

DIREITO À AMPLA DEFESA E LIBERDADE ASSOCIATIVA: ESTUDO DA EFICÁCIA DO DIREITO À AMPLA DEFESA NAS RELAÇÕES JURÍDICAS ENTRE PARTICULARES

DERECHO A LA AMPLIA DEFENSA Y LIBERTAD ASOCIATIVA: ESTUDIO DE LA EFICACIA DEL DERECHO A LA AMPLIA DEFENSA EN LAS RELACIONES JURÍDICAS ENTRE PARTICULARES

Thiago Penido Martins

RESUMO: O trabalho tem como objetivo precípua realizar minucioso e pormenorizado estudo acerca da temática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, principalmente da eficácia do direito fundamental à ampla defesa no âmbito das relações privadas associativas. Indaga-se em que medida as associações e demais particulares estão obrigados a garantir o direito à ampla defesa em suas relações associativas e, em especial, como conciliar a garantia ao direito à ampla defesa com a proteção ao direito de liberdade associativa, ambos insculpidos no texto constitucional. A intervenção desmesurada do poder estatal na esfera privada a liberdade associativa, mediante a revisão de suas decisões ou normas internas, poderá representar a supressão e aniquilação do direito fundamental de liberdade associativa, direito de indispensável ao Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVES: direitos fundamentais; ampla defesa; liberdade associativa; eficácia.

RESUMEN: El trabajo tiene como objetivo precípua realizar minucioso y pormenorizado estudio acerca de la temática de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas privadas, principalmente de la eficacia del derecho fundamental a la amplia defensa en el ámbito de las relaciones privadas asociativas. En que medida las asociaciones y demasiado particulares están obligados a garantizar el derecho a la amplia defensa en sus relaciones asociativas y, en especial, como conciliar la garantía al derecho a la amplia defensa con la protección al derecho de libertad asociativa, ambos insculpidos en el texto constitucional. La intervención desmesurada del poder estatal en la esfera privada la libertad asociativa, mediante la revisión de sus decisiones o normas internas, podrá representar la supresión y aniquilación del derecho fundamental de libertad asociativa, derecho de indispensable al Estado Democrático de Derecho.

PALABRAS-CLAVE: derechos fundamentales; amplia defensa; libertad asociativa; eficacia.

1 - Introdução

A teoria dos direitos fundamentais, enquanto importante elemento da ciência jurídica, encontra-se em constante processo de evolução para se adequar aos anseios e demandas de uma sociedade em rápida expansão. A historicidade e mutabilidade inerentes aos direitos fundamentais, torna incessante e infundável seu processo de evolução. O tempo passará, a sociedade passará por profundas transformações, novos direitos surgirão, direitos existentes serão reinterpretados e conformados às novas realidades sociais.¹

Nesse complexo cenário de evolução das relações sociais, o fenômeno do poder social ou econômico tornou necessária a reformulação da teoria dos direitos fundamentais, que deverá ser vislumbrada a partir de um novo enfoque, haja vista que não somente o poder estatal mas também os particulares constituem séria ameaça aos direitos fundamentais, em razão de sua capacidade de, no âmbito de relações jurídicas privadas, vulnerarem direitos fundamentais de outros particulares.

Diante deste quadro, os direitos fundamentais necessitam ser observados sob novo olhar, sob nova perspectiva, com o desiderato de conferir-lhes maior efetividade na árdua tarefa de proteger os indivíduos e a sociedade. A partir deste novo enfoque, busca-se ampliar o lastro protetivo atribuído aos indivíduos, haja vista que, os direitos fundamentais deixam de ser concebidos exclusivamente como limites ao poder público, para também imporem limites aos particulares, no âmbito de suas relações jurídicas privadas.

A definição da extensão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares assume, neste contexto, extrema importância e requer de todos aqueles que se dedicam ao estudo da teoria dos direitos fundamentais especial atenção, impondo a necessidade de se realizar detido e acurado estudo sobre os efeitos da adoção de uma eficácia direta ou indireta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, principalmente considerando que, se é necessário conferir a máxima efetividade aos direitos fundamentais, indispensável também assegurar a autonomia e liberdades individuais.

Nesse diapasão, o trabalho tem como objetivo precípua realizar minucioso e pormenorizado estudo acerca da temática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, principalmente da eficácia do direito fundamental à ampla defesa no âmbito das relações privadas associativas, indagando em que medida as associações e demais particulares estão obrigados a garantir o direito à ampla defesa em suas relações associativas

¹ Conforme BILBAO UBILLOS, *“conviene insistir en la radical historicidad de los derechos fundamentales: éstos han experimentado y siguen experimentando profundas transformaciones porque la realidad socio-política en la que se insertan cambia”*. (2006, p. 302).

e, em especial, como conciliar a garantia ao direito à ampla defesa com a proteção ao direito de liberdade associativa, ambos insculpidos no texto constitucional.

2 - Origem dos direitos fundamentais

Sem sombra de dúvidas, o constitucionalismo não seria o que é sem os direitos fundamentais. A própria origem do Estado de Direito encontra-se intrinsecamente vinculada à garantia e proteção dos direitos fundamentais.² Essa interdependência existente entre o constitucionalismo e a evolução da teoria dos direitos fundamentais traz uma inevitável e benéfica consequência, a constante mutabilidade da teoria dos direitos fundamentais e do constitucionalismo, com o desiderato de atender os anseios da sociedade.³

O processo de constante evolução da sociedade, dos direitos fundamentais e seus reflexos sobre o constitucionalismo, foi analisado por BOBBIO, que destacou a mutabilidade e historicidade daqueles, bem como a necessidade de uma constante reformulação da teoria dos direitos fundamentais como forma de adequá-la aos anseios e interesses da sociedade.⁴ As pretensões humanas se modificarão e, conseqüentemente, surgirão novos interesse jurídicos a serem tutelados.⁵ Preleciona BOBBIO:

Os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações. (BOBBIO, 1992, p. 18).

² Assevera PEREZ LUÑO: “*Aí, se da un estrecho nexo de interdependência, genético y funcional, entre el Estado de Derecho y los derechos fundamentales, ya que el Estado de Derecho exige e implica para serlo garantizar los derechos fundamentales, mientras que estos exigen e implican para su realización al Estado de Derecho.*” (2007, p.19).

³ Conforme destaca MELLO: “*O constitucionalismo está hoje preocupado em entender a abrangência e os limites dos direitos fundamentais nos sistemas jurídicos e políticos das sociedades contemporâneas e em desenvolver uma dogmática que habilite os juristas a operá-los e torná-los eficazes, e nesse esforço submete claramente a organização do poder estatal aos parâmetros extraídos da teoria dos direitos fundamentais.*” (2001, p. 239).

⁴ Nesse sentido preleciona PERELMAN: “*Como o direito tem uma função social para cumprir, não pode ser concebido, de modo realista, sem referência à sociedade que deve reger.*” (2000, p. 241).

⁵ Conforme destaca BOBBIO: “*Não é preciso muita imaginação para prever que o desenvolvimento da técnica, a transformação das condições econômicas e sociais, a ampliação dos conhecimentos e a intensificação dos meios de comunicação poderão produzir mudanças na organização da vida humana e das relações sociais que se criem ocasiões favoráveis para o nascimento de novos carecimentos e, portanto, para novas demandas de liberdade e de poderes.* (1992, p. 33).

Mas em que momento histórico surgiram os direitos fundamentais? Antes de se proceder ao estudo do momento histórico em que se originaram os direitos fundamentais, cumpre traçar importante distinção entre conceitos que, inúmeras vezes, são utilizados de forma acrítica e indistinta, como se fossem sinônimos, mas que, entretanto, representam institutos jurídicos distintos, quais sejam, os conceitos de direitos humanos e de direitos fundamentais, estes objeto específico do presente trabalho.

Destacam PEREZ LUÑO⁶, PECES-BARBA MARTÍNEZ e SOARES, que os direitos humanos representam direitos de caráter inviolável, intertemporal e universal, contidos nas declarações de direitos e que se encontram relacionados às exigências de proteção da dignidade, liberdade e igualdade, independentemente de terem sido positivados em estatuto jurídico. Por sua vez, os direitos fundamentais são direitos objetivamente vigentes em uma ordem jurídica concreta, por terem sido positivados.⁷ Segundo GALUPPO:

Os direitos humanos transformaram-se em direitos fundamentais somente no momento em que o princípio do discurso se transformou no princípio democrático, ou seja, quando a argumentação prática dos discursos morais se converte em argumentação jurídica limitada pela faticidade do direito, que implica sua positividade e coercibilidade, sem, no entanto, abrir mão de sua pretensão de legitimidade. Os direitos fundamentais representam a constitucionalização daqueles direitos humanos que gozaram de alto grau de justificação ao longo da história dos discursos morais, que são, por isso, reconhecidos como condições para a construção e o exercício dos demais direitos. (GALUPPO, 2003, p. 233).

No que concerne ao surgimento, faz-se necessário remontar à história das principais formas de organização política das sociedades. Ao se realizar o estudo desde a *pólis* grega, verificar-se que a origem dos direitos fundamentais é recente, relacionando-se à constituição do Estado Moderno. Na antiga Grécia, não existia sequer a idéia de direitos do homem.⁸ A escravidão era admitida na *pólis* grega e reduzia os escravos à verdadeira condição de objetos.

⁶ PERES LUÑO, 2007. PECES-BARBA MARTÍNEZ, 1999. SOARES, 1992, p. 90.

⁷ SARLET cita o critério do plano de posituação para diferenciar os conceitos de direito humanos e direitos fundamentais: “o termo ‘direitos fundamentais’ aplica-se para aqueles direitos da pessoa reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guarda relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se atribuem ao ser humano com tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional e, que, portanto, aspiram à validade universal, revelando inequívoco caráter supranacional.” (2004, p. 417).

