado pela Constituição.

Assim, se a exigência de autorização representa censura, não é possível proibir a censura em alguns casos de divulgação da intimidade de alguém (imagens e biografias de pessoas públicas) e tolerar a censura para as demais formas de divulgação da vida íntima do particular, famoso ou não. Se a censura é repudiada por nosso ordenamento constitucional, ela deve ser afastada em qualquer circunstância e para todo tipo de pessoa.

Sendo assim, o art. 20 do Código Civil, por representar a instituição de uma censura, não pode subsistir por inconstitucionalidade, conforme os argumentos utilizados na decisão e no posicionamento de Canotilho trazido pela própria relatora em seu voto. A fundamentação perde sentido quando o dispositivo é mantido no ordenamento jurídico.

A premissa ora levantada é de que não há diferença entre a honra e a intimidade de pessoas famosas e comuns, devendo a tutela jurídica ser a mesma e as circunstâncias pessoais levadas em consideração apenas na análise posterior acerca do abuso ou não da liberdade de expressão, motivo pelo qual os dispositivos deveriam ser retirados do ordenamento, pois a censura é igual para qualquer tipo de particular que tem sua vida exposta.

Mesmo que essa premissa esteja equivocada, ainda assim o julgado carece de coerência, pois se o STF entende que há diferença de intimidade dependendo do tipo de pessoa envolvida, deveria, então, estabelecer interpretação conforme para definir que seria inconstitucional exigir prévia autorização para qualquer tipo de divulgação da vida de pessoas públicas, não apenas em casos de biografias, mantendo os artigos do Código Civil intactos somente para tutelar a exposição da intimidade do particular não famoso. Mesmo que não se concorde com o entendimento, no mínimo, seria mais coerente.

Sabemos que qualquer retirada de textos do ordenamento jurídico por inconstitucionalidade causa uma certa “crise” entre os Poderes, o que torna salutar o uso das técnicas de “interpretação conforme” ou “declaração parcial sem redução de texto”, a fim de preservar a separação de poderes e manter a intenção do legislador; mas esses métodos só podem ser utilizados se o ato normativo puder ser compatibilizado logicamente com a Constituição.

No caso, pela motivação do acórdão acima exposta, não há como compatibilizar a liberdade plena de expressão e proibição expressa de censura, consagradas constitucionalmente, com regra infraconstitucional que inicia com o termo “salvo se autorizadas”.

O fato de o STF ter mantido no ordenamento os dispositivos referidos do Código Civil, ressaltando somente a biografia, apesar de a censura particular ser inconstitucional de forma geral, segundo a fundamentação do próprio acórdão, demonstra que a Corte foi tímida para acolher integralmente a teoria da eficácia direta ou imediata.

Pelo julgado, é como se fosse necessário existir uma legislação civil para viabilizar a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, mesmo resguardando ao Judiciário a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade, conforme permite a teoria da eficácia indireta já vista.

Dessa forma, o acórdão da ADI 4815, apesar de ter aplicado diretamente os direitos fundamentais no caso de biografias, permite extrair o entendimento de que o STF sofreu alguma influência da teoria da eficácia indireta ou mediata, pois manteve em vigor dispositivos aparentemente inconstitucionais, que permitem a censura particular.

Esperamos que a Corte continue a evoluir seu entendimento para acolher a teoria da eficácia direta sem ressalvas, pois a existência de legislação civil não é um requisito indispensável de segurança para incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Supremo Tribunal Federal transcendeu a visão negativa ou, no mínimo, extremamente restrita de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas apenas aos casos em que se observa o caráter público da atividade desenvolvida pelo particular, semelhante à teoria da “state action” ou *public function theory* americanas, extraídas do RE 201.819-8.

Com o julgamento da ADI 4815, ficou evidenciado o entendimento de que a aplicação dos direitos fundamentais no âmbito privado independe

do caráter público da prestação realizada pelo ente envolvido. Esse já foi um passo importante de evolução.

Neste último julgado, a Corte deu eficácia imediata dos valores constitucionais ao caso específico das biografias, pois concluiu pela inconstitucionalidade, sem redução de texto, da exigência de prévia autorização prevista na legislação civil, fazendo incidir diretamente os princípios da liberdade de expressão e manifestação do pensamento.