⁸ Em sentido contrário, COMPARATO destaca a importância das instituições atenienses para o desenvolvimento dos direitos do homem ao assim prelecionar: “O reconhecimento de que as instituições de governo devem ser utilizadas a serviço dos governados e não para o benefício pessoal dos governantes foi um primeiro passo decisivo na admissão da existência de direitos que, inerentes a própria condição humana, devem ser reconhecidos a todos e não podem ser havidos como mera concessão dos que exercem o poder.” (2001, p. 39).

Aos cidadãos reconhecia-se o direito de viver na *pólis*. Escravos, bárbaros e mulheres eram considerados serem inferiores e, portanto, excluídos.⁹

Durante o período romano, o cristianismo se limitou a apregoar a igualdade entre os homens perante Deus, atribuindo destaque à dignidade humana, sem que tais pensamentos adquirissem efetivamente a condição de direitos do homem. Salienta CANOTILHO que, durante o período romano, a idéia de igualdade entre os homens restringiu-se à dimensão individual e cosmológica, ficando restrita, portanto, ao mero plano teológico e filosófico, haja vista que não chegou a transcender para se converter em uma categoria jurídica, apta a conferir e assegurar direitos ao homem.¹⁰

Na Idade Média, marcada pelo feudalismo, encontram-se os primeiros resquícios e contributos para o surgimento dos direitos fundamentais do homem.¹¹ Em um cenário de esfacelamento do poder político e econômico, em razão da coexistência, muitas vezes não harmônica, de três centros de poder, quais sejam, o poder monárquico, poder religioso e poder feudal, inicia-se um processo tendente à reconstrução da unidade política perdida com a derrocada do Império Romano e, conseqüentemente, atribuir o monopólio da força ao poder monárquico.¹²

A busca pela reconstrução da unidade política perdida desde a derrocada do Império Romano criou um cenário de constante e intensa disputa pelo poder travada entre nobreza e clero. Os embates ocorridos entre essas duas classes sociais e os inúmeros abusos por eles cometidos propiciaram a eclosão das primeiras manifestações destinadas a estabelecer e disciplinar direitos, dentre as quais se destacou, em razão de seus contributos para o desenvolvimento das liberdades públicas, a Magna Carta de 1215,¹³ que conforme salienta PEREZ LUÑO:

⁹ Nesse sentido SOARES, 1992, p. 88.

¹⁰ Nesse sentido CANOTILHO, 2003a. e 2003b

¹¹ VILLEY sustenta que, a primeira vez que teria visto a definição para o termo “direito do homem” foi em um excerto da obra *Leviatã* de HOBBS. Conforme destaca o autor: “(‘O direito subjetivo natural – que os escritores têm o hábito de chamar de *ius naturale* – é a liberdade que todo homem possui (*each man*) de usar seu próprio poder como ele mesmo quiser etc.’) Este texto extraído de *Leviatã* (1651) é o primeiro, que eu saiba, no qual está definido o ‘direito do homem’. Não afirmamos que HOBBS tenha sido o inventor do termo. Mas que em sua obra aparecem em plena luz suas fontes, seu conteúdo e sua função.” (2007, p. 142).

¹² Nesse sentido FIORAVANTI: “*Ya hemos subrayado que en la edad media falta un poder público rígidamente institucionalizado, capaz de ejercitar el monopolio de las funciones de imperium y normativas sobre un cierto territorio a él subordinado. De aquí se sigue que el mismo imperium está fraccionado y dividido entre un gran número de sujetos a lo largo de la escala jerárquica, que va desde los señores feudales de más alto rango hasta cada uno de los caballeros armados y, luego, hasta zonas de aplicación del mismo imperium estrechamente limitadas y circunscritas.*” (1996, p. 27).

¹³ Cumpre salientar as lições de SOARES, para quem “*A Magna Carta de João sem Terra, pode ser reduzida a um pacto entre rei e nobreza, ignorando todo o povo; é a afirmação de direitos corporativos da aristocracia feudal*” (1992, p. 88). Em igual sentido (COMPARATO, 2001, p.47).

De todos os documentos medievais, sem dúvida, o que alcançou maior significação na posteridade foi a Carta Magna, contrato assinado entre o rei João Sem Terra e os bispos e barões de Inglaterra no ano de 1215. Se trata de um pacto entre o rei e os nobres, freqüente no regime feudal, que em certo modo supunham em seu momento uma consagração dos privilégios feudais e, portanto, uma involução do ponto de vista do progresso político, mas que a posteridade lhe atribuiu, por seu decisivo papel no desenvolvimento das liberdades inglesas, o valor de um símbolo no processo de positivação dos direitos fundamentais. (PEREZ LUÑO, 2007, p. 34, tradução nossa).

Neste contexto desenvolveram-se importantes fenômenos sociais que contribuíram para o surgimento dos direitos fundamentais. O desenvolvimento da ética protestante e sua elementar influência para o progresso do capitalismo, segundo SOARES¹⁴, fomentou e fez eclodir o processo de reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais do homem, haja vista era necessário garantir a propriedade privada, conferir liberdade aos servos, dando origem a massa despossuídos, obrigados a alienar sua força de trabalho para sobreviver, elementos sem os quais o capitalismo certamente sucumbiria.¹⁵

Será, contudo, o advento do Estado Moderno o marco para o surgimento dos direitos fundamentais, no qual o processo de positivação dos direitos fundamentais se desenvolverá de forma gradual, de acordo com interesses e anseios socialmente determinados pelo processo histórico. Estado, constitucionalismo e direitos fundamentais integram importante página do desenvolvimento da história da humanidade no que concerne a proteção dos direitos fundamentais em uma constante relação de interdependência.

3 Teoria dos direitos fundamentais: a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares.

O desenvolvimento das relações capitalistas, o desmedido acúmulo de capitais pelos agentes econômicos, o agravamento das desigualdades sociais entre os indivíduos e o afastamento do estatal das relações de mercado, especialmente em razão da incorporação dos pensamentos neoliberais, são fatores que fomentaram e fortaleceram o surgimento de um importante fenômeno social em nossa contemporaneidade, que se verifica desde o constitucionalismo social, qual seja, o exercício do poder social¹⁶, também denominado de

¹⁴ SOARES, 1992, p. 89.

¹⁵ VILLEY apresenta a visão utilitarista dos direitos do homem ao prelecionar que *“Nunca se viu na história que os direitos humanos fossem exercidos em proveito de todos. O problema com os direitos humanos é que ninguém poderia tirar partido deles senão em detrimento de alguns homens.”* (2007, p. 162).

¹⁶ Conforme destaca BILBAO UBILLOS: *“Frente a la concepción unidireccional de los derechos de libertad, en el Estado social de derecho se abre paso un nuevo entendimiento de las relaciones Estado-sociedad, que acaba desenmascarando la ficción que vinculada el disfrute de la libertad en la esfera social a la sola afirmación del*

poder sócio-econômico ou poder privado¹⁷, exercido por determinados agentes ou grupos econômicos no âmbito de suas relações jurídicas com os indivíduos.

Conforme salienta VALE¹⁸, o fenômeno do poder privado já era conhecido no processo de transição do constitucionalismo liberal ao constitucionalismo social, haja vista ser um dos principais motivos que conduziram ao reconhecimento de que era necessário o Estado intervir e equalizar as relações jurídicas entre particulares, mediante a garantia de direitos fundamentais de cunho social e econômico, protegendo aqueles indivíduos mais fracos, uma vez que, conforme ressaltado por BOCKENFORDE¹⁹, o direito formal e igual para todos tende a tornar os fortes ainda mais fortes e os débeis ainda mais débeis.

Com a derrocada do constitucionalismo social, na tentativa de reduzir o inchaço do aparato estatal e sanar o elevado endividamento público, iniciou-se o processo de desestatização de determinadas atividades econômicas, mediante a adoção de políticas de privatização, bem como se verificou a adoção de inúmeras políticas de afastamento do Estado das relações econômicas. Abandonou-se o modelo intervencionista e assistencialista para se adotar um modelo subsidiário de intervenção, assentado no exercício pelo Estado de sua competência regulamentar para disciplinar, restringir e estabelecer metas aos particulares para o exercício de atividades econômicas.

Diante deste novo cenário econômico e jurídico constituído, tem se verificado o crescente recrudescimento e concentração do poder social nas mãos dos agentes econômicos. De fato, o exercício do poder social pelos agentes econômicos no âmbito de suas relações jurídicas particulares traz consigo reflexos e sérias implicações para a teoria dos direitos fundamentais, haja vista que, constata-se que não somente o poder público, mas também os poderes privados constituem ameaça aos direitos fundamentais, em razão da inquestionável capacidade de impor limites e restrições ao seu exercício, até ao ponto de ocasionar a sua supressão, conforme destaca SARLET:

principio de igualdad jurídica. Hoy como ayer la realidad desmiente la existencia de una paridad en buena parte de los vínculos entablados entre sujetos privados. El Derecho privado conoce también el fenómeno de la autoridad, del poder, como capacidad de determinar o condicionar jurídicamente o de facto las decisiones de otros, de influir eficazmente en el comportamiento de otros, de imponer la propia voluntad. Basta con mirar alrededor y observar atentamente la realidad que nos rodea. Es un hecho fácilmente constatable la progresiva multiplicación de centros de poder privados y la enorme magnitud que han adquirido algunos de ellos. Representan en la actualidad una amenaza nada desdeñable para las libertades. El poder ya no está concentrado en el aparato estatal, está disperso, diseminado en la sociedad.”(2007, p. 166-167).

¹⁷ A expressão é utilizada por SARLET (2000, p. 73) e (2007, p.108), que também utiliza o termo poder social.

¹⁸ VALE, 2004, p. 69.