Todavia, a opção pela manutenção dos arts 20 e 21 do Código Civil para outras hipóteses de divulgação da vida privada demonstra certa hesitação do STF à adoção integral da teoria da eficácia direta, pois se a liberdade de expressão é incompatível com exigência de prévia autorização, conforme a *ratio decidendi* do próprio julgado, qualquer censura particular seria inconstitucional, o que deveria conduzir à retirada dos dispositivos mencionados do ordenamento jurídico.

Dessa forma, é possível interpretar que a Corte ainda não se desvinculou totalmente do ideal de segurança que representa a existência de necessária atuação do legislador infraconstitucional, ou seja, identificamos que ainda persiste uma certa influência da teoria da eficácia mediata ou indireta.

Em outras palavras, o entendimento da Corte Suprema pátria está em evolução, mas ainda demonstra ressalvas ou alguma timidez para adoção integral da teoria da eficácia imediata ou direta dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Por fim, a análise desses dois julgados demonstra que nem sempre os ministros votam de acordo com seus posicionamentos doutrinários defendidos anteriormente, bem como a fundamentação dos acórdãos algumas vezes revela incoerências que passam imunes à crítica acadêmica.

O fato de a jurisdição constitucional não ser estudada sistematicamente pela academia acaba enfraquecendo uma demanda de cobrança por coerência nas decisões do STF. O controle das decisões se faz pela análise da fundamentação, mas só podemos criticar se conhecermos a dinâmica de votação do Tribunal. Neste sentido:

Estudar o processo decisório do STF não é uma questão meramente formal. Compreender melhor como os ministros votam é fundamental

para que se exerça um controle democrático mais apurado de suas decisões. A leitura minuciosa de casos difíceis mostra que a falta de clareza, coerência ou até a dificuldade de se encontrar a ratio decidendi (a linha argumentativa da decisão) são obstáculos a essa função (VOJVODIV; MACHADO; CARDOSO, 2009, p. 25)

De uma Corte Constitucional, que analisa os mais importantes temas da nação e firma interpretações sobre a aplicação dos direitos fundamentais, devemos esperar um mínimo de coerência nas fundamentações das decisões, para que os resultados produzidos sejam fruto de um procedimento racional de deliberação colegiada, atendendo às exigências democráticas de legitimidade do Poder Judiciário.

NOTAS

- ¹ Não entendemos correto fazer uma leitura enviesada de que houve uma superação dos “Estados”, em que o Estado Liberal tenha acabado para o início do Estado Social. Apenas ressaltamos que concepções de modelo estatal ganham maior força em determinados contextos históricos, sem que tenha ocorrido uma verdadeira sucessão de regimes.
- ² Neste sentido: “[...] a partir da crise do Estado Social, que se aprofundou na fase final do século passado, já se percebe um movimento de retorno do pêndulo em direção ao privado. O Estado, antes visto com o agente redentor das classes desfavorecidas e racionalizador da economia passa a ser associado no imaginário social à ineficiência, à burocracia excessiva, ao desperdício. No mundo todo são promovidos extensos programas de privatização de empresas estatais, buscando o enxugamento da máquina pública e a devolução de amplos setores da economia à iniciativa privada” (SARMENTO, 2006, p. 45)
- ³ Para melhor entendimento do caso: “Tratava-se de discussão relativa à legitimidade de um boicote contra um filme dirigido pelo cineasta Veit Harlan, de passado nazista, organizado pelo Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, Eric Lüth, em 1950. A produtora e a distribuidora do filme insurgiram-se contra o boicote e obtiveram decisão injuntiva da Justiça Estadual de Hamburgo, determinando a sua cessação, com base no art. 826 do Código Civil alemão, segundo o qual ‘quem causar danos intencionais a outrem, e de maneira ofensiva aos bons costumes, fica obrigado a compensar o dano. Irresignado com o julgamento, Lüth interpôs queixa constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) para o Tribunal Constitucional. Este acolheu o recurso, fundamentando-se no entendimento de que cláusulas gerais do direito privado, como os ‘bons costumes’ referidos no art. 826 do BGB, têm de ser interpretadas ao lume da ordem de valores sobre a qual se assenta a Constituição, levando em consideração os direitos fundamentais, o que não fora feito pela Corte de Hamburgo”. (SARMENTO, 2004, p. 141)
- ⁴ **“SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO.**
I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.