¹⁹ BOCKENFORDE, Ernest Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Juan Luis Requejo Pagés. (Trad.). Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

Com efeito, com a ampliação crescente das atividades e funções estatais, somada ao incremento da participação ativa da sociedade no exercício do poder, verificou-se que a liberdade dos particulares – assim como os demais bens jurídicos fundamentais assegurados pela ordem constitucional – não carecia apenas de proteção contra ameaças oriundas dos poderes públicos, mas também contra os mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, advindas da esfera privada. Na verdade, cumpre assinalar que, se o Estado chegou a ser considerado o destinatário exclusivo dos direitos fundamentais dos seus cidadãos, não há como negar que as ameaças resultantes do exercício do poder social e da opressão sócio-econômica já se faziam sentir de forma aguda no auge do constitucionalismo liberal-burguês, bastando aqui uma breve alusão às conseqüências da revolução industrial, cujo primeiro ciclo teve início justamente quando eram elaboradas as primeiras Constituições escritas e – ao menos no âmbito europeu – quando se vivenciava o apogeu desta primeira onda do constitucionalismo, no âmbito do qual, de resto, foram reconhecidos – ao menos sob o prisma formal – os primeiros direitos fundamentais. (SARLET, 2000, p. 63-64).

A constatação de que os poderes privados também constituem ameaças aos direitos fundamentais reflete sobre a própria imagem destes, tornando necessária a reformulação da concepção que lhes atribui natureza de liberdades públicas, de direitos de defesa dos indivíduos, com a função precípua de protegê-los contra as indevidas ingerências estatais no âmbito de sua esfera privada, no exercício dos direitos fundamentais à liberdade, propriedade, intimidade, integridade. Exsurge, portanto, no âmbito da teoria dos direitos fundamentais uma nova e importante questão, qual seja, a da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, a teor do que preleciona SARLET:

Ponto de partida para o reconhecimento de uma eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é a constatação de que, ao contrário do Estado clássico e liberal de Direito, no qual os direitos fundamentais, na condição de direitos de defesa, exerciam – ou, pelo menos, eram concebidos desse modo – a função precípua de proteger o indivíduo de ingerências por parte dos poderes públicos no âmbito da sua esfera pessoal (liberdade, privacidade, propriedade, integridade físicas etc.), alcançando, portanto, relevância apenas nas relações entre os indivíduos e o Estado, assim como entre o público e o privado, no assim denominado Estado Social de Direito tal configuração restou superada. (SARLET, 2000a, p. 630).

De fato, conforme destacado por STEINMETZ, com o desenvolvimento da sociedade capitalista, pessoas e grupos econômicos passaram a deter os poderes político, econômico e ideológico, bem como a desenvolver lutas de poder e pelo poder, às vezes, conjuntamente com o Estado, mediante atos de aliança, e, outras vezes, contra o próprio Estado.²⁰ Estes atores sociais passaram, ao longo dos anos, a serem detentores da capacidade de condicionar, restringir ou mesmo eliminar a liberdade de outros indivíduos ou grupos.²¹

²⁰ STEINMETZ, 2004, p. 85.

²¹ Mas como definir o poder na atualidade? BOBBIO, adepto da teoria relacional do poder, cita a importante excerto da obra de Robert Dahl, para o qual “*a influência (conceito mais amplo, no qual se insere o de poder) é*

Neste contexto, em que particulares passaram a deter o poder, em suas diferentes naturezas, e utilizá-lo em suas relações jurídicas com outros indivíduos, condicionando, restringindo ou eliminando direitos, “*emergiu imprescindível, além da intervenção do Estado na formação das relações contratuais – por meio do dirigismo estatal e da mudança da base subjetiva dos negócios jurídicos – a instrumentalização de uma teoria*”²² que viabilizasse eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, teoria que adquiriu maior relevo e importância teórica e prática, relevância demonstrada pela seguinte indagação levantada por CANOTILHO:

Em termos tendenciais, o problema pode enunciar-se da seguinte forma: as normas constitucionais consagradoras de direitos, liberdades e garantias (e direitos análogos) devem ou não devem ser obrigatoriamente observadas e cumpridas pelas pessoas privadas (individuais e colectivas) quando estabelecem relações jurídicas com outros sujeitos jurídicos privados? (CANOTILHO, 2003a, p. 1151).

SARMENTO sustenta interessante entendimento segundo o qual, desde o advento das teorias contratualistas, os direitos fundamentais também tinham por objetivo a proteção dos indivíduos em relação aos seus semelhantes, destacando, inclusive, que esta é uma das justificativas para a existência do Estado, que teria sido criado pelo do Contrato Social com o dever de proteger os direitos fundamentais das violações ocasionadas por particulares e por ele próprio. Na esteira de seu pensamento:

Sem embargo, a própria origem contratualista das teorias sobre os direitos humanos induz a idéia de que, na concepção dos filósofos inspiradores do constitucionalismo, tais direitos também valiam no âmbito das relações privadas. De fato, se os direitos eram naturais e precediam a criação do Estado, é evidente que eles podiam ser invocados nas relações privadas, até porque, num hipotético Estado de Natureza, inexistiria poder público. Sob esta ótica, a criação do Estado através do contrato social não desvirtuava tal situação, pois o que justificava o poder estatal era exatamente a necessidade de proteção dos direitos do homem, em face de seus semelhantes. Portanto, nas doutrinas jusnaturalistas, os direitos naturais valiam *erga omnes*, sendo concebidos como direitos de defesa do homem também em face de outros indivíduos e não apenas do Estado. (SARMENTO, 2008, p. 12).²³

PEREZ LUÑO destaca ainda que:

uma relação entre atores, na qual um ator induz outros atores a agirem de um modo que, em caso contrário, não agiriam”. (2003, p.78).

²² SOMBRA, 2004, p. 43.

²³ Em sentido idêntico PECES-BARBA MARTINEZ: “*La distinción entre Derecho público y privado, con la hegemonia de este, como expresión jurídica de la autonomia de la voluntad de la burguesia. Así, los derechos fundamentales en sus primeras etapas se concebían como derechos de los privados, propiedad y libertad, como ‘disfrute pacífico de la independencia individual’ al decir de Constant, que identifica así lo que llama la libertad de los modernos.*” (1999, p. 138).

Em sua dimensão subjetiva, os direitos fundamentais determinam o estatuto jurídico dos cidadãos, da mesma forma em suas relações com o Estado e as relações entre si. Tais direitos tendem, portanto, a tutelar a liberdade, a autonomia e a segurança da pessoa não só frente ao poder, mas também frente aos demais membros do corpo social. Concebidos inicialmente como instrumentos de defesa dos cidadãos frente à onipotência do Estado, se considerou que os direitos fundamentais não teriam razão de ser nas relações entre sujeitos do mesmo nível em que se desenvolvem as relações particulares. Este pensamento obedecia a uma concepção puramente formal da igualdade entre os diversos membros da sociedade. Mas é um fato notório que na sociedade neocapitalista essa igualdade formal não supõe uma igualdade material, e que nela o pleno desfrute dos direitos fundamentais se vê, em muitas ocasiões, ameaçado pela existência na esfera privada de centro de poder não menos importantes aqueles que correspondem aos órgãos públicos. (PEREZ LUÑO, 2007, p. 22-23, tradução nossa).

O cerne da questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares está em definir a medida, a extensão da eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações jurídicas privadas, ou seja, em que medida os particulares estão vinculados aos direitos fundamentais, haja vista que, atualmente, poucos são aqueles que ainda se insurgem contra a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais em suas relações jurídicas privadas, em decorrência do reconhecimento da, hoje, inafastável, força normativa da Constituição. Que estão vinculados, não restam maiores dúvida, cumpre agora definir se está vinculação se dá de forma direta ou indireta.²⁴

4 - Direitos fundamentais: uma eficácia direta ou indireta?

4.1 Teoria da eficácia indireta ou mediata

A teoria da eficácia indireta (*indirekte Drittwirkung*), também conhecida como eficácia mediata (*mittelbare Drittwirkung*) tem como precursor Günther Dürig. A teoria da eficácia indireta ou mediata teve sua ascensão e recebeu importante impulso ao ser adotada pelo Tribunal Constitucional alemão no julgamento do caso *Luth* (1958), conquistando, desde então, diversos adeptos nos ordenamentos jurídicos nacional e estrangeiros.²⁵ O Tribunal Constitucional alemão não modificou seu entendimento desde então, adotando-o em outros julgados subsequentes, como nos casos *Blinkfuer*, *Lebach* e *Wallraff*.²⁶

²⁴ No mesmo sentido (SARLET, 2000, p.62).

²⁵ Dentre os principais adeptos da teoria da eficácia indireta ou mediata cite-se, a título de exemplo 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.

²⁶ Respectivamente (BverfGE 25, 256); (BverfGE 35, 202); (BverfGE 66, 116).

Segundo o pensamento de DURIG²⁷, os direitos fundamentais constituiriam direitos de defesa atribuídos aos indivíduos face ao poder estatal, não havendo justificativa para a igual vinculação dos particulares aos seus preceitos, sob pena de se transformar os direitos fundamentais em deveres, invertendo seu real sentido. Assim, os princípios constitucionais da liberdade e do livre desenvolvimento da personalidade humana deveriam ser considerados valores a serem protegidos na resolução do caso concreto.²⁸

A teoria da eficácia indireta ou mediata tem como premissa básica o fato dos direitos fundamentais possuírem natureza de direitos subjetivos de defesa, impondo limites jurídicos e políticos à atuação dos poderes públicos. Segundo esta premissa, as normas de direitos fundamentais não possuiriam eficácia direta ou imediata nas relações entre os particulares, haja vista não incidirem como direitos subjetivos constitucionais, mas como uma ordem objetiva de valores.

A idéia de que os direitos fundamentais atuariam como uma ordem objetiva de valores foi expressamente consignada pelo Tribunal Constitucional alemão na decisão do caso *Luth*, presidente de uma associação de imprensa em Hamburgo, que defendeu publicamente o boicote a filme produzido pelo diretor *Veit Harlan*, que, na época do regime nazista, havia dirigido filmes anti-semitas. Ao julgar o caso, o Tribunal Constitucional alemão se manifestou no seguinte sentido:

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. (BverfGE7, 198 apud STEINMETZ, 2004, p.146).

Assim sendo, as normas de direito fundamental somente teriam eficácia nas relações jurídicas entre particulares mediante as normas infraconstitucionais de direito privado, ou seja, no que tange às relações jurídicas privadas, a eficácia dos direitos fundamentais encontrar-se-ia condicionada à atividade de mediação concretizadora ou densificadora a ser desempenhada pelo legislador infraconstitucional, bem como aquela a ser desenvolvida pelos tribunais.

²⁷ DURIG, Gunther. **Grundrechte und Zivilrechtsprechung**. In: Maunz, Theodor (Hrsg.); Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung – Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky, München 1956.

²⁸ No mesmo sentido VALE (2004, p.140); ANDRADE (1998, p.243); MC CRORIE (2005, p.24-25); (AGUIAR DE LUQUE, 1993, p.33).

De acordo com os expositores da teoria da eficácia indireta ou mediata, competiria, em um primeiro momento, ao legislador proceder a regulamentação normativa dos direitos fundamentais e, em segundo momento, aos tribunais, quando verificada a ausência de normas infraconstitucionais aptas e hábeis a disciplinar e regulamentar os direitos fundamentais, atribuir-lhes eficácia por meio da interpretação e integração, valendo-se, especialmente, das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.²⁹

Ao dissertar sobre a tarefa mediadora de concretização ou densificação dos direitos fundamentais, HESSE destaca a função do legislador de transformar o conteúdo dos direitos fundamentais em normas de direito privado imediatamente aplicáveis ao caso concreto, considerando as peculiaridades das relações jurídicas privadas, sem que sua atividade importe em risco de supressão da autonomia privada, indispensável à existência livre dos indivíduos em sociedade.

Ao legislador de Direito Privado corresponde constitucionalmente a tarefa de transformar o conteúdo dos direitos fundamentais, de modo diferenciado e concreto, em Direito imediatamente vinculante para os participantes de uma relação jurídico-privada. A ele compete fundamentalmente cuidar das múltiplas modificações que obriga a influência dos direitos fundamentais sobre o Direito Privado. O legislador deve ter em conta que ele não pode reduzir-se e recortar a autodeterminação e a responsabilidade individuais, que a autonomia privada compreende também a possibilidade de contrair por livre decisão obrigações que os poderes públicos não podiam impor ao cidadão. (HESSE, 1955, p.63-64, tradução nossa).

Constatada a omissão do legislador em sua tarefa de concretização ou densificação dos direitos fundamentais, em razão da ausência de elaboração de normas infraconstitucionais, é delegada, ao poder jurisdicional, a função de, por meio do exercício de sua atividade interpretativa e integradora, conferir eficácia aos direitos fundamentais. Na condição de princípios objetivos e valendo-se das cláusulas gerais e conceitos indeterminados existentes no direito privado, os direitos fundamentais irradiariam seus efeitos por todo ordenamento jurídico. Conforme destaca HESSE:

Ao juiz civil, finalmente, é liberado por princípio de necessidade de uma ampla aplicação imediata dos direitos fundamentais, que por regra geral faz imprescindíveis problemáticas ponderações jurídico-constitucionais. Pode se concentrar de novo em sua própria especialidade. Evidentemente lhe incumbe adiante o controle de constitucionalidade das normas jurídicas aplicáveis; em seu caso, há de interpretar o direito aplicável em conformidade com a Constituição, e deve observar os direitos fundamentais como princípios objetivos na precisão de

²⁹ Os expositores da teoria da eficácia indireta e mediata atribuem especial destaque a função das cláusulas gerais (ordem pública, bons costumes, boa-fé, abuso de direito, etc.) no direito privado, como importantes instrumentos colocados à disposição dos juízes e tribunais para o exercício de sua atividade interpretativa-aplicativa e integradora do direito.

conceitos indeterminados ou na interpretação das cláusulas gerais. (HESSE, 1955, p.183, tradução nossa).

Conforme pensamentos de DURIG³⁰ e HESSE³¹, expositores da teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados serviriam de porta de entrada, instrumento de irradiação dos direitos fundamentais no âmbito do direito privado. Ao interprete e aplicador do direito privado, competiria preencher o conteúdo das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados com a ordem objetiva de valores.³²

O conceito de ordem objetiva de valores, também denominado sistema de valores, apareceu expressamente consignado na decisão proferida pelo Tribunal Constitucional alemão no caso *Luth*. Segundo a referida decisão, os direitos fundamentais são dotados de uma dimensão objetiva e, portanto, irradiam seus efeitos sobre todo o ordenamento jurídico, contribuindo para a harmonia, sistematicidade e unidade do ordenamento jurídico:

Esse sistema de valores, que tem seu centro no livre desenvolvimento da personalidade humana e sua dignidade no interior da comunidade social, deve reger como decisão constitucional básica em todos os âmbitos do direito; dele recebem diretrizes e impulso à legislação, administração e à jurisdição. Dessa forma, influi evidentemente também sobre o direito civil; nenhuma disposição deve estar em contradição com ele e todas elas devem interpretar-se conforme ao seu espírito. (BverfGE7, 198, apud STEINMETZ, 2004, p.139).

A adoção da teoria da eficácia indireta teria a importante vantagem de permitir a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares sem que haja a supressão da autonomia privada, indispensável à existência das relações jurídicas privadas. Sustentam, seus defensores, que com sua adoção, evitar-se-ia o domínio dos direitos fundamentais sobre a autonomia privada, que deverá ser garantida, por ser fonte das relações jurídicas privadas, bem como evitaria que o exercício da autonomia privada se faça sem a observância, em desrespeito às normas veiculadoras de direitos fundamentais.³³

³⁰ DURIG, Gunther. **Grundrechte und Zivilrechtsprechung**. In: Maunz, Theodor (Hrsg.); Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung – Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky, München 1956.

³¹ HESSE, 1955.

³² De acordo com VALE: “Assim, a força jurídica dos preceitos constitucionais no âmbito das relações entre particulares não ocorreria de uma forma direta ou imediata, mas apenas mediatamente, através dos princípios e normas próprias de direito privado. Os direitos fundamentais poderiam servir, quando muito, como princípios de interpretação das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados suscetíveis de concretização, de forma a clarificá-los, ou, em casos extremos, colmatando lacunas, porém sempre dentro do espírito do direito privado. Dessa forma, as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados do Direito Privado seriam zonas ou ‘pontos de irrupção’, brechas de entrada dos valores constitucionais no âmbito privado.” (2004, p.141).

³³ SILVA, 2008, p.76.

STEINMETZ suscita importante questionamento acerca da preferibilidade da teoria da eficácia indireta ou mediata à teoria da eficácia direta ou imediata. De acordo com o autor, do ponto de vista da segurança jurídica, “*qual é o ganho real ao afastar a aplicação imediata das normas de direitos fundamentais em favor da aplicação de cláusulas gerais ‘preenchidas’ pelo conteúdo valorativo-objetivo dos direitos fundamentais?*”³⁴ Ademais, como deverão os tribunais proceder diante da omissão do legislador infraconstitucional, quando verificarem a inexistência de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados destinados a permitir a irradiação dos efeitos dos direitos fundamentais?

Os questionamentos se mostram inteiramente pertinentes. Conforme destacado pelo autor, se os preceitos constitucionais que veiculam os direitos fundamentais são criticados pelos adeptos da teoria da eficácia indireta por serem imprecisos, em razão de sua vagueza semântica e fluidez normativa, as cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados deles não muito se diferenciariam, por constituírem preceitos normativos de elevado grau de indeterminação. Além do mais, em caso de omissão do legislador infraconstitucional e de inexistência de cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados que permitam a irradiação dos efeitos dos direitos fundamentais sobre as relações jurídicas privadas, a inadmissão da eficácia imediata para aquele caso concreto importaria na total negação de eficácia aos direitos fundamentais, o que seria inadmissível.

Sobre as características das cláusulas gerais e sua especial função de conferir mobilidade ao direito privado, permitindo-lhe uma melhor adaptação e aperfeiçoamento às peculiaridades do caso concreto, CANARIS³⁵, corroborando com a crítica aventada por STEINMETZ, quando aproximou as normas constitucionais veiculadoras de direitos fundamentais das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, em razão de sua fluidez e vagueza semântica, define as cláusulas gerais como normas de inviável dogmatização. Segundo CANARIS:

Em estreita conexão com esta crítica está, finalmente, o facto de a lei compreender uma porção de cláusulas gerais ‘carecidas de preenchimento com valorações’ tais como a boa-fé, os bons costumes, a exigibilidade, o cuidado necessário no tráfego, etc. Nestas, a concretização da valoração e a formação de proposições jurídicas só podem operar perante o caso concreto ou em face de grupos de casos considerados como típicos; semelhantes normas são, assim, de antemão, de dogmatização inviável. Acresce ainda que a passagem de tais cláusulas carecidas de preenchimento com valorações para as demais disposições é inteiramente fluida, podendo mesmo

³⁴ STEINMETZ, 2004, p.162.

³⁵ Segundo CANARIS, “*é característico para a cláusula geral o ela estar carecida de preenchimento com valorações, isto é, o ela não dar os critérios necessários para a sua concretização, podendo estes, fundamentalmente, determinar apenas com a consideração do caso concreto respectivo.*” (1996, p.142).

dizer-se que todas as determinações da lei carecem, numa ou noutra direção, de concretização valorativa. (CANARIS, 2003, p.44).

De fato, não se questiona a importância das cláusulas gerais como técnica legislativa destinada a conferir mobilidade ao direito privado. Disso não se tem dúvida. O que não se pode admitir é que haja a refutação da teoria da eficácia direta, apenas sob a alegação de que a imprecisão e fluidez dos preceitos constitucionais veiculadores dos direitos fundamentais impediriam a garantia da segurança jurídica indispensável às relações jurídicas entre os particulares, haja vista que imprecisão e fluidez também são inerentes às cláusulas gerais.³⁶ Conforme destaca STEINMETZ:

A crítica que aqui se faz tem um outro desiderato: pôr em questão o argumento segundo o qual a eficácia de normas de direitos fundamentais entre particulares por meio da ‘concretização jusfundamental’ ou ‘concretização axiojusfundamental’ de cláusulas gerais do direito privado atende melhor o princípio da segurança jurídica do que a aplicação imediata dessas normas de direitos fundamentais. (STEINMETZ, 2004, p.164).