II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. **A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio.** O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88).

IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO”.

- 5 “Há, então, de se realizar uma ponderação entre o princípio da autonomia e os valores protegidos como direitos fundamentais, tendo como parâmetro que a ideia do homem, assumida pela Constituição democrática, pressupõe liberdade e responsabilidade - o que, necessariamente, envolve a faculdade de limitação voluntária dos direitos fundamentais no comércio das relações sociais, mas que também pressupõe liberdade de fato e de direito nas decisões sobre tais limitações. Fica claro que os direitos fundamentais não compelem os indivíduos da mesma forma e na mesma intensidade com que se impõem como normas diretoras das ações dos Poderes Públicos” (MENDES, 2008, p. 278).
- 6 “A Suprema Corte, mantendo-se fiel, nominalmente, à tese de que os direitos fundamentais obrigam apenas os Poderes Públicos, a eles equiparou os particulares, quando exercessem atividade de interesse público ou recebessem subvenção governamental. A ligação, ainda que indireta, com a atividade estatal, nesses casos, tornaria a pessoa sujeita às obrigações próprias do Estado, em termos de respeito aos direitos fundamentais. É a doutrina da *state action*, que, entretanto, não possui delimitação nítida quer em sede acadêmica quer na jurisprudência” (MENDES, 2008, p. 282).
- 7 Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.
- 8 Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.
- 9 “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 20 E 21 DA LEI N. 10.406/2002 (CÓDIGO

CIVIL). PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA REJEITADA. REQUISITOS LEGAIS OBSERVADOS. MÉRITO: **APARENTE CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DE INFORMAÇÃO, ARTÍSTICA E CULTURAL, INDEPENDENTE DE CENSURA OU AUTORIZAÇÃO PRÉVIA (ART. 5º INCS. IV, IX, XIV; 220, §§ 1º E 2º) E INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE, VIDA PRIVADA, HONRA E IMAGEM DAS PESSOAS (ART. 5º, INC. X). ADOÇÃO DE CRITÉRIO DA PONDERAÇÃO PARA INTERPRETAÇÃO DE PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. PROIBIÇÃO DE CENSURA (ESTATAL OU PARTICULAR). GARANTIA CONSTITUCIONAL DE INDENIZAÇÃO E DE DIREITO DE RESPOSTA. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE PARA DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO AOS ARTS. 20 E 21 DO CÓDIGO CIVIL, SEM REDUÇÃO DE TEXTO.**