Outra importante crítica aventada em desfavor da teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais é aquela levantada por HABERMAS³⁷. De acordo com o autor, ao recorrer ao conceito de ordem objetiva de valores para se preencher o conteúdo das cláusulas gerais e conceitos indeterminados, corre-se o fundado risco de se substituir os juízos deontológicos, realizados no plano do dever ser, por juízos axiológicos que levem em consideração a ponderação de valores (o que é bom), risco idêntico ao decorrente de uma aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. Segundo CRUZ:

Tratar direitos fundamentais como valores, como preferência do juiz que for apreciá-lo importa em um risco grande demais para a consistência de uma democracia legítima, eis que abala tanto o código binário do direito, como põe em risco a equiprimordialidade da autonomia pública com a privada, eis que os direitos fundamentais, deixam de ser tidos como trunfos – no dizer de Dworkin –, e passam a ser relativizados por meio de juízos de valor dos diferentes órgãos estatais. Logo, a nosso sentir, a teoria da eficácia direta precisa ser depurada da noção de que ela só possa ser empregada por meio de uma teoria da argumentação de natureza

³⁶ Os fundamentos que permitirão a refutação da eficácia direta dos direitos de natureza prestacional nas relações jurídicas privadas, especialmente do direito à saúde nas relações jurídicas entre operadoras de planos privados de assistência à saúde e seus beneficiários, serão apresentadas em capítulo específico.

³⁷ Segundo o autor, “*Tal jurisprudência de valores levanta realmente o problema de legitimidade, (...). Pois ele implica um tipo de concretização de normas que coloca a jurisprudência constitucional no estado de uma legislação concorrente. Perry chega a essa conclusão, reinterpretando arrojadamente os direitos fundamentais, que deixam de ser princípios deontológicos do direito para se tornarem bens teleológicos do direito, formando uma ordem objetiva de valores, que liga a Justiça e o legislador à eticidade substancial de uma determinada forma de vida.*” (HABERMAS, 1997, p.320).

axiológica. Direitos fundamentais ajudam a compor a essência de um sistema jurídico que pretenda legitimamente estabilizar as expectativas sociais de comportamento. Dessa forma, exigem respeito para a sua natureza deontológica de modo a evitar a desnaturação do Direito em Política. (CRUZ, 2007, p.354).

Essa indevida substituição dos juízos deônticos pelos juízos axiológicos, passível de ocorrer tanto na aplicação direta quanto indireta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, coloca em risco o princípio da segurança jurídica, tão imprescindível às relações jurídicas, em risco, haja vista que ao aplicador restará um campo ilimitado de atuação, no que concerne às ponderações de valores a serem realizadas face ao caso concreto, podendo dar azo e acarretar o indesejável decisionismo judicial, extremamente prejudicial ao Estado Democrático de Direito.

4.2 Teoria da eficácia direta ou imediata

A teoria da eficácia direta (*direkte Drittwirkung*), também denominada de teoria da eficácia imediata (*unmittelbare Drittwirkung*) tem como precursor NIPPERDEY, estando também associada à LEISNER³⁸. A teoria da eficácia direta ou imediata adquiriu importante impulso a partir de sua adoção pelo Tribunal Federal do Trabalho alemão, do qual era membro integrante NIPPERDEY. Desde meados do século passado, quando foi adotada pela primeira vez, tem se difundido por diversos países, conquistando novos adeptos.³⁹

Segundo NIPPERDEY, com a intensificação das relações sociais e desenvolvimento do capitalismo, não só os poderes públicos representariam riscos aos direitos fundamentais, mas também grupos sociais que, sendo detentores de parcela significativa de poder social, seriam capazes de determinar, restringir, limitar e suprimir direitos fundamentais de outros indivíduos em suas relações jurídicas privadas, afetando aspectos relevantes da vida, da liberdade e da dignidade dos indivíduos. Desta forma, a partir do reconhecimento de que os direitos fundamentais possuem uma dimensão objetiva, sustenta a necessidade de sua aplicação direta no âmbito das relações jurídicas privadas, como forma de proteger os indivíduos.

³⁸ LEISNER, Walter. *Grundrechte und privatrecht*. Munique, 1960.

³⁹ No Brasil, podem ser citados como principais expoentes da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais Ingo Wolfgang Sarlet, Gustavo Tepedino. No direito comparado, citam-se Klaus Stern, José João Nunes Abrantes, Juan Maria Bilbao Ubbilos, Rafael Naranjo de La Cruz e José Carlos Vieira de Andrade.

Ao contrário do entendimento adotado pela teoria da eficácia indireta ou mediata, esta corrente do pensamento⁴⁰ sustenta a desnecessidade de mediação estatal, seja legislativa ou jurisdicional, para que os direitos fundamentais possam ter eficácia nas relações jurídicas entre os particulares. Assim sendo, os direitos fundamentais assumiriam a condição de direitos subjetivos constitucionais para vincularem diretamente os particulares em suas relações jurídicas privadas, inclusive para condicionar e restringir o exercício da autonomia da privada. Reconhece a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e sua capacidade de irradiar seus efeitos sobre todo o ordenamento jurídico. De acordo com NIPPERDEY⁴¹:

Para que os direitos fundamentais, como normas objetivas, rejam o direito privado, não se requer nenhum 'meio', nenhum 'ponto de infiltração', como pretendem ser as cláusulas gerais. Antes bem, o efeito jurídico é direto e normativo, que modifica ou regenera as normas jurídico-privadas existentes, sejam direitos imperativo ou dispositivos, cláusulas gerais ou normas jurídicas determinadas, trate-se de proibições, mandatos, direitos subjetivos, direitos de proteção ou causas de justificação. (apud JULIO ESTRADA, 2000, p.106, tradução nossa).

O Tribunal Federal do Trabalho alemão, sob influência de NIPPERDEY, destacou em diversos julgados a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e sua capacidade para irradiar seus efeitos por todo ordenamento jurídico, como importante mecanismo para se evitar quaisquer espécies de violações aos direitos fundamentais ocorridas no âmbito das relações jurídicas entre particulares. Conforme entendimento adotado pelo referido órgão jurisdicional, uma série de direitos fundamentais vinculariam diretamente os particulares em suas relações jurídicas privadas:

(...) 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. (apud STEINMETZ, 2004, p.166).

Um dos principais expoentes da teoria da eficácia direta ou imediata, NARANJO DE LA CRUZ, destaca a desnecessidade de mediação legislativa para a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, uma vez que, de acordo com seu entendimento, os

⁴⁰ Conforme salientado por SILVA, a teoria da eficácia direta ou imediata, apesar do grande impulso que obteve nas últimas décadas, aguçando o interesse de diversos teóricos pátrios e estrangeiros, ainda não é considerada a corrente majoritária, espaço ocupado pela teoria da eficácia indireta ou mediata. (2008, p.81).

⁴¹ De acordo com NIPPERDEY a teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais deveria ser rejeitada por não reconhecer a importância das normas veiculadoras de direitos fundamentais como normas objetivas. (JULIO ESTRADA, 2000, p.106).

direitos fundamentais caracterizam-se por serem direitos públicos subjetivos dos cidadãos oponíveis nas relações jurídicas tanto públicas, quanto privadas. Conforme assevera o autor:

Em resumo, 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. (NARANJO DE LA CRUZ, 2000, p.215, tradução nossa).

A teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais não está, entretanto, imune às críticas. As principais objeções em seu desfavor assentam-se, normalmente, na ausência de preceito constitucional que vincule expressamente os particulares às normas de direitos fundamentais; no risco de supressão da autonomia privada, em razão da dominação do direito público; na indevida interferência dos direitos fundamentais no direito privado; e, sobretudo, nos riscos gerados aos princípios da autonomia privada, liberdade contratual, segurança jurídica, democracia e separação de poderes. Dentre as objeções apresentadas à teoria da eficácia direta ou imediata, HESSE destaca aquela segundo a qual a aplicabilidade direta e imediata dos imprecisos e fluídos preceitos constitucionais veiculadores dos direitos fundamentais, desprovidos da clareza e segurança necessárias ao tráfego jurídico entre os particulares, acarretaria em insegurança jurídica para os particulares. Segundo HESSE:

Ao Direito Privado, que até agora determinava solitariamente a configuração das relações jurídicas e a decisão dos conflitos jurídicos, se sobrepõe outra ordem jurídica; esta tem inclusive primazia sobre ele, se bem que consiste somente em princípios jurídicos, escassos, muito amplos e freqüentemente indeterminados, cujo significado para o caso concreto sempre será de mais difícil determinação que aquele correspondente às normas pertinentes de Direito Privado: a clareza e a certeza jurídicas, necessárias justamente para o tráfego jurídico-privado, restam afetadas de modo não irrelevante. A falta de clareza se incrementa pela peculiaridade da constelação dos direitos fundamentais. (HESSE, 1955, p.59-60, tradução nossa)

Para os defensores da teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, as objeções apresentadas pelos defensores da teoria da eficácia indireta ou mediata encontram-se alicerçadas em premissas equivocadas. Primeiro, porque olvida-se e desconsidera-se a possibilidade de ausência de norma infraconstitucional, bem como da possibilidade de inexistência de cláusulas gerais aplicáveis ao caso concreto, fato que implicaria na supressão total da eficácia dos direitos fundamentais.

Argumentam que, diante da ausência de regulamentação infraconstitucional do direito fundamental, se adotada a teoria da eficácia indireta ou mediata, estar-se-ia frente a contrassenso, pois, ou se nega eficácia aos direitos fundamentais no âmbito das relações jurídicas entre particulares, pela impossibilidade de serem aplicados sem que haja normatização infraconstitucional, cláusulas gerais ou conceitos indeterminados, passíveis de serem preenchidos pela ordem objetiva de valores, ou, para evitar que se negue eficácia aos direitos fundamentais, seria necessário admitir sua eficácia imediata.

Outro questionamento aventado pelos expositores da teoria da eficácia indireta ou mediata é aquele segundo a qual a aplicação dos imprecisos conceitos dos preceitos constitucionais veiculadores dos direitos fundamentais comprometeria seriamente o princípio da segurança jurídica. Conforme anteriormente destacado, a mesma crítica apresentada à teoria da eficácia direta ou imediata aplica-se à teoria da eficácia indireta, nos termos do pensamento de HABERMAS⁴².

Isto porque, segundo argumenta HABERMAS⁴³, ao recorrer ao conceito de ordem objetiva de valores, que por si só é impreciso, para se preencher o conteúdo das cláusulas gerais e conceitos indeterminados, corre-se o fundado risco de se substituir juízos deônticos, realizados no plano do dever ser, por juízos meramente axiológicos, que levam em consideração ponderação de valores (o que é bom, o que é melhor), comprometendo, em igual intensidade, o princípio da segurança jurídica. Conforme destacado por MENDES, as teorias da eficácia imediata e mediata dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares apresentam as mesmas deficiências no que tange à garantia do princípio da segurança jurídica:

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 senão 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. (BRASIL, STF, RE 201.819/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 24/11/2004).

De igual modo, os expositores da teoria eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais refutam a objeção levantada pelos teóricos da eficácia indireta segundo a qual a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais importaria em inquestionável violação

⁴² HABERMAS, 1997.

⁴³ HABERMAS, 1997.

ao princípio da democracia e da separação de poderes, ao se possibilitar a sobreposição das ponderações a serem realizadas no exercício da função jurisdicional às ponderações de natureza política inerentes ao exercício da função legislativa, realizada por indivíduos democraticamente eleitos para tanto.

Segundo argumentam, a teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais não pressupõe que as ponderações a serem realizadas no exercício da função jurisdicional se sobreponham às do legislador, haja vista que, diante da existência de regulamentação infraconstitucional conforme ao texto constitucional, desnecessária seria a aplicação direta dos direitos fundamentais às relações jurídicas privadas, tornando inviável e desnecessário o exercício da atividade ponderativa pelos tribunais, haja vista que já houve prévia ponderação pelo legislador, a qual deverá ser respeitada, exceto quando constatada que a ponderação realizada não é suficiente e adequada ao projeto constituinte.

Nesta ordem de idéias, ao contrário do deduzido pelos críticos da teoria da eficácia direta, a atividade de mediação concretizadora ou densificadora dos direitos fundamentais a ser realizada pelos juízes e tribunais estaria condicionada a inexistência de prévia atividade de mediação concretizadora pelo legislador infraconstitucional ou em caso de sua desconformidade e inadequação ao texto constitucional, não havendo como se cogitar a suposta violação ao princípio constitucional da separação dos poderes.

5 - Eficácia do direito à ampla defesa no âmbito das relações jurídicas entre particulares

Assim como no direito comparado, a temática da eficácia dos direitos fundamentais passou a ser enfocada e estudada, nestes últimos anos, em nosso ordenamento jurídico.⁴⁴ Apesar de aqui ter chegado tardiamente, pois, conforme verificado, no direito comparado já era alvo de intensas discussões teóricas desde os meados do século passado, hodiernamente diversos estudiosos pátrios de relevo se dedicam ao estudo do polêmico tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares.

Em nosso ordenamento jurídico, é possível afirmar a existência de uma corrente majoritária de defensores da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, os quais tendem a alicerçar seu entendimento nos preceitos contidos no parágrafo primeiro, do artigo 5º, da Constituição da República. Entretanto, há que se destacar

⁴⁴ Ruy Rosado de Aguiar, ao prefaciar a obra de SOMBRA (2004), sustenta que a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares já tinha sido objeto de estudo por Clóvis do Couto e Silva no início da década de setenta.

que, nem mesmo os que perfilham à teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais, o fazem de forma incondicionada.

Verificar-se-á que os estudiosos pátrios, admitem, a princípio, a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, especialmente em razão do reconhecimento da força normativa do texto constitucional e do duplo caráter subjetivo e objetivo dos direitos fundamentais. Entretanto, condicionam a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares à constatação, no caso concreto, de determinadas características ou elementos.

Conforme destacado, existência de previsão expressa nos textos constitucionais da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais em suas relações jurídicas privadas, como ocorre no ordenamento português, não é suficiente para eliminar a controvérsia acerca da extensão da eficácia destes direitos nas relações jurídicas entre particulares, nem tem impedido que os teóricos e a jurisprudência promovam discussões acerca do tema.

As controvérsias acerca do alcance semântico e extensão dos preceitos contidos no parágrafo primeiro, do artigo 5º, da Constituição da República, podem ser representadas pelo entendimento de SILVA, para quem, os referidos preceitos constitucionais, estabeleceriam, tão-somente, uma potencialidade dos direitos fundamentais vincularem os particulares, haja vista não mencionarem de forma expressa em quais relações e em que extensão a vinculação se processará. Conforme salienta o referido autor:

Há aqui, na minha opinião, uma confusão entre a eficácia dos direitos fundamentais, sua forma de produção de efeitos e seu âmbito de aplicação. O texto constitucional, que dispõe que os direitos fundamentais terão aplicação imediata, faz menção a uma potencialidade, à capacidade de produzir efeitos desde já. Mas a simples prescrição constitucional de que as normas definidoras de direitos fundamentais terão ‘aplicação imediata’ não diz absolutamente nada sobre quais relações jurídicas sofrerão seus efeitos, ou seja, não traz indícios sobre o tipo de relação que deverá ser disciplinada pelos direitos fundamentais. Prescrever que os direitos fundamentais têm ‘aplicação imediata’ não significa que esta aplicação deverá ocorrer em todos os tipos de relação ou que todos os tipos de relação jurídica sofrerão algum efeito das normas de direitos fundamentais. (SILVA, 2008, p. 57-58).

A despeito dos inúmeros entendimentos acerca de qual seria a melhor interpretação a ser conferida ao parágrafo primeiro, do artigo 5º, da Constituição da República, se o referido dispositivo constitucional seria ou não suficiente para se sustentar uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais no âmbito do ordenamento jurídico pátrio, tem prevalecido o entendimento segundo o qual os direitos fundamentais vinculam diretamente os particulares em suas relações privadas de forma matizada.

NOVAIS, partindo de uma análise comparada entre os ordenamentos jurídicos brasileiro e português, demonstra sua perplexidade. Isto porque, enquanto no ordenamento jurídico português, em que existe preceito constitucional expresso acerca de uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, os teóricos tem se pronunciado com reservas à eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, no ordenamento jurídico brasileiro, em que inexistente preceito similar, a opção por uma eficácia direta e imediata adquire contorno de quase unanimidade.

A perplexidade advém desse facto: a Constituição brasileira não tem nenhuma afirmação clara sobre a questão e, no entanto, os brasileiros convergem na afirmação da aplicabilidade ou eficácia directa; a Constituição portuguesa consagra a aplicabilidade directa de forma aparentemente inequívoca, pelo menos no sentido em que não distingue a vinculação das entidades públicas da vinculação das privadas (os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas), e os portugueses manifestam evidentes reservas em adoptar essa posição. (NOVAIS, 2007, p. 355).

Um dos maiores defensores da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares no ordenamento jurídico brasileiro, SARLET, em diversas obras publicadas sobre o tema⁴⁵ embasa seu entendimento justamente nos preceitos contidos no parágrafo primeiro, do artigo 5º, da Constituição da República, sustentando, ainda, ser a teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais entendimento predominante entre os teóricos pátrios, bem como tê-la sido acolhida e adotada pelo Supremo Tribunal Federal.⁴⁶

A Constituição Federal Brasileira de 1988 expressamente dispôs (artigo 5º, parágrafo 1º) que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Isto tem sido considerado, pela doutrina majoritária, como uma inequívoca decisão em favor de uma eficácia direta das normas de direitos fundamentais, no sentido de que todos os órgãos estatais estão obrigados a assegurar a maior efetividade e proteção possível aos direitos fundamentais. (...) Embora a formulação adotada pela Constituição Brasileira não seja idêntica ao texto da Constituição Portuguesa de 1976, que, no seu artigo 18, além de afirmar a aplicabilidade direta das normas de direitos fundamentais, expressamente inclui as entidades privadas no rol dos destinatários dos direitos, liberdades e garantias, a doutrina dominante no Brasil, assim como o próprio Supremo Tribunal Federal, tem reconhecido que a obrigação de aplicação imediata das normas de direitos fundamentais (compreendida como uma independência de prévia regulamentação legal e, portanto, como afirmação da plenitude de eficácia dessas normas) também abrange uma eficácia e aplicabilidade direta na esfera das relações entre particulares. (SARLET, 2007b, p. 128).

⁴⁵ (SARLET, 2007a); (SARLET, 2007b); (SARLET, 2000a); (SARLET, 2000b).

⁴⁶ No mesmo sentido é o entendimento de SARMENTO, segundo o qual: “*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.* (2008, p. 297).

Recente caso tem chamado a atenção dos meios da imprensa nacional. Trata-se de caso envolvendo um padre que foi excomungado em razão de declarações polêmicas sobre temas como a homossexualidade, fidelidade e a necessidade de mudanças na estrutura da Igreja Católica, todas publicadas nas redes sociais. De acordo com a Diocese da Igreja Católica, o padre foi excomungado por violar as obrigações do sacerdócio e por se negar a cumprir a promessa de obediência. Inconformado com a decisão, em especial por ter sido excomungado sem que lhe tenha sido garantido o direito a ampla defesa, o padre ingressou com ação cautelar⁴⁷ mediante a qual pleiteia judicialmente que ele seja reintegrado e possa continuar realizando os sacramentos da Igreja. Sustentou, ainda, que apesar de respeitar o Direito Canônico, a Igreja Católica, enquanto pessoa jurídica de direito privado, deve observar os preceitos constitucionais e legais vigentes no Estado brasileiro.