1. A Associação Nacional dos Editores de Livros - Anel congrega a classe dos editores, considerados, para fins estatutários, a pessoa natural ou jurídica à qual se atribui o direito de reprodução de obra literária, artística ou científica, podendo publicá-la e divulgá-la. A correlação entre o conteúdo da norma impugnada e os objetivos da Autora preenche o requisito de pertinência temática e a presença de seus associados em nove Estados da Federação comprova sua representação nacional, nos termos da jurisprudência deste Supremo Tribunal. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada.
2. O objeto da presente ação restringe-se à interpretação dos arts. 20 e 21 do Código Civil relativas à divulgação de escritos, à transmissão da palavra, à produção, publicação, exposição ou utilização da imagem de pessoa biografada.
3. A Constituição do Brasil proíbe qualquer censura. O exercício do direito à liberdade de expressão não pode ser cerceada pelo Estado ou por particular.
4. O direito de informação, constitucionalmente garantido, contém a liberdade de informar, de se informar e de ser informado. O primeiro refere-se à formação da opinião pública, considerado cada qual dos cidadãos que pode receber livremente dados sobre assuntos de interesse da coletividade e sobre as pessoas cujas ações, público-estatais ou público-sociais, interferem em sua esfera do acervo do direito de saber, de aprender sobre temas relacionados a suas legítimas cogitações.
5. Biografia é história. A vida não se desenvolve apenas a partir da soleira da porta de casa.
6. Autorização prévia para biografia constitui censura prévia particular. O recolhimento de obras é censura judicial, a substituir a administrativa. O risco é próprio do viver. Erros corrigem-se segundo o direito, não se coartando liberdades conquistadas. A reparação de danos e o direito de resposta devem ser exercidos nos termos da lei.
7. **A liberdade é constitucionalmente garantida, não se podendo anular por outra norma constitucional (inc. IV do art. 60), menos ainda por norma de hierarquia inferior (lei civil), ainda que sob o argumento de se estar a resguardar e proteger outro direito constitucionalmente assegurado, qual seja, o da inviolabilidade do direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem.**
8. Para a coexistência das normas constitucionais dos incs. IV, IX e X do art. 5º, há de se acolher o balanceamento de direitos, conjugando-se o direito às liberdades com a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa biografada e daqueles que pretendem elaborar as biografias.
9. *Ação direta julgada procedente para dar interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível autorização de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo também desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes)*. (destaque nosso)
10. Afirma a Ministra Carmen Lúcia que: "A autorização prevista na legislação civilista talvez tenha sido pretensão de se constituir em proteção jurídica asseguradora da inviolabilidade constitucionalmente prevista e sem a qual o rol de direitos fundamentais não tem plena eficácia relativamente ao Estado e aos particulares.
Não há, entretanto, como compatibilizar o que o direito garante como liberdade, assegurando a plena expressão, proibindo expressa e taxativamente qualquer forma de censura, definindo

como direito fundamental a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da privacidade e, para descumprimento dessa norma, prescrevendo a forma indenizatória de reparação, e norma de hierarquia inferior pela qual fixada regra para o exercício dessa liberdade, iniciando-se com a ressalva 'salvo se autorizadas'. A Constituição da República garante a liberdade e a lei civil preconiza que o exercício não pode ser garantido salvo se autorizado pelo interessado!" (fl. 124 do acórdão)

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 4815**. Acórdão publicado no DJ de 01.02.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. Recurso Extraordinário - **RE 201.819-8/RJ**. Acórdão publicado no DJ de 27.10.2006.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Perspectivas e Tendências atuais do Estado Constitucional**. Tradução de Jose Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais: conceito, função e tipos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

RAMOS, Carmen Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. rev. atual. e ampl.; 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. **Livres e iguais**: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2006.

STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. Poder e contrato(s): um diálogo com Michel Foucault. In: RAMOS, Carmen Lúcia Silveira (Org.). **Diálogos sobre direito civil**: construindo a racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 267-288.

TEDESCHI, Sebastián Ernesto. *El Waterloo del Código Civil* Napoleónico: Una mirada crítica a los fundamentos del Derecho Privado Moderno para la construcción de sus nuevos principios generales. In: COURTIS, Christian (compilador). **Desde otra mirada**: texto de teoría crítica del derecho. Buenos Aires: Eudeba, 2001, p. 159-182.

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direitos privados**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 301-340.

VOJVODIC, Adriana de Moares, MACHADO, Ana Mara França e CARDOSO, Evorah Lusci Costa. Escrevendo um Romance, Primeiro Capítulo: Precedentes e Processo Decisório no STF. **Revista GV**, São Paulo, v 5, n. 1, p. 21-44, jan./jun. 2009.

Artigo recebido em: 3-10-2017

Aprovado em: 27-11-2018

Leandro Nascimento Rodrigues

Mestrando em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia; especialista em Direito Processual; procurador autárquico do Estado do Pará. E-mail: leandro_rodrigues_@hotmail.com

Pastora do Socorro Teixeira Leal

Pós-Doutora em Direito pela Universidade Carlos III de Madri-Espanha; doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA); professora de graduação e de pós-graduação da Universidade Federal do Pará – UFPA e da Universidade da Amazônia (UNAMA); desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da Oitava Região. E-mail: pastoraleal@uol.com.br

Universidade da Amazônia (UNAMA). Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais. Campus Senador Lemos. Av. Senador Lemos, 2809. 66120901 - Belém / PA.