Conforme se percebe, o cerne da questão está em se determinar em que medidas os particulares encontram-se vinculados ao direito fundamental à ampla defesa, isto é, se os particulares, em especial associações, fundações, sociedades e etc., estão obrigados a garantir no âmbito de suas relações associativas, o direito à ampla defesa aos seus integrantes. A questão se mostra tormentosa principalmente pelo fato de que, do mesmo modo que o texto constitucional preceitua no inciso LV, de seu artigo 5º, que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, nos incisos XVII e XVIII, do mesmo artigo 5º, estabelece a plenitude do direito de associação.

Nesse diapasão, as associações, fundações e sociedades privadas, seja qual for a natureza, têm liberdade associativa para estabelecerem seus regimentos internos? Ao editarem normas internas referentes à exclusão ou aplicação de penalidades aos seus membros poderão deixar de assegurar o direito à ampla defesa e ao contraditório? Em nome do princípio da inafastabilidade da jurisdição, podem os órgãos jurisdicionais servirem como órgãos revisores para modificar as decisões tomadas no âmbito das relações associativas? Esses e outros questionamentos são relevantes para aprofundar a análise do tema, bem como para tentar encontrar uma solução que seja capaz de conciliar os direitos fundamentais envolvidos.

O caso em comento delinea muito bem o problema, uma vez que trata de situação em que um indivíduo, invocando o direito fundamental à ampla defesa, pleiteia judicialmente que lhe seja garantido exercer seu direito de defesa no âmbito de uma relação associativa, caso

⁴⁷ Ação Cautelar n.º 0027122-18.2013.8.26.0071, em trâmite perante a 6ª Vara Cível da Comarca de Bauru, Estado de São Paulo.

que assume feições ainda mais complexas por se tratar de entidade religiosa que recebe especial proteção do direito fundamental à liberdade de crença e religião. Pode o poder estatal, mediante seus órgãos jurisdicionais, intervir no âmbito de uma associação para obrigá-la a garantir a um de seus membros o direito à ampla defesa? Uma medida como essa não representaria afronta ao direito de liberdade associativa?

Destaque-se que diante existência de normatização interna que garanta ao membro integrante o direito à ampla defesa e ao contraditório, maiores dúvidas não restarão que tal direito deverá ser assegurado. A situação se torna, todavia, complexa quando a normatização interna ou não prevê a garantia de ampla defesa ou, inclusive, a descarta de forma expressa. Nestas hipóteses não se deve desconsiderar que às associações, fundações e sociedade privadas deve se garantir a liberdade para eleger e estabelecer as normas internas de funcionamento, desde que, obviamente, tais normas não importem em violação à ordem pública, nem mesmo sejam erigidas em abuso de direito.

Saliente-se, inclusive, a discussão relativa à possibilidade de que as associações estabeleçam os critérios de admissão de novos associados, desde que não atentatórios a dignidade da pessoa humana. De acordo com BILBAO UBILLOS:

Existe uma esfera de atuação puramente privada, um reduto de vida autenticamente privado, que fica fora de alcance das normas constitucionais, no qual os indivíduos são livres para discriminar na hora de selecionar as pessoas com as quais vão se relacionar (podem convidar para sua casa ou para uma festa aqueles que creem convenientes, associar-se com quem desejem e negar-se a entrar em determinado estabelecimento, pelos motivos que sejam), de regular essas relações (determinando o conteúdo dos contratos, dos estatutos sociais ou das disposições testamentárias) e de comportarem-se, em geral, de uma maneira que está vedada ao Estado. (2007, p. 394).⁴⁸

Em caso paradigmático, o Supremo Tribunal Federal foi instigado a se manifestar especificamente sobre a temática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.⁴⁹ Tratava-se de caso em que se discutia a constitucionalidade do ato de exclusão de um associado da União Brasileira de Compositores, sociedade civil, sem que lhe tivesse sido garantido o exercício dos direitos fundamentais à ampla defesa e ao contraditório. O Recurso Extraordinário foi interposto contra acórdão da lavra do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que entendeu pela irregularidade do ato de exclusão sustentando a vinculação dos

⁴⁸ Conforme saliente PRIETO SANCHIS “é evidente, por exemplo, que os particulares podem adotar decisões ou subscrever contratos atendendo a critérios discriminatórios vedados ao poder público. Porém isso não sucede porque a igualdade seja irrelevante nas relações privadas, senão porque deve-se conjugá-la com a liberdade ideológica e pessoal dos demais indivíduos.” (1994, p. 214-215).

⁴⁹ BRASIL, STF, RE 201.819/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 24/11/2004.

particulares aos direitos fundamentais, isto é, reconhecendo a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas.

O caso tratava de pedido de reintegração de sócio excluído do quadro societário de sociedade civil sem fins lucrativos, sob a alegação de que não lhe teria sido garantido o pleno exercício de seu direito fundamental à ampla defesa, haja vista que, a despeito de designada comissão especial para apurar a prática de infração estatutária, esta decidiu, sumariamente, por sua exclusão, levando em consideração tão-somente os documentos fornecidos pelo secretário da sociedade civil, sem que lhe tivesse sido oportunizado apresentar defesa e produzir as provas que entendesse cabíveis.⁵⁰

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ao apreciar o caso, sustentou a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, anulando a penalidade de exclusão aplicada, sob o fundamento de que, ao sócio, não teria sido oportunizado o exercício do direito fundamental à ampla defesa, com os meios probatórios e recursos a ela inerentes, o que importou em violação aos preceitos constitucionais contidos no inciso LV, do artigo 5º, da Constituição da República, decisão que motivou a interposição de Recurso Extraordinário pela União Brasileira de Compositores, perante o Supremo Tribunal Federal.

O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Recurso Extraordinário 201.819, decidiu, por maioria de votos, na esteira do voto prolatado pelo Ministro Gilmar Mendes, vencidos os Ministros Ellen Gracie e Carlos Velloso, pelo não provimento do Recurso Extraordinário, sob a alegação de que os direitos fundamentais são direta e imediatamente eficazes nas relações jurídicas entre os particulares. Restou, portanto, consignado no acórdão prolatado pelo Supremo Tribunal Federal, a suposta vinculação dos particulares (sociedade civil e sócio) ao direito fundamental à ampla defesa e ao contraditório.

Há que se destacar que, conforme salientado, esta decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal reconhecendo a suposta eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas não foi unânime, uma vez que os Ministros Ellen Gracie e Carlos Velloso sustentaram entendimento divergente, segundo o qual os direitos fundamentais teriam apenas eficácia indireta ou mediata no que concerne às relações jurídicas entre os particulares. Conforme aduzido pela Ministra Ellen Gracie em seu voto vencido:

⁵⁰ Conforme bem destacou o Ministro Celso de Melo, à época em que houve a exclusão do sócio, ainda não vigoravam os preceitos legais contidos nos artigos 57 e 1085, ambos do Código Civil, aquele com redação que lhe foi atribuída pela Lei 11.127 de junho de 2005, o que permitiu que fosse travada a discussão acerca da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. Isto porque, se a época do ato objurgado já estivessem vigentes os referidos preceitos legais, sequer haveria de se cogitar em eficácia imediata dos direitos fundamentais, haja vista que estas normas infraconstitucionais determinam expressamente a obrigatoriedade de se garantir ao associado e ao sócio, antes de sua exclusão, o exercício do direito fundamental à ampla defesa, com os recursos a ela inerentes.

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. Não tem, portanto, o aporte constitucional atribuído pela instância de origem, sendo totalmente descabida a invocação do disposto no art. 5, LV da Constituição para agasalhar a pretensão do recorrido de reingressar nos quadros da UBC. (BRASIL, STF, RE 201.819-8/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 24/11/2004).

O Ministro Carlos Velloso, em consonância com o voto proferido pela Ministra Ellen Gracie, além de manifestar sua adesão à teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais, sustentou, veementemente, que no caso em análise não se estava diante de uma questão constitucional a justificar a utilização da via extraordinária, mas sim, diante de um caso de ofensa à legislação, inserida no âmbito do direito infraconstitucional. Segundo o Ministro Carlos Velloso, o que se verificava, de fato, era a violação do estatuto social e, somente de forma reflexa, do texto constitucional.

A Ministra Ellen Gracie, apesar de sustentar entendimento pertinente com a teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, conforme exposto, ao debater o tema da extensão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares com os Ministros Joaquim Barbosa e Carlos Velloso, reconheceu ser possível adotar a teoria da eficácia direta ou imediata para determinadas categorias de direitos fundamentais, como, por exemplo, nas relações jurídicas de natureza trabalhista.

Segundo o entendimento da Ministra Ellen Gracie, nos casos das relações trabalhistas, a eficácia direta dos direitos fundamentais seria admissível em razão da subordinação existente entre empregado e empregador, da existência de uma desigualdade fática entre os particulares, ao contrário do que ocorre em uma relação associativa, em que haveria liberdade de associação. A ausência de posicionamento do Supremo Tribunal Federal, no que tange à extensão da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, fica evidenciada no trecho do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, que sustenta:

Não 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. (BRASIL, STF, RE 201.819/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 24/11/2004).

A análise do conteúdo do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, permite evidenciar, de forma ainda mais clara, sua despreensão e despreocupação em explicitar sua adesão a uma das teorias que tentam definir a extensão da eficácia dos direitos fundamentais

nas relações jurídicas entre os particulares. O Ministro Gilmar Mendes opta por não definir qual teoria sobre a eficácia dos direitos fundamentais perfilha, limitando-se a sustentar que o Supremo Tribunal Federal tem um histórico de reconhecimento da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.⁵¹

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. Estando 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 (...). (BRASIL, STF, RE 201.819/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 24/11/2004).

A fundamentação adotada muito se aproxima da doutrina da *state action*⁵², a qual, ao invés de reconhecer expressamente que direitos fundamentais vinculam diretamente os particulares em suas relações privadas e que, nesse sentido, um ato privado pode violar direitos fundamentais, prefere manter-se fiel à concepção tradicional e liberal de direitos fundamentais como direitos públicos subjetivos limitadores das atividades estatais, ampliando, através da interpretação extensiva, a abrangência do conceito de ação estatal, para nele abranger determinados atos privados.⁵³

Ademais, cumpre salientar que, além das críticas apresentadas, o entendimento do Ministro Gilmar Mendes, conforme salientado pela Ministra Ellen Gracie, foi construído sob premissa equivocada, indicando a existência de artificialismo e inadequação da equiparação, haja vista que o Supremo Tribunal Federal, ao contrário do sustentado, reconheceu natureza pública às atividades desenvolvidas pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD)⁵⁴ e não às atividades desenvolvidas pela União Brasileira de Compositores (UBC), sociedade civil cujos atos foram questionados no Recurso Extraordinário em análise.

Similarmente aos votos proferidos pelos Ministros Ellen Gracie e Gilmar Mendes, o entendimento do Ministro Joaquim Barbosa não demonstra sua adesão explícita a qualquer das teorias acerca da extensão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas,

⁵¹ De acordo com entendimento de Daniel Sarmiento, tanto o Supremo Tribunal Federal, quanto os tribunais pátrios tem 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.” (SARMENTO, 2008, p. 297).

⁵² A *public function doctrine* consiste em uma teoria que muito se aproxima da *state action doctrine*, podendo ser considerada uma de suas matizações, haja vista que tem por objetivo atribuir natureza estatal aos atos privados praticados por particulares que exercem uma função pública ou quase-pública, como forma de garantir a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas de que estes particulares são parte.

⁵³ SILVA, 2008, p. 99.

⁵⁴ BRASIL, STF, ADI 2.054/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 17/10/2003.

uma vez que este se restringe a sustentar que os direitos fundamentais vinculariam os particulares, salientando, inclusive, que esta vinculatividade pode não se verificar em situações específicas e em relação a determinados direitos fundamentais.⁵⁵

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. (BRASIL, STF, RE 201.819/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 24/11/2004).

O Ministro Joaquim Barbosa, a despeito de sustentar que a incidência das normas de direitos fundamentais demandará a análise parcimoniosa de cada caso concreto submetido a julgamento, não especifica quais seriam os critérios ou métodos a serem adotados para o reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Ademais, acompanhando o raciocínio do Ministro Gilmar Mendes, atribuiu natureza peculiar ao caso em análise, sustentando que a União Brasileira de Compositores teria natureza quase-pública.

O Ministro Celso de Melo, por sua vez, aduz entendimento favorável à eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, fazendo ressalva de que determinados direitos, por possuírem como destinatários os poderes públicos, não estariam sujeitos a esta eficácia. Sustentou, ainda, o entendimento segundo o qual o Supremo Tribunal Federal teria histórico em admitir a vinculação de particulares aos direitos fundamentais, especialmente no que diz respeito a necessidade de observância dos direitos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa pelos particulares.

Apesar de muitos teóricos sustentarem que o Supremo Tribunal Federal teria se inclinado no sentido de adotar a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares⁵⁶, há que se destacar que, na realidade, a Corte Constitucional ainda não se posicionou expressamente e de forma inequívoca pela adesão a uma das teorias que versam sobre a extensão da eficácia dos direitos fundamentais, não tendo consolidado seu entendimento, exceto no que concerne às relações trabalhistas, em relação

⁵⁵ Conforme entendimento majoritário, nem todos os direitos fundamentais seriam dotados de eficácia direta nas relações jurídicas privadas. De acordo com Wilson Steinmetz: *“No marco normativo da CF, os direitos fundamentais – exceto aqueles cujos sujeitos destinatários (sujeitos passivos obrigados) são exclusivamente os poderes públicos – vinculam os particulares.”* (STEINMETZ, 2004, p. 179).

⁵⁶ Dentre aqueles que adotam esse posicionamento, cite-se (SARLET, 2000a), (SARLET, 2000b), (SARMENTO, 2008, p. 253) e (VALE, 2005, p. 57). Segundo Destaca VALE, *“pode-se afirmar que o Supremo Tribunal Federal, apesar de não ter discutido o aspecto teórico da questão, já se inclinava para a tese da eficácia direta das normas de direitos fundamentais nas relações privadas.”* (VALE, 2005, p. 57). Urge ressaltar, que os casos analisados por este autor versavam sobre relações privadas de natureza trabalhista.

aos quais existe histórico de aplicação direta dos direitos fundamentais pelo Supremo Tribunal Federal.

Considerações Finais

A teoria dos direitos fundamentais, enquanto importante elemento da ciência jurídica, encontra-se em constante processo de evolução para se adequar aos anseios e demandas de uma sociedade em rápida expansão. A historicidade e mutabilidade inerentes aos direitos fundamentais, torna incessante e infundável seu processo de evolução. Nesse complexo cenário de evolução das relações sociais, o fenômeno do poder social ou econômico tornou necessária a reformulação da teoria dos direitos fundamentais, que deverá ser vislumbrada a partir de um novo enfoque, haja vista que não somente o poder estatal mas também os particulares constituem séria ameaça aos direitos fundamentais, em razão de sua capacidade de, no âmbito de relações jurídicas privadas, vulnerarem direitos fundamentais de outros particulares.

Diante deste quadro, os direitos fundamentais necessitam ser observados sob novo olhar, sob nova perspectiva, com o desiderato de conferir-lhes maior efetividade na árdua tarefa de proteger os indivíduos e a sociedade. A partir deste novo enfoque, busca-se ampliar o lastro protetivo atribuído aos indivíduos, haja vista que, os direitos fundamentais deixam de ser concebidos exclusivamente como limites ao poder público, para também imporem limites aos particulares, no âmbito de suas relações jurídicas privadas. A definição da extensão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares assume, neste contexto, extrema importância, impondo a necessidade de se realizar detido e acurado estudo sobre o tema, principalmente considerando que, se é necessário conferir a máxima efetividade aos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, indispensável também assegurar a autonomia privada, liberdade contratual e segurança jurídica.

Nesse diapasão, o trabalho tem como objetivo precípua realizar minucioso e pormenorizado estudo acerca da temática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, principalmente da eficácia do direito fundamental à ampla defesa no âmbito das relações privadas associativas. Assim, cumpre analisar em que medida as associações e demais particulares estão obrigados a garantir o direito à ampla defesa em suas relações associativas e, em especial, como conciliar a garantia ao direito à ampla defesa com a proteção ao direito de liberdade associativa, ambos insculpidos no texto constitucional.

O cerne da questão está em se determinar em que medidas os particulares encontram-se vinculados ao direito fundamental à ampla defesa, isto é, se os particulares, em especial associações, fundações, sociedades e etc., estão obrigados a garantir no âmbito de suas relações associativas, o direito à ampla defesa aos seus integrantes. A questão se mostra tormentosa principalmente pelo fato de que, do mesmo modo que o texto constitucional preceitua no inciso LV, de seu artigo 5º, que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, nos incisos XVII e XVIII, do mesmo artigo 5º, estabelece a plenitude do direito de associação.

A partir dos estudos doutrinários e jurisprudenciais realizados, foi possível inferir que, atualmente, inexistente um entendimento pacífico acerca do tema, razão pela qual a temática merece a realização de estudo mais aprofundado. De todo modo, certo é que às associações, fundações e sociedade privadas deve se garantir a liberdade para eleger e estabelecer as normas internas de funcionamento, desde que, obviamente, tais normas não importem em violação à ordem pública, nem mesmo sejam erigidas em abuso de direito. Uma intervenção desmensurada do poder estatal na esfera privada a liberdade associativa, mediante a revisão de suas decisões ou normas internas, poderá representar a supressão e aniquilação do direito fundamental de liberdade associativa, direito de indispensável proteção em um Estado Democrático de Direito.

Referências Bibliográficas

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

BILBAO UBILLOS, Juan Maria. La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales em el ordenamiento español. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jorg; SARLET, Ingo Wolfgang. (Orgs.). **Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007, p.145-163.

BILBAO UBILLOS, Juan Maria. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2ª ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 301-340.

BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 217p.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 201.819-8/RJ**, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 24/11/2004.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. SARLET, Ingo Wolfgang; PINTO, Paulo Mota. (Trad.) Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003a.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Dogmática de Direitos Fundamentais e Direito Privado. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2004. p.190-215.

COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. 2ª. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001. 488 p.

GALUPPO, Marcelo Campos. O que são direitos fundamentais? In.: SAMPAIO, José Adércio Leite. (Coord.) **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 213-250.

FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales: apuntes de história de las constituciones**. Madrid: Universidad Carlos III, Departamento de Derecho Público y Filosofía del Derecho, Trotta, 1996. 165 p.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**. Flávio Beno Siebeneichler (Trad.) Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, vol. I., 1997.

HESSE, Konrad. **Derecho constitucional y derecho privado**. Ignacio Gutiérrez (Trad.). Madrid: Civitas, 1955, 88 p.

JULIO ESTRADA, Alexei. **La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares**. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2000, 332 p.

LEISNER, Walter. **Grundrechte und privatrecht**. Munique, 1960.

MC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005.

NOVAIS, Jorge Reis. Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. In: SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes. (Org.). **A Constitucionalização do Direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2007.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. **Curso de derechos fundamentales**. Madrid: Universida Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1999.

PERELMAN, Chain. **Lógica jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, 259 p.

PEREZ LUÑO, Antônio Enrique. **Los derechos fundamentales**. 9ª ed. Madrid: Tecnos, 2007, 234 p.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, 8ª edição, revista, atualizada e ampliada. 8ª. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007a. 503 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2001, 152p.

SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**, v. XII, p. 297-332, 2003.

SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. A normatividade da constituição e a constitucionalização do Direito Privado. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p. 272-297, 2003.

SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, 362 p.

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

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009. 280 p.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. Direitos fundamentais do homem nos textos constitucionais brasileiro e alemão. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 29, n.º 115, p. 85-138, jul./set. de 1992.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2004. 214 p.

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

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

VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, 181 p.